

Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

número 8 | junho 2020



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

REVISTA POPULUS

ISSN 2446-9319 (meio físico)

ISSN 2675-195X (meio eletrônico)

REVISTA POPULUS

2020.1

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

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

Edmilson Jatahy Fonseca Júnior

Vice-Presidente

Roberto Maynard Frank

Membros do Tribunal

Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer

Freddy Carvalho Pitta Lima

Antônio Oswaldo Scarpa

Henrique Gonçalves Trindade

José Batista de Santana Júnior (em exercício)

Procurador Regional Eleitoral

Cláudio Alberto Gusmão Cunha

Diretor da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Antônio Oswaldo Scarpa

Coordenadora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Amanda Bretas Machado

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Populus / Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, Escola Judiciária Eleitoral - nº 8, 2020.1
- Salvador: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, 2020 -

Semestral

ISSN 2446-9319 (meio físico)

ISSN 2675-195X (meio eletrônico)

1. Direito Eleitoral – Periódico. 2. Direito Constitucional. 3. Ciência Política. 4. Filosofia Política. 5. Sociologia Política.

I. Bahia. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Escola Judiciária Eleitoral.



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA

REVISTA POPULUS



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

Salvador
n. 8, 2020.1, Junho 2020

REVISTA POPULUS

ISSN 2446-9319

Publicação semestral (junho)

Linha editorial: Propiciar permanente reflexão acadêmica na seara do Direito Eleitoral e nas áreas do conhecimento que o circundam, como a Ciência Política, a Filosofia Política e a Sociologia Política, mediante a divulgação de artigos de juristas, cientistas sociais, filósofos, operadores do direito e acadêmicos, sobre temas que vicejam no cenário político-eleitoral.

EDITORES RESPONSÁVEIS

Dr. Jaime Barreiros Neto

M.^a Marta Cristina Jesus Santiago

CONSELHO EDITORIAL

Dra. Ana Carolina Fernandes Mascarenhas (BA) Dra. Ana Cláudia Santano (PR) Dr. Carlos Rátis (BA) Dr. Dirley da Cunha Júnior (BA) Me. Fernando Leal (BA) Dr. Florian Grotz (Alemanha) Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (RS) Dr. Jaime Barreiros Neto (BA) Dr. Jairo Nicolau (RJ) Dr. Jorge Miranda (Portugal) Dr. José Ricardo Ferreira Cunha (RJ) Dra. Maria Benedita Urbano (Portugal)	Dra Marilda de Paula Silveira (MG) Ma. Marta Cristina Jesus Santiago (BA) Ma. Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer (BA) Dr. Paulo Fábio Dantas Neto (BA) Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (CE) Dr. Ricardo Maurício Freire Soares (BA) Dr. Rodolfo Viana Pereira (MG) Dra. Suzana Maria C. L.T. da Silva (Portugal) Dr. Sérgio Silveira Banhos (DF) Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (DF) Dr. Vitalino José F. Prova Canas (Portugal) Dr. Wilson Alves de Souza (DF)
--	--

PARECERISTAS

Dra. Ana Cláudia Santano (PR) Dr. Cláudio André de Souza (BA) Me. Cláudio Alberto Gasmão Cunha (BA) Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis (DF) Dr. Daniel Oitaven Pamponet Miguel (BA) Me. Diogo Assis Cardoso Guanabara (BA) Dra. Elaine Harzeim Macedo (RS) Dra. Eleonora Schettini Martins Cunha (MG) Dra. Fernanda Ravazzano (BA) Dr. Frederico Franco Alvim (SP) Dr. Gabriel Marques da Cruz (BA) Me. Josafá da Silva Coelho (BA)	Dr. Júlio César de Sá da Rocha (BA) Ma. Lara Marina Ferreira (MG) Dra. Maria Benedita Urbano (Portugal) Dr. Marcelo Weick Pogliese (PB) Dr. Maurício Requião (BA) Ma. Michelle Pimentel Duarte (PI) Dra. Roberta Maia Gresta (MG) Me. Rogério Carlos Born (PR) Dr. Rodolfo Viana Pereira (MG) Dra. Suzana Maria C. L. T. da Silva (Portugal) Me. Volgane Oliveira Carvalho (PI)
---	---

Capa

Felisberto da Silva Bulcão Filho

Isabel Viana De Castro Oliveira Guerra

Editoração e projeto gráfico

Lia Mônica Borges Peres Freire de Carvalho

Camila Guerra de Araújo e França

Fernanda Guimarães

Revisão e normalização técnica

Jeane Silva Carvalho

Tiragem deste número em meio físico: 50

SUMÁRIO

CAPÍTULO I ARTIGOS INÉDITOS

Ana Cláudia Santano

O DEBATE DA UNIFICAÇÃO DAS ELEIÇÕES: A “CARONA” NA CRISE DA COVID-19 EM ANO ELEITORAL..... 13

Airton Amílcar Machado Momo

O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO NÚCLEO RESISTENTE À PONDERAÇÃO..... 27

Daniele Conduiti

LA DISCIPLINA GIURIDICA DEI PARTITI POLITICI ITALIANI..... 59

Jéssica Teles de Almeida, Raquel Cavalcanti Ramos Machado e Vítor Pimentel de Oliveira

O PROCESSO JUDICIAL ELEITORAL E A CALENDARIZAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS: UM MECANISMO A FAVOR DA CELERIDADE?..... 85

João Paulo de Godoy Valença

O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE DEFEITO.. 103

Pedro Henrique Fialho

A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL PARA PROCESSAR E JULGAR OS CRIMES COMUNS CONEXOS AOS ELEITORAIS, À LUZ DO INQUÉRITO 4435/DF, JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... 127

Pedro Paulo Martins da Fonseca

“HATE SPEECH” NA PROPAGANDA ELEITORAL: UMA TOLERÂNCIA NECESSÁRIA..... 145

Rafael Rebollo Vargas

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA. 169

Wilson Alves de Souza

DEMOCRACIA, ADIAMENTO DE ELEIÇÃO (COM OU SEM PRORROGAÇÃO DE MANDATOS) POR MOTIVO DE PANDEMIA E SIMPLES PORROGAÇÃO DE MANDATO..... 189

CAPÍTULO II
ARTIGOS NÃO INÉDITOS

Jónatas E. M. Machado e Iolanda A. S. Rodrigues de Brito
LIBERDADES DE EXPRESSÃO, INFORMAÇÕES FALSAS E FIGURAS
PÚBLICAS: O PERIGO DA MANIPULAÇÃO DA ESFERA DE DISCURSO
PÚBLICO. 207

Marilda de Paula Silveira
NEW TECHNOLOGIES AND ELECTIONS: SHOULD THE STATE PLAY ANY
ROLE IN COMBATING MISINFORMATION?..... 243

CAPÍTULO III
MEMÓRIA

Vital Moreira e José Domingues
AS PRIMEIRAS ELEIÇÕES CONSTITUINTES NO BRASIL (1821)..... 271

Vital Moreira e José Domingues
OS VOTOS DE ALÉM-MAR NA REVOLUÇÃO VINTISTA..... 297

APRESENTAÇÃO

O mundo vive o maior desafio do século até aqui: a pandemia provocada pelo novo coronavírus, que provocou uma série de mudanças inesperadas, obrigando ao isolamento social cidadãos de diversas nacionalidades, incluindo os brasileiros, lançando inúmeras dúvidas sobre o futuro da nossa sociedade e desafiando os limites do Estado de Direito e da própria democracia.

Em um ano eleitoral, em que se renova o exercício da soberania popular com a eleição de prefeitos e vereadores em todo o país, a pandemia provocada pela COVID 19 impõe desafios enormes à Justiça Eleitoral. Afinal, como garantir a normalidade e a legitimidade das eleições municipais, diante do isolamento social e do novo modo de vida a que estamos sendo submetidos? Como cumprir os prazos estabelecidos pelo calendário eleitoral? Como garantir que o bem maior do nosso povo, o regime democrático, não sofra abalos?

Em meio a tantas incertezas, a Justiça Eleitoral – e o Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, em especial –, vem reagindo, buscando cumprir adequadamente sua missão institucional de guardião da democracia. Por meio do trabalho remoto, do uso de ferramentas tecnológicas existentes e da criação de novas tecnologias, os prazos do calendário eleitoral vêm sendo cumpridos, os eleitores e integrantes da classe política vêm sendo atendidos e a “Justiça da Cidadania” vem mostrando a sua eficiência, mesmo diante de tamanhas adversidades.

Nesse sentido, a Escola Judiciária Eleitoral da Bahia vem se empenhando para exercer a relevante missão de difusão do conhecimento e formação e incentivo a uma cultura política democrática.

De forma inédita no Brasil, a EJE Bahia realizou o I Simpósio Virtual de Direito Eleitoral, com a contribuição de quase cinquenta palestrantes de todo o país, e também de Portugal, para um público superior a mil pessoas.

Também de forma inovadora, a Escola deu continuidade a importantes projetos de formação da cidadania, como o projeto #PartiuMudar, reunindo, pela internet, em live, estudantes e professores da rede pública de ensino para importantes debates.

Como não poderia deixar de ser, a EJE Bahia agora apresenta ao público, mesmo em um cenário social completamente adverso, mais um número da Revista Populus, contando com artigos de excelência, produzidos por professores e pesquisadores da Bahia, do Brasil e também da Itália, Espanha e Portugal.

Neste oitavo número, o debate sobre a democracia em face da pandemia se faz presente em textos altamente qualificados, produzidos pelos Professores Doutores Ana Cláudia Santano e Wilson Alves de Souza.

Outros temas relevantes para o cenário eleitoral também são aqui tratados em artigos sobre princípios e direitos fundamentais, funcionamento dos partidos políticos, competência criminal da Justiça Eleitoral, financiamento político e combate à corrupção eleitoral, uso de novas tecnologias nas eleições, processo eleitoral e liberdade de expressão na propaganda eleitoral e no discurso público, desenvolvidos por novos e por já consagrados nomes do Direito Eleitoral Brasileiro.

Em perspectiva internacional, a Populus conta com contribuições inéditas de Daniele Conduiti, Professor de Direito Constitucional do Departamento de Jurisprudência da Universidade de Estudos de Foggia (Itália) e de Rafael Rebollo Vargas, Catedrático de Direito Penal da Universidade Autônoma de Barcelona (Espanha). Publicado em Portugal, porém inédito no Brasil, também o artigo de Jônatas Machado, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e de Iolanda Rodrigues de Brito, Mestre (pré-Bolonha) pela Faculdade de Direito de Coimbra (Portugal) trata, de forma percuciente, de temas que instigam profícuos debates, quais sejam, liberdade de expressão, informações falsas e figuras públicas.

Como joia da coroa deste oitavo número, o capítulo da “Memória” da Revista Populus traz estudos, de grande riqueza histórico-jurídica, dos Professores Doutores Vital Moreira e José Domingues sobre as primeiras eleições constituintes do Brasil, em 1821, e as eleições ultramarinas das Cortes Constituintes de 1821 e 1822, os quais compreendem parte da comemoração dos duzentos anos da Revolução Vintista de 1820, desencadeadora do processo que culminou com a independência do Brasil em 1822.

Em tempos de pandemia, é mister que a Justiça Eleitoral persista no seu compromisso institucional de defesa, preservação e realização do Estado Democrático de Direito. Com esse propósito, a Escola Judiciária Eleitoral da Bahia, cumprindo sua missão, oferece ao público mais um volume da já aclamada Revista Populus, repleta de temas relevantes desenvolvidos por grandes especialistas de várias partes do mundo, confiante no papel da Justiça e na força libertadora do conhecimento como bases de uma convivência fraterna e democrática.

Edmilson Jatahy Fonseca Junior

Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia

Antônio Oswaldo Scarpa

Diretor-Geral da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Artigos Inéditos

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

O DEBATE DA UNIFICAÇÃO DAS ELEIÇÕES: A “CARONA” NA CRISE DA COVID-19 EM ANO ELEITORAL

THE DEBATE ABOUT SIMULTANEOUS ELECTIONS IN TIMES OF COVID-19 IN BRAZIL

*Ana Claudia Santano **

RESUMO

A pandemia do Covid-19 trouxe novamente o debate sobre a unificação das eleições no Brasil, diante da eventual impossibilidade de realização do pleito municipal em 2020. Ainda que sejam objetos distintos, o adiamento ou a unificação das eleições, o fato é que é necessário afrontar a discussão com tempo de tomar todas as providências necessárias para a preservação da democracia. Devido ao crescimento do debate, mesmo que repetindo o já ocorrido em 2015, entende-se que se faz necessário afrontá-lo a partir de suas eventuais consequências, como os efeitos da decisão de unificação sobre o eleitorado e sobre a democracia. A partir disso, esse artigo tem como objetivo expor os argumentos que os defensores da unificação levantam para abordá-los por meio de dados e com base na literatura especializada. Ao final, verificou-se que a opção pelas eleições simultâneas não é positiva, por causar muitos resultados não desejados e que podem afetar negativamente a democracia como um todo.

Palavras-chave: Unificação das eleições. Eleições simultâneas. Recursos públicos. Periodicidade das eleições. Democracia.

ABSTRACT

The Covid-19 pandemic imposed the not new debate about the unification of elections in Brazil, considering the occasional impossibility for celebrating the 2020 municipal elections. Although the fact that there are two different debates, the postponement on the one hand, and the unification of elections, on the other, it is necessary to solve this gridlock with time for making all the measures to the preservation of democracy. Considering this, it is proposed one exposition from the reasons listed by the defenders of this unification, pointing out the tendencies of effects in the democracy. In the end, it is possible to verify that this is not a positive decision, due to many negative results in the democratic system as a whole.

Keywords: Unification of elections. Simultaneous elections. Human rights international legal framework. Periodicity of elections. Democracy.

* Professora do Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e em Direito Constitucional pela Universidad Externado, Colômbia. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha. Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: anaclaudiasantano@yahoo.com.br.

1. INTRODUÇÃO

O surgimento da pandemia do Covid-19 está impondo grandes desafios ao mundo. Há muito em jogo diante do controle do vírus, como temas sanitários, econômicos e sociais. Há, em meio a tudo isso, um tópico em aberto e que está afetando muitos países: o impacto do vírus sobre as democracias.

Há muitas eleições previstas esse ano. Somente tomando em consideração a América Latina, mesmo após o “superciclo” eleitoral de 2018 e 2019², 2020 guarda muitos pleitos importantes. Países como República Dominicana, Bolívia, Uruguai, Suriname, Peru, Costa Rica, Chile, Uruguai, México, Paraguai, Belize, sem falar na incerta Venezuela, possuem em seu calendário de 2020 algum tipo de eleições³, das mais variadas, sendo que, no momento da escrita desse trabalho, algumas dessas eleições já foram realizadas (Peru, Costa Rica, municipais na República Dominicana, que terminaram suspensas e realizadas logo após), sendo que outras já foram postergadas pelos respectivos governos, como o Chile⁴, e Bolívia⁵, que já vem de um conturbado processo eleitoral realizado em 2019.⁶

O Brasil encontra-se dessas duas listas, tanto de países que possuem eleições previstas para 2020, as municipais, quanto também já foi forçado a postergar uma eleição suplementar para Senador no estado do Mato Grosso, antes marcada para abril. No entanto, se a solução para esta última já foi dada com menos dificuldade (eventualmente por ser uma eleição suplementar), isso não é o contexto das eleições municipais.

Rapidamente, o debate sobre como proceder diante das eleições locais se transformou em outro, na direção da unificação das eleições, sendo um claro exemplo de voluntarismo político que distorce o real desafio e o debate público que deve haver. Nesse ponto, é importante destacar que o adiamento das eleições não é o mesmo que prorrogar mandatos atuais e unificar todos os pleitos em um só momento. Inclusive as possibilidades para um e para outro são distintas se analisado o marco constitucional em vigor.

Porém, o debate se repete. Recordar-se que em 2015 a proposta de unificação das eleições foi rechaçada pela Câmara de Deputados. Em 10/06/2015, o Plenário rejeitou, por 225 a 220 votos, emenda constitucional que previa a coincidência das eleições municipais, das legislativas e da presidencial. Com isso, tem-se que esse debate que se trava nesse momento é repetido, não trazendo nenhum novo aporte, já que o panorama que o embasa também não mudou. O que sim mudou foi a existência de emergência pública, que pode fundamentar a

2 Expressão de Daniel Zovatto em: ZOVATTO, Daniel. El súper ciclo electoral latinoamericano 2017-2019: El voto de enojo en tiempos de fatiga democrática y malestar con la política. *Análisis Carolina*, Madrid, n. 3, 2020. Disponível em: <https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/01/AC-3.20.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2020.

3 Cf. ELECTORAL Calendar 2020. Arlington: IFES, 2020, Disponível em: <http://www.electionguide.org/elections/>. Acesso em: 02 abr. 2020.

4 Cf. SERVEL. Plebiscito Nacional+ 2020. Chile. Disponível em: <https://www.servel.cl/plebiscito-nacional-2020/>. Acesso em: 02 abr. 2020.

5 Cf. VÁSQUEZ, Tuffi Aré. Bolivia: analizan postergar entre 3 y 6 meses las elecciones presidenciales previstas para el 3 de mayo. *Infobae*, Santa Cruz de la Sierra, 20 de marzo de 2020. Disponível em: <https://www.infobae.com/americas/americas-latina/2020/03/20/bolivia-analizan-postergar-entre-3-y-6-meses-las-elecciones-presidenciales-previstas-para-el-3-de-mayo/>. Acesso em: 02 abr. 2020.

6 Para um maior panorama de como os países estão se comportando em ano eleitoral devido à pandemia, cf. INTERNATIONAL IDEA. Covid-19 and Democracy. 2020. Disponível em: <https://www.idea.int/our-work/what-we-do/covid-19-and-democracy>. Acesso em: 06 abr. 2020.

decisão pelo adiamento das eleições. Porém, a emergência decretada não pode ser a base da unificação das eleições, por não terem conexão entre si. Trata-se da utilização de uma razão existente para uma providência alheia, como às vezes se verifica no Brasil principalmente no que se refere à legislação eleitoral ou aos casos concretos nessa esfera.

Por outro lado, há alguns projetos de emenda constitucional em trâmite na Câmara que trazem o tema para o debate. Até 03 de abril de 2020 (dia da pesquisa por meio do site da Câmara dos Deputados) existem quatro Propostas de Emenda à Constituição, que foram apensadas a outras anteriores, que somam seis⁷. O Projeto de Emenda a Constituição (PEC) 179/19 (autor Dep. Dagoberto Nogueira, PDT/MS) acrescenta dispositivos no ADCT propondo a unificação das eleições em 2022, prorrogando mandatos de prefeitos e de vereadores, afastando a possibilidade de reeleição; A PEC nº 214/19 (autor Dep. Wilson Santiago, PTB/PB) altera dispositivos constitucionais para unificar as eleições, retirar a possibilidade de reeleição, aumentar o mandato de vereadores e prefeitos e mudar a data das eleições. A proposta tem foco na proibição da reeleição; A PEC nº 56/19 (autor Dep. Rogério Peninha Mendonça, MDB/SC) que possui o mesmo teor que o de nº 49/19, da mesma autoria, propõe-se acrescentar dispositivo no ADCT para unificar eleições e prorrogar os mandatos de vereadores e de prefeitos; e o PL 837/20 (autor Dep. Fábio Ramalho, MDB/MG) que diretamente cancela as eleições de 2020 devido ao Covid-19, alterando a Lei 9.504/97 para unificar as eleições.

Todas as propostas possuem um ponto em comum: a sua justificativa praticamente sobre motivos de economia de recursos públicos e funcionamento das políticas públicas entre uma eleição e outra. Somente o último PL traz a justificativa da pandemia, como é óbvio devido à data de apresentação da proposta.

Entendendo que o debate se faz necessário devido ao tempo que passa e o problema que se encontra no centro da sala, este artigo traz uma exposição sobre os argumentos que são trazidos pelos defensores da unificação das eleições. Por meio de uma metodologia argumentativa amparada em alguns dados empíricos e elementos jurídicos, trata-se de uma tentativa de abordar racionalmente as razões que costumeiramente são vistas para uma medida que tende a produzir grande impacto em sua aplicação. Não se irá tratar diretamente sobre a possibilidade de se unificar as eleições pelo ponto de vista jurídico, por entender que há um estreito espaço para esta providência, desde que não seja realizada em ano eleitoral devido ao art. 16 da Constituição de 1988. O foco aqui será nas razões socioeconômicas, políticas e institucionais que envolvem o debate.

2. RAZÕES SÓCIOECONÔMICAS, POLÍTICAS E INSTITUCIONAIS QUE ENVOLVEM O DEBATE

Do ponto de vista político, talvez nem coubesse o debate que ocupa este artigo, já que em 2015 ele já ocorreu e já foi rechaçado em Plenário, pelos parlamentares quando da aprovação da reforma política, como já foi mencionado. A conjuntura das eleições não mudou para que se autorize um novo debate sobre esse mesmo tema. O que mudou é a situação de uma emergência pública de pan-

⁷ São elas: PEC 376/09; PEC 129/11, PEC 117/11; PEC 365/13; PEC 379/14 e PEC 393/14.

demia que obriga a pensar e a discutir sobre a solução para a eleição já prevista e que deve ser forçosamente realizada, e não se ela deve ser realizada junto com a seguinte, em 2022.

No entanto, e por entender que o movimento político impõe o novo enfrentamento a essa questão, e para evitar mudanças repentinas na democracia em meio a um momento excepcional, como forma de “se amarrar no mastro do navio” para não ceder aos inimigos da democracia e seus cantos das sereias⁸, expõem-se as diversas razões pros e contras a unificação das eleições.

Para iniciar a arguição, veja-se o seguinte gráfico, com dados de 2015⁹:

Eleições	Cargo	Vagas	Candidatos por partido/coligação	Partidos	Total candidatos
Gerais	Presidente	1	1	32	32
	Vice-Presidente	1	1	32	32
	Governador	27	27	32	864
	Vice-Governador	27	27	32	864
	Senador	27	27	32	864
	Deputado Federal	513	852	32	27.264
	Deputado Estadual	1.035	1.552	32	49.664
	Deputado Distrital	24	36	32	1.152
	Senador 1º Suplente	27	27	32	864
	Senador 2º Suplente	27	27	32	864
Subtotal		1.709	2.577		82.464
Municipais	Prefeito	5.570	5.570	32	178.240
	Vice-Prefeito	5.570	5.570	32	178.240
	Vereador	57.430	86.145	32	2.756.640
Subtotal		68.570	97.285		3.113.120
Total geral		70.279	99.862		3.195.584

Em caso de unificação das eleições, portanto, deve-se considerar este panorama. No entanto, como os dados são de 2015, os números certamente aumentaram, seja pela posterior criação de partidos, seja pela possível alteração no número de vereadores em alguns dos municípios.

a) A alegada economia de recursos e do barateamento das campanhas

Um dos motivos mais recorrentes que alegam os defensores da similitude das eleições é a economia dos recursos públicos, ainda que sem apresentar dados. Os defensores da unificação afirmam que a organização das eleições custa muito e que, com a realização conjunta de todos os pleitos, os gastos para esse fim seriam diminuídos. Contudo, trata-se de uma conclusão simplista que não considera a realidade.

⁸ Alusão à obra de Jon Elster em: ELSTER, Jon. *Ulisses liberto*: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: Unesp, 2009.

⁹ Tabela elaborada por Henrique Neves, a partir de dados consolidados no Tribunal Superior Eleitoral. Trata-se de um exercício de aproximação do número de candidatos que podem haver. O cálculo não considerou possíveis coligações, o que pode acarretar em imprecisões. Este levantamento foi apresentado na audiência pública realizada na Câmara dos Deputados convocada pela Comissão Especial para a Reforma Política, em 09 de abril de 2015.

Em primeiro lugar, realizar eleições e ter democracia sempre vai ter um preço. É o preço de organizar o pleito (preparo das urnas, treinamento de mesários, campanhas institucionais de educação para o voto, recursos humanos, contratação de serviços correlatos, etc.), é o preço do financiamento das campanhas (com a respectiva propaganda, contratação de pessoal e de serviços), é o preço para o horário eleitoral gratuito do abatimento fiscal dos valores dos meios de comunicação, dentre outros preços que movem a democracia. A democracia em sociedades massificadas como a brasileira custa, como em qualquer país. Boas democracias custam. Baratas são, na verdade, as autocracias. Nelas, não há gastos com campanhas, com eleições, com parlamentos, com nada. Portanto, a democracia exige investimento para ser funcional, requer recursos públicos, não cabendo o argumento de democracias “caras” ou “baratas”. Aliás, esse argumento não deveria pautar o debate sobre a unificação das eleições, sob pena de estar se precificando o exercício dos direitos políticos.

Em segundo lugar, o argumento econômico é dissolvido quando se olham os números. Somente no que se refere à parte do custo das campanhas, não há razão para entender que haveria redução de custos. Em eleições simultâneas, todos os candidatos fazem campanhas juntos, o que aumenta, automaticamente, a demanda por serviços e pessoal característicos desse período. Com mais demanda, não se sabe se a oferta poderá corresponder, mas assumindo que não há tantas gráficas, tantas pessoas para contratar, tantos veículos para alugar, etc., os preços irão subir, fazendo que se gaste mais, mesmo não sabendo se a qualidade desses serviços poderá ser mantida. Aqui basta um raciocínio básico de oferta e demanda para verificar que a tendência é que subam os preços, exigindo ainda mais recursos de financiamento de campanha dos candidatos.¹⁰ Nesse sentido, ainda que se pense que o candidato não precisará ir atrás do financiamento para a sua campanha com tanta frequência, essa dificuldade será maior quando houver ainda mais candidatos disputando os potenciais doadores.

Nessa linha, deve-se mencionar o já bastante restringido regime de financiamento de campanhas no Brasil, que desde 2017 é eminentemente público.¹¹ Naquele ano, foi destinado às eleições de 2018 o valor de R\$ 1.716.209.431,00 (um bilhão, setecentos e dezesseis milhões, duzentos e nove mil e quatrocentos e trinta e um reais).¹² Muitos candidatos já indicaram que, embora o montante seja vultoso, ainda é insuficiente para todos. Já para as eleições de 2020, foram reservados no orçamento geral o valor de 2 bilhões de reais¹³, que serão divididos com as mesmas regras de 2018. Ou seja, mesmo com um montante maior, provavelmente também não será suficiente para todos os candidatos.

10 DIAS, Joelson; SILVEIRA, Marilda; FALCAO, Daniel. Unificação das eleições: quem mais perde é o eleitor. In: PEREIRA, Rodolfo Viana; ROLLEMBERG, Gabriela. *Teses sobre a reforma política*. Memória da participação da ABRADep nas reformas de 2015. Brasília: ABRADep, 2016. p. 29-41.

11 Sobre o tema, cf. SANTANO, Ana Claudia. Uma análise desde o ponto de vista econômico da legislação referente ao financiamento da política no Brasil. *Revista Direito Público*, Brasília, DF, v. 17, p. 229-262, 2020.

12 Cf. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC)*. Brasília, DF: TSE, 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/prestacao-de-contas-1/fundo-especial-de-financiamento-de-campanha-fefc>. Acesso em: 03 abr. 2020.

13 Cf. Idem. Senado Federal. *Senadores propõem usar dinheiro do fundo eleitoral no combate ao coronavírus*. Brasília, DF: Agência Senado, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/18/senadores-propoem-usar-dinheiro-do-fundo-eleitoral-no-combate-ao-coronavirus>. Acesso em: 03 abr. 2020.

Em caso de unificação das eleições, deve-se considerar que a tendência dos aportes públicos para as campanhas, seja via fundo especial de financiamento de campanhas, seja fundo partidário, é aumentar, já que haverá mais candidatos. Portanto, não haverá economia e, ainda, demandará mais recursos.

Este é um tema sensível, justamente porque o debate sobre a unificação das eleições também se pauta sobre a necessidade de utilização desses valores referentes do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e do fundo partidário para o combate à pandemia. No entanto, independentemente do perfil positivo que esta proposta pode ter, a nova destinação desses recursos não pode servir de fundamento para a unificação das eleições, nem mesmo se deve utilizá-los no combate à pandemia. Há tantos outros mecanismos para se conseguir dinheiro para esse fim, como a estrutura do BNDES, por exemplo¹⁴. Existem orçamentos de guerra que estão sendo acionados. Direcionar os recursos do FEFC e do fundo partidário não fará nenhuma diferença no combate ao Covid-19 e inviabilizará campanhas para as eleições de 2020, mesmo adiadas, abrindo espaço para a eleição da minoria abastada, capaz de pagar as próprias despesas com recursos próprios, ou candidaturas pagas com recursos de origem corrupta. Não se defende, aqui, o modelo do FEFC para o financiamento de campanhas. Na verdade, julga-se que foi uma péssima providência que aprovaram nos últimos anos, resultado de um debate feito às pressas, sem maiores reflexões, e que agora começa a surtir seus efeitos indesejados, como o aumento da crítica pública.¹⁵ O que ocorre é que a utilização desses recursos agora mais atende a uma proposta populista do que efetivamente humanitária.

Ainda sobre o argumento econômico – ou da suposta economia de recursos –, deve-se analisar o lado dos custos da Justiça Eleitoral. Para tanto, deve-se também considerar as razões institucionais para não adotar as eleições unificadas.

Pleitos simultâneos podem sugerir economia na sua organização, mas isso pode não ocorrer se for levado em conta o tamanho das eleições a se organizar. O custo da organização das eleições de 2018 foi de R\$ 835.942.757 (oitocentos e trinta e cinco milhões, novecentos e quarenta e dois mil, setecentos e cinquenta e sete reais)¹⁶ A realização de 5.570 eleições municipais de prefeitos e vereadores, de 26 eleições estaduais para governador, deputados federais, senadores e deputados estaduais, de uma eleição distrital, junto com a nacional para a Presidência da República, numa mesma data ou em datas próximas, certamente demandará uma quantidade importante de recursos, na melhor das hipóteses, aproximado ao valor citado, ainda que sempre haverá aumento por causa de manutenção de urnas, por exemplo.

Isso gera pressão sobre o custo da organização dessa eleição não só para o preparo das urnas, mas principalmente sobre os recursos humanos da Justiça Eleitoral, seja em sua atividade administrativa ou jurisdicional. A estrutura da Justiça

14 Proposta de Monica de Bolle em distintos meios de comunicação. Cf. BOLLE, Monica de. “Não há precedentes para a crise econômica causada pelo coronavírus na história recente”. *Revista IHU On-line*, São Leopoldo, 17 de março de 2020. [Entrevista]. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597156-nao-ha-precedentes-para-a-crise-economica-causada-pelo-coronavirus-na-historia-recente-diz-economista-monica-de-bolle>. Acesso em: 03 abr. 2020.

15 Desde 2015 se alerta para o erro de optar por um sistema de financiamento tão inclinado ao público, havendo amplo material acadêmico. Vid., por todos, SANTANO, Ana Claudia. O ‘canto da sereia’ da proposta do financiamento público exclusivo de campanhas dentro da reforma política: expectativas ambiciosas em um contexto pouco promissor. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 7, p. 43-56, 2015.

16 Consulta direta ao Tribunal Superior Eleitoral. Valores específicos por nível de eleições: TSE: R\$ 98.984.677 e TREs: R\$ 736.958.080.

Eleitoral, por mais qualificada que seja, já vem sofrendo com o orçamento limitado que possui. Já há déficit de funcionários de distintos setores sem a possibilidade de nova contratação devido ao teto de gastos aprovado em 2017. Cada um dos 3.195.584 candidatos calculados na planilha anteriormente exposta exigirá um alto nível da capacidade institucional da Justiça Eleitoral, ou seja, cada um dos candidatos para esses cargos terá que ter o seu registro de candidatura analisado e deferido, além de terem que ter as contas apresentadas e analisadas a tempo para a diplomação (art. 30, §1º, Lei 9.504/97). Pode-se alegar que os atos praticados pelos candidatos já estão informatizados e que alguns procedimentos de análise também. Porém, do lado da Justiça Eleitoral, faz-se necessário um número importante de recursos humanos e adjacentes.

Somente a título de exemplificação, cite-se o caso da Assessoria de Exames de Contas Eleitorais e Partidárias (ASEPA), no Tribunal Superior Eleitoral. Este setor de fiscalização conta, atualmente, com 11 funcionários para toda a verificação das contas dos diretórios nacionais dos partidos, além das contas eleitorais dos candidatos à presidência. Com dados de 2017, cada um desses funcionários deveria verificar a veracidade de informações sobre 2 bilhões de reais, cada um. A situação é ainda mais dramática nos Tribunais Regionais Eleitorais, que se complicou muito com a adoção do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas, que injetou quase 2 bilhões de reais nas eleições de 2018 sem que houvesse um robustecimento na capacidade institucional do TSE para realizar a fiscalização dos recursos. O número de funcionários permanece o mesmo, ainda que o volume de dinheiro tenha aumentado exponencialmente.¹⁷

Este esforço por mensurar o impacto institucional sobre a Justiça Eleitoral deve ser feito envolvendo outras de suas prerrogativas, como a sua própria atividade jurisdicional antes, durante e após as eleições. Ou, sobre o aspecto organizacional das eleições, estima-se que a Justiça Eleitoral teria que gastar mais de um bilhão de reais somente com as urnas eletrônicas, em caso de eleições unificadas, considerando a sua manutenção, preparo e testes próprios de segurança.¹⁸

Portanto, o argumento de que haveria economia com a unificação das eleições não prospera quando confrontado com a realidade. Economia não deve pautar debates sobre democracia, da mesma forma que não deve embasar discussões sobre saúde, como vem ocorrendo com a pandemia. Inclusive, o debate econômico deve sim fazer parte de um esforço para uma maior segurança no exercício do voto e da realização das eleições. Sem recursos, não há como ter democracia, abrindo espaço para a convulsão social e instabilidade.

b) A alegada melhora dos partidos políticos¹⁹

Os partidos políticos sempre são preocupações constantes nas democracias, sendo muito acusados de sua deterioração. A comumente afirmada crise de

17 Dados obtidos diretamente pela autora em contato com o Tribunal Superior Eleitoral. Cabe mencionar também que o TSE apresentou um PL ao Congresso Nacional (nº 2.816/15) requerendo a criação de cargos para reforçar o setor de contas de toda a Justiça Eleitoral. No total, foi pedida a criação de 273 cargos de analistas de contas e 302 comissionados. Contudo, devido à aprovação do teto de gastos (emenda nº 91/2016), o PL foi retirado pelo mesmo TSE.

18 Afirmação feita por Henrique Neves, ex-Ministro do TSE, na audiência pública realizada na Câmara dos Deputados convocada pela Comissão Especial para a Reforma Política, em 09 de abril de 2015.

19 Trecho extraído de SANTANO, Ana Claudia. Debate correto é sobre o adiamento, não a unificação das eleições. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/santano-debate-adiamento-nao-unificacao-eleicao>. Acesso em: 15 abr. 2020.

representação é indicada como um resultado do mau comportamento das agremiações, desconsiderando outros elementos que incidem sobre esse momento de questionamento da própria democracia.

Adilson de Abreu Dallari afirma que a unificação das eleições responde ao modelo partidário escolhido pela Constituição (caráter nacional), colaborando para que não mais se falsifique a representação com eleições regionais. Além disso, as eleições simultâneas desmotivam a criação de “legendas de aluguel”, e por correspondência diminuiria a corrupção, a demagogia e a negociação obscura advindos pelo que ele chama de “arranjos de conveniência”.²⁰

No que se refere ao caráter nacional escolhido pela Constituição de 1988, a razão dessa exigência é que a ordem constitucional não desejava que debates ou influências políticas fossem confinadas a rincões regionalistas, considerando a trajetória histórica da política brasileira, em que muitos dos episódios de insurgência vieram de partidos regionais, sendo, portanto, uma medida para fomentar a unidade nacional. No entanto, o conceito de “caráter” empregado pela Constituição de 1988 não significa “âmbito” nacional. O que se tem como “caráter” é que o partido deve ter propostas nacionais, para todo o território do país. Contudo, ao regular a criação de partidos na Lei 9.096/95, o requisito do caráter nacional para a criação de partidos foi resumida a partir do conceito de âmbito, a partir de uma fórmula matemática que distribui o suposto apoio de eleitores entre os estados do Brasil.²¹ Os partidos, na verdade, já são considerados a partir de suas estruturas nacionais para outros fins, como o tamanho de sua bancada na Câmara de Deputados para fins de cálculo de financiamento eleitoral e horário eleitoral gratuito. No entanto, é um erro pensar que a política brasileira se resume a Brasília, quando o país conta com 5.570 municípios.

Na verdade, as eleições municipais possuem características próprias, pois estão muito mais próximas dos eleitores, há mais contato e, provavelmente, reflete mais a vontade da soberania popular do que as nacionais. Em muitos casos, a participação popular nas eleições municipais é mais alta que nas nacionais, justamente por causa da aproximação do processo com as pessoas. As pautas municipais são totalmente distintas que as nacionais, pois atendem às demandas que são próprias de cada municipalidade e região do país. A forma de fazer campanha é diversa, bem como a forma da decisão pelo voto.²² Diante disso, os partidos brasileiros, mesmo tendo esse âmbito nacional, não se comportam igual em seus diferentes níveis, e isso nem deve ocorrer, devido à autonomia partidária. Partidos são também entes estrategistas quando buscam a vitória das urnas.

Os partidos se direcionarão conforme a sua chance de vitória for maior.²³ Na Ciência Política, há pesquisas empíricas indicando que, em caso de eleições simultâneas, a eleição que é percebida pelo eleitorado como a mais importante vai influenciar diretamente as demais. Isso é possível de ser verificado pelo efeito

20 DALLARI, Adilson de Abreu. Eleições: questões sobre periodicidade e representatividade. *Consultor jurídico*, São Paulo, 02 de abril de 2020. Interesse público. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/interesse-publico-eleicoes-questoes-periodicidade-representatividade>. Acesso em: 03 abr. 2020.

21 MEZZAROBÀ, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 250-251.

22 GENDZWILL, Adam; STEYVERS, Kristof. *Comparing Local Elections and Voting: Lower Rank, Different Kind... or Missing Link?* ECPR Joint Sessions: Université catholique de Louvain, Mons, Belgium, UCL Mons, 8 - 12 apr. 2019. Disponível em: <https://ecpr.eu/Events/PanelDetails.aspx?PanelID=7676&EventID=121>. Acesso em: 03 abr. 2020.

23 DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*. New York: Harper and Row, 1957.

arrasto, ou seja, quando a opção de voto para a eleição tida como a mais importante pelas pessoas condiciona o voto para as demais, gerando um tipo de uniformização nessa decisão. A tendência é que a eleição para a presidência seja entendida como a mais relevante pelos votantes, sufocando as demais eleições.²⁴ Isso faz com que os candidatos a presidente influenciem diretamente sobre a decisão de voto para os cargos inferiores, que resulta em uma concentração de votos e, após algumas eleições, em uma diminuição no número de partidos justamente por causa dessa concentração. Isso também impacta sobre a formação de maiorias parlamentares, o que tende a excluir paulatinamente as minorias e também confere um respaldo importante ao presidente eleito, já que os eleitores tendem a votar em seus aliados nas casas legislativas, o que pode comprometer o controle com base nos freios e contrapesos próprios da dinâmica dos poderes.²⁵

Todo esse cenário pode levar a uma situação de nacionalização da política. Nacionalização de uma eleição – ou de um sistema de partidos, como trabalhou Schattschneider²⁶ –, que significa uma grande influência política do nível nacional da política. As eleições locais, os partidos locais e até as demandas locais perdem seu espaço para o debate nacional, a partir de uma agenda também nacional que não considera as particularidades que possam existir no âmbito local (estadual ou municipal). Esta medição da influência de eleições multinível alcança o eleitorado (o reflexo do voto em sua uniformização ou não), as estratégias partidárias e até mesmo a elaboração da agenda pública que será debatida durante a campanha. A tendência, em havendo eleições simultâneas, é que ocorra a sua nacionalização, em que as pautas municipais ou regionais desaparecem perante a magnitude e força da agenda nacional. Até porque, até mesmo a propaganda eleitoral dos níveis inferiores cederá diante da agenda nacional que se impõe, pois a distribuição do horário eleitoral gratuito, por exemplo, além de ser dividido entre mais candidatos, os partidos apostarão cada vez mais em quem tem mais chance de vitória e nas pautas mais apelativas.

Quando há eleições em anos distintos, intercaladas por um intervalo, esse efeito diminui consideravelmente, servindo como um instrumento de *accountability* ou de responsabilidade ao representante que continua no cargo. Há a oportunidade de crítica por parte do eleitorado sobre os eleitos e, principalmente, sobre a maioria da situação. Com a unificação das eleições, as estratégias partidárias ficarão ainda mais acentuadas, retirando da cidadania esse poder de se pronunciar contra a situação, podendo causar o afastamento das pessoas em torno a temas políticos, devido ao tempo que se tomará entre os pleitos.²⁷

24 Claro que há a possibilidade de que temas locais possam se destacar. No entanto, a tendência é de que o eleitorado entenda que as eleições presidenciais sejam as mais importantes.

25 Cf. SHUGART, Matthew; CAREY, John M. *Presidents and Assemblies - Design and Electoral Dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 242-243; MOLINA V. José Enrique. Consecuencias políticas del calendario electoral en América Latina: ventajas y desventajas de elecciones simultáneas o separadas para presidente y legislatura. *América Latina Hoy*, Salamanca, n. 29, p. 16-17, 2001.; OLIVEROS, Virginia; SCHERLIS, Gerardo. Reformas políticas: internas abiertas obligatorias y unificación electoral en las elecciones de 2005. In: CHERESKY, Isidoro (Ed.). *La política después de los partidos*. Buenos Aires: Prometeo, 2006. p. 376-377.

26 SCHATTSCHNEIDER, Elmer E. *The Semi-Sovereign People: A Realist's View of Democracy in America*. New York: Holt, Rinehart, and Winston, 1960. Cap. 5.

27 DIAS, Joelson; SILVEIRA, Marilda; FALCAO, Daniel. Unificação das eleições: quem mais perde é o eleitor. In: PEREIRA, Rodolfo Viana; ROLLEMBERG, Gabriela. *Teses sobre a reforma política*. Memória da participação da ABRADep nas reformas de 2015. Brasília: ABRADep, 2016. p. 29-41.

Já a criação de “legendas de aluguel” não será impactada, porque não alterarão as regras para isso. O que pode ocorrer, e isso já contrapõe o que também Dallari alega, é que as estratégias partidárias em torno da vitória das urnas fomentarão ainda mais os discursos demagógicos e os negócios obscuros, pois, dentro de uma lógica racional, as agremiações adotarão medidas que possam maximizar as suas chances de sucesso eleitoral, não havendo um código de ética a ser seguido. A demagogia, assim como o populismo, poderão contaminar ainda mais os debates políticos, colocando em risco a própria ideia de democracia diante da provável falha na implementação das promessas feitas. O populismo, que já vem sendo indicado como uma das razões para que exista um descontentamento tão grande com a democracia como se verifica na atualidade, fará parte das estratégias dos partidos que nada terão a perder em caso de que assim procedam.²⁸

Portanto, esta alegação de que a unificação das eleições tem o condão de melhorar os partidos vai contra as evidências colhidas em décadas pela Ciência Política. Na verdade, aparenta ser uma fuga dos partidos, outra mais, no lugar de realmente se enfrentar o problema da democracia interna das agremiações ou outros fatores que provocam a erosão democrática.

c) O alegado impacto benéfico sobre as políticas públicas

Outra razão presente na proposta da unificação é que a políticas públicas, bem como o funcionamento da Administração Pública, não seria interrompido por uma eleição, ou pelo ocupante do cargo tentar a sua eleição para outro, seja pela troca de visão e de equipe, durante um mandato. Conecta-se bastante com a governabilidade.

No entanto, novamente a realidade é implacável. Segundo Dias, Silveira e Falcão, existe a reclamação de que a legislação eleitoral impõe uma série de restrições que impactam na Administração Pública, como pode ser os convênios. Contudo, eleições simultâneas podem fazer que o tempo de espera pelos estados e municípios de verbas frutos de transferências voluntárias ou de convênios mesmo possa ser ainda maior, justamente por causa das disputas políticas que podem existir e se perpetuar por mais tempo. Isso tende a agravar a situação dos municípios, que já é notoriamente complicada, principalmente quando há a eleição coincidente de adversários políticos da chefia do Executivo local e em outros âmbitos. Um poderia bloquear o outro em diversos temas políticos, como já acontece. O agravante é que, com a unificação das eleições, esse “bloqueio” recíproco será mais longo.²⁹

Na verdade, a questão das políticas públicas passa por outros aspectos, como estabilidade e qualificação dos servidores públicos e valorização do serviço público. E isso não irá mudar com a unificação das eleições, podendo até piorar.³⁰ Nessa linha, a possibilidade de que a pessoa já eleita se apresente para outro cargo durante o mandato é uma questão de regra eleitoral. Não se apresentam, até o momento, motivos razoáveis que justifiquem uma vedação nesse sentido, pelo contrário. É democrático e bom que a pessoa já eleita, comprovando sua capacidade para ocupar cargos eletivos, vá diversificando a sua atuação. A sua

28 TEIXEIRA, Nuno Severiano. Três reflexões inacabadas sobre populismo e democracia. *Relações Internacionais*, Lisboa, n. 59, p. 75-83, set. 2018.

29 DIAS, SILVEIRA, FALCAO, 2016, p. 29-41.

30 Idem. *Ibidem*.

eleição para outros cargos demonstra que o eleitorado já o conhece, provavelmente já confia nele, ajudando a construir pessoas públicas. A unificação das eleições, além do impacto sobre a formação de maiorias já mencionado, poderá dificultar a oxigenação do âmbito político, já que os que se apresentam por primeira vez terão grande dificuldade de construir um capital político ao permanecer tanto tempo longe da arena eleitoral, demandando mais e mais recursos, além do fato de diminuir paulatinamente a presença das minorias na Administração Pública. A renovação se verá prejudicada e o descontentamento com a política, iminente.

d) Os impactos sobre os eleitores e o comportamento eleitoral

Provavelmente o maior impacto da unificação das eleições recai sobre o eleitorado, justamente porque a mudança causa alterações no comportamento eleitoral dos cidadãos e na sua visão do processo eleitoral como um todo.

Além do efeito arrasto já mencionado (concentração de votos em distintos níveis para um mesmo partido), as consequências da unificação atingem aspectos da educação ao voto e percepções sobre a democracia. Há um automático afastamento da cidadania durante o período em que não houver eleições, o que pode resultar em falta de interesse pela democracia e até vulneração da importância do ato de votar. Uma pessoa que tem o primeiro voto aos 16 anos, por exemplo, voltará às urnas somente aos 20 ou 21 anos de idade, e esse período de afastamento compromete a educação ao voto, justamente quando o eleitor é jovem e deve ser incentivado a participar. O afastamento dos jovens de uma presença maior em processos eleitorais pode ter efeitos negativos sobre o próprio exercício da cidadania, além de facilitar que os valores democráticos entrem em crise a partir de um questionamento direto. Há, paralelamente a isso, risco às instituições democráticas, considerando que o debate político será concentrado entre atores que já se encontram na esfera política, dificultando que ele envolva a sociedade de forma mais ampla.³¹

Por outro lado, a compreensão do eleitor sobre o processo eleitoral unificado também resta prejudicada. Além do fato de que os diferentes cargos serão eleitos a partir de fórmulas eleitorais distintas e que já são de difícil entendimento para grande parte da população, há a questão da repartição de competências existente no Brasil, que por si só já é complexa e será ainda mais complicada diante da diversidade de propaganda eleitoral em um mesmo momento, mesclando pautas nacionais, estaduais e municipais, bem como confundindo as agendas e, portanto, impactando na decisão do voto.³² Nesse sentido, cabe até a alegação de que a propaganda eleitoral se tornará pouco efetiva, para além do seu atual comprometimento, ou seja, haverá uma alta oferta de candidatos para os mais variados cargos, com um volume importante de propostas, em um mesmo momento. A mensagem tem probabilidade de não ser inteligível para muitos cidadãos, o que prejudica a sua decisão de voto. Isso pode causar frustração das pessoas, causando novamente danos à democracia.

A unificação das eleições, por outro lado, exigirá mais da Justiça Eleitoral no que se refere à educação para o voto eletrônico. Ainda é possível verificar que há

³¹ DIAS, SILVEIRA, FALCAO, op.cit., p. 29-41.

³² Ibidem.

eleitores que se equivocam na ordem dos cargos que tem de votar, dificuldade que tende a se intensificar com o aumento de cargos a eleger. Isso demandará mais atenção da Justiça Eleitoral a fim de não comprometer a legitimidade dos resultados.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, a unificação das eleições é desaconselhada pelos impactos que causa na esfera política e social. As alegações utilizadas pelos defensores têm uma considerável probabilidade de não se concretizarem, causando inclusive efeitos contrários ao que se espera. Trata-se de uma má escolha a unificação no contexto brasileiro e que não deve ser tomada. O que se faz necessário é postergar as eleições para que sejam realizadas ainda em 2020. Fora dessa sugestão, há o sério risco de se abrir um precedente perigoso de supressão de eleições que a democracia brasileira não precisa.

Como parâmetro de comparação, na América Latina, somente Bolívia³³, Guatemala³⁴, Panamá³⁵ e Nicarágua³⁶ adotam eleições simultâneas (consideradas as presidenciais, legislativas e locais), o que sugere certa influência do paradigma centro-americano (considerando que El Salvador³⁷ deixa em aberto a possibilidade de celebração simultânea dos pleitos). Os demais países (Argentina³⁸, Chile³⁹, Colômbia⁴⁰, Costa Rica⁴¹, Equador⁴², México⁴³, Paraguai⁴⁴, Peru⁴⁵, República Dominicana⁴⁶, Uruguai⁴⁷ e Venezuela⁴⁸) celebram eleições presidenciais, legislativas e municipais em anos distintos. Há mais coincidência entre eleições presidenciais e legislativas, mas há uma tendência à separação dos pleitos municipais, tal como ocorre no Brasil.

Em momentos de crise como a pandemia, prudência é um bom conselho. A democracia brasileira já bem sofrendo há um tempo. Não há necessidade de que a façamos sofrer mais. Unificação, não.

REFERÊNCIAS

BOLLE, Monica de. “Não há precedentes para a crise econômica causada pelo coronavírus na história recente”. *Revista IHU On-line*, São Leopoldo, 17 de março de 2020. [Entrevista]. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597156->

33 Ley Electoral, 26/10, art. 94.

34 Ley de las elecciones y de partidos políticos. Decreto 1-85, art. 196.

35 Código Electoral, art. 184.

36 Ley Electoral 331/12, art. 3.

37 Ley Electoral. Decreto 413, art. 169.

38 Código Electoral. Ley 19945, art. 53.

39 Constitución Política de Chile, art. 51.

40 Código Electoral. Decreto 224/86, art. 207.

41 Código Electoral. Ley 8765, art. 147. Constitución Política, art. 133.

42 Ley Orgánica Electoral, art. 85; disposición transitoria primera.

43 Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, art. 25.

44 Código Electoral. Ley 834/96, art. 154.

45 Ley Orgánica Electoral, n° 26859, art. 80.

46 Constitución Política, art. 209.

47 Constitución Política, art. 77, 9°.

48 Constitución Política, arts. 174; 192; 198; 230.

nao-ha-precedentes-para-a-cri-se-economica-causada-pelo-coronavirus-na-historia-recente-diz-economista-monica-de-bolle. Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Senadores propõem usar dinheiro do fundo eleitoral no combate ao coronavírus*. Brasília, DF: Agência Senado, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/18/senadores-proporem-usar-dinheiro-do-fundo-eleitoral-no-combate-ao-coronavirus>. Acesso em: 03 abr. 2020.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC)*. Brasília, DF: TSE, 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/prestacao-de-contas-1/fundo-especial-de-financiamento-de-campanha-fefc>. Acesso em: 03 abr. 2020.

DALLARI, Adilson de Abreu. Eleições: questões sobre periodicidade e representatividade. *Consultor jurídico*, São Paulo, 02 de abril de 2020. Interesse público. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/interesse-publico-eleicoes-questoes-periodicidade-representatividade>. Acesso em: 03 abr. 2020.

DIAS, Joelson; SILVEIRA, Marilda; FALCAO, Daniel. Unificação das eleições: quem mais perde é o eleitor. In: PEREIRA, Rodolfo Viana; ROLLEMBERG, Gabriela. *Teses sobre a reforma política*. Memória da participação da ABRADep nas reformas de 2015. Brasília: ABRADep, 2016. p. 29-41.

DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*. New York: Harper and Row, 1957.

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Unesp, 2009.

ELECTORAL Calendar 2020. Arlington: IFES, 2020. Disponível em: <http://www.electionguide.org/elections/>. Acesso em: 02 abr. 2020.

GENDZWILL, Adam; STEYVERS, Kristof. *Comparing Local Elections and Voting: Lower Rank, Different Kind... or Missing Link?* ECPR Joint Sessions: Université catholique de Louvain, Mons, Belgium, UCL Mons, 8 - 12 apr. 2019. Disponível em: <https://ecpr.eu/Events/PanelDetails.aspx?PanelID=7676&EventID=121>. Acesso em: 03 abr. 2020.

INTERNATIONAL IDEA. Covid-19 and Democracy. 2020. Disponível em: <https://www.idea.int/our-work/what-we-do/covid-19-and-democracy>. Acesso em: 06 abr. 2020.

MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 250-251.

MOLINA V. José Enrique. Consecuencias políticas del calendario electoral en América Latina: ventajas y desventajas de elecciones simultáneas o separadas para presidente y legislatura. *América Latina Hoy*, Salamanca, n. 29, p. 15-29, 2001.

OLIVEROS, Virginia; SCHERLIS, Gerardo. Reformas políticas: internas abiertas obligatorias y unificación electoral en las elecciones de 2005. In: CHERESKY, Isidoro (Ed.). *La política después de los partidos*. Buenos Aires: Prometeo, 2006. p. 361-386.

SANTANO, Ana Claudia. O ‘canto da sereia’ da proposta do financiamento público exclusivo de campanhas dentro da reforma política: expectativas ambiciosas em um contexto pouco promissor. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 7, p. 43-56, 2015.

_____. Uma análise desde o ponto de vista econômico da legislação referente ao financiamento da política no Brasil. *Revista Direito Público*, Brasília, DF, v. 17, p. 229-262, 2020.

_____. Debate correto é sobre o adiamento, não a unificação das eleições. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/santano-debate-adiamento-nao-unificacao-eleicao>. Acesso em: 15 abr. 2020.

SCHATTSCHNEIDER, Elmer E. *The Semi-Sovereign People: A Realist's View of Democracy in America*. New York: Holt, Rinehart, and Winston, 1960.

SERVEL. Plebiscito Nacional+ 2020. Chile. Disponível em: <https://www.servel.cl/plebiscito-nacional-2020/>. Acesso em: 02 abr. 2020.

SHUGART, Matthew; CAREY, John M. *Presidents and Assemblies - Design and Electoral Dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

TEIXEIRA, Nuno Severiano. Três reflexões inacabadas sobre populismo e democracia. *Relações Internacionais*, Lisboa, n. 59, p. 75-83, set. 2018.

VÁSQUEZ, Tuffi Aré. Bolivia: analizan postergar entre 3 y 6 meses las elecciones presidenciales previstas para el 3 de mayo. Infobae, Santa Cruz de la Sierra, 20 de marzo de 2020. Disponível em: <https://www.infobae.com/america/america-latina/2020/03/20/bolivia-analizan-postergar-entre-3-y-6-meses-las-elecciones-presidenciales-previstas-para-el-3-de-mayo/>. Acesso em: 02 abr. 2020.

ZOVATTO, Daniel. El súper ciclo electoral latinoamericano 2017-2019: El voto de enojo en tiempos de fatiga democrática y malestar con la política. *Análisis Carolina*, Madrid, n. 3, 2020. Disponível em: <https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/01/AC-3.20.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2020.

O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO NÚCLEO RESISTENTE À PONDERAÇÃO

THE ESSENTIAL CONTENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS A CORE RESISTANT TO WEIGHTING

Airton Amilcar Machado Momo *

RESUMO

Os direitos fundamentais, expressão máxima da ordem de valores estabelecida pela Constituição, são trunfos políticos dos indivíduos face ao Estado. Enquanto direitos subjetivos de defesa, voltados à tutela da liberdade do indivíduo contra a interferência indevida do poder estatal, são dotados de proteção especial, na qual se resguarda um conteúdo insuscetível de supressão. Por meio da presente pesquisa, pretende-se analisar o que é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, elemento indispensável ao respeito da dignidade humana, que não pode ser violado ou diminuído, e como a jurisprudência atua quando chamada à realização de interferências (limitações), partindo de uma análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF). Ao final, tentar-se-á identificar se essas limitações, realizadas por meio da técnica de ponderação, podem atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais e esvaziar o conteúdo normativo da disposição que o assegura ou, ao contrário, se a própria definição da existência desses direitos ganha significado através das operações de balanceamento.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Núcleo Essencial. Dignidade Humana. Parâmetros de Ponderação. Tribunal Constitucional Federal Alemão.

ABSTRACT

Fundamental rights, the ultimate expression of the order of values established by the Constitution, are the political trump cards of individuals vis-à-vis the state. As subjective rights of defense, aimed at safeguarding the freedom of the individual against undue interference by state power, they are endowed with special protection in which an unsusceptible content of suppression is safeguarded. Through this research, we intend to analyze what is the essential core of fundamental rights, an indispensable element for the respect of human dignity, which cannot be violated or diminished, and how jurisprudence acts when it is called for interferences (limitations), by starting from an analysis of the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court (TCF). In the end, it will be tried to identify if these limitations,

*Mestrando em Direito, com especialidade em Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça em Tocantins.

that are realized through the weighting technique, can reach the essential core of fundamental rights and empty the normative content of the provision that guarantees it or, on the contrary, if the very definition of existence of these rights gains meaning through balancing operations.

Key-Words: Fundamental Rights. Essential Core. Human Dignity. Weighting Parameters. German Federal Constitutional Court.

1. INTRODUÇÃO

A estrutura básica de todas as Constituições destina-se, primordialmente, a regular a organização estatal e assegurar os direitos fundamentais. Assim é o panorama da Lei Fundamental da Alemanha e das ordens jurídicas influenciadas pela doutrina e jurisprudência germânicas, dentre as quais se insere a Constituição da República Portuguesa, onde a garantia dos direitos e liberdades fundamentais foi positivada como tarefa primeira e fundamento do Estado de Direito Democrático². Os direitos fundamentais, expressão máxima da ordem de valores estabelecida pela Constituição, vinculam o exercício das competências públicas à concreção dessa pauta de direitos³, impondo às autoridades do Estado, em todas as suas manifestações, a obrigação de respeitar e proteger a dignidade da pessoa humana⁴.

A liberdade individual assegurada nos direitos fundamentais – pressuposto da vida com dignidade – contudo, deve ser interpretada em conjunto com os demais direitos assegurados na Constituição⁵, e, não raro, o conteúdo e a extensão dessa liberdade não estão delimitados no texto constitucional de forma precisa, que permita a ampla fruição no contexto da vida em comunidade. Nessa hipótese deve o

2 Conferir artigos 9º, b, e 2º da CRP.

3 Cf. artigo 18º, 1, CRP; norma semelhante no artigo 1, (3) GG. A esse respeito afirma Konrad Hesse: “a Constituição é entendida como unidade material. Seus conteúdos são freqüentemente, sobretudo na jurisprudência mais antiga, qualificados de valores fundamentais, situados antes da ordem jurídica positiva que, sob a absorção das tradições da democracia parlamentar liberal-representativa do estado de direito liberal e do estado federal, assim como sob o acréscimo de novos princípios, nomeadamente do estado social nas decisões do constituinte se uniram em uma “ordem de valores” e constituem um Estado que é ideologicamente neutro mas não neutro em valores”. (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 27). Ainda, sobre o caráter vinculativo dos direitos fundamentais, SCHÖLLER, Henrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Trad. Ingo W. Sarlet. *Interesse Público*, São Paulo (Notadez), a. 1, n. 2, p. 94-97, 1999. Para Jorge Reis Novais, “Estado de Direito é um Estado vinculado à observância de uma pauta material de valores na qual o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais ocupam posição essencial.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 21).

4 A vinculação das competências públicas à dignidade humana, vide *BVerfGE* 45, 187 (226): “Der Staatsgewalt ist in allen ihren Erscheinungsformen die Verpflichtung auferlegt, die Würde des Menschen zu achten und sie zu schützen.”. Para Günter Dürig, o valor moral da dignidade humana foi incorporada ao ordenamento constitucional e é um imperativo jurídico positivo. “Durch die Übernahme des sittlichen Wertes der Menschenwürde in das positive Verfassungswerk ist er (gerade vom Standpunkt des positiven Rechts aus) gleichzeitig Rechtswert geworden, so daß seine (anerkannt schwie rige, weil noch ungewohnte) rechtliche Erfassung positivrechtliches Gebot ist.” (DÜRIG, Günter. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 81 (N.F. 42), n. 2, p. 117, 1956. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/44303797>. Acesso em: 08 mar. 2019).

5 Não há liberdade isolada, apenas na vida social, conferir *BVerfGE* 4, 7 (15-16) “Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Das ergibt sich insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG. Dies heißt aber: der Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt.” No mesmo sentido *BVerfGE* 33, 303 (334).

legislador, árbitro dos interesses sociais e individuais legitimado democraticamente⁶, determinar da forma mais clara⁷ e menos interferente possível⁸ os limites para o exercício de tais direitos.

O mesmo rigor é demandado dos tribunais quando da solução dos conflitos resultantes das interferências na esfera jurídica individual – conflitos esses que, segundo Waldron, configuram a principal característica das sociedades contemporâneas⁹. Apenas um rigoroso raciocínio que permita aferir a racionalidade das escolhas feitas pelo julgador é capaz de afastar os artifícios retóricos e de oportunidade política, e assim reduzir o risco de arbitrariedade¹⁰.

Neste cenário, onde o alargado catálogo de direitos fundamentais aparentemente esbarra e precisa coexistir com a imposição de limites – e a força normativa da Constituição impõe o dever de máxima concreção dos direitos por ela assegurados¹¹ – a proporcionalidade é comumente empregada nos tribunais constitucionais como recurso analítico para harmonizar as colisões de bens, interesses ou valores¹².

Esse recurso ou instrumento de análise que objetiva a racionalização e clareza das decisões sobre os conflitos entre direitos fundamentais, contudo, não está livre de críticas. Embora a metódica da proporcionalidade goze de elevado prestígio – sendo considerada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão como resultante da própria essência dos direitos fundamentais e expressão da pretensão jurídica geral de liberdade do cidadão frente ao Estado¹³ – não faltam críticas que denunciam a incoerência da identificação que se faz entre norma e valor, própria dos juízos ponderativos. Este equívoco, segundo Habermas, sinaliza uma “auto-compreensão metodológica falsa do controle da constitucionalidade”, na medida em que a estrutura deontológica das normas e princípios impõe, de forma absoluta, uma obrigação incondicional e universal que expressa uma “pretensão de validade

6 O legislador, em contraste com o executivo e o judiciário, o possui ampla margem de escolha dos objetivos sociais e está vinculado apenas à ordem constitucional, neste sentido *BVerfGE* 141, 1 (22) “...der Gesetzgeber im Unterschied zu Exekutive und Judikative gemäß Art. 20 Abs. 3 GG nur an die verfassungsmäßige Ordnung...”; sobre as cautelas que devem ter os tribunais constitucionais na aferição das escolhas feitas pelo legislador democrático, conferir HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Reimpr. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 44-46.

7 A clareza da disposição legislativa como atributo da segurança jurídica, vide *BVerfGE* 9, 137 (147): “Das Prinzip des Rechtsstaates fordert, daß die Verwaltung in den Rechtskreis des Einzelnen nur eingreifen darf, wenn sie dazu in einem Gesetz ermächtigt wird, und daß diese Ermächtigung nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt ist, so daß die Eingriffe meßbar und in gewissem Umfange für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar werden.”

8 Sobre interferência mínima e proporcionalidade que vinculam o legislador, conferir *BVerfGE* 17, 306 (313-314) e *BVerfGE* 19, 342 (348).

9 WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 246.; Conferir também *BVerfGE* 7, 198 (208), onde, ao fazer uma alusão à liberdade de expressão, o tribunal afirma que o constante conflito intelectual e a luta de opiniões que ela permite constituem o elemento vital de uma ordem estatal livre e democrática, “Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist...”

10 Cf. *BVerfGE* 34, 269 (287) onde refere que a argumentação racional dos atos judiciais evita a arbitrariedade: “Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen.” Vide sobre a matéria PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante el Legislador*. 4. ed. Bogotá: Universidad de Externado de Colômbia, 2014. p. 56-58.

11 A interpretação constitucional como concreção, vide HESSE, 1998, p. 61-70.

12 Neste sentido CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 75-84, 531-549 e 678-694. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 36-37; 248 et seq.

13 Conforme *BVerfGE* 19, 342 (348-349), Na República Federal da Alemanha, o princípio da proporcionalidade tem classificação constitucional. Ele se rende ao princípio do estado de direito e, em essência, à própria natureza dos direitos fundamentais, que, como expressão do direito geral do cidadão à liberdade, só podem ser restringidos pela autoridade pública na medida do indispensável para a proteção dos interesses públicos.

binária” (válida ou inválida), objetivando estabilizar expectativas gerais de conduta, enquanto os valores formam “configurações flexíveis e repletas de tensões” que concorrem para obter a primazia por meio do reconhecimento intersubjetivo.¹⁴ Inobstante essas considerações, o princípio da proporcionalidade segue firme, sendo considerado por parte expressiva da doutrina e da jurisprudência¹⁵ como parâmetro mais adequado para o enfrentamento dos casos difíceis em que a liberdade geral de ação deve ser restringida.

O objetivo do presente trabalho é analisar, a partir de referencial bibliográfico e da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF), se o alcance destas interferências (limitações) concretizadas pelo emprego da proporcionalidade pode atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais e, desta forma, esvaziar o conteúdo normativo da disposição que o assegura ou, ao contrário, se a própria definição da existência desses direitos é estabelecida, identificada, e ganha significado no decorrer das operações de balanceamento.

Para tanto, a abordagem realizada no primeiro capítulo procura identificar a posição jurídica que ocupa o indivíduo frente ao Estado e a ideia de liberdade, discorrendo sobre liberdade natural, liberdade regulada e liberdade relacional, como pressuposto da autonomia.

O segundo capítulo refere o papel desempenhado pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais no regramento constitucional alemão e português, suas principais características e a vinculação do Estado de Direito aos valores constitucionais.

O terceiro capítulo discorre sobre as dimensões objetivas e subjetivas da proteção conferida pelos direitos fundamentais, em especial as referentes aos direitos de defesa ou de liberdade. Aspectos relativos ao fenômeno de irradiação dos direitos fundamentais para outras esferas, seus reflexos nas relações entre particulares, grau de exigibilidade dos direitos prestacionais e a função institucional (Häberle), em que pese a relevância dos assuntos, não serão analisados diante da amplitude mostrar-se incompatível com o presente trabalho.

O quarto capítulo versa sobre a teoria absoluta – que considera não limitáveis os direitos fundamentais – e a variante teoria mista, que admite a existência de um conteúdo nuclear intangível em cada direito fundamental e um espaço periférico restringível, suscetível ao emprego do método da proporcionalidade.

O quinto e último capítulo apresenta os aspectos mais relevantes da teoria relativa, na vertente desenvolvida pela teoria dos princípios de Alexy, a qual distingue posição *prima facie* e posição definitiva dos direitos fundamentais, esta

14 Cf. Jürgen Habermas, onde o autor chega a afirmar que “ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebenheichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 258; 316-317; e 321).

15 *BVerfGE* 7, 377 (410-411) inaugura na jurisprudência a ideia de subdivisão da proporcionalidade mediante a análise fragmentada em etapas com resultados provisórios, conhecida como *Stufentheorie*. Conferir também *BVerfGE* 13, 97 (104-105) em especial onde afirma que a “teoria dos degraus” desenvolvida na decisão das farmácias é o resultado da aplicação estrita do princípio da proporcionalidade nas intervenções da liberdade de ocupação oferecidas pelo bem comum, estabelecendo que tais intervenções são justificadas apenas no “estágio” em que implica a menor restrição à liberdade ocupacional do indivíduo: “Das Bundesverfassungsgericht hat im Apotheken-Urteil (BVerfGE 7, 377) die Grundsätze dargelegt, von denen es bei der Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GG ausgeht... Die dort entwickelte “Stufentheorie” ist das Ergebnis strikter Anwendung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit bei den vom Gemeinwohl her gebotenen Eingriffen in die Berufsfreiheit... es ergibt sich ferner der Grundsatz, daß Eingriffe jeweils nur auf der “Stufe” gerechtfertigt sind, die die geringste Beschränkung der Berufsfreiheit des Einzelnen mit sich bringt.” Conferir sobre o tema, CANAS, 2017, p. 78-80.

última alcançada apenas após o percurso das operações de ponderação. Todo e qualquer direito, portanto, seria limitável tendo como fronteira apenas a verificação do correto emprego das etapas em que se decompõe o juízo de proporcionalidade e suas implicações na regra constitucional de proibição de vulneração do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Por fim, a conclusão busca sintetizar o desenvolvimento realizado nos capítulos anteriores mediante a análise da função desempenhada pela garantia núcleo essencial dos direitos fundamentais e alguns reflexos dessas teorias em decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF). Observa-se uma aparente incongruência onde o TCF declara a essencialidade dos direitos fundamentais, mas, em contrapartida, utiliza métodos próprios da teoria relativa ponderando princípios contrapostos com amplo alcance. Nota-se que o TCF afirma expressamente a existência de um âmbito essencial dos direitos fundamentais, intangível à intervenção do Estado, mas a análise da extensão deste conteúdo – primordial para definir se as afetações são justificadas ou injustificadas – se dá mediante o emprego da proporcionalidade.

1.1 A POSIÇÃO JURÍDICA DO INDIVÍDUO FRENTE AO ESTADO – A IDEIA DE LIBERDADE

1.1.1 LIBERDADE E ESFERA POLÍTICA

Direito, liberdade, intervenção e limite: a relação que se estabelece entre o poder de intervenção do Estado na esfera da liberdade individual e os limites de conformação desta mesma liberdade, se é que existem e em que medida, constituem o ponto de inflexão da teoria do Direito e a essência do Direito político¹⁶, a partir do que é possível aferir a legitimidade do ordenamento e das práticas nele fundadas. Se reconhecemos que os direitos fundamentais assegurados na ordem constitucional constituem verdadeiras trincheiras, direitos de resistência do indivíduo contra a prerrogativa que possui o Estado de conformar e restringir sua liberdade¹⁷, o problema da amplitude possível de liberdade no âmbito do Estado, do dever de obediência e dos limites da coação estatal assumem o papel central da esfera política e do Direito Constitucional¹⁸.

16 HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Dyckinson, 2003. p. 2-3. Para Konrad Hesse, essa unidade política, contudo, não significa a produção de um estado harmônico de concordância geral e na eliminação dos conflitos de interesses. Se a convivência humana somente pode ser compreendida no Estado e através do Estado, também certo que somente por meio de uma cooperação consciente e organizada pode surgir a unidade política, resultado de um permanente processo de formação onde os conflitos e os esforços realizados para solucioná-los constituem a força motriz das mudanças históricas. (HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2.ª ed. Trad. de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 7-14).

17 Reconhece o Tribunal Constitucional Federal Alemão que os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Não obstante, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional. *BVerfGE* 7, 198 (198 e 204)

18 Sobre o tema, onde consta: “The greatest of these is the open war that is being fought between two systems of ideas which return different and conflicting answers to what has long been the central question of politics - the question of obedience and coercion. ‘Why should I (or anyone) obey anyone else?’ ‘Why should I not live as I like?’ ‘Must I obey?’ ‘If I disobey, may I be coerced?’ ‘By whom, and to what degree, and in the name of what, and for the sake of what?’ ‘Upon the answers to the question of the permissible limits of coercion opposed views are held in the world today, each claiming the allegiance of very large numbers of men.’ (BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In HARDY, Henry (Ed.). *Liberty: Incorporating ‘Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002. pp. 168).

1.2 LIBERDADE NATURAL

A liberdade pode ser vista sob diferentes perspectivas. A liberdade natural representa um estado no qual o homem não está sujeito à coerção arbitrária de outro e pode determinar suas ações de acordo com sua própria vontade. É livre, segundo Hobbes¹⁹, aquele que, nas coisas que por sua capacidade e inteligência é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que deseja. O estado de natureza é um estado de igualdade, com igual poder e jurisdição entre as pessoas, onde cada qual é soberana sobre si mesma e que bastaria para o governo dos homens, não fosse a corrupção e a brutalidade das pessoas degeneradas²⁰. O exercício da liberdade natural, ainda assim, relaciona-se com ações racionais e traz consigo tanto o ônus das escolhas realizadas quanto a atribuição de responsabilidades, é uma liberdade orientada pela razão.

Essa é uma dimensão de liberdade da qual decorre o direito de resistir àquelas interferências consideradas injustas que só pode ser encontrada no estado natural de não submissão a uma ordem, ainda na visão de HOBBS, vez que priva o soberano dos instrumentos para a proteção de todos, revelando-se destrutiva à essência do Estado. É a noção de liberdade individual que pressupõe a existência de uma esfera privada intangível onde os outros não podem interferir e que todo homem deveria ter na ausência de leis civis e do Estado, mas cuja outorga se afigura incompatível com o poder soberano²¹.

1.3 LIBERDADE REGULADA

Percebeu-se, no entanto, que a liberdade natural ilimitada permitiria uma interferência também ilimitada na esfera de liberdade do outro e conduziria ao permanente conflito, pois os objetivos dos homens são distintos e nestas condições a liberdade dos fracos seria suprimida pela liberdade dos fortes. Ao renunciarem a parcelas dessa liberdade e aceitarem a limitação por meio de leis, possibilitam os homens a criação de uma forma associativa estável voltada para a consecução

19 Cf. Thomas Hobbes segundo o qual: “A freeman is he that, in those things which by his strength and wit he is able to do, is not hindered to do what he has a will to”; ou ainda, “To resist the sword of the Commonwealth in defence of another man, guilty or innocent, no man hath liberty; because such liberty takes away from the sovereign the means of protecting us, and is therefore destructive of the very essence of government.” (HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. Cap. 21. p.108 e 113; 146 e 154.

20 Cf. RAWLS, John. *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. Trad. Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós Ediciones, 2009. p. 157, acerca das ideias de Locke sobre a liberdade natural.

21 Carl Schmitt confere a Hobbes a posição de antepassado espiritual do Estado de direito e constitucional burguês concebido muito mais tarde, na medida em que promove a dessacralização da autoridade ao conceber o direito como um mando legal – um mecanismo movido por motivações coercitivas de tipo psicológica. Com isso, fulmina de morte as concepções medievais de um direito divino dos reis e abre portas para as novas teorias políticas subsequentes. (SCHMITT, Carl. *El Leviathan en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes*. México: Fontamara, 2008. p. 144-145). Vide também Fiedrich A. Hayeck, o qual refere a liberdade individual ou natural como a existência de esferas de não interferência, distinguindo-a das “liberdades”, estas de conotação social. (HAYECK, Fiedrich A. *A constituição da liberdade*. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2018. pp. 36-37). Por fim, relevantes as observações de Thomas Hobbes quando afirma ser a liberdade natural a única possível, pois tal liberdade jamais poderia ser oposta ao Estado: “The liberty whereof there is so frequent and honourable mention in the histories and philosophy of the ancient Greeks and Romans, and in the writings and discourse of those that from them have received all their learning in the politics, is not the liberty of particular men, but the liberty of the Commonwealth: which is the same with that which every man then should have, if there were no civil laws nor Commonwealth at all.” (HOBBS, 2014, Cap. 21, p. 110; 149).

ção de objetivos comuns a todos²². Com isso a liberdade “no Estado”²³ é sempre regulada. Rawls, recuperando a concepção normativa delineada por Montesquieu, define a liberdade a partir de limitações impostas pelas regras constitucionais e legais, significando poder fazer o que não é proibido. A liberdade, para ele, é uma “estrutura institucional” ou um sistema de regras públicas que definem direitos e deveres e em que a limitação de tal liberdade só encontraria justificativa quando necessária à própria liberdade, para evitar uma restrição à liberdade ainda pior²⁴.

1.4 LIBERDADE ENQUANTO FUNDAMENTO DA AUTONOMIA E PRESSUPOSTO DA DIGNIDADE DO HOMEM.

Em Kant, a liberdade é relacional. É elemento constitutivo do ser moral, e suporte da ideia de responsabilidade. No edifício ético construído por Kant, a liberdade é a principal característica de “pessoa”, deriva da razão, importa em autonomia na esfera política e é atributo inerente do indivíduo dotado de entendimento, responsabilidade e capacidade para a tomada e decisões²⁵.

Trilhando esse caminho, Häberle vê a liberdade como elemento da integração associativa, ou ainda o pressuposto do ser político²⁶.

22 Sobre o papel protetivo da regulação conferir Isaiah Berlin: “They disagreed about how wide the area could or should be. They supposed that it could not, as things were, be unlimited, because if it were, it would entail a state in which all men could boundlessly interfere with all other men; and this kind of ‘natural’ freedom would lead to social chaos in which men’s minimum needs would not be satisfied; or else the liberties of the weak would be suppressed by the strong. Because they perceived that human purposes and activities do not automatically harmonise with one another, and because (whatever their official doctrines) they put high value on other goals, such as justice, or happiness, or culture, or security, or varying degrees of equality, they were prepared to curtail freedom in the interests of other values and, indeed, of freedom itself. For, without this, it was impossible to create the kind of association that they thought desirable. Consequently, it is assumed by these thinkers that the area of men’s free action must be limited by law”. (BERLIN, 2002, p. 170-171).

23 Friedrich Müller afirma que “A realidade desautoriza falar de uma liberdade «pré»-estatal do indivíduo, independente da ação do Estado.” (MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais especialmente com base na teoria estruturante do direito. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Taravilla, n. 7, p. 317, 2003.). Conferir ainda Horst Dreier, onde afirma que a liberdade não é ilimitada nem mesmo num Estado de Direito Democrático e que a autoterminação política está sujeita a limites constitucionais, dentre outros os previstos nos artigos 9 II, 18 e 21 II (GG). (DREIER, Horst. Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat. *JuristenZeitung*, Tübingen, n. 15/16, p. 741., aug. 1994.)

24 Montesquieu, em que afirma: “Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode existir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer... A liberdade é o direito de poder fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam esse poder.” (MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 167). Cf. ainda John Rawls e a ideia de liberdade regulada nos estritos limites da necessidade. A proteção contra interferências desnecessárias também foi sufragada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, que a relaciona como pressuposto do direito geral de liberdade e do Estado de direito. *BVerfGE* 17, 306 (313-314). (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4. ed. Trad. Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 2017. p. 168 e 177.

25 A pessoa enquanto ser moral definida por Immanuel Kant, a qual não pode ser valorada meramente como um meio para atingir finalidades alheias ou mesmo próprias, mas como um fim em si mesma, dotada de dignidade que exige o respeito de todos os outros seres racionais do mundo. Assim, a humanidade de um, em sua consequente liberdade, impõe a exigência de reconhecimento da humanidade de todos, em razão de igualdade. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*: a doutrina do direito e a doutrina da virtude. Trad. Edson Bini. Baurur: Edipro, 2003. p. 19-55). Conferir também Hans Kelsen, para quem “somente porque o homem é livre é que o podemos fazer responsável por sua conduta.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 2. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 104). Uma análise mais acurada acerca da ideia de liberdade em Kant pode ser encontrada em Joaquim Carlos Salgado, onde relaciona a liberdade com vontade e autonomia, lugar central do pensamento kantiano. (SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant: seus fundamentos na liberdade e na igualdade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 149-182). Importante, ainda, Isaiah Berlin, no qual registra que a autonomia e a liberdade no pensamento Kant decorrem da possibilidade de autoimposição da lei. É livre quem obedece a lei que escolheu: “I am free because, and in so far as, I am autonomous. I obey laws, but I have imposed them on, or found them in, my own uncoerced self. Freedom is obedience, but, in Rousseau’s words, ‘obedience to a law which we prescribe to ourselves’, and no man can enslave himself.” (BERLIN, op. cit., p. 183).

26 Conforme Peter Häberle, a liberdade de opinião, consciência, reunião, associação, voto, etc. são fundamentais para existência do cidadão político do qual depende a democracia, e que apenas alguém que tenha assegurado seus direitos fundamentais pode exigir responsabilidade dos governantes. (HÄBERLE, 2003, p. 20).

Fruto das concepções antes expostas, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão relaciona a autodeterminação responsável e liberdade regulada à dignidade humana. Reconhece que a autoridade do Estado, em todas as suas manifestações, tem a obrigação de respeitar e proteger a dignidade humana, inerente à ideia de homem enquanto ser espiritual-moral e projetado para se autodeterminar e desenvolver livremente. Essa liberdade, contudo, não é a de um indivíduo isolado e autocrático, mas de um indivíduo vinculado à comunidade que deve se submeter às limitações impostas pelo legislador e necessárias à convivência social, desde que razoavelmente exigíveis e preservada a autonomia²⁷.

Só o indivíduo dotado de liberdade é capaz de impor a si próprio e internalizar um conjunto de regras, de modo a consentir que eventuais divergências envolvendo seus interesses sejam solucionadas por um mediador que encarna este “eu social” e é representado pelo Direito²⁸.

O rápido passeio sobre os variados aspectos da ideia de liberdade mostra-se necessário para o estudo acerca da existência ou não de um núcleo de direitos intangível aos instrumentos de harmonização e ponderação. Os conceitos de natureza humana e liberdade tecidos pela filosofia política guardam íntima relação com o Direito. Foram e são comumente o combustível de importantes movimentos que resultam em alterações sociais significativas, desde revoluções sangrentas como a de 1789 – que inaugurou a nova concepção de Estado pautada na ideia de nação/soberania popular/liberdade/império da lei – até a superação de uma racionalidade meramente individual em prol de uma racionalidade social, onde a pretensão individual de liberdade não pode ser incompatível com a pretensão de liberdade do outro²⁹.

É neste campo – a última reserva – que em geral operam as intervenções legislativas de caráter restritivo e as decisões judiciais que buscam solucionar as colisões entre direitos fundamentais, as quais comumente ingressam em uma esfera crítica de limitação das liberdades e despertam questionamentos quanto à extensão e legitimidade da ação estatal.

27 Sobre o dever que tem o indivíduo de suportar os obstáculos à sua liberdade de ação impostos pelo legislador objetivando a manutenção e promoção da coexistência social conferir *BVerfGE* 45, 187 (227-228): “Der Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht;”

28 Conferir ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 71. O autor afirma que apenas indivíduos que se reconhecem entre si como associados tendem a colaborar para o respeito recíproco de suas liberdades e aceitar a intervenção de uma consciência superior que seja o reflexo e represente a sua união e que é expressa pelo Direito. Conferir também Herbert L. A. Hart, segundo o qual o poder coercitivo do Direito e do governo não pode estabelecer-se apenas pela força, sem contar com a cooperação voluntária de uma maioria de indivíduos que aceite o sistema de regras e lhe confira “autoridade”. (HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. p. 217).

29 Cf. Isaiah Berlin, que refere a construção de uma racionalidade social a partir do conflito entre liberdades individuais: “My claim to unfettered freedom can prima facie at times not be reconciled with your equally unqualified claim; but the rational solution of one problem cannot collide with the equally true solution of another, for two truths cannot logically be incompatible; therefore a just order must in principle be discoverable - an order of which the rules make possible correct solutions to all possible problems that could arise in it.” (BERLIN, op. cit., p. 192). Conferir ainda Klaus Stern, que afirma ser a comunidade representada pelo Estado e este, ao desenvolver o implemento dos direitos fundamentais, precisa atender também aos interesses comunitários que assumiu. (STERN, Klaus. El sistema de los Derechos fundamentales en la República Federal de Alemania. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, España, n. 1, p. 272, sep./dic. 1988).

Então, questiona-se, poderia o Estado na consecução dos objetivos sociais a que se propõe conformar direitos fundamentais e as liberdades que deles decorrem até o ponto de inviabilizar a oportunidade de exercício por seus titulares, reduzindo, dessa forma, a eficácia prática e o caráter de normatividade do direito regulado?

Investigar se os direitos fundamentais de defesa e liberdade possuem uma medida em si, imanente³⁰, assegurada de forma prévia e absoluta capaz de ser aferida independentemente e por métodos tradicionais de hermenêutica, ou se medida de um direito fundamental é justamente o resultado das operações de ponderação com os demais direitos assegurados na Constituição, é o que se pretende a seguir.

2. O PAPEL DESEMPENHADO PELO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO REGRAMENTO CONSTITUCIONAL

Embora o Estado tenha por característica a possibilidade do emprego legítimo da violência, que o autoriza a promover uma intervenção crítica na esfera individual para conformar as vontades ao modelo de comportamento socialmente esperado³¹, o desenvolvimento histórico e cultural do ocidente culminou, em contrapartida, por construir um modelo de Estado constitucional vinculado uma pauta material de valores expressa pela dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, no qual não há espaço para a arbitrariedade³².

É próprio das sociedades abertas e plurais a ideia de que no processo de constituição do Estado nem toda a liberdade foi alienada. Os indivíduos reservaram para si trunfos políticos³³ que se materializam em direitos fundamentais dotados de uma proteção especial, na qual é resguardado um conteúdo insuscetível de supressão, assegurando a todos o que Tribunal Constitucional Federal Alemão denominou de “âmbito nuclear totalmente protegido”³⁴.

30 Sobre o caráter imanente dos direitos fundamentais vide HÄBERLE, 2003, p. 51-58.

31 Conferir a definição de Estado, “O Estado moderno é um agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que procurou (com êxito) monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão. (...) A violência não é, evidentemente, o único instrumento de que se vale o Estado — não haja a respeito qualquer dúvida —, mas é seu instrumento específico.” (WEBER, Max. *Ciência e Política*: duas vocações. Trad. Leônidas Egenberg e Octayn Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 57). Sobre o tema também, MOMO, Airton; MOMO, Tânia. Combate à corrupção e validação de provas obtidas por meios ilícitos: balizas éticas da persecução penal no Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA FILHO, Ênio (Org.). *O combate à corrupção no Brasil*: novas estratégias de prevenção e enfrentamento. Palmas: ESMAT, 2018, p. 353.

32 NOVAIS, 2017, p. 21 et seq. Ainda HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. 2. ed. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2018. p. 1-5.

33 Ronald Dworkin, define trunfos políticos como sendo aqueles direitos que, por alguma razão, uma meta coletiva não é justificativa suficiente para negar-lhes o que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não justifica suficientemente que se lhes imponha uma perda ou prejuízo. (DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. de Marta Guastavino. 5. reimpr. Barcelona: Editorial Ariel, 2017. p. 34). Conferir ainda DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (Org.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 153-167, onde o autor faz uma análise mais acurada da necessidade de proteção de determinados direitos de minorias frente aos objetivos políticos da maioria, questionando os limites do argumento utilitarista em uma sociedade plural. Na mesma linha Jorge Reis Novais, o qual estabelece uma relação entre dignidade da pessoa humana e a teoria dos direitos fundamentais como trunfos, os quais configurariam obstáculo à “coisificação” e a “instrumentalização degradante”, pressuposto para a conformação responsável da própria vida com autonomia e liberdade. (NOVAIS, op.cit., p. 43-53).

34 Lothar Michael, indica a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais como decorrência lógica da garantia institucional de proibição da arbitrariedade, referindo o que Tribunal Constitucional Alemão denomina de “âmbito nuclear totalmente protegido”, em nota 18 a referência ao julgado (BVerfGE 109, 279, Ls. 2 - *Escuchas e intromisiones ilegales*). (MICHAEL, Lothar. ¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa? *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, n. 11, p. 165-188, 2009).

Os direitos fundamentais expressam liberdades ou faculdades jurídicas, e por essa razão possuem um conteúdo ou alcance material definido pelo âmbito normativo, que Hesse³⁵ identifica como “a parte da realidade objeto da garantia” e moldada pela norma. A delimitação deste conteúdo material, no entanto, raramente é realizada na Constituição³⁶. Em geral, a coordenação das condições necessárias à garantia dos direitos fundamentais e essenciais para a vida da coletividade são confiadas ao legislador, a quem é conferida ampla margem de discricionariedade política para interpretar os anseios sociais e a realidade do seu tempo³⁷. Com isso, é tarefa do legislador estabelecer os limites e as condições para a realização material dos direitos fundamentais consagrados na Constituição sempre em máxima medida possível³⁸, respeitado o conteúdo essencial do direito fundamental.

O legislador, no exercício da regulação que limita direitos fundamentais, deve observar os parâmetros previstos na própria Constituição, a exemplo do artigo 19, 1 e 2, GG, onde consta que deve fazê-lo mediante lei geral, que indique expressamente o direito atingido e o artigo correspondente em que está previsto, além ser vedada a violação da essência do direito fundamental. A Constituição Portuguesa parece oferecer ao legislador um caminho mais estreito, vez que, por força do artigo 18.º, n.º 2 e 3, além da imposição do caráter de abstração e generalidade e proibir a diminuição e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucional, exige, ainda, que restrições aos direitos, liberdades e garantias limitar-se-ão ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Os direitos fundamentais oportunizam as condições para a livre participação e cooperação ativa na comunidade, conferindo, primariamente, uma esfera de proteção da liberdade individual contra invasões indevidas da autoridade do Estado³⁹. São diretamente aplicáveis e vinculam as autoridades públicas, segundo o artigo 1, 3, GG. Na hipótese de violação, a proteção jurídica contra a vulneração desses direitos pelo poder público necessita ser adequada e, na Constituição Alemã, é concretizada pela norma do Art. 19, 4⁴⁰, que garante o recurso à via judicial àqueles que tiverem seus direitos violados pelo poder público.

35 HESSE, 1998, p. 251-257.

36 Podem ser trazidos como exemplos de limites ao direito fundamental impostos pela própria norma constitucional o artigo 9, I e II da GG – onde a liberdade de associação é condicionada à finalidade lícita, estando de plano excluído o direito quando a finalidade das associações sejam contrárias às leis penais ou estejam orientadas contra a ordem constitucional ou os ideais do entendimento entre os povos – ou também o artigo 8, 1, da GG, da qual se abstrai que apenas há liberdade de reunião com fins pacíficos e sem armas, excluídas as violentas. Em sentido semelhante consagra a CRP no artigo 45º, I, o direito de reunião apenas com objetivos pacíficos e sem armas, e, no artigo 46º, I, a livre associação desde que não se destine a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à lei penal.

37 Cf. Vitalino Canas, onde estabelece distinções entre a metódica da proibição de excesso voltada ao controle judicial e a aplicável na atividade legislativa e afirma, que “o ato de legislar pode ser estimulado por apelos populares mais ou menos difusos; mas normalmente não corresponde a uma simples resposta intuitiva, instintiva ou emocional a tendências populares, implicando escolhas que correspondem a razões decorrentes de juízos morais do legislador.” (CANAS, op. cit., p. 36).

38 Conforme Vitalino Canas, a utilização da metódica da proibição de excesso impede que adote uma norma com efeitos mais extensos do que o necessário para atingir os efeitos positivos desejados ou cujo saldo da operação seja deficitário, mas não vincula o legislador a mandados de otimização no sentido expresso por Alexy. Este último aspecto estaria fora da possibilidade de controle pelo Tribunal Constitucional. (Idem, *ibid.*, p. 1156-1157).

39 Conferir *BVerfGE* 21, 362 (369): “Das Wertsystem der Grundrechte geht von der Würde und Freiheit des einzelnen Menschen als natürlicher Person aus. Die Grundrechte sollen in erster Linie die Freiheitssphäre des Einzelnen gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt schützen und ihm insoweit zugleich die Voraussetzungen für eine freie aktive Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen sichern.”

40 A aplicabilidade imediata e vinculação dos poderes aos direitos fundamentais está assegurado no artigo 1, 3, GG. Sobre os instrumentos de que dispõe o indivíduo para a defesa dos direitos fundamentais, conferir *BVerfGE* 35, 382 (401) “Die sich bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebende allgemeine Forderung nach einem angemessenen Rechtsschutz gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt wird durch die positive Verfassungsnorm des Art. 19 Abs. 4 GG erfüllt.”

De forma semelhante, o artigo 18.º da Constituição Portuguesa, intitulado como “força jurídica”, prevê que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis, vinculam a todos, as entidades públicas e privadas, e, na hipótese de se mostrarem necessárias restrições para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, que a lei observe carácter geral e abstrato, sem efeito retroativo, havendo expressa vedação de que a disposição normativa reduza ou diminua a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais⁴¹. Há, também, previsão de uma tutela específica para os direitos, liberdades e garantias pessoais, que deve ser célere e prioritária, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações⁴².

Embora as leis fundamentais portuguesa e alemã possuam previsões normativas similares, Vitalino Canas explica que diferentemente da Constituição alemã, onde o artigo 19, 2, assegura que em nenhum caso um direito fundamental poderá ser violado em sua essência, a norma constitucional Portuguesa dirige a limitação do legislador à redução do alcance e extensão dos preceitos constitucionais e estabelece clara distinção entre o enunciado normativo e o direito por ele garantido⁴³.

3. NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA

Embora possuam diferentes funções e características, as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais não podem ser dissociadas em razão de serem correlatas. O indivíduo somente pode postular a defesa de um direito que está estabelecido objetivamente pela ordem jurídica, quer em decorrência de norma explícita que garante a proteção de uma situação concreta, ou abstraído do sistema de valores tutelado pela Constituição. Das normas que limitam o poder e impõem ao Estado deveres de proteção a determinadas esferas jurídicas é que surgem

41 A esse respeito J. J. Canotilho e Vital Moreira afirmam: “O regime próprio dos direitos, liberdade e garantias não proíbe de todo a possibilidade de restrição, por via de lei, do exercício de direitos, liberdades e garantias. Mas submete tais restrições a vários e severos requisitos. Para que a restrição seja constitucionalmente legítima torna-se necessária a verificação *cumulativa* das seguintes condições: (a) que a restrição esteja expressamente admitida (ou, eventualmente, imposta) pela Constituição, ela mesma (nº 2, 1ª parte); (b) que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (nº 2, *in fine*); (c) que a restrição seja exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objetivo (nº 2, 2ª parte); (d) que a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o conteúdo essencial do respectivo preceito (nº 3, *in fine*).” (CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 149-150). No mesmo caminho, Paulo Otero afirma que “não há relevância jurídica da soberania popular fora dos quadros definidos pela Constituição” e refere a subordinação do exercício do poder político ao quadro normativo constitucional como forma de “domesticar” o exercício do poder. (OTERO, Paulo. *Direito constitucional português II: organização do poder político*. Coimbra: Almedina, 2010. pp. 123-127). Ou, ainda Aharon Barak, o qual aponta para a essencialidade da dicotomia entre o corpo constituinte – que delimita a natureza fundamental do direito e os mecanismos para a modificação – e o corpo legislativo – que define os meios de realização dos direitos fundamentais – na medida em que confere ao indivíduo ou à minoria um escudo que pode ser usado contra a tirania exercida por uma maioria. (BARAK, Aharon. *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Trad. Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2017. p. 57).

42 Conferir artigo 20.º, n.º 5, CRP.

43 Vitalino Canas afirma que “um direito ou uma posição jurídica subjetiva podem ser atingidos por uma norma jurídica ou por um ato individual e concreto como uma sentença judicial ou um ato administrativo. Diversamente, um preceito constitucional, com estrutura normativa, só pode ser restringido por um ato com estrutura igualmente normativa.” O ato concreto por cumprir ou descumprir a norma extraída do preceito normativo, mas, por inviabilidade lógico formal, nunca o pode restringir. Afirma que o limite estabelecido na Constituição Portuguesa é mais restritivo que previsto na Constituição Alemã, dirigindo-se às restrições normativas estabelecidas por meio lei. (CANAS, op.cit., p. 496 e 509) Em sentido semelhante vide também ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. João Costa. Lisboa: Escolar Editora, 2014. p. 163 168, sobre a distinção entre norma e proposição normativa.

os direitos do indivíduo à abstenção ou prestação exigível⁴⁴, bem como o acesso eficaz a um sistema de controle sem o qual tais direitos seriam meros programas.

3.1 ASPECTO SUBJETIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO “PRIVILÉGIOS”: FUNÇÕES DE DEFESA (DIREITO À ABSTENÇÃO OU NÃO INTERFERÊNCIA)

Os direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa, voltados à assegurar a esfera de liberdade do indivíduo contra a interferência indevida do poder estatal, já encontram expressão na Declaração de Direitos do Homem de 1789, onde consta que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, que as distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum e que a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem⁴⁵. São direitos clássicos que conferem ao titular uma posição jurídica de “privilégio” contra o Estado. Conforme Hohfeld⁴⁶, privilégio é o oposto de um dever e o correlativo a um “não direito”, confere aos titulares uma vantagem jurídica peculiar que permite exigir uma omissão, ação ou tolerância aos que por via dele ficam obrigados. O que os direitos fundamentais asseguram ao particular em margem de decisão e de atuação em contrapartida é retirado ao Estado objetivamente⁴⁷. Isso significa que os direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva asseguram uma espécie de direito de resistência contra intervenções indevidas no âmbito da liberdade individual.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha ao proferir o emblemático veredito *Lüth* em 1958 traçou as linhas desse entendimento ao afirmar que os direitos fundamentais visam, acima de tudo, proteger a esfera de liberdade do

44 Neste sentido Bodo Pieroth e Bernhard Schlink: “Assim, de deveres de proteção surgem direitos à proteção, e de critérios de conformação da participação em instituições, em prestações e em procedimentos surgem direitos de participação. Na retrospectiva sobre a evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela-se como uma ‘parteira’ de novos direitos subjetivos.” (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 98, livro eletrônico). Na mesma linha Horst Dreier: “Aus den Grundrechten erwachsen also gewissermaßen bestimmte Ansprüche, wobei zusätzlich zu bedenken ist, daß alle subjektiven Berechtigungen auf objektiven Rechtsnormen beruhen: die subjektiven Abwehrrechte des einzelnen sind die Rechtsfolge der objektiven Grundrechtsnormen” (DREIER, Horst. *Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte*. *JURA:Juristische Ausbildung*. n. 505, p. 506, okt. 1994).

45 Cf. Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789: “Article 1er-Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune. Article 2-Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l’oppression.” Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Sobre o tema vide Konrad Hesse “Como direitos do homem e do cidadão, os direitos fundamentais são, uma vez, direitos de defesa contra os poderes estatais. Eles tomam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu status jurídico-constitucional pelos poderes estatais no caminho do direito. Em uma ordem liberal constitucional são necessários tais direitos de defesa, porque também a democracia é domínio de pessoas sobre pessoas, que está sujeito às tentações do abuso de poder, e porque poderes estatais, também no estado de direito, podem fazer injustiça. Asseguramento eficaz da liberdade e igualdade do particular toma, por conseguinte, mais além da configuração das ordens objetivas da democracia e do estado de direito, necessária a garantia de direitos subjetivos à liberdade e igualdade.” (HESSE, 1998, p.235).

46 Cf. Wesley Newcomb Hohfeld, o qual refere: “‘A duty or a legal obligation is that which one ought or ought not to do. ‘Duty’ and ‘right’ are correlative terms. When a right is invaded, a duty is violated.” Ensina, ainda, “A ‘liberty’ considered as a legal relation (or ‘right’ in the loose and generic sense of that term) must mean, if it have any definite content at all, precisely the same thing as privilege...”; “As indicated in the above scheme of jural relations, a privilege is the opposite of a duty, and the correlative of a ‘no-right.’”; “...it is not surprising that the English word “privilege” is not infrequently used, even at the present time, in the sense of a special or peculiar legal advantage (whether right, privilege, power or immunity) belonging either to some individual or to some particular class of persons.” (HOHFELD, Wesley Newcomb. *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 23, n. 1, p. 24-38, 1913. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2324&context=yjl>. Acesso em: 06 mar. 2019).

47 PIEROTH, SCHLINK, 2019, p.114-115, livro eletrônico.

indivíduo contra invasões da autoridade pública; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Este é também o significado dos direitos fundamentais na Lei Fundamental, que, com a precedência da seção dos direitos fundamentais, quis enfatizar o primado do homem e sua dignidade sobre o poder do Estado⁴⁸.

Eles constituem, na lição de Horst Dreier, direitos do cidadão de se defender contra o oponente da liberdade individual, o Estado, sendo uma das poucas doutrinas geralmente aceitas e sempre enfatizada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, que ressalta a defesa subjetiva, o lado negativo ou do dever de abstenção que constitui o centro do sistema de dogmática dos direitos fundamentais e funciona como ponto de referência para todas as expansões das dimensões dos direitos fundamentais. Na função de defesa, os direitos fundamentais protegem um distrito privado do acesso do Estado, permitindo assim a autodeterminação individual e a vida autônoma⁴⁹.

Necessário esclarecer, por fim, que intervenção e violação de um direito fundamental são figuras distintas, já que o fato de serem considerados direitos de defesa não impede que o Estado estabeleça limites para o exercício desses direitos. Os direitos fundamentais não podem ser interpretados de forma simplista, apenas sob a dimensão negativa, como o resultado de uma subtração de todas as proibições estatais⁵⁰, o que se exige é que essa restrição obedeça limites formais de competência e também limites materiais ou substanciais que acabam por ser sinônimos da proteção do núcleo essencial, na medida em que a proteção deste núcleo diz diretamente com a preservação de posições jurídicas subjetivas, tendo em conta os titulares dos direitos constitucionalmente reconhecidos⁵¹.

48 Neste sentido *BVerfGE* 7, 198 (204-205): “Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitsphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben. Diesen Sinn haben auch die Grundrechte des Grundgesetzes, das mit der Voranstellung des Grundrechtsabschnitts den Vorrang des Menschen und seiner Würde gegenüber der Macht des Staates betonen wollte.” A importância do julgamento Lütth é amplamente reconhecida e Robert Alexy chega a afirmar que o julgamento estabeleceu as seguintes premissas para os julgamentos posteriores do Tribunal Constitucional Federal Alemão: a primeira ideia básica da decisão de Lütth é que os direitos constitucionais têm não só o carácter de regras, mas também o carácter de princípios. A segunda ideia, intimamente ligada à primeira, é que os valores ou princípios encontrados nos direitos constitucionais se aplicam não só à relação entre o cidadão e o Estado, mas, muito além disso, “a todas as áreas do direito”. Graças à isso, em um aspecto objetivo, criou um “efeito irradiante” dos direitos constitucionais sobre todos os âmbitos do Sistema legal. Os direitos constitucionais tornam-se omnipresentes. A terceira ideia está implícita na estrutura de valores e princípios que tendem a colidir e que só podem ser resolvidas com equilíbrio. A lição da decisão de Lütth que é mais importante para o trabalho jurídico cotidiano é a de que um equilíbrio de interesses torna-se necessário. (ALEXY, Robert. *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 113, jun. 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019).

49 Horst Dreier: “Daß Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den als Widerpart individueller Freiheit gedachten Staat sind, zählt zu den wenigen allgemein konsentierten Lehren und ist auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stets hervorgehoben worden. Die subjektiv-defensive, negatorische Seite bildet gleichsam die Systemmitte der Grundrechtsdogmatik und fungiert für alle Weiterungen der Grundrechtsdimensionen als Bezugspunkt. In ihrer abwehrrechtlichen Funktion schirmen Grundrechte einen privaten Bezirk vor dem staatlichen Zugriff ab, um so individuelle Selbstbestimmung und autonome Lebensgestaltung zu ermöglichen.” (DREIER, 1994, p. 505).

50 Cf. Friedrich Müller: “Os direitos fundamentais justamente não são urna patrimônio residual (Restbestand) obtido pela subtração de todas as proibições estatais; eles não são um «direito negativo de polícia», mas, muito pelo contrário, o fundamento normativo do desenvolvimento (Entfaltung) social e político de cidadãos e pessoas livres. São garantias materiais, determinadas positivamente pelos seus conteúdos e pelo efeito destes.” (MÜLLER, 2003, p. 316).

51 Vide CANAS, op. cit., p. 497; no mesmo sentido J. J. Canotilho E Vital Moreira, os quais apontam o problema de saber “qual é o objeto de protecção da norma, se esta protege o conteúdo essencial da garantia geral e abstracta ou antes o conteúdo essencial da posição jurídica e individual de cada cidadão. A expressão ‘preceitos constitucionais’ utilizada na Constituição parece apontar para a necessidade de se tomar assim em consideração os direitos fundamentais como *bens jurídicos objetivos* (sem, contudo, abstrair do facto de se tratar sempre de direitos fundamentais com sujeito).” (CANOTILHO, MOREIRA, 1993, p. 153). Jorge Miranda e Rui Medeiros referem a “multifuncionalidade dos direitos fundamentais” e, acerca da dimensão subjetiva e posições de vantagem, esclarecem que após a restrição deve o direito fundamental “conferir aos titulares posições jurídicas com algum relevo”. (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora,

3.2 DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O caráter objetivo dos direitos fundamentais expressa a ideia de superioridade das normas constitucionais, as quais não apenas reconhecem aos indivíduos garantias subjetivas de proteção de direitos frente ao poder estatal – que legitimam o lesado a promover a defesa destes interesses – mas vinculam, orientam e conformam a totalidade do ordenamento jurídico⁵², forçando-o a observar um conteúdo axiológico específico expresso na pauta de valores veiculada na Constituição⁵³. Daí resulta que o respeito aos direitos fundamentais deve permear todos os âmbitos do ordenamento jurídico e constitui suporte de legitimidade a qualquer ato de Estado – o qual foi incumbido de implementar medidas de cunho procedimental e organizativo que possibilitem maximizar a fruição das garantias neles consagradas⁵⁴.

A dimensão material do caráter objetivo do direito fundamental exige uma proteção jurídica eficaz e tão completa quanto possível contra atos da autoridade pública e assegura aos indivíduos os instrumentos necessários para fazer valer seus direitos⁵⁵.

Os direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, segundo Hesse, representam as bases da ordem estatal-jurídica da Lei Fundamental, normalizam princípios da estatalidade jurídica e determinam o objetivo, os limites e o modo de cumprimento das tarefas estatal-sociais⁵⁶. Em face do caráter de universalidade afetam potencialmente todos os âmbitos jurídicos e – na medida em que o alcance dos direitos fundamentais não está previamente estabelecido – atuam como mandados de otimização que se realizam de acordo com as possibilidades reais de implementação⁵⁷. O exercício das competências legislativas, administrativas e jurisdicionais, portanto, só podem seguir o caminho definido pelos direitos fundamentais⁵⁸.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão conferiu relevância à dimensão objetiva dos direitos fundamentais antes mesmo do emblemático caso *Lüth*. Ao julgar o caso *Elfes*, em 1957, afirmou sua competência para monitorar o compromisso do legislador com os padrões da constituição, asseverando que as leis não são constitucionais pelo simples fato de terem sido formalmente aprovadas. Elas também devem estar materialmente alinhadas com os mais altos valores fundamentais da

2017, v. 1, p. 233 e 290). Também DREIER, op. cit., p. 506.

52 Sobre os direitos fundamentais como garantias frente ao legislador e normas de conformação, que possuem pretensão de validade frente ao ordenamento jurídico, vide HÄBERLE, 2003, p. 48-51.

53 Sobre o tema com maior profundidade conferir BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p.105-136. Sobre a força normativa da Constituição vide CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1147-1170. A estreita relação entre princípios e valores, normas deontológicas (princípios e regras) e normas axiológicas (regras de valoração e critérios de valoração) conferir ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 138-172.

54 Cf. *BVerfGE* 8, 274 (326), onde consta ser requisito do Estado de Direito a mais ampla proteção judicial contra a violação da esfera jurídica do indivíduo por interferência de autoridades públicas, garantida pelo Artigo 19 (4) GG.

55 A garantia do procedimento adequado à defesa do direito assegurado, ver *BVerfGE* 110, 77 (85): “Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab ist Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. a) Diese Norm enthält ein Grundrecht auf wirksamen und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt (vgl. *BVerfGE* 67, 43 [58]; 96, 27 [39]; 107, 395 [401 ff.]). Die in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verbürgte Effektivität des Rechtsschutzes wird in erster Linie von den Prozessordnungen gewährleistet. Sie treffen Vorkehrungen dafür, dass der Einzelne seine Rechte auch tatsächlich wirksam durchsetzen kann und die Folgen staatlicher Eingriffe im Regelfall nicht ohne die Möglichkeit fachgerichtlicher Prüfung zu tragen hat (vgl. *BVerfGE* 96, 27 [39]).”

56 HESSE, 1998, p.241.

57 BÖCKENFÖRDE, 1993, p.126. Ainda ALEXY, 1993, p. 86-87.

58 Nessa linha PIEROTH, SCHLINK, 2019, p. 93-94.

ordem básica democrática livre que forma um ‘sistema de valores constitucionais’, ou ainda corresponder aos princípios constitucionais fundamentais não escritos, às decisões fundamentais da Lei Básica, ao princípio do Estado de Direito e do Estado de bem-estar. Acima de tudo, as leis não devem violar a dignidade do homem, que é o valor supremo da Lei Básica, nem limitar a liberdade espiritual, política e econômica⁵⁹.

Outro importante aspecto do caráter objetivo dos direitos fundamentais é que irradiam de tal forma seus efeitos ao ordenamento que exigem do Estado a institucionalização de certos procedimentos e formas de organização que permitam uma concreta e efetiva garantia de fruição, fornecendo argumentos para a formação de uma jurisprudência protetiva dos direitos sociais que assegure o direito à moradia, educação, formação profissional e assistência médica, como pré-condições necessárias para a realização significativa das liberdades⁶⁰.

Importante ressaltar, no entanto, que a fiscalização do TCF não se dirige à decisão sociopolítica do legislador – detentor da legitimidade democrática. A liberdade de conformação do legislador deve ser reconhecida e respeitada, nos limites do sistema axiológico (*wertsystem*) da Constituição. A intervenção judicial deve limitar-se tão somente à correção de opções manifestamente errôneas e incompatíveis com o sistema de valores da Lei Básica⁶¹.

4. CORRENTES ABSOLUTAS E VARIANTE MISTA DO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 TEORIAS ABSOLUTAS

As teorias objetivas partem da concepção de que a dignidade humana, da qual decorrem todos os outros direitos fundamentais reconhecidos na Constituição, já existia como ideal de respeito individual-ético antes de ser positivada de forma independente pelo artigo 1, I GG, e constitui um direito absoluto ao respeito, prévio à própria criação do Estado. Esta esfera assegurada permite a cada ser humano, por sua própria decisão, tomar consciência de si, determinar-se e moldar-se a si

59 *BVerfGE* 6, 32 (40-41): “... die Verfassungsgerichtsbarkeit überwacht die Bindung des Gesetzgebers an die Maßstäbe der Verfassung. Gesetze sind nicht schon dann “verfassungsmäßig”, wenn sie formell ordnungsmäßig ergangen sind. Sie müssen auch materiell in Einklang mit den obersten Grundwerten der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als der verfassungsrechtlichen Wertordnung stehen, aber auch den ungeschriebenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und den Grundentscheidungen des Grundgesetzes entsprechen, vornehmlich dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und dem Sozialstaatsprinzip.”

60 Sobre o tema conferir Mattias Kumm, o qual afirma: “As far as the scope of constitutional rights is concerned, the consequences of the “radiation” thesis have been enormous. First, the Court insisted that constitutional rights required the institutionalization of certain procedures and forms of organization. These ranged from specific judicial and administrative procedures to complex statutory intervention to secure freedom of broadcasting and to establish a pluralistic television broadcasting system free from state control and pluralistic. Second, the door was opened to claims that the state is required to take specific action to protect individuals adequately from the acts of third parties. Cases the court has had to address range from claims that the state is required to tighten up nuclear reactor safety standards, so as to adequately protect the rights holder from the dangers of a nuclear power plant, to claims that the state is under a constitutional duty to comply with the demands of terrorist kidnappers to free certain prisoners in order to protect the life of the kidnapping victim... Finally, the radiation thesis also provided the grounds for the development of a jurisprudence concerning social rights. According to Alexy, there are good grounds for recognizing a definitive right to basic accommodation, education, job training and healthcare. Exercise of these rights is linked to enjoyment of the necessary preconditions for the meaningful realization of liberties.” (KUMM, Mattias. *Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional law. A Theory of Constitutional Rights*, International Journal of Constitutional Law, New York, v. 2, n. 3, pp.585-586, jul. 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/2.3.574>. Acesso em: 14 jun. 2019.)

61 *BVerfGE* 13, 97 (107): “Den Anschauungen des Gesetzgebers hierüber darf es die Anerkennung nur versagen, wenn sie offensichtlich fehlsam oder mit der Wertordnung des Grundgesetzes unvereinbar sind.” No mesmo sentido, *BVerfGE* 14, 288 (301).

próprio e ao meio em que vive. Tal dimensão de liberdade, que deve ser a mesma para todos, possui um duplo caráter, abstrato e concreto.

O abstrato, isto é, o que resulta na liberdade enquanto tal, é intrínseco ao próprio homem e pode não existir como possibilidade de realização no ser humano concreto em todos os momentos, mas configura uma capacidade potencial, que deve ser considerada ainda se um ser humano concreto (por exemplo, o doente mental) não tiver a capacidade de moldar a si próprio e a sua vida livremente, ou na hipótese de abusar dessa possibilidade da liberdade mediante a prática de crimes.

O valor intrínseco da dignidade irradia uma esfera tal de proteção que mesmo nas ocasiões em que o homem concreto, titular do direito subjetivo, admita um ataque à sua capacidade de decidir livremente – a exemplo da concordância no emprego pelo Estado de drogas da verdade – persiste a injustiça e a ilegitimidade em proceder a esta forma de esclarecimento dos fatos e obtenção de provas. A dignidade humana e os direitos fundamentais que dela derivam significam que o ser humano concreto não pode ser degradado à condição de objeto, a um mero meio, que submete a pessoa aos objetivos dos outros, dos grupos majoritários, aos objetivos do Estado. Assegura uma esfera de proteção intangível à perversão da ordem de valores, à escravidão dissimulada que faz do homem “coisa”. Dürig, embora reconheça o caráter substancial dos direitos fundamentais, aponta para a dificuldade encontrada pela ciência e prática judicial em definir o que é a “essência” de tais direitos⁶². Diante de eventuais incoerências decorrentes da relação entre a substância constitucionalmente inviolável, por um lado, e as limitações constitucionais ou legais, por outro, afirma que o TCF procura se abster da sondagem da essência e simplesmente interpreta o significado que o direito fundamental possui para a vida social como um todo, após a restrição ser aplicada naquele caso concreto.

Parejo Alfonso afirma que os direitos fundamentais, como quaisquer outros direitos subjetivos, não são ilimitados, mas estão sujeitos a um sistema de limites onde o conteúdo essencial constitui uma barreira infranqueável ao resultado do processo de concreção de todos os limites possíveis⁶³. Mas se não existe direito absoluto no sentido de total imunidade a qualquer espécie de restrição, conforme já previa o artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789 – a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo, assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos –, a fixação destes limites para o legítimo exercício dos direitos fundamentais deve, em todo caso, permitir uma concreta e irredutível posição última que constitui a essência deste direito⁶⁴.

Em uma linha mais recente, a teoria absoluta dos direitos fundamentais

62 Sobre a intangibilidade da dimensão essencial dos direitos fundamentais, seu caráter pré-existente ao Estado e o papel da dignidade humana conferir DÜRIG, 1956, p. 117-133. O autor, no entanto reconhece a dificuldade de estabelecer de forma científica em que consiste essa essência: “Wissenschaft und Praxis können sich bislang nicht rühmen, die Frage nach dem „Wesensgehalt“ der Grundrechte anders als mit ziemlich inhaltslosen Wendungen beantwortet zu haben.” Ibidem, p. 133.

63 ALFONSO, Luciano Parejo. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. *Revista española de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), a. 1, n. 3, p. 177, set./dez. 1981.

64 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: 2006. p.118. Vide ainda Luciano Parejo Alfonso, onde afirma: “De este modo, la garantía de este contenido es, al propio tiempo, un límite a la regulación (aspecto negativo) y la expresión positiva del valor asignado a los derechos fundamentales como piezas constructivas imprescindibles e insustituibles (al menos en ese contenido nuclear) del entero ordenamiento (aspecto de garantía institucional).” (ALFONSO, 1981, p. 182).

afirma que núcleo essencial é representado por regras, não por princípios, estando por consequência insuscetível às operações de ponderação.⁶⁵ É uma espécie de “núcleo fixo do preceito constitucional”⁶⁶, de cunho absoluto, autoritativo, intangível, um último reduto de conteúdo incomprimível, albergado inclusive das próprias operações de ponderação. Configura um limite definitório do direito fundamental que em nenhum caso pode ser transposto sob pena de deixar de ser aquilo que a norma que o institui se refere⁶⁷.

4.2 VARIANTE MISTA OU MITIGADA DO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As teorias mistas ou mitigadas derivam e em muito se assemelham às correntes absolutas, afirmando que os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial e um conteúdo periférico, este sim à disposição da atuação política do legislador. Tais intervenções, contudo, não são livres, desprovidas de uma vinculação jurídica, mas sujeitas ao regramento específico da proibição do excesso⁶⁸.

Com objetivo de superar o ceticismo e as críticas realizadas pelos adeptos da teoria relativa acerca da efetiva função de proteção dos limites impostos à interferência nos direitos fundamentais, Vitalino Canas propõe a adoção de uma teoria que observa aspectos absolutos e relativos, objetivos e subjetivos e tem como principais características a autonomia conceitual em relação à proibição do excesso; a força normativa jusfundamental; a identificação de um conteúdo normativo preexistente absoluto e irredutível dos direitos fundamentais e de uma zona periférica suscetível a operações de harmonização por meio da proibição do excesso; e, por fim, a dignidade da pessoa humana como direito absoluto e a prevalência dos direitos de defesa sobre o dever de prestação.

Segundo o autor, o conteúdo normativo do preceito constitucional é sempre logicamente anterior à eventual aplicação de qualquer instrumento e mediação de operações legislativas de harmonização. A configuração do conflito requer uma pré-compreensão mínima do âmbito de proteção das normas colidentes e não há como aplicar instrumento de harmonização antes de definir quais os preceitos que tutelam bens encontram-se em conflito, se estes colidem parcialmente ao nível da estatuição e em que medida, se é ou não necessária a produção de uma norma legislativa que os harmonize e, por fim, definir qual o instrumento e harmonização aplicável. Este conteúdo essencial, discernível em termos categóricos ou absolutos pode ser obtido mediante a utilização de cânones clássicos de interpretação, em especial a análise semântica da norma, a qual objetiva aclarar a intenção do constituinte quando da estatuição do direito ou garantia – sem que se lance mão do recurso à ponderação. Funciona como última barreira de proteção dos direitos fundamentais quando os demais instrumentos não impeçam a interferência, de

65 Neste sentido BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 99.

66 CANAS, op. cit., p. 498.

67 Vide MIRANDA, MEDEIROS, 2017, p. 291-292; em linha semelhante ALFONSO, op.cit., p. 180-183.

68 Vide PULIDO, 2014, p. 668.

modo a evitar que a pessoa seja reduzida a um mero objeto a serviço de interesses da comunidade⁶⁹.

Nessa linha de raciocínio, a previsão expressa do artigo 18.º, n.º 3, da Constituição Portuguesa atribuiria autonomia ao conteúdo normativo preexistente absoluto e irredutível, não sendo a intangibilidade do núcleo essencial apenas um invólucro diferente para a técnica de harmonização de conflitos normativos pautada na ponderação. Em consequência dessa autonomia, e sem recurso às operações de ponderação, seria possível falar em conteúdo essencial do preceito fundamental realizando-se apenas a interpretação exegética dos preceitos postos em causa. O autor apresenta os seguintes exemplos de violação do núcleo essencial o qual é subsumido diretamente da disposição normativa, independentemente dos instrumentos fornecidos pela proibição do excesso: uma lei que exigisse a todos professarem uma determinada religião ou permitisse o encarceramento mediante isolamento completo do recluso, ou ainda que permitisse a utilização indiscriminada de cobaias humanas para o desenvolvimento de uma medicação que pudesse salvar o mundo de uma pandemia infecciosa. Mesmo que a proibição do excesso, nesse último caso, pudesse indicar uma solução afirmativa, considerando-se possível o sacrifício de uns para salvar a vida de todos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana restaria violado e constituiria uma barreira intransponível para a validação de semelhante disposição normativa⁷⁰.

Ocorre que, segundo Vitalino Canas, “a circunstância de os direitos terem um núcleo essencial irredutível e categoricamente salvaguardado não perturba a aplicação da proibição do excesso”, pois definido esse núcleo essencial intangível – não sujeito às operações de harmonização – a coroa periférica do direito fundamental, que é relativizável, admite interferência do legislador desde que expressamente autorizada e de acordo com as restrições previstas na própria Constituição, sempre adstrita à metódica da proibição do excesso⁷¹.

Alerta o autor, no entanto, que um sistema integralmente composto por direitos absolutos não se mostraria viável, já que a intangibilidade de um direito pressupõe a relativização de outro que com ele esteja em colisão. Da mesma forma, um sistema onde os direitos fundamentais são vistos como relativos ou *prima facie* somente pode funcionar adequadamente se houver ao menos um direito absoluto que estabeleça um padrão para a resolução dos conflitos entre os direitos relativos colidentes⁷², justificando-se a adoção de uma postura mitigada. Refere que a Constituição Portuguesa é um exemplo de convivência de direitos absolutos e direitos *prima facie*, indicando como exemplo dos primeiros o direito fundamental ao processo justo e equitativo (*fair trail* previsto no artigo 20.º, n.º 4, da CRP), o qual não é suscetível de interferência relativizadora de lei que venha a permitir a existência de um processo injusto.

69 Sobre a teoria dos direitos fundamentais como princípios e a utilização de um procedimento metódico estrito para estabelecer o juridicamente devido, BOROWSKI, 2003, p. 54-56; CANAS, op. cit., p. 504-506.

70 CANAS, op. cit., p. 501-502.

71 Cf. CANAS, *ibid.*, p. 507-508 e 511-514;

72 *Id.*, *ibid.*, 2017, p. 513.

5. TEORIAS RELATIVAS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria relativa sustenta que, a não ser que se assuma uma concepção cognitivista dos valores contidos nos direitos fundamentais⁷³, a reconstrução do alcance do conteúdo essencial está intimamente ligada à ideia de conflito e é determinada por operações de ponderação, onde restam valorados os custos e benefícios entre os interesses a serem tutelados de acordo com a estrutura do direito fundamental em causa: na forma de proibição de excesso⁷⁴ quando se tratam de direitos de defesa e proibição do defeito nas hipóteses de direitos prestacionais⁷⁵.

5.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SÃO PRINCÍPIOS QUE ASSEGURAM APENAS POSIÇÕES JURÍDICAS PRIMA FACIE

As correntes relativas buscam elaborar uma nova teoria geral dos direitos fundamentais a partir da distinção estrutural entre regras e princípios. Após analisar as cinco teorias dos direitos fundamentais que Böckenförde identifica na jurisprudência do TCF – a teoria liberal ou do Estado de direito burguês, a teoria institucional dos direitos fundamentais, a teoria axiológica dos direitos fundamentais, a teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais, e a teoria dos direitos fundamentais do Estado social⁷⁶ – Alexy critica o caráter unipontual e abstrato das teses até então sustentadas e afirma que a multiplicidade dos pontos de vista que envolve a proteção dos direitos fundamentais reclama uma teoria combinada, integrativa, de caráter prático-analítico que permita, em última instância, orientar a fundamentação racional dos juízos de dever-ser dos direitos fundamentais concretos, bem como o exercício de controles intersubjetivos⁷⁷. A partir daí, elabora a teoria dos princípios como forma de reduzir a articulação irracional dos juízos de valor que objetivam alcançar o conteúdo dos direitos fundamentais mediante uma formulação estreita dos âmbitos de proteção, prática ilusória de negação ou ocultamento das colisões reais existentes⁷⁸. Com isso evita que os malabarismos discursivos conduzam a um entorpecimento dos direitos fundamentais e reduz a possibilidade de o juiz julgar de acordo com a suas noções pessoais de valor⁷⁹.

73 Carlos Bernal Pulido, sustenta que a tese espacial absoluta do conteúdo essencial é intuicionista por definição e confia na existência de uma intuição coletiva que resulta na atribuição de um poder desmedido ao Tribunal Constitucional para controlar a lei e, em contrapartida, desampara a liberdade de configuração da Constituição que possui o legislador. Complementa que aquilo que só pode ser definido pela intuição é subjetivamente incontrolável. (PULIDO, 2014, p. 652).

74 A proporcionalidade, de acordo com Mattias Kumm é amplamente usada como teste pelos juízes para determinar o limite de direito constitucionalmente garantido. Um ato de uma autoridade pública que viole o escopo de um o direito protegido ainda pode ser justificado, se for demonstrado que ele busca fins legítimos maneira proporcional. Apenas atos de autoridades desproporcionais serão atingidos alegando que violam o direito de um indivíduo. (KUMM, Matias. What do you have in virtue of having a constitutional right? On the place and limits of the proportionality requirement. *Law, Rights, Discourse: Themes of the work of Robert Alexy, Paulsen, G. Pavlakos* (Eds.), Hart, 2007. *SSRN - Public Law Research Paper*, n. 06-41, New York University Law School, p. 2, 17 dec. 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=952034>. Acesso em: 08 jun. 2019).

75 Com maior profundidade sobre os deveres de prestação e a proibição do defeito CANAS, op. cit., p. 899-964.

76 BÖCKENFÖRDE, op. cit., p.47-65.

77 Cf. Robert Alexy, onde propõe uma mescla da dimensão analítica, que tem por objeto conhecer a pluralidade sistemático-conceitual do direito válido, com a dimensão empírica da dogmática jurídica, que mira a descrição e o prognóstico da *praxis* judicial. (ALEXY, 1993, p. 29-39)

78 Idem. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. Trad. Luis Afonso Heck. In: *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 58-69.

79 Idem. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre T. G. Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 224-228

O pilar das correntes relativas dos direitos fundamentais encontra-se nas três principais obras de Alexy, embora existam inúmeros artigos onde os conceitos são atualizados: Teoria da argumentação jurídica, Teoria dos direitos fundamentais e Conceito e validade do direito.

Na primeira, busca enfrentar o problema da justificação das decisões judiciais por meio da elaboração de uma teoria da argumentação jurídica racional e contemporânea, a qual busca apresentar soluções para os seguintes problemas correntes: a incerteza da linguagem jurídica, a possibilidade do conflito de normas, a solução de casos em que não há nenhuma norma válida existente e, por fim, a possibilidade de resolução de casos especiais cuja decisão contraria a letra expressa da lei⁸⁰. Reconhece que nenhum procedimento oferece juízos de certeza conclusiva (esta não é alcançada nem mesmo nas ciências naturais), mas que emprego da técnica permite maior proximidade com as condições, critérios e regras que constituem o caráter racional da argumentação jurídica⁸¹.

Na Teoria dos direitos fundamentais, Alexy, em apertada síntese, aponta como primordial a distinção entre norma e enunciado normativo e define os traços de uma teoria das colisões e dos “limites dos limites” por meio da diferenciação estrutural entre regras e princípios. Embora ambas as formas, princípios e regras, sejam normas e, como tais, submetidas ao critério de validade (válidas ou não válidas), possuam expressões deontológicas básicas de ordem, permissão ou proibição, as regras possuem determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível, constituindo disposições de caráter autoritativo que só podem ser cumpridas ou não, verdadeiros comandos de tudo ou nada. Regras conflitantes não podem valer simultaneamente e, na hipótese de colisão, esta deve ser resolvida mediante o emprego das técnicas clássicas da especialidade ou da lei no tempo, em que pelo menos uma das regras é declarada inválida. Os princípios, de forma diversa, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, que podem ser cumpridos em diferentes graus e asseguram apenas posições *prima facie*, cujo peso depende de uma carga de argumentação. O juízo concreto do dever-ser, no entanto, expressa sempre um direito definitivo, e o percurso entre a posição *prima facie* e posição definitiva se dá através de uma relação de preferência estabelecida na lei de colisão.⁸²

5.2 A INCOMPATIBILIDADE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS ABSOLUTOS

Alexy afirma, ainda, que princípios absolutos, que não conhecem limites jurídicos, são incompatíveis com um sistema jurídico que proteja direitos fundamentais, pois se estes princípios absolutos se referirem a bens coletivos, as normas de direito fundamental individual não lhes podem fixar qualquer limite. Por outro lado, se os princípios absolutos se referirem a direitos fundamentais individuais, a solução, na hipótese de colisão com direitos fundamentais de outros indivíduos,

80 Idem. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 268.

81 *ibidem*, p. 272.

82 Sobre o tema do parágrafo cf. ALEXY, 1993, p. 80-97. Alexy estabelece, ainda, a distinção entre relação de precedência incondicionada, abstrata ou absoluta, e relação de precedência condicionada, que leva em conta o caso e indica as condições em que um princípio precede a outro, sendo que sob outras condições a precedência pode ser solucionada inversamente.

mostrar-se-ia inviável. A alternativa encontrada relaciona o caráter de princípio dos direitos fundamentais com a proporcionalidade⁸³ em suas três máximas parciais: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, que o autor denomina de postulado de ponderação propriamente dito, amplamente desenvolvido na doutrina e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão⁸⁴.

As duas primeiras, a necessidade e a adequação, configuram mandados de otimização relacionados com as possibilidades fáticas, sendo que o TCF considera preenchido o critério da necessidade quando o fim pretendido pela limitação não pode ser alcançado de outra maneira que afete o indivíduo em menor medida e a adequação é identificada como a persecução de um fim legítimo⁸⁵.

A proporcionalidade em sentido estrito ou o juízo de ponderação, por sua vez, decorre de mandados de otimização relacionados às possibilidades jurídicas. A decisão depende da aplicação da lei de colisão onde interesses que abstratamente possuem mesmo nível de proteção constitucional são ponderados, pesados na situação concreta com os princípios contrapostos, para só então fixar o que deve prevalecer e em qual medida⁸⁶. Nesta fase, a regra de julgamento impõe que quanto maior foi o grau de afetação do princípio a sofrer limitação, maior tem de ser a importância do cumprimento do princípio considerado preponderante⁸⁷.

83 Para Martin Borowski, a proporcionalidade e a ponderação constituem hoje as figuras centrais da ordem jurídica alemã. (BOROWSKI, Martin. La ponderación en la estructura jerárquica del derecho. In: ITXASO, María Elósegui (Org.). *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales*: Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2016. p. 71. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=656165>. Acesso em: 08 mar. 2019).

84 Conferir a abordagem realizada por Suzana Tavares da Silva, pp. 645-646 em que esclarece: “De acordo com aquela metódica, o tribunal deve, em primeiro lugar, analisar a adequação da medida (*Geeignetheit*), ou seja, a sua idoneidade para a prossecução do fim, o que consubstancia, também, uma expressão do óptimo de Pareto (otimização relativa em face de condições fáticas) no sentido de que nenhuma medida restritiva de um direito deve ser admitida se com ela não se visar a promoção de um outro direito ou interesse geral. Seguidamente, há-de verificar a respectiva necessidade (*Erforderlichkeit*), o que significa que tem de concluir que a medida não pode ser substituída por outra igualmente adequada (eficaz), mas menos gravosa (“mandato do meio mais benigno”, na formulação de Alexy). E, por último, o tribunal apenas há-de considerar conforme com o princípio constitucional a medida que, no âmbito do juízo de proporcionalidade em sentido restrito (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*), permita concluir que não é demasiado gravosa em relação à conveniência de alcançar o resultado pretendido (“mandato da ponderação” – também na formulação de Alexy).” (SILVA, Suzana Tavares da. O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 88, n. 2, p. 645-646, 2012.)

85 No julgado Cannabis, o TCF identifica a fase da adequação com a persecução de um fim legítimo, BVerfGE 90, 145 (172): “Ein Gesetz ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der erstrebte Erfolg gefördert werden kann;” Na mesma linha BOROWSKI, Martin – La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, n. 59, p. 38, 2000. Sobre os dois primeiros critérios da proibição do excesso, necessidade e adequação, conferir BVerfGE 17, 306 (313-314), onde o TCF afirma, em síntese, que exige o princípio do Estado de direito que o indivíduo seja protegido contra interferências desnecessárias por parte das autoridades públicas; se tal intervenção na forma de um requisito ou proibição legal for indispensável, seus pré-requisitos devem ser descritos da forma mais clara possível e reconhecível pelo cidadão; quanto mais a intervenção legal abordar manifestações elementares da liberdade de ação humana, mais cuidadosamente as razões apresentadas para sua justificativa devem ser pesadas contra a reivindicação de liberdade fundamental do cidadão. Isso significa, acima de tudo, que os meios de intervenção devem ser adequados para atingir o objetivo legislativo e não devem sobrecarregar indevidamente o indivíduo. Conferir ainda, BVerfGE 30, 292 (316) onde consta, em síntese, que os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários para atingir o objetivo pretendido. O remédio é adequado se o sucesso desejado puder ser promovido com sua ajuda; é necessário se o legislador não teve possibilidade de escolher outro instrumento igualmente eficaz e menos interferente na restrição do direito fundamental. No equilíbrio geral entre a gravidade da interferência e o peso e a urgência dos motivos que a justificam, o limite de razoabilidade deve ser respeitado. Por fim, indicando que a necessidade é considerada por alguns como a parte dogmaticamente mais segura do critério da proporcionalidade. Cf., ainda, REIMER, Philipp. *Verhältnismässigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept*. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). *Verhältnismässigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 67.

86 Sobre a fórmula da colisão, vide ALEXY, 1993, p. 104-115

87 Neste sentido Robert Alexy afirma que “quanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro”. (ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Peña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004. p. 206). Essa visão é reproduzida por Mattias Kumm, segundo o qual: “The application of the ‘balancing’ test is guided by the idea that the greater the degree of infringement, the greater the importance

Alexy refuta a ideia corrente de que existe apenas um direito fundamental absoluto reconhecido na Lei Fundamental no artigo 1, 1, a dignidade da pessoa⁸⁸, pois, embora a disposição normativa provoque essa impressão de que é absoluta, se trata de um princípio especial dotado de um amplo grupo de condições de precedência quando relacionado a princípios opostos que em parte é considerada como regra⁸⁹. Porém, por ser um conceito indeterminado e com ampla abertura semântica, o conteúdo da dignidade humana admite uma ampla gama de respostas a depender das circunstâncias do caso concreto⁹⁰. Assim, há um método específico de ponderação referente a este direito fundamental em que a relação de preferência já está posta. Por conseguinte, não deve ser questionado se o princípio da dignidade humana precede ou não a outros princípios, declara-se apenas se a limitação imposta violou ou não a dignidade humana.

A jurisprudência do TCF adota esse posicionamento em diversos julgados, embora frequentemente utilize como argumento retórico a afirmação de que a dignidade humana é valor estruturante do Estado de direito e não pode ser violada. A julgar o caso *Großer Lauschangriff*, o TCF assevera que embora a dignidade humana seja considerada princípio fundamental da constituição e o mais alto valor constitucional, o conteúdo da garantia precisa ser concretizado, observando-se a situação específica em que o conflito pode ocorrer. Na hipótese, o TCF considerou que as disposições do código de processo penal para a implementação da vigilância acústica da habitação para fins de aplicação da lei penal cumprem os requisitos constitucionais relativos à proteção da dignidade humana, com a ressalva de que se a coleta de informações atingir a área central da vida privada, totalmente protegida, os registros deverão ser excluídos⁹¹.

5.3 TEORIAS RELATIVAS E INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO ESSENCIAL

O ponto da teoria dos princípios que desperta as maiores controvérsias reside na afirmação de que o conteúdo essencial de um direito fundamental é o que subsiste após o emprego da proporcionalidade. Não há, portanto, um âmbito intangível à ponderação e as restrições que resultam do emprego da metódica da proporcionalidade não lesionam a garantia do conteúdo essencial do direito fundamental ainda que, refere Alexy, não deixem nada do direito fundamental que sofreu a limitação⁹². Reconhece a importância da dimensão objetiva da proibição de interferência no âmbito essencial do direito fundamental na medida em que retira o significado do direito para maior parte dos indivíduos ou para a vida social,

of the reasons supporting the infringement must be. Such a test provides a formal structure for the reasoned assessment of the competing concerns at stake. Whether or not a particular infringement is serious, requires an understanding of what it is about the particular interest at stake that matters morally, and what is lost when it is infringed.” (KUMM, 2006, p. 22). O TCF reforça esse método de raciocínio ao julgar o caso *Lebach*, *BVerfGE* 35, 202 (226): “Weiter ergibt sich aus diesem Richtwert, daß die erforderliche Abwägung auf der einen Seite die Intensität des Eingriffes in den Persönlichkeitsbereich durch eine Sendung der fraglichen Art berücksichtigen muß; auf der anderen Seite ist das konkrete Interesse, dessen Befriedigung die Sendung dient und zu dienen geeignet ist, zu bewerten und zu prüfen, ob und wie weit dieses Interesse auch ohne eine Beeinträchtigung - oder eine so weitgehende Beeinträchtigung - des Persönlichkeitsschutzes befriedigt werden kann.”

88 Para Robert Alexy “El concepto de dignidad humana es un concepto altamente complejo que conecta elementos descriptivos o empíricos con otros evaluativos o normativos.” (ALEXY, Robert. La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad. Trad. Alfonso García Figueroa. *Parlamento y Constitución Anuario*, Barcelona, n. 16, p. 17, 2014.).

89 Sobre a dignidade humana como regra, cf. ALEXY, 2014, p. 22.

90 *Idem*, 2004, p. 97-107.

91 *BVerfGE* 109, 279 (279-280 e 311)

92 ALEXY, 1993, p. 288.

em uma espécie de esvaziamento do conteúdo normativo da norma constitucional. Sobressai, entretanto, a dimensão subjetiva enquanto garantia de posições jusfundamentais a cada pessoa, que a legitima a adotar medidas para assegurá-las⁹³.

A lei da ponderação oferece segurança superior aos demais critérios de julgamento na preservação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais porque quanto mais intensa for a intervenção do direito a ser limitado, maior o peso de argumentação terá de possuir o direito contraposto⁹⁴. A proteção absoluta do âmbito essencial dos direitos fundamentais depende da ponderação de princípios e, em geral, não pode ser conhecida de forma direta ou intuitiva em virtude da imprecisão semântica das normas que estatuem os direitos contrapostos. Há situações, tal como a que sugere a proteção do núcleo de configuração da vida privada⁹⁵, que oferecem grau de precedência de tal ordem na aplicação da lei de colisão que em circunstâncias normais alcançam *status* semelhante ao de proteção absoluta. Isso não afasta, antes reforça a aplicação do método da proporcionalidade e a norma do artigo 19, 2, GG não oferece nenhum parâmetro adicional de restringibilidade aos direitos fundamentais que já não tenha sido conferido nas operações de ponderação⁹⁶.

CONCLUSÃO

Não há como dissociar o discurso jurídico-constitucional das ideias de liberdade e autoridade⁹⁷, pois as limitações impostas aos direitos fundamentais desafiam questionamentos sobre a legitimidade que possuem legislador e juiz⁹⁸ em restringir esferas constitucionalmente asseguradas, em especial diante da obrigatória vinculação a que estão submetidas as autoridades públicas em face dos artigos 1, 3, GG, e 18.º, nº 1, CRP.

Permanece atual a advertência de Meiklejohn⁹⁹ de que toda a autoridade constitucional para governar o Estado pertence ao próprio povo, que é, sem dúvida, governado, mas, ao mesmo tempo, governante. A liberdade política, afirma, não é a ausência de governo, é autogoverno, e por meio da Constituição o povo cria agências – legislativo, executivo e judiciário – e delega a cada uma delas poderes específicos e limitados que são considerados necessários para o desempenho de seu governo designado. Essas agências não têm outros poderes além dos expressamente definidos na ordem constitucional. Se esta mesma ordem que estabelece

93 Afirma Robert Alexy: “Cuando la Ley Fundamental estatuye algo que, por su pretensión, es tan importante como una prohibición de afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales, entonces hay que referir esto, por lo menos, también a las posiciones iusfundamentales de los individuos.” (Ibidem, p. 287).

94 KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. Trad. Rubén Sanchez Gil. México: Universidad Autónoma, 2017, p. 19-20. No mesmo sentido Robert Alexy, onde afirma: “Constitutional rights gain overproportionally in strength as the intensity of interferences increases. There exists something like a centre of resistance. This serves to erect the “fire wall” that Habermas deems to be missing in the theory of balancing.” (ALEXY, 2003, p. 140).

95 BVerfGE 27, 344

96 ALEXY, op. cit., 1993, p. 289-291.

97 JOSEPH RAZ – *The morality of freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 23: “The doctrine of freedom is part of the doctrine of authority. It consists of principles binding political authorities to protect and promote the freedom of their subjects.”

98 Sobre a proximidade entre métodos de interpretação constitucional e valores morais cf. SCHAUER, Frederick. Commensurability and Its Constitutional Consequences. *Hastings Law Journal*, v. 45, n. 4, p. 809-810, 1994. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol45/iss4/4. Acesso em: 24 maio 2019.

99 MEIKLEJOHN, Alexander. The First Amendment Is an Absolute. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 1961, p. 253-254, 1961. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3108719>. Acesso em: 03 set. 2019.

as diretrizes de atuação do Estado também define esferas livres ou de especial interferência estatal, expressas nos direitos fundamentais, discernir até onde pode ir a interpretação do âmbito normativo e os riscos que o método hermenêutico escolhido causa para o esvaziamento dessas mesmas garantias é tema de alta relevância tanto para a filosofia política quanto para o direito constitucional.

A questão de saber se o artigo 19.2, da Lei Fundamental Alemã, ou artigo 18.º, n.º 3, da Constituição Portuguesa se destinam a garantir uma proteção “absoluta” ou apenas “*prima facie*” dos direitos fundamentais contra interferências dos agentes do Estado é causa de acalorada divergência na doutrina e jurisprudência.

De um lado, os adeptos da teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sustentam que tais direitos possuem uma substância em si, aferível mediante o emprego de regras clássicas de hermenêutica, e que a proporcionalidade causa severo risco de esvaziamento das normas de garantia, as quais ficariam sujeitas à uma métrica única que põe na mesma balança valores que não podem ser comparados, com possibilidade de supressão total de um direito constitucionalmente assegurado.

De outro, os que defendem uma teoria relativa do conteúdo essencial, os quais afirmam que na solução de casos difíceis a aplicação da metódica da proporcionalidade permite aferir a racionalidade do discurso que embasa a decisão, até porque conteúdo essencial dos direitos fundamentais não possui uma substância, é direito e como tal somente pode ser entendido em uma análise conjunta com outros interesses e direitos que lhe são contrapostos.

E há razões importantes de ambos os lados. Em defesa da tese absoluta e com severas críticas à era da ponderação, Tsakyrakis, após analisar uma gama de julgados da Corte Suprema do EUA em que a técnica do balanceamento foi utilizada, afirma que quando os interesses protegidos por direitos encontram-se escalonados, submetidos a uma métrica de comparação com outros interesses de indivíduos ou governos, os interesses da maioria tendem a superar os interesses dos indivíduos e minorias. Refere que os resultados do balanceamento, na apreciação da maioria dos casos de liberdade de expressão que envolveram discurso comunista durante a Guerra Fria, foi decidida contra a liberdade de expressão¹⁰⁰.

O ponto central da crítica às teorias relativas é que a falta de critérios de mensuração, ou a mensuração utilizando-se de critérios escolhidos pelo juiz permitiriam um esvaziamento das garantias constitucionalmente asseguradas¹⁰¹.

100 TSAKYRANIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 3, p. 47, jul. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mop011>. Acesso em: 21 maio 2019. *Ibidem*, p. 474, tece forte crítica à pretensão de neutralidade moral da proporcionalidade: “Essentially, the proportionality test is reduced, more often than not, to measuring the relative intensity of the interference with the importance of the aim sought. The principle of proportionality assumes that conflicts of values can be reduced to issues of intensity or degree and, more importantly, it assumes further that intensity and degree can be measured with a common metric (something like a natural force), and that this process will reveal the solution to the conflict. Thus it pretends to be objective, neutral, and totally extraneous to any moral reasoning.” A respeito do tema, conferir ainda NIMMER, Melville B. The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy. *California Law Review*, Berkeley, n. 56, p. 935-967, 1968. Disponível em: <https://doi.org/10.15779/Z387184>. Acesso em: 03 maio 2019.

101 Sobre os riscos que apresentam as operações de balanceamento sem a definição de critérios claros que não representem exclusivamente a escala de valores do julgador (o que implicaria em decisionismo judicial) vide Alexander Aleinikoff, onde faz a seguinte advertência: “The balancer’s scale cannot simply represent the personal preferences of the balancer, lest constitutional law become the arbitrary act of will today characterized as ‘lochnering.’” (ALEINIKOFF, Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 96, n. 5, p. 973, apr. 1987. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjl/vol96/iss5/1>. Acesso em: 12 maio 2019).

Os direitos fundamentais deixariam de constituir parâmetros estáveis de ordenação social e tornar-se-iam reféns dos valores sustentados por este ou aquele julgador, já que, na afirmação de Raz, “*even judges are humans*”¹⁰². Embora a experiência constitucional norte-americana seja distinta do modelo europeu continental, as ponderações e críticas feitas ao *balancing* podem perfeitamente servir ao questionamento da proporcionalidade, dada a proximidade dos institutos.

O caráter substancial dos direitos fundamentais, considerado elemento indispensável ao respeito da dignidade humana, foi objeto de reconhecimento expresso pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em algumas decisões¹⁰³, onde considera que esse âmbito especialmente protegido não pode ser violado ou diminuído.

Tais correntes, no entanto, enfrentam severa dificuldade no campo conceitual para sustentar que os direitos fundamentais admitem regulamentação, estão abertos a determinadas restrições, e, ao mesmo tempo, possuem um âmbito residual substancial que deve permanecer intocado. Não apontam claramente de que forma seria possível separar esses componentes do direito fundamental e estabelecer o que pertence ao âmbito nuclear e ao periférico. Kaufmann¹⁰⁴ afirma que a procura da essência dos direitos fundamentais é inútil, pois a lei, ordem por excelência, não possui “substância”, e lembra a máxima de Tomás de Aquino: *Ordo non est substantia, sed relatio* - ordem não é substância, mas relação.

Direito, portanto, é referência, é correspondência, é a ordenação de uma situação fática onde ocorre a partilha de existências e expectativas. Não há como pensar em direitos fora do mundo, dotados de um conteúdo essencial próprio e não-relacional, imanente, direitos afastados do intrincado jogo de interesses e valores contrapostos que caracterizam a convivência comunitária. Nesse panorama, a metódica oferecida pelo escalonamento de etapas previstas nos testes de proporcionalidade, quando bem utilizado, pode conferir maior racionalidade¹⁰⁵ às decisões e segurança para a proteção dos direitos fundamentais.

Mas, se o caráter substancial dos direitos parece não existir e tudo se resume à ponderação de direitos e interesses contrapostos, o que resta da garantia de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais assegurada no artigo 19, 2, GG, e sua correspondente disciplina no artigo 18.º, n.º 3, da CRP?

102 RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 183-189. Vide ainda, na mesma obra, importantes considerações acerca do quebra-cabeças da incorporação de valores nos julgamentos. (Ibid., p. 190-198).

103 Sobre o caráter substancial dos direitos fundamentais conferir *BVerfGE* 13, 225 (229): “Ein solcher Eigentumsschutz kann sich jedoch nur auf den Gewerbebetrieb als Sach- und Rechtsgesamtheit beziehen, so daß grundsätzlich nur ein Eingriff in die Substanz dieser Sach- und Rechtsgesamtheit Art. 14 GG verletzen könnte”. No mesmo sentido, *BVerfGE* 123, 267 (343): “Innerhalb der Ordnung des Grundgesetzes jedenfalls sind die Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG, also die Demokratie, die Rechts- und die Sozialstaatlichkeit, die Republik, der Bundesstaat sowie die für die Achtung der Menschenwürde unentbehrliche Substanz elementarer Grundrechte in ihrer prinzipiellen Qualität jeder Änderung entzogen.”

104 Arthur Kaufmann: “Die Suche nach dem „Wesensgehalt“ der Grundrechte ist sinnlos. Niemand kann sagen, was dieser „Wesensgehalt“ ist. Wohl aber können wir einiges darüber sagen, was die Grundrechte - und überhaupt das Recht - „wesensmäßig“ nicht sind. Vor allem: sie sind keine Substanzen, es gibt nichts Substantielles an ihnen, auch keinen substantiellen Kern. Wer das für einen modischen Gedanken hält, täuscht sich. Die Auffassung, daß Recht, daß Ordnung schlechthin, etwas Substantielles sei, findet sich bei den Alten kaum. Noch einmal sei Thomas von Aquin bemüht, der klipp und klar gesagt hat: „Ordo non est substantia, sed relatio“ - „Ordnung ist nicht Substanz, sondern Beziehung.” In unseren Tagen hat denselben Gedanken vor allem Werner Maihofer ausgesprochen, wiewohl von ganz anderen Voraussetzungen ausgehend: „Ordnung ist ein Gefüge von Entsprechungen, von Dingen oder Personen.” (KAUFMANN, Arthur. Über den Wesensgehalt der Grund- und Menschenrechte. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 70, n. 3, p. 391, 1984. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2368077>. Acesso em: 15 ago. 2019).

105 Matthias Klatt afirma: “This shows how the clear structure of the proportionality test, followed properly, may enhance the rationality of the legal reasoning, since it ensures that all relevant premises are dealt with in due depth.” (KLATT, MEISTER, op. cit., p. 707).

Há algum conteúdo normativo que possa ser subsumido ou seria apenas uma norma vazia e de conteúdo meramente declarativo, como afirma Häberle¹⁰⁶, que nada acrescenta à correta interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição? Ou seria um lembrete¹⁰⁷ dos direitos à vida, à incolumidade física, à liberdade, à propriedade e outros tantos que “equipam” os seres humanos dotados de autonomia, advertindo ao Estado que se abstenha de interferir nestes direitos além do absolutamente indispensável para a preservação dos interesses de todos?

Ao que parece, a resposta está no posicionamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão de que a dimensão substancial de um direito fundamental não é afetada se a decisão ou ordem normativa obedecer aos parâmetros da proporcionalidade: A lei que faz a intervenção é apenas parte da ordem constitucional se a interferência for proporcional. Isso significa que deve ser adequado, mas também necessário atingir a meta pretendida pelo legislador, ou seja, que a meta não possa ser alcançada igualmente bem de maneira menos onerosa e, finalmente, que a medida do dever do indivíduo ainda esteja em proporção razoável com as vantagens que advêm a ele e ao público em geral¹⁰⁸.

REFERÊNCIAS

ALEINIKOFF, Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 96, n. 5, p. 943-1004, apr. 1987. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol96/iss5/1>. Acesso em: 12 maio 2019.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131–40, jun. 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

106 HÄBERLE, 2003, p. 109-110.

107 Arthur Kaufmann : “...eine Mahnung, die dem Menschen als personale Grundausstattung zustehenden Rechte auf Leben, körperliche Unverehrtheit, Freiheit, Eigentum [...] nicht stärker zu beeinträchtigen als dies im Hinblick auf die Belange aller unerlässlich ist, er ist eine Mahnung, daß die Grund- und Menschenrechte nicht zur beliebigen Disposition stehen.” (KAUFMANN, 1984, p. 397).

108 *BVerfGE* 38, 281 (302): “Das Gesetz, das diesen Eingriff vornimmt, ist nur dann Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung, wenn der Eingriff sich als verhältnismäßig erweist. Das bedeutet, daß er zur Erreichung des vom Gesetzgeber erstrebten Zieles geeignet, aber auch erforderlich sein muß, d. h. daß das Ziel nicht auf eine andere, den Einzelnen weniger belastende Weise ebenso gut erreicht werden kann, und daß schließlich das Maß der den Einzelnen durch seine Pflichtzugehörigkeit treffenden Belastung noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den ihm und der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht (*BVerfGE* 30, 292 [316 f.]; 35, 382 [401])”

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. Trad. Luis Afonso Heck. In: *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre T. G. Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad. Trad. Alfonso Garcia Figueroa. *Parlamento y Constitución Anuario*, Barcelona, n. 16, p. 9-28, 2014.

ALFONSO, Luciano Parejo. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a proposito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. *Revista española de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), a. 1, n. 3, p. 169-190, set./dez. 1981.

ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. João Costa. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

BARAK, Aharon. *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Trad. Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2017.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In HARDY, Henry (Ed.). *Liberty: Incorporating 'Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 166-217.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 4. ed. Bogotá: Universidad de Externado de Colômbia, 2014.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BOROWSKI, Martin – La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, n. 59, p. 29-56, 2000.

_____. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

_____. La ponderación en la estructura jerárquica del derecho. In: ITXASO, María Elósegui (Org.). *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomo, 2016. p. 71-100. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=656165>. Acesso em: 08 mar. 2019.

CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.

CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. *Direito constitucional*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DREIER, Horst. Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat. *Juristen-Zeitung*, Tübingen, n. 15/16, p. 741-752, aug. 1994.

_____. Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte. *JURA:-Juristische Ausbildung*. n. 505, p. 505-513, okt. 1994.

DÜRIG, Günter. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 81 (N.F. 42), n. 2, p. 117-157, 1956. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/44303797>. Acesso em: 08 mar. 2019.

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (Org.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

_____. *Los derechos en serio*. Trad. de Marta Guastavino. 5. reimpr. Barcelona: Editorial Ariel, 2017.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Reimpr. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

_____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Dyckinson, 2003.

_____. *El Estado constitucional*. 2. ed. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebenheichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.

HAYECK, Fiedrich A. *A constituição da liberdade*. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2018.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 23, n. 1, p. 16-59, 1913. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2324&context=yjl>. Acesso em: 06 mar. 2019.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: a doutrina do direito e a doutrina da virtude*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KAUFMANN, Arthur. Über den Wesensgehalt der Grund- und Menschenrechte. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 70, n. 3, p. 384-399, 1984. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2368077>. Acesso em: 15 ago. 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 2. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. Proportionality: a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy. *International Journal of Constitutional Law*. v. 10, n. 3, p. 687–708, jul. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mos019>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. Trad. Rubén Sanchez Gil. México: Universidad Autónoma Ed., 2017.

KUMM, Matthias. Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. *A Theory of Constitutional Rights*, International Journal of Constitutional Law, New York, v. 2, n. 3, pp.574–596, jul. 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/2.3.574>. Acesso em: 14 jun. 2019.

_____. What do you have in virtue of having a constitutional right? On the place and limits of the proportionality requirement. Law, Rights, Discourse: Themes of the work of Robert Alexy, Paulsen, G. Pavlakos (Eds.), Hart, 2007. *SSRN - Public Law Research Paper*, n. 06-41, New York University Law School, p. 1-46, 17 dec. 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=952034>. Acesso em: 08 jun. 2019.

MEIKLEJOHN, Alexander. The First Amendment Is an Absolute. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 1961, p. 245-266, 1961. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3108719>. Acesso em: 03 set. 2019.

MICHAEL, Lothar. ¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa? *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, n. 11, p. 165-188, 2009.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. v. 1.

MOMO, Airton; MOMO, Tânia. Combate à corrupção e validação de provas obtidas por meios ilícitos: balizas éticas da persecução penal no Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA FILHO, Ênio (Org.). *O combate à corrupção no Brasil: novas estratégias de prevenção e enfrentamento*. Palmas: ESMAT, 2018. p. 348-371.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais especialmente com base na teoria estruturante do direito. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Taravilla, n. 7, p. 315-327, 2003.

NIMMER, Melville B. The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy. *California Law Review*, Berkeley, n. 56, p. 935-967, 1968. Disponível em: <https://doi.org/10.15779/Z387184>. Acesso em: 03 maio 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional*. Lisboa: AAF-DL, 2017.

OTERO, Paulo. *Direito constitucional português II: organização do poder político*. Coimbra: Almedina, 2010.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante el Legislador*. 4. ed. Bogotá: Universidad de Externado de Colômbia, 2014. pp. 56-58.

RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

_____. *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAWLS, John. *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. Trad. Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós Ediciones, 2009.

_____. *Uma teoria da justiça*. 4. ed. Trad. Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 2017.

REIMER, Philipp. Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 60-75.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant: seus fundamentos na liberdade e na igualdade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: 2006.

SCHAUER, Frederick. Commensurability and Its Constitutional Consequences. *Hastings Law Journal*, v. 45, n. 4, p. 809-810, 1994. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol45/iss4/4. Acesso em: 24 maio 2019.

SCHMITT, Carl. *El Leviathan en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes*. México: Fontamara, 2008.

SCHÖLLER, Henrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Trad. Ingo W. Sarlet. *Interesse Público*, São Paulo (Notadez), a. 1, n. 2, p. 92-107, 1999.

SILVA, Suzana Tavares da. O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 88, n. 2, p. 639-678, 2012.

STERN, Klaus. El sistema de los Derechos fundamentales en la República Federal de Alemania. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, España, n. 1, p. 261-277, sep./dic. 1988.

TSAKYRANIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 3, p. 468–493, jul. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mop011>. Acesso em: 21 maio 2019.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Trad. Leônidas Egenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA

BVerfGE 4, 7 - Investitionshilfe
BVerfGE 6, 32 - Elfes
BVerfGE 7, 198 - Lüth
BVerfGE 7, 377 - Apotheken-Urteil
BVerfGE 8, 274 - Preisgesetz
BVerfGE 9, 137 - Einfuhrgenehmigung
BVerfGE 13, 97 - Handwerksordnung
BVerfGE 13, 225 - Bahnhofsapotheke Frankfurt
BVerfGE 14, 288 - Selbstversicherung
BVerfGE 17, 306 - Mitfahrzentrale
BVerfGE 19, 342 - Wencker
BVerfGE 21, 362 - Sozialversicherungsträger
BVerfGE 27, 344 - Ehescheidungsakten
BVerfGE 30, 292 - Erdölbevorratung
BVerfGE 33, 303 - Numerus clausus I
BVerfGE 34, 269 - Soraya
BVerfGE 35, 202 - Lebach
BVerfGE 35, 382 - Ausländerausweisung
BVerfGE 38, 281 - Arbeitnehmerkammern
BVerfGE 45, 187 - Lebenslange Freiheitsstrafe
BVerfGE 109, 279 - Großer Lauschangriff
BVerfGE 110, 77 - Rechtsschutzinteresse
BVerfGE 123, 267 - Lissabon
BVerfGE 141, 1 - Völkerrechtsdurchbrechung

LA DISCIPLINA GIURIDICA DEI PARTITI POLITICI ITALIANI

THE LEGAL DISCIPLINE OF ITALIAN POLITICAL PARTIES

A DISCIPLINA LEGAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS ITALIANOS

*Daniele Coduti**

SOMMARIO

L'articolo ricostruisce la disciplina giuridica dei partiti politici italiani, analizzando le norme costituzionali e legislative che configurano il vigente assetto normativo di tali associazioni. Si tratta di una disciplina che appare disorganica e inadeguata e ciò comporta un incremento di rilievo delle regole di autoorganizzazione dei partiti politici. In effetti, così configurata, la disciplina dei partiti politici italiani rimane legata a quella delle associazioni non riconosciute contenuta nel codice civile, con la conseguenza di valorizzare il ruolo della magistratura, perché quest'ultima è sovente chiamata a risolvere le controversie tra i partiti e i loro iscritti, utilizzando proprio la disciplina civilistica e le regole di autoorganizzazione di ciascun partito.

Parole chiave: Partiti politici. Costituzione italiana. Corte costituzionale. Codice Civile. Magistratura.

RESUMO

O artigo examina a disciplina jurídica dos partidos políticos italianos, analisando as regras constitucionais e legislativas que configuram o atual quadro regulatório dessas associações. É uma disciplina que parece inorgânica e inadequada e isso leva a um aumento na importância das regras de auto-organização dos partidos políticos. De fato, assim configurada, a disciplina dos partidos políticos permanece ligada à disciplina das associações não reconhecidas, contidas no código civil, com a consequência de tornar relevante o papel do judiciário, porque este último é frequentemente chamado a resolver disputas entre os partidos e seus membros, utilizando precisamente a lei civil e as regras de auto-organização de cada partido.

Palavras-chave: Partidos políticos. Constituição italiana. Tribunal Constitucional. Código Civil. Magistratura.

* Dottore in Diritto pubblico dell'economia. Avvocato. Professore aggregato e Ricercatore confermato di Diritto Costituzionale del Dipartimento di Giurisprudenza della Università degli Studi di Foggia (Italia).

ABSTRACT

The article examines the legal discipline of Italian political parties, analyzing the constitutional and legislative rules configuring the current regulatory framework of this kind of associations. This discipline appears inorganic and inadequate, increasing the importance of political parties' rules of self-organization. In fact, thus configured, the discipline of Italian political parties remains linked to that of unrecognized associations contained in the Civil Code, increasing the relevance of the role of the judiciary, because the latter is often called upon to resolve disputes between parties and their members, using precisely the civil law and the rules of self-organization of each party.

Keywords: Political Parties. Italian Constitution. Constitutional Court. Civil Code. Magistrature.

1. INTRODUZIONE

La disciplina dei partiti politici italiani si snoda attraverso fonti normative di diversa natura: costituzionali, primarie e di autoorganizzazione degli stessi partiti, senza contare il rilievo dei regolamenti parlamentari nei rapporti tra eletti e partiti di riferimento. Analizzare tale disciplina è un'operazione complessa, anche perché gli stessi partiti rappresentano un fenomeno multiforme², non semplice da definire.

Nelle pagine che seguono si ricostruirà la disciplina costituzionale e legislativa vigente dei partiti politici italiani, mettendone in evidenza gli aspetti di maggior rilievo e i profili di criticità, così da fornire un quadro sintetico ma completo delle regole statali che regolano il fenomeno partitico.

2. LA DISCIPLINA COSTITUZIONALE DEI PARTITI POLITICI

La disposizione che la Costituzione italiana dedica specificamente ai partiti politici è l'art. 49 Cost., secondo il quale: "Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale".

Essa è collocata tra l'art. 48 Cost., che contempla il diritto di voto, e la Parte II della Costituzione, dedicata all'Ordinamento della Repubblica (artt. 55 ss.), offrendo l'immagine di una sorta di norma ponte, che riguarda lo strumento che consente di collegare l'esercizio della sovranità popolare attraverso il voto e il funzionamento delle istituzioni repubblicane: il partito politico, appunto. La collocazione dell'art. 49 all'interno del testo costituzionale consente di comprendere il ruolo di *trait d'union* tra società e istituzioni rappresentative che i costituenti intendevano riconoscere al partito, visto come strumento idoneo a veicolare le istanze degli elettori in seno alle istituzioni³, consentendo l'esercizio della sovranità non solo nel momento della

² Cf. VIRGA, P. *Il partito nell'ordinamento giuridico*. Milano: A. Giuffrè, 1948, p. 24.

³ SARTORI, G. *Parties and Party Systems [1976]*. Oxford: ECPR Press, 2016, p. 37-38 e 50 et seq., definisce "channelment" una delle principali funzioni dei partiti.

consultazione elettorale, ma anche in ogni fase della vita pubblica⁴, facendo sistema, così, con l'art. 1 Cost.⁵.

La collocazione dell'art. 49 Cost. consente altresì di evidenziare il ruolo di mediazione del partito tra società e istituzioni, giacché esso è chiamato a conciliare le diverse istanze espresse da una società pluralista, provando a ricomporre tale complessità in proposte di compromesso⁶, sì da ricondurle all'interno del circuito democratico.

La collocazione dell'art. 49 all'interno della Costituzione, dunque, chiarisce che il partito è uno strumento indispensabile per il funzionamento della democrazia⁷.

Passando a considerare il contenuto dell'art. 49 Cost., si può partire dal profilo oggettivo della libertà in esso contenuta, che consente sia di aderire a partiti già esistenti sia di costituire *ex novo* dei partiti. Si tratta di un diritto riconosciuto in maniera eguale a tutti i cittadini, dal che dovrebbe discendere anche l'eguaglianza di *chances* tra i partiti nel concorso alla determinazione della politica nazionale⁸. Di conseguenza, salvi i limiti al diritto di associarsi in partiti, nessuna discriminazione risulta possibile tra i partiti, poiché tutti dovrebbero essere posti sullo stesso piano di partenza.

Diverso è il caso della loro effettiva capacità di concorrere alla determinazione della politica nazionale, poiché questa dipende da molteplici fattori (il numero di sostenitori, il radicamento sul territorio, il modello di finanziamento e le risorse economiche a disposizione, i risultati elettorali, il sistema elettorale, la forma di governo, ecc.), che influiscono sul ruolo di ciascun partito, differenziando i partiti tra loro.

L'art. 49 Cost., di conseguenza, sarebbe connesso al principio di eguaglianza formale ex art. 3, co. 1, Cost., giacché non consentirebbe discriminazioni tra i partiti né tra i cittadini iscritti a partiti diversi; ma la libertà di associarsi in partiti sarebbe collegata anche al principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, Cost., perché consentirebbe l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica del Paese.

4 In questo senso CURRERI, S. Articolo 49. In: CLEMENTI, F. et. al. (a cura di). *La Costituzione italiana*. Bologna: Il Mulino, 2018. v. 1. p. 312. Ma si v. già le considerazioni di BASSO, L. *Il Principe senza scettro*. Milano: Feltrinelli, 1958. p. 171.

5 In questo senso CRISAFULLI, V. Partiti, Parlamento, Governo [1967]. In: Id. *Stato popolo Governo*. Milano: Giuffrè, 1985. p. 211. Sulla connessione tra gli artt. 49 e 1 Cost., si v. anche PREDIERI, A. I partiti politici. In: CALAMANDREI, P.; LEVI, A. (diretto da). *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*. Firenze: G. Barbèra, 1950. v. 1. p. 199.; MORTATI, C. Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano [1957]. In: Id. *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*: Raccolta di scritti. Milano: A. Giuffrè, 1972. v. 3. p. 359 et seq.; MARTINES, T. *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*. Milano: A. Giuffrè, 1957. p. 188.; nonché OLIVETTI, M. Art. 1. In: BIFULCO, R.; CELOTTO, A.; OLIVETTI, M. (a cura di). *Commentario alla Costituzione*. Torino: UTET Giuridica, 2006. v. 1. p. 24-25.

6 Infatti, secondo P. Avril, la volontà del popolo "non è una scelta deliberata e preesistente che non richiederebbe che di manifestarsi, ma è il prodotto di molteplici scelte individuali che non arrivano a esprimersi in modo articolato se non attraverso l'intermediazione dei partiti, il cui ruolo è precisamente questo, e che si attualizzano attraverso le elezioni?". (AVRIL, P. *Essais sur les partis [1986]*. Trad. it. Saggio sui partiti. Torino: Giappichelli, 1990. p. 70).

7 Secondo Corte cost., sent. 84/1969, il diritto di associazione sindacale e politica "trova collocazione tra i cardini essenziali dell'ordine democratico, consacrati negli artt. 2, 18, 39 e 49 della Carta fondamentale". Secondo P. Mair, "il fallimento dei partiti potrebbe nei fatti significare il fallimento della democrazia o (...) quello del governo moderno (rappresentativo). Se la democrazia, o il governo rappresentativo, è inimmaginabile se non in termini di partiti, di fronte a un crollo dei partiti la democrazia stessa diverrebbe probabilmente inconcepibile o impraticabile". (MAIR, P. *Ruling the Void. The Hollowing of Western Democracy* [2013]. Trad. it. *Governare il vuoto. La fine della democrazia dei partiti*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2016. p.18).

8 Cf. LUCIANI, M. *Il voto e la democrazia*. Roma: Editori Riuniti, 1991. p. 37.

Particolarmente significativo, poi, appare il riferimento al diritto di associarsi “in partiti”. L'utilizzo del termine al plurale, infatti, sembra sottintendere la necessità che il concorso in questione necessiti della presenza di più forze partitiche, con indirizzi politico-ideologici differenti o, quantomeno, con proposte politiche diverse, tra di esse in tutto o in parte alternative⁹.

Ciò dovrebbe favorire il corretto funzionamento delle istituzioni democratiche in virtù del dialogo tra le diverse forze politiche rappresentate in Parlamento, del ruolo di controllo svolto dall'opposizione parlamentare (che, dunque, dovrebbe godere di adeguate garanzie) e dall'alternanza alla guida del Governo tra forze politiche diverse¹⁰.

Quindi, se il partito rappresenta uno strumento indispensabile per il funzionamento della democrazia, per garantire la partecipazione dei cittadini alla determinazione della politica nazionale nonché per il corretto funzionamento delle istituzioni, in una società pluralista, la democrazia può funzionare correttamente solo se vi sono più partiti politici, che esprimono diversi indirizzi politico-ideologici. Di talché, già il tenore letterale dell'art. 49 Cost. sembra presupporre la presenza di più partiti politici, che concorrono alla configurazione di uno “Stato democratico pluripartitico”¹¹.

Questa esigenza comporta un'ampia libertà di costituire un partito, ma non garantisce che ciascun partito, pur legittimamente istituito, goda del medesimo trattamento riservato agli altri, sia a causa delle scelte degli elettori – che possono decidere o meno di votarlo – sia per alcune legittime scelte legislative: ad esempio in tema di finanziamento pubblico ai partiti, che può riguardare solo i partiti che abbiano eletto dei candidati e non quelli che, pur avendo partecipato alle elezioni, non abbiano ottenuto un numero di suffragi sufficiente a conseguire almeno un seggio; oppure in merito all'esonero dalla raccolta delle firme per presentare candidature alle nuove elezioni, che può essere garantita ai soli partiti già rappresentati in Parlamento¹².

Considerando il profilo soggettivo della libertà di associarsi in partiti politici, l'art. 49 Cost. riconosce tale libertà a tutti i cittadini, salvo le limitazioni che possono essere imposte ex art. 98 Cost. ad alcune categorie di persone: magistrati, militari di carriera in servizio attivo, funzionari ed agenti di polizia, rappresentanti diplomatici e consolari all'estero. Questo riconoscimento si sostanzia sia nella possibilità di formare nuove associazioni di natura partitica sia in quella di aderire a partiti già esistenti ed entrambe le possibilità sono coerenti con la scelta del costituente di consentire ai cittadini di concorrere alla determinazione della politica nazionale non direttamente, bensì attraverso i partiti.

⁹ Secondo P. Avril, vi sarebbe in questa parte della disposizione costituzionale “un principio di fondazione dello Stato “partitocratico”, la cui conciliazione con le altre disposizioni che sono ricavate dal parlamentarismo classico ha suscitato ampie discussioni. (AVRIL, 1990, p. 123).

¹⁰ Al riguardo si v. LAVAGNA, C. Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, pp. 416-417, 1956., che parla di una sorta di principio del contraddittorio.

¹¹ Si riprendono le parole di Corte cost., sent. 19/1962.

¹² Si tratta di una scelta legislativa non censurata dalla Corte costituzionale: cf. Corte cost., sent. 83/1992. Peraltro, l'esonero dalla raccolta delle firme può contribuire ad allontanare i cittadini dai partiti, poiché, in tal modo, non sono coinvolti dai partiti neanche nel momento della presentazione delle liste elettorali: cf. MANGIAMELLI, S. Disciplina elettorale, sistema dei partiti, forma di governo: vecchie e nuove problematiche. *Diritti fondamentali*, n. 1, p. 39, 2018.

In merito alla possibilità di aderire a partiti già esistenti, parte della dottrina ha ritenuto esistente un vero e proprio diritto all'iscrizione ai partiti politici da parte dei cittadini, senza che il partito possa valutare tale richiesta e, dunque, senza poter limitare il relativo diritto sulla base delle condizioni del richiedente¹³.

Non pare, però, di potersi condividere tale tesi, poiché una selezione di quanti chiedono di iscriversi al partito appare discendere dal ruolo stesso del partito politico¹⁴. Infatti, la necessaria presenza di più partiti e l'esigenza che essi offrano delle alternative alle scelte degli elettori presuppongono una caratterizzazione ideologica o, quantomeno, politica di ciascun partito che deve essere preservata anche attraverso la valutazione della compatibilità degli iscritti con il progetto politico del partito medesimo. Inoltre, proprio per tutelare il diritto di associarsi in partiti politici, deve riconoscersi ai soci la possibilità di escludere l'adesione alla loro associazione partitica di quanti potrebbero comprometterne il progetto politico. Questa impostazione trova conferma nella facoltà di espellere dal partito quegli iscritti che adottino comportamenti non più compatibili con l'orientamento politico-ideologico del partito o, comunque, perdano i requisiti richiesti dallo statuto del partito¹⁵. Si tratta di una facoltà confermata dalla giurisprudenza di merito¹⁶, purché le espulsioni avvengano ad opera degli organi di partito competenti nel rispetto delle regole prescritte dallo statuto del partito.

Al riconoscimento di una libertà di associarsi in partiti si affianca quello del suo versante negativo, ovvero del diritto di non iscriversi ad alcun partito. Tale riconoscimento è rilevante non solo con riferimento al complesso dei diritti del singolo, ma anche in relazione alle modalità della partecipazione dei cittadini alla formazione della volontà generale. Infatti, poiché i cittadini non sono obbligati ad iscriversi ad un partito e, di fatto, solo una parte – di solito minoritaria – di loro partecipa attivamente alla vita delle associazioni partitiche, si conferma che i partiti assumano una particolare centralità nel funzionamento della democrazia. Una parte rilevante dei cittadini, infatti, limita la propria attività politica all'esercizio del diritto di voto durante le competizioni elettorali, delegando ai partiti che eleggono dei candidati il compito di determinare le scelte politiche delle istituzioni rappresentative durante il mandato elettorale.

Più complessa è la questione legata al riconoscimento del diritto di associazione partitica a chi non possieda la cittadinanza italiana. Invero, alcuni elementi militano nel senso di riconoscere il diritto in questione solo a chi possiede lo *status civitatis*: in primo luogo, il tenore letterale dell'art. 49 Cost., che fa espressamente riferimento ai cittadini; in secondo luogo, la sua collocazione nel Titolo IV della Parte I della Costituzione, dedicato ai rapporti politici, “volta espressamente a disciplinare

13 In proposito si v. ESPOSITO, C. I partiti nella Costituzione italiana. In: Idem. *La Costituzione italiana Saggi*. Padova, 1954. p. 225-226, nonché BARDUSCO, A. *L'ammissione del cittadino ai partiti*. Milano: Varese: Istituto Editoriale Cisalpino, 1967.

14 Il partito, infatti, non sarebbe un'associazione “aperta”, come osservato da AMORTH, A. Garanzie democratiche di fronte all'azione dei partiti. *Justitia*, n. 4, p. 393, 1958.

15 In proposito, è opportuno un rinvio a URCIUOLI, M.A. *La tutela del singolo nei partiti politici*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.

16 Cf., ad es., Trib. Verona, sent. 7 dicembre 1987, oppure Trib. Napoli, ord. 14 luglio 2016, e Trib. Roma, sent. 5 febbraio 2018.

gli aspetti fondamentali riguardanti i diritti e i doveri di partecipazione dei cittadini alla cosa pubblica”¹⁷.

Tuttavia, la disposizione costituzionale non sembra escludere la possibilità per gli stranieri di aderire ai partiti, bensì pare offrire una copertura costituzionale a tale diritto per i soli cittadini italiani, consentendo di imporre delle limitazioni alla possibilità di aderire a partiti già esistenti e, soprattutto, a quella di formare nuove associazioni partitiche a chi non possiede la cittadinanza italiana. Di conseguenza, gli stranieri e gli apolidi non potrebbero fondare un partito a loro riservato ma potrebbero aderire a un partito già costituito¹⁸, sebbene senza la possibilità di ricoprirvi ruoli dirigenziali¹⁹.

L’apertura a una pur limitata (o limitabile) libertà di associarsi in partiti per i non cittadini appare coerente con l’evoluzione del diritto elettorale, poiché esso è stato gradualmente esteso a chi non possiede la cittadinanza italiana, superando una lettura restrittiva degli artt. 48 e 51 Cost. Tale estensione è frutto di due dinamiche differenti ma complementari: il processo di integrazione europea; i percorsi di inclusione sociale di coloro che non possiedono la cittadinanza italiana ma risiedono regolarmente e stabilmente sul territorio italiano.

Tali dinamiche potrebbero giustificare l’eventuale estensione del diritto di associarsi in partiti politici anche a coloro che non possiedono la cittadinanza italiana, ma, a Costituzione invariata, tale estensione non gode di una copertura costituzionale e, dunque, può continuare a subire una serie di limiti connessi sia all’esigenza di garantire il rapporto tra esercizio della sovranità statale e possesso della cittadinanza nazionale, sia alla diversità delle posizioni giuridiche degli stranieri comunitari e di quelli extracomunitari²⁰.

Discussa è anche la possibilità che l’iscrizione ai partiti rappresenti un diritto riconosciuto solo a ciascun cittadino, inteso individualmente, oppure possa essere riconosciuto anche a gruppi e ad associazioni, consentendo a questi ultimi di creare nuovi partiti o di aderire a partiti già esistenti²¹. Secondo parte della dottrina, tale ultima possibilità non troverebbe particolari ostacoli, giacché l’eventualità che gruppi e associazioni si riuniscano in partiti “non contraddice il concetto di partito al quale si riferisce la (...) Costituzione, ove si tenga conto dei riflessi che sullo stesso art. 49 può avere l’art. 2 Cost.”²².

In proposito, tuttavia, la Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici ha adottato delle linee guida per la redazione e la presentazione degli statuti dei partiti e dei movimenti politici nelle quali “si esclude che la qualità di socio possa essere assunta da associazioni

17 Così RIZZONI, G. Art. 49. In: BIFULCO R.; CELOTTO, A.; OLIVETTI, M. (a cura di). *Commentario alla Costituzione*. Torino: UTET, 2006. v. 1. p. 987.

18 Nettamente contrario a tale ipotesi, TESAURO, A. I partiti politici nell’attuale ordinamento italiano. In: AA.VV. *Studi per il ventesimo anniversario dell’Assemblea costituente*. Le libertà civili e politiche, Firenze, 1969. v. 2. p. 488.

19 In proposito, si v. BISCARETTI DI RUFFIA, P. Cittadinanza italiana, partiti politici e loro cariche dirigenti. *Diritto e società*, n. 1, p. 701 et seq., 1979., e ANZON, A. Le consultazioni dei segretari dei partiti e l’esclusione di Fabre. *Democrazia e diritto*, p. 301 et seq., 1979.

20 Infatti, l’Italia non ha dato applicazione al Capitolo C della Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, adottata dal Consiglio d’Europa il 5 febbraio 1992: cf. l. 203/1994. Contrario all’estensione del diritto di associarsi in partiti politici per gli stranieri extracomunitari VECCHIO, G. *I partiti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016. part. p. 148.

21 In proposito, si v. la differenza tra struttura diretta e struttura indiretta dei partiti delineata da DUVERGER, M., *Les partis politiques* [1951]. Trad. it. *I partiti politici*. Milano: Franco Angeli, 1975. p. 40 et seq., nonché p. 120, ove si parla di adesione a un partito indiretto.

22 Così ROSSANO, C. Partiti politici. In: *Enciclopedia giuridica*, Roma, v. 25, 2002. p. 4-5.

o persone giuridiche”²³, desumendo tale limite dal riferimento ai partiti politici come “libere associazioni attraverso le quali i cittadini concorrono, con metodo democratico, a determinare la politica nazionale” contenuto nell’art. 2, d.l. 149/2013. Tale affermazione della Commissione sembra precludere l’iscrizione ai partiti a soggetti diversi dalle persone fisiche, ma non è chiaro quanto possa essere stringente il controllo svolto da tale organo²⁴.

L’art. 49 Cost., dunque, esprime numerosi profili problematici, ma uno dei suoi aspetti più controversi riguarda il cuore della disposizione: il concorso con metodo democratico a determinare la politica nazionale.

La finalità attribuita ai partiti dall’art. 49 Cost. consiste nel concorrere alla determinazione della politica nazionale. Tale concorso può sostanziarsi in attività diverse, che possono sintetizzarsi nel contribuire a realizzare l’assetto democratico della Repubblica, nonché ad individuare la volontà generale attraverso l’attività di aggregazione delle volontà e dei bisogni degli individui presenti nella società²⁵. Inteso in tal senso il concorso, i partiti diventano lo strumento attraverso il quale i cittadini concorrono alla determinazione della politica nazionale. Ne deriva la connessione dell’art. 49 Cost. con l’art. 3, co. 2, Cost., in quanto mezzo per favorire “l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese», e con l’art. 1 Cost., secondo il quale la «sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”²⁶.

Il concorso alla determinazione della politica nazionale ha una portata indefinita, ma deve essere coordinato con il riferimento al metodo democratico. A sua volta, l’espressione “metodo democratico”, contenuta nell’art. 49 Cost., si presta a letture di diverso tenore, ciascuna delle quali non esclude l’altra²⁷; essa, pertanto, deve essere attentamente considerata.

Innanzitutto, occorre chiedersi se il riferimento al metodo democratico riguardi solo l’attività dei partiti verso l’esterno²⁸ o anche il loro versante interno, cioè la loro organizzazione e il loro funzionamento.

Considerando il tenore letterale dell’art. 49 Cost., si può affermare che sicuramente ai partiti sia richiesto il rispetto del metodo democratico nel loro operare all’interno dell’ordinamento, in particolare nella loro attività di concorso alla determinazione della politica nazionale. Ma, se il rispetto del metodo democratico nei rapporti esterni dei partiti pare innegabilmente richiesto dalla disposizione costituzionale, comprendere in cosa esso si sostanzia è più difficoltoso.

Leggendo il limite del metodo democratico insieme alla funzione di concorrere alla determinazione della politica nazionale, occorre desumere che l’azione di ciascun partito politico debba inserirsi all’interno di un sistema pluripartitico, talché,

23 COMMISSIONE DI GARANZIA DEGLI STATUTI E PER LA TRASPARENZA E IL CONTROLLO DEI RENDICONTI DEI PARTITI POLITICI, *Linee guida per la redazione e la presentazione degli statuti dei partiti e dei movimenti politici, adottate con deliberazione*, 12 feb. 2018, n. 1. Consultabile in: www.parlamento.it. p. 10.

24 Cfr. *infra*, par. 3.1.

25 In questo senso VIGEVANI, G.E. Art. 49. In: BARTOLE, S.; BIN, R. (a cura di). *Commentario breve alla Costituzione Crisafulli-Paladin*. 2. ed. Padova: Cedam, 2008, p. 500.

26 Più in generale, secondo M. Ostrogorski, l’avvento della democrazia ha coinvolto nei processi decisionali persone dai caratteri e dalle condizioni profondamente diversi, sicché, organizzarli in maniera tale da consentire loro di esercitare la sovranità ha richiesto uno strumento come quello rappresentato dai partiti disciplinati e stabili. (OSTROGORSKI, M. *Democracy and the organization of political parties*. England: New Brunswick: London, 2009. v. 1. p. 1).

27 Come osservato da V. LIPPOLIS, *Partiti maggioranza opposizione*, Napoli, 2007, p. 7.

28 Si v., in tal senso, Trib. Verona, sent. 4 gennaio 1988, che richiama la differenza tra le diverse previsioni contenute negli artt. 49 e 39 Cost.

ogni partito deve confrontarsi democraticamente con gli altri al fine di concorrere alla determinazione di tale politica, non potendo essa essere determinata da un partito unico. Il modello di Stato-partito o basato sul partito unico di stampo fascista, infatti, è espressamente respinto dalla Costituzione nella XII disp. trans. fin., che vieta la riorganizzazione – sotto qualsiasi forma – del disciolto partito fascista. L'esigenza di rispettare il metodo democratico in un sistema multipartitico, composto da partiti che esprimono indirizzi politico-ideologici differenti e destinato a distinguere le forze politiche di maggioranza da quelle di opposizione, poi, esige che i rapporti tra i partiti siano improntati al rispetto delle prerogative della maggioranza, da un lato, e alla tutela di quelle delle minoranze, dall'altro.

Ma se l'art. 49 Cost. presuppone la presenza di più partiti, ciascuno dei quali esprime un diverso indirizzo politico-ideologico e punta a divenire maggioranza di governo nel rispetto delle posizioni degli altri partiti, il metodo democratico dovrebbe consistere nel rispetto delle opinioni altrui e nel confronto dialettico tra le forze politiche al fine di convincere della bontà delle proprie posizioni (quantomeno) la maggioranza degli elettori; inoltre, quanto più sarà frammentato il sistema dei partiti e quanto più saranno consistenti numericamente i partiti di opposizione, tanto più sarà necessario trovare un accordo tra le diverse forze politiche, trasformando la «politica della democrazia» in una «politica di compromesso»²⁹. Il metodo democratico, allora, potrebbe essere definito come un confronto dialettico tra idee differenti, che – nel rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – rigetta ogni forma di violenza fisica e verbale ed è disponibile al compromesso al fine di concorrere alla determinazione dell'indirizzo politico della Nazione.

Così inteso il metodo democratico, occorre ammettere che la Costituzione non abbia imposto ai partiti dei limiti stringenti, se non quelli desumibili dalla lettura congiunta dell'art. 49 Cost., della XII disp. trans. fin. e dell'art. 18 Cost., che disciplina in generale la libertà di associazione³⁰. Invero, il timore dei costituenti di imporre dei limiti omogenei a formazioni partitiche dai caratteri diversificati, che costituivano un sistema “non privo di elementi di disomogeneità e di conflittualità”³¹, ha favorito la scelta per una disposizione costituzionale agile, che rimette la definizione del contenuto del metodo democratico “agli stessi ‘protagonisti’ della politica e cioè i partiti”³², attraverso il concreto dipanarsi dei loro rapporti reciproci.

Pertanto, la Costituzione non pare imporre limiti specifici per l'organizzazione e il funzionamento di un partito politico, né pare necessitare dell'approvazione di una legge di attuazione dell'art. 49 Cost., intesa in senso proprio³³. Il compito di

29 Così KELSEN, H. Vom Wesen und Wert der Demokratie [1929]. Trad. it. *Essenza e valore della democrazia*. Bologna, 1995. p. 150.

30 Come osserva M. Olivetti, in assenza di una legge di attuazione dell'art. 39 Cost. sui sindacati e di una legge generale sui partiti politici, buona parte della loro disciplina deve essere rintracciata nell'art. 18 Cost. e nella disciplina sulle associazioni contenuta nel codice civile. (OLIVETTI, M. *Diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli, 2018. p. 372.)

31 Così RIDOLA, P. Partiti politici. In: *Enciclopedia del diritto*, Milano, v. 32, 1982. p. 336.

32 Così RESCIGNO, F. I partiti politici. In: NANIA, R.; RIDOLA, P. (a cura di). *I diritti costituzionali*. Torino: Giappichelli, 2006. v. 2. p. 732.

33 Peraltro, l'assenza di regole sulla democraticità interna dei partiti è comune a molti ordinamenti degli Stati membri dell'Ue e, poiché i partiti politici europei sono composti da partiti nazionali, ciò ha influito sulla disciplina europea dei partiti, come osserva ALLEGRI, M.R. Il nuovo regolamento sullo statuto e sul finanziamento dei partiti politici europei: una conclusione a effetto ritardato. *Osservatorio costituzionale*, AIC, n. 2, mag. 2014. p. 5.

discriminare tra i diversi partiti, di conseguenza, sarebbe rimesso agli elettori³⁴, che – si presume – dovrebbero preferire quelle forze politiche con un ordinamento interno caratterizzato in senso democratico.

Tale soluzione, tuttavia, sembra insoddisfacente innanzitutto perché gli elettori potrebbero essere manipolati da un'efficace strategia mediatica messa in atto dal partito o dal suo *leader*. Inoltre, si può dubitare che un partito che intenda concorrere con metodo democratico alla determinazione della politica nazionale possa farlo senza rispettare il metodo democratico anche al suo interno³⁵. In altri termini, un partito che non consenta un confronto tra le diverse posizioni espresse al suo interno, che non garantisca un ruolo alle minoranze interne e che non preveda delle procedure che permettano un'alternanza tra i soggetti che ricoprono le diverse cariche interne, farebbe prevalere al suo interno il momento oligarchico anziché quello democratico-partecipativo³⁶; da tali dinamiche dovrebbe presumersi la sua incapacità di ricorrere alle procedure democratiche anche nell'attività che svolge "in concorso" con le altre forze politiche. Per di più, un partito che non garantisca la propria capacità rappresentativa interna non parrebbe in grado di rappresentare neanche gli interessi, le preferenze e i valori del proprio elettorato di riferimento all'interno delle istituzioni, puntando piuttosto a carpire il sostegno (di una parte almeno) dell'elettorato ipotizzando politiche che attraggano voti, anziché quelle più coerenti con gli obiettivi politico-ideologici del partito³⁷, sì da poter conseguire il miglior risultato elettorale possibile. Infine, la presenza di partiti che non siano strutturati in senso democratico rappresenta un rischio per la tenuta stessa della democrazia, che, se non è ancora sufficientemente radicata nel tessuto sociale, potrebbe essere compromessa dal successo elettorale di forze politiche che esprimono un forte dissenso nei confronti delle istituzioni e dei partiti tradizionali, riuscendo a far presa sull'elettorato soprattutto in periodi di gravi crisi (economico-finanziarie, sociali o politiche).

Non deve sorprendere, allora, che la storia repubblicana italiana sia attraversata dal dibattito sulla necessità di approvare una legge "sui" partiti, che ne garantisca la democrazia interna, intesa come funzionalmente collegata alla loro attività esterna³⁸. D'altro canto, se l'art. 49 Cost. non impone di regolamentare

34 Si v., in proposito, PASQUINO, G. Art. 49. In: BRANCA, G. (a cura di). *Commentario della Costituzione*. Bologna: Roma: Zanichelli, 1992. p. 20-21, e DE FIORES, C. Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi. *Costituzionalismo.it*, n. 1, p. 244 et seq., 2018.

35 Come osserva S. Bartole, "le determinazioni assunte dai partiti secondo le loro regole interne hanno riflessi sul funzionamento dell'intero sistema politico". (BARTOLE, S. Partiti politici. *Digesto delle discipline pubblicistiche*, v. 10, Torino, p. 709, 1995). Analoghe le considerazioni di A. Ruggeri, "un ordinamento è democratico se lo sono al loro interno le formazioni sociali in cui si articola e svolge il pluralismo costituzionale (partiti, ovviamente, in testa)". (RUGGERI, A. I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici. *Federalismi.it*, n. 22, p. 6, 2017).

36 Sul rischio che nei partiti tendano a prendere il controllo le oligarchie, si v. MICHELS, R. Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie. Untersuchungen über die oligarchischen Tendenzen des Gruppenlebens [1911]. Trad. it. *La sociologia del partito politico nella democrazia moderna*. Bologna: Il Mulino, 1966. part. p. 56-57. Per la considerazione che la direzione dei partiti tenda "naturalmente" ad assumere una forma oligarchica, sebbene con caratteristiche diverse tra le varie tipologie di partito, si v. DUVERGER, 1975, p. 203 et. seq. Si v. anche PREDIERI, A. Democrazia nei partiti nella determinazione della politica nazionale. Equilibri e garanzie costituzionali. *Studi politici*, 1960. p. 288 et seq.

37 In altri termini, ci si può chiedere se i partiti tentino di vincere le elezioni per perseguire delle politiche oppure perseguano delle politiche per vincere le elezioni: cf. DOWNS, A., An Economic Theory of Political Action in a Democracy. *The Journal of Political Economy*, n. 2, p. 137, 1957. e PANEBIANCO, A. *Modelli di partito*. Bologna: Il Mulino, 1982. p. 28.

38 Come osserva C. Rossano, il "c.d. 'metodo democratico' costituisce indubbiamente un limite all'azione esterna dei partiti e può comportare la repressione della attività condotta con metodi non democratici. Ma è anche un limite rispetto all'attività interna, e si riflette sull'organizzazione stessa dei partiti, in quanto funzionalmente collegata con l'attività esterna". (ROSSANO, 2002, p. 7).

il funzionamento interno delle associazioni a carattere partitico e ogni scelta in proposito è stata rimessa agli stessi partiti, non può neanche stupire che, sino al momento in cui si scrive, una legge volta ad assicurare la democrazia “nei” partiti non sia stata approvata e sia prevalso un atteggiamento di “neutralità dello Stato nei confronti dell’istituzione partito”³⁹.

3. LA DISCIPLINA LEGISLATIVA DEI PARTITI POLITICI: UNA PREMESSA

Sebbene non abbia mai approvato una legge che disciplinasse in maniera organica i partiti politici, il legislatore italiano è intervenuto ripetutamente sui partiti, occupandosi principalmente delle regole connesse al loro finanziamento (a partire dalla l. 195/1974) e alla disciplina delle elezioni. Non potendo, in questa sede, ricostruire tali numerosi interventi normativi, è opportuno considerare la disciplina vigente del fenomeno partitico.

3.1. LA DISCIPLINA LEGISLATIVA VIGENTE: IL DECRETO LEGGE N. 149 DEL 2013 E LA LEGGE N. 13 DEL 2014

La vigente disciplina legislativa dei partiti politici trova la sua base nel d.l. 149/2013, convertito con modificazioni dalla l. 13/2014.

Tale disciplina ha il suo caposaldo nel graduale superamento del sistema di finanziamento pubblico ai partiti, poiché abolisce il rimborso delle spese per le consultazioni elettorali e i contributi pubblici erogati per l’attività politica e a titolo di cofinanziamento⁴⁰. Dal 2017, dunque, i partiti possono contare solo sul finanziamento volontario dei privati⁴¹ e, in particolare, sulle erogazioni volontarie in regime fiscale agevolato e sul finanziamento pubblico indiretto⁴², che consiste nella volontaria destinazione a uno specifico partito del due per mille dell’imposta sul reddito delle persone fisiche (Irpef) da parte di ciascun contribuente.

Tali contribuzioni, però, non possono essere destinate a qualunque soggetto: possono beneficiarne, infatti, solo i partiti che siano iscritti nel registro nazionale dei partiti politici⁴³, di cui si parlerà a breve; ma, per potersi iscrivere, i partiti devono innanzitutto adottare uno statuto che contenga i requisiti indicati nell’art. 3, co. 1 e 2, del d.l. 149/2013.

Lo statuto deve essere redatto nella forma dell’atto pubblico e deve descrivere il simbolo che, con la denominazione, costituisce elemento essenziale di riconoscimento del partito politico⁴⁴. Inoltre, lo statuto, nel rispetto della Costituzione e dell’ordinamento dell’Unione europea (Ue), deve indicare un articolato numero di

39 Si riprendono le parole di RIDOLA, 1982, p. 115.

40 Cf. art. 1, co. 1, d.l. 149/2013.

41 Cf. artt. 1 e 14, d.l. 149/2013. Sul superamento del finanziamento pubblico diretto si v. le considerazioni molto critiche di PICCIO, D.R. Meriti, demeriti e criticità del sistema di finanziamento pubblico alla politica. Una prospettiva comparata. In: Id. (a cura di) *Il finanziamento alla politica in Italia*. Roma: Carrocci, 2018. p. 143 et seq.

42 Cf. artt. 11 e 12, d.l. 149/2013.

43 Cf. art. 4, d.l. 149/2013.

44 Cf. art. 3, co. 1, d.l. 149/2013.

requisiti⁴⁵, necessari affinché il partito possa ottenere le contribuzioni indicate nel decreto legge, a cui l'art. 3, co. 3, del d.l. 149/2013 aggiunge la possibilità di “prevedere disposizioni per la composizione extragiudiziale delle controversie insorgenti nell'applicazione delle norme statutarie, attraverso organismi provviralmente definiti dallo statuto medesimo, nonché procedure conciliative e arbitrali”⁴⁶.

Con la nuova disciplina, il legislatore sembrerebbe voler implementare l'efficacia dell'art. 49 Cost., giacché il d.l. 149/2013, dopo aver definito i partiti politici come “libere associazioni attraverso le quali i cittadini concorrono, con metodo democratico, a determinare la politica nazionale”, afferma: “L'osservanza del metodo democratico, ai sensi dell'articolo 49 della Costituzione, è assicurata anche attraverso il rispetto delle disposizioni del presente decreto”⁴⁷.

La capacità – almeno ipotetica – delle regole sul finanziamento ai partiti di incidere sul funzionamento e sull'organizzazione dei partiti politici è confermata anche dall'art. 9 del d.l. 149/2013, che intende favorire la parità di accesso alle cariche elettive “in attuazione” dell'art. 51 Cost.⁴⁸. Tale disposizione, infatti, prevede, in primo luogo, una riduzione delle risorse del partito politico derivanti dalla distribuzione del due per mille dell'Irpef, nel caso in cui – nel numero complessivo dei candidati di un partito politico in ciascuna elezione della Camera dei deputati, del Senato della Repubblica o dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia – uno dei due sessi sia rappresentato in misura inferiore al 40%; in secondo luogo, una sanzione a carico dei partiti politici che non abbiano destinato una quota pari almeno al 10% delle somme ad essi spettanti sulla scorta delle dichiarazioni Irpef ad iniziative volte ad accrescere la partecipazione attiva delle donne alla politica.

Le somme ottenute grazie alla riduzione del finanziamento indiretto e alle indicate sanzioni confluiscono in un fondo, il cui ammontare è annualmente suddiviso tra i partiti iscritti nella seconda sezione del registro nazionale dei partiti per i quali la percentuale di eletti del sesso meno rappresentato in ciascuna elezione sia pari o superiore al 40% e sono ripartite in misura proporzionale ai voti ottenuti da ciascun partito nell'elezione di riferimento.

Tornando ai benefici previsti dal d.l. 149/2013, per accedervi i partiti devono iscriversi al già citato registro nazionale e, ai fini di tale registrazione, devono trasmettere copia autentica dello statuto alla Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici, organo già istituito dalla l. 96/2013⁴⁹, sebbene con una denominazione diversa. La Commissione ve

45 Indicati dall'art. 3, co. 2, d.l. 149/2013.

46 Su tali aspetti appare utile in rinvio a Cass. civ., sez. I, sentt. 7 febbraio 1968, n. 404, e 12 ottobre 1973, n. 2572.

47 Cf. art. 2, d.l. 149/2013. Tuttavia, come osserva M. Perini, il decreto legge “sembra interessato a placare il montante sdegno popolare piuttosto che riformare la politica in senso conforme allo spirito costituzionale”. (PERINI, M. *I partiti e la democrazia interna*. Milano: A. Giuffrè, 2019. p.219).

48 Così l'art. 9, co. 1, d.l. 149/2013.

49 Cf. art. 4, d.l. 149/2013, che rinvia all'art. 9, co. 3, l. 96/2012. È opportuno osservare che anche il diritto dell'Ue, nel disciplinare i partiti politici europei, prevede che essi si dotino di uno statuto e istituisce un organo di controllo, l'Autorità per i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee: cfr. reg. (Ue) 1141/2014, artt. 4 e 6. Peraltro, secondo il diritto eurounitario, se l'Autorità volesse cancellare dal registro dei partiti politici europei un partito per il mancato rispetto dei valori dell'Ue, il Parlamento europeo o il Consiglio dell'Ue potrebbero bloccare la cancellazione, contemplando, così, una sorta di controllo politico (cf. l'art. 10, par. 4, reg. (Ue) 1141/2014, e gli artt. 224 e 225 reg. Parlamento Ue). Il citato regolamento è stato modificato dal reg. (Ue) 673/2018.

rifica la presenza nello statuto degli elementi richiesti e iscrive il partito nel registro nazionale; qualora lo statuto non sia ritenuto conforme alle disposizioni indicate dall'art. 3, la Commissione, anche previa audizione di un rappresentante designato dal partito, invita il partito, tramite il legale rappresentante, ad apportare le modifiche necessarie e a depositarle, in copia autentica, entro un dato termine; ove tale termine non sia rispettato o le modifiche apportate non siano ritenute conformi alle disposizioni di cui all'art. 3, la Commissione nega, con provvedimento motivato, l'iscrizione al registro nazionale. Il medesimo procedimento deve essere seguito anche per le modifiche dello statuto⁵⁰. Lo statuto e le sue modifiche sono pubblicati in Gazzetta ufficiale, mentre il registro è consultabile in un'apposita sezione del sito *internet* ufficiale del Parlamento⁵¹.

Come si è già accennato⁵², la Commissione ha anche adottato delle linee guida per la redazione e la presentazione degli statuti dei partiti e dei movimenti politici, che contengono previsioni di tenore molto diverso, poiché si passa da affermazioni piuttosto generiche (come quelle sulla tutela delle minoranze interne al partito), ad altre più dettagliate (come quelle inerenti alla previsione di determinati organi), sino a prese di posizione che sollevano delle perplessità (come quella secondo cui le associazioni e le persone giuridiche non possono acquisire la qualifica di socio di un partito). Tuttavia, non è chiaro quanto esse possano consentire un controllo stringente sugli statuti dei (soli) partiti che intendano accedere ai benefici previsti dal d.l. 149/2013⁵³. Infatti, il controllo sino ad ora esercitato dalla Commissione è parso riguardare soprattutto la "presenza" dei requisiti richiesti e non il merito delle relative scelte; ciò può forse evitare che la Commissione ingerisca nelle scelte dei partiti, ma può anche agevolare eventuali elusioni della disciplina contemplata dalla legge⁵⁴. Pertanto, una disciplina legislativa più dettagliata del fenomeno partitico potrebbe consentire alla Commissione di svolgere un controllo più stringente sulla presenza dei requisiti richiesti, senza richiederle (o consentirle) valutazioni di natura discrezionale.

Peraltro, l'iscrizione al registro nazionale dei partiti è condizione necessaria ma non sufficiente per partecipare al riparto delle risorse finanziarie contemplate dal decreto legge del 2013.

Infatti, per partecipare al finanziamento privato in regime fiscale agevolato, i partiti devono aver conseguito nell'ultima consultazione elettorale almeno un candidato eletto sotto il proprio simbolo, anche ove integrato con il nome di un candidato, alle elezioni per il rinnovo del Senato della Repubblica, della Camera dei deputati, dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia o in uno dei Consigli regionali o delle Province autonome di Trento e di Bolzano; oppure, devono aver presentato nella medesima consultazione elettorale candidati in almeno tre circoscrizioni per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati o in almeno tre Regioni per il

50 Cf. art. 4, co. 3, d.l. 149/2013.

51 Cf. art. 4, co. 5 e 8, d.l. 149/2013.

52 *Supra*, par. 2.

53 Anche le deliberazioni sull'iscrizione delle formazioni politiche nel registro adottate dalla Commissione dopo la pubblicazione delle linee guida e consultabili sul sito www.parlamento.it non forniscono indicazioni utili a comprendere quanto sia penetrante il controllo sugli statuti.

54 In merito alla disciplina dettata dal decreto legge, R. Calvano, parla di "una forma di controllo, tutto sommato piuttosto blanda, sulla vita dei partiti". (CALVANO, R. Dalla crisi dei partiti alla loro riforma, senza fermarsi ... voyage au bout de la nuit? *Costituzionalismo.it*, n. 3, p. 176, 2015.)

rinnovo del Senato della Repubblica, o in un Consiglio regionale o delle Province autonome, o in almeno una circoscrizione per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia⁵⁵.

Possono invece partecipare alla ripartizione annuale del due per mille dell'Irpef i partiti che abbiano conseguito nell'ultima consultazione elettorale almeno un candidato eletto sotto il proprio simbolo alle elezioni per il rinnovo del Senato della Repubblica, della Camera dei deputati o dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia⁵⁶.

I requisiti previsti sembrano idonei a garantire un certo grado di corrispondenza tra finanziamento e rappresentanza effettiva del partito politico, tuttavia, il decreto legge consente di partecipare al riparto di tutte le risorse da esso contemplato anche a quelle forze politiche iscritte nel registro dei partiti: cui dichiarano di fare riferimento un gruppo parlamentare costituito in almeno una delle Camere secondo le norme dei rispettivi regolamenti, ovvero una singola componente interna al gruppo misto; oppure, che abbiano depositato congiuntamente il contrassegno elettorale e partecipato in forma aggregata a una competizione elettorale mediante la presentazione di una lista comune di candidati o di candidati comuni in occasione del rinnovo del Senato della Repubblica, della Camera dei deputati o delle elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, riportando almeno un candidato eletto, sempre che si tratti di partiti politici che risultino iscritti nel citato registro prima della data di deposito del contrassegno⁵⁷.

Questi ultimi requisiti sembrano in controtendenza rispetto a quelli precedenti, poiché non solo paiono consentire a un numero più ampio di forze politiche l'accesso alle risorse finanziarie previste dal decreto legge, ma possono anche favorire dinamiche politico-partitiche poco trasparenti, finalizzate prevalentemente ad ottenere dei finanziamenti.

Più nello specifico, consentire l'accesso ai finanziamenti pubblici ai partiti cui dichiarano di aderire un gruppo parlamentare o una componente politica del gruppo misto potrebbe favorire la frammentazione all'interno delle Camere, giacché le minoranze all'interno dei partiti, anziché accettare le dinamiche di confronto interno con le altre anime del partito, potrebbero trovare più conveniente puntare ad una scissione allo scopo di formare gruppi o componenti autonome, ove ritenuti capaci di accedere a risorse proprie.

Il decreto legge presenta delle norme di indubbio interesse anche in merito alla trasparenza dei partiti. Infatti, l'art. 5 del d.l. 149/2013 richiede che i partiti politici assicurino «la trasparenza e l'accesso alle informazioni relative al proprio assetto statutario, agli organi associativi, al funzionamento interno e ai bilanci, compresi i rendiconti, anche mediante la realizzazione di un sito internet»⁵⁸. Inoltre, i rappresentanti legali dei partiti iscritti al registro nazionale e beneficiari di erogazioni liberali sono tenuti a trasmettere alla Presidenza della Camera dei deputati l'elenco dei soggetti che hanno erogato finanziamenti o contributi di importo superiore, nell'anno, a 5.000 euro, e la relativa documentazione contabile, anche al fine di consentire la pubblicazione sui siti *internet* del Parlamento e del partito dei dati dei soggetti

55 Cf. art. 10, co. 1, lett. a, d.l. 149/2013.

56 Cf. art. 10, co. 1, lett. b, d.l. 149/2013.

57 Cf. art. 10, co. 2, d.l. 149/2013.

58 Così art. 5, co. 1, d.l. 149/2013.

eroganti e delle somme erogate. Tuttavia, tali obblighi di pubblicazione riguardavano soltanto i dati dei soggetti i quali abbiano prestato il proprio consenso ai sensi del codice in materia di protezione dei dati personali⁵⁹.

Si tratta di norme che, considerate anche in rapporto agli obblighi di certificazione sui rendiconti dei partiti⁶⁰, vanno valutate con favore, perché dovrebbero consentire di comprendere: chi sono i finanziatori di una forza politica e, dunque, gli interessi economici che possono influenzare le scelte del partito; quante sono le risorse a disposizione del partito e come vengono utilizzate; quali organi o soggetti interni al partito gestiscono tali risorse. Tuttavia, le criticità non mancano. Uno dei limiti è rappresentato dal riferimento ai soli partiti iscritti nel registro nazionale dei partiti politici che possono accedere ai benefici previsti dal decreto legge, poiché, in tal modo, i soggetti politici che possono fare affidamento su risorse finanziarie tali da non necessitare di accedere ai finanziamenti previsti dal decreto legge potrebbero preferire non iscriversi al registro, sottraendosi, così, agli obblighi di trasparenza che ne derivano. Ne conseguirebbe il paradosso per cui tali obblighi potrebbero non valere proprio per quei soggetti politici più bisognosi di trasparenza⁶¹.

Un altro aspetto critico va riscontrato nella possibilità di pubblicare i dati dei soli finanziatori che abbiano dato il consenso ai sensi del codice in materia di protezione dei dati personali. Si tratta di una previsione comprensibile ove si considerino le esigenze di tutela della *privacy*, ma che rischia di essere anche un modo per eludere gli obblighi di trasparenza, impedendo di conoscere quali siano i soggetti finanziatori di un partito. Tale rischio potrebbe essere evitato prevedendo che i partiti possano ricevere erogazioni liberali esclusivamente da soggetti che abbiano dato il proprio consenso alle pubblicazioni previste dal decreto legge, sebbene ciò potrebbe comportare un'ulteriore contrazione delle erogazioni private destinate ai partiti politici. Sul punto è intervenuta la l. 3/2019, con una previsione non del tutto convincente, come si vedrà in seguito⁶².

Complessivamente considerata, la disciplina dettata dal d.l. 149/2013 sembra conseguente al clima di sfiducia nei confronti dei partiti politici, poiché elimina ogni forma di finanziamento pubblico diretto. Comunque, le regole in essa contenute tentano ugualmente di influire sui partiti politici, soprattutto con riferimento alla trasparenza delle loro fonti di finanziamento e alle conseguenze che essa può produrre in termini di dialettica e democrazia interne al partito politico. Tuttavia, affinché tali regole siano applicabili ai partiti è necessario che essi si iscrivano al registro nazionale dei partiti politici, così da poter accedere al finanziamento pubblico indiretto e al sistema di erogazioni liberali in regime fiscale agevolato. Ciò si scontra quantomeno con due limiti: in primo luogo, si introducono delle regole per i partiti che vogliono partecipare al finanziamento pubblico, ma si elimina il finanziamento pubblico diretto, disincentivando, così, i partiti a sottoporsi a tali regole⁶³; in secondo luogo, le forze politiche che possono contare su importanti fonti di finanziamento

59 Cf. art. 5, co. 3, d.l. 149/2013, che rinvia agli artt. 22, co. 12, e 23, co. 4, d.lgs. 196/2003, abrogati dal d.lgs. 101/2018.

60 Cf. artt. 6 e 7, d.l. 149/2013.

61 Già con riferimento alla disciplina dettata dalla l. 195/1974, E. Rossi, evidenziava “la paradossale conseguenza che il partito il quale può fare a meno del finanziamento pubblico è anche quello che può agire in violazione dei principi costituzionali”. (ROSSI, E. *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*. Padova: Cedam, 1989. p. 279.)

62 *Infra*, par. 3.2.

63 Si tratterebbe di un paradosso dell'intervento legislativo *de quo*, come osserva SCUTO, F. *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*. Torino: Giappichelli, 2017. p. 108.

privato potrebbero preferire non iscriversi al registro, sottraendosi alle regole previste dal decreto legge⁶⁴, conservando margini più ampi di autonomia nella definizione della propria organizzazione interna e risultando meno vincolate dagli obblighi di trasparenza. In questo modo, si correrebbe il rischio che rilevanti interessi economici siano in grado di incidere sull'organizzazione e sul funzionamento di taluni partiti politici, per di più senza che tesserati, simpatizzanti ed elettori siano posti in condizione di conoscere tali interessi.

Di conseguenza, sembra da condividere la scelta del decreto legge di porre un tetto annuo alle erogazioni liberali a favore di un partito politico effettuate dalle persone fisiche e dalle persone giuridiche, sebbene fissato a 100.000 euro⁶⁵. Questo limite, infatti, seppur non particolarmente stringente, dovrebbe consentire quantomeno di limitare i rischi che alcuni partiti risultino influenzati o, addirittura, controllati da interessi economico-finanziari poco trasparenti⁶⁶. D'altro canto, l'abolizione del finanziamento pubblico diretto costringe i partiti a cercare adeguate fonti di finanziamento privato, sicché un tetto troppo basso per tali erogazioni potrebbe mettere in difficoltà i partiti stessi. Non sembra casuale, allora, che la disciplina dell'Ue in materia preveda un limite più rigoroso, giacché tale limite è inserito all'interno di un sistema che contempla il finanziamento pubblico diretto ai partiti politici europei⁶⁷.

Un'ultima considerazione pare opportuna. L'art. 3, co. 4, d.l. 149/2013 prevede che, per quanto non espressamente previsto dal decreto stesso e dallo statuto del partito, si applichino ai partiti politici le disposizioni del codice civile e le norme di legge vigenti in materia. Si tratta di una previsione rilevante quantomeno perché conferma la natura civilistica delle associazioni a carattere partitico, ponendosi in continuità con la normativa in materia, con la giurisprudenza di merito⁶⁸ e con la posizione della Corte costituzionale, che – ai fini di un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato – ha considerato i partiti alla stregua di “organizzazioni proprie della società civile, alle quali sono attribuite dalla legge talune funzioni pubbliche, e non come poteri dello Stato”⁶⁹.

3.2. LE PIÙ RECENTI MODIFICHE ALLA DISCIPLINA DEI PARTITI POLITICI: LA LEGGE N. 3 DEL 2019

Nella XVIII Legislatura si è avuto un nuovo intervento legislativo sui partiti, che riguarda prevalentemente il finanziamento ai partiti e la sua trasparenza. Si tratta della l. 3/2019, che, all'interno di una serie di disposizioni riguardanti i reati

64 Ritiene irragionevole aver limitato la disciplina ai soli partiti che intendono accedere ai finanziamenti DICKMANN, R. La contribuzione su base volontaria ai partiti politici prevista dal decreto legge n. 149 del 2013. Molte novità ed alcuni dubbi di costituzionalità. *Federalismi.it*, n. 5, p. 9-10, 2014.

65 Cf. art. 10, co. 7 ss., d.l. 149/2013, che esclude da tale limite i lasciti *mortis causa*. Peraltro, F. Biondi osserva che tale limite sia “facilmente eludibile attraverso le fondazioni, che – anche se formalmente collegate ad un partito (...) – tale limite non incontrano”. BIONDI, F. Verso un finanziamento privato dei partiti: ma con quali regole? *Quaderni costituzionali*, Mulino, n. 2, p. 365, 2017.)

66 Problema che si pone, ovviamente, anche per il finanziamento di singoli politici o candidati, come osserva GUARINO, G. Riflessioni sui regimi democratici. *Politica del diritto*, n. 1, p. 31-32, 1991.

67 Il limite previsto dal reg. (Ue) 1141/2014, art. 20, co. 1, è fissato a 18.000 euro, mentre il reg. (CE) 2004/2003, art. 6, co. 2, lett. b, prevedeva un limite ancora più rigoroso (12.000 euro). Si v. anche la proposta di riforma di tale disciplina, che prende atto delle difficoltà dei partiti politici europei di reperire sufficienti finanziamenti e ne ipotizza un aumento: COM(2017) 481 final, 2017/2019 (COD) del 13 settembre 2017.

68 Da quella più datata (come, ad es., Trib. Brindisi, sent. 4 settembre 1981) a quella più recente (ad es., Trib. Roma, ord. 12 aprile 2016, e Trib. Genova, decr./ord. 10 aprile 2017).

69 Così la già citata Corte cost., ord. 79/2006.

contro la pubblica amministrazione, introduce anche delle norme per favorire la trasparenza dei finanziamenti privati ai partiti⁷⁰.

In particolare, la legge prevede che, laddove un soggetto abbia elargito contributi – in denaro, prestazioni o altre forme di sostegno – per una somma superiore a 500 euro durante l’anno ai soggetti politici indicati dal d.l. 149/2013 nonché alle liste e ai candidati alla carica di Sindaco partecipanti alle elezioni amministrative nei Comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti, “s’intende prestato il consenso alla pubblicità dei dati da parte dei predetti soggetti erogatori”⁷¹. La stessa disposizione prevede altresì il divieto per

[...] partiti o movimenti politici di ricevere contributi, prestazioni gratuite o altre forme di sostegno a carattere patrimoniale, in qualsiasi modo erogati, ivi compresa la messa a disposizione con carattere di stabilità di servizi a titolo gratuito, da parte di persone fisiche o enti che si dichiarino contrari alla pubblicità dei relativi dati, considerando “essenti dall’applicazione delle disposizioni del presente comma le attività a contenuto non commerciale, professionale o di lavoro autonomo di sostegno volontario all’organizzazione e alle iniziative del partito o movimento politico”.

L’abbassamento della soglia oltre la quale le elargizioni ai partiti devono essere rese pubbliche e il divieto di accettare elargizioni da parte di soggetti contrari alla pubblicità dei relativi dati pare condivisibile, perché dovrebbe consentire di comprendere quali interessi finanziari sorreggano il partito; così come appare ragionevole escludere da particolari forme di pubblicità quel sostegno ai partiti che sia presumibilmente riconducibile alla tipica partecipazione di militanti, iscritti o simpatizzanti alle attività del partito.

Desta delle perplessità, invece, la presunzione contemplata dalla legge in materia di consenso alla pubblicità dei dati personali. Infatti, poiché la somma limite può essere raggiunta attraverso contribuzioni diverse durante l’anno ed esse possono anche essere costituite da prestazioni diverse dall’elargizione di una somma di denaro, non si può escludere che il soggetto erogatore non sia consapevole del valore complessivo delle prestazioni offerte al partito nel corso dell’anno; pertanto, sembrerebbe opportuno prevedere che il partito informi prima il soggetto erogante di aver raggiunto o superato il limite in questione, chiedendo di rilasciare espressamente il consenso alla pubblicazione dei dati o, in caso contrario, contemplando un obbligo di restituzione delle somme in eccesso da parte della forza politica oppure un obbligo di retribuzione delle prestazioni ricevute.

A parte questo caso limite, per tutelare adeguatamente la riservatezza dei dati personali di chi eroga dei contributi ai partiti sembrerebbe preferibile richiedere una dichiarazione espressa che autorizzi la loro pubblicazione, vietando ai partiti di accettare erogazioni da parte di quanti rifiutino di concederla, giacché la pub

70 Osserva CECCANTI, S. Il finanziamento della politica. In: NOMOS, n. 3, p. 4, 2018, pubblicato anche in LANCHESTER, F. (a cura di). *Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?* Padova: Cedam, 2019. p. 113 et seq., la base di partenza di tale intervento normativo non sarebbe rappresentata “dal legame tra democraticità e finanziamento, ma da quello tra anticorruzione e partiti”.

71 Così l’art. 1, co. 11, l. 3/2019.

blicazione in questione può rendere di pubblico dominio un carattere particolare dell'interessato: il suo orientamento politico. Invero, la previsione della l. 3/2009 sembrerebbe compatibile con il reg. (Ue) 2016/697⁷², ma lo stesso regolamento richiede che, nei casi peculiari in cui i dati riguardino (anche) l'opinione politica degli interessati, occorra designare un responsabile della protezione dei dati⁷³, al quale, però, la legge del 2019 non fa cenno.

Tra le previsioni della legge in questione va poi valutato con favore l'obbligo di pubblicare entro quindici giorni dal loro ricevimento i "contributi ricevuti nei sei mesi precedenti le elezioni per il rinnovo del Parlamento, o comunque dopo lo scioglimento anticipato delle Camere"⁷⁴. Questa previsione, che pare ispirata dalla disciplina dei partiti politici europei⁷⁵, sembra consentire agli elettori di conoscere meglio quali interessi economici siano in grado di influenzare i partiti e i candidati in una fase particolarmente delicata quale è quella a ridosso delle competizioni elettorali.

Un riflesso della normativa dell'Ue può scorgersi anche nella previsione della l. 3/2019⁷⁶ secondo cui ai partiti, ai movimenti politici e alle liste elettorali "è fatto divieto di ricevere contributi, prestazioni o altre forme di sostegno provenienti da governi o enti pubblici di Stati esteri e da persone giuridiche aventi sede in uno Stato estero non assoggettate a obblighi fiscali in Italia". La disciplina europea, invece, prevede che i partiti politici europei non possano accettare donazioni o contributi anonimi, oppure provenienti da qualsiasi autorità pubblica, da uno Stato membro o da un Paese terzo, o da imprese sulle quali siffatta autorità possa esercitare direttamente o indirettamente un'influenza dominante o, ancora, provenienti da entità private con sede in un Paese terzo o da persone fisiche di un Paese terzo che non hanno il diritto di votare alle elezioni del Parlamento Ue⁷⁷.

La medesima disposizione della legge del 2019 contempla anche un divieto di elargire contributi ai soggetti politici in capo alle persone fisiche maggiorenni non iscritte nelle liste elettorali o private del diritto di voto. Mentre il primo divieto può forse essere condiviso o, quantomeno, non pare sollevare particolari criticità, il secondo solleva dei dubbi. Infatti, il divieto aggiunge alla limitazione del diritto politico fondamentale – quello di voto – una limitazione che può riverberarsi su altri diritti politici del cittadino, quale quello di partecipare alla determinazione della politica nazionale attraverso l'associazione a un partito politico. Il limite in questione, infatti, potrebbe essere inteso in senso lato, sì da vietare al soggetto privato del diritto elettorale anche di versare la quota di associazione ad un partito, impedendogli così di esercitare il diritto contemplato dall'art. 49 Cost. e introducendo un limite ulteriore rispetto a quelli individuati dall'art. 98 Cost., che non dovrebbe consentire al legislatore di introdurre limitazioni all'iscrizione ai partiti politici per categorie diverse da quelle in esso elencate. Pertanto, se dovesse essere intesa in senso così ampio, si dovrebbe dubitare della legittimità costituzionale di tale previsione della legge del

72 Si v. gli artt. 6 e 9.

73 Cf. art. 37, reg. (Ue) 2016/679.

74 Così l. 3/2019, art. 1, co. 17, lett. a.

75 Infatti, secondo il già citato reg. (Ue) 1141/2014, art. 20, co. 3, le donazioni ricevute nei sei mesi precedenti le elezioni del Parlamento europeo sono comunicate su base settimanale all'Autorità per i partiti politici europei.

76 Si tratta dell'art. 1, co. 12.

77 Cf. reg. (Ue) 1141/2014, art. 20, co. 5, lett. c e d. Della questione del finanziamento da parte di soggetti esterni allo Stato del partito da finanziare si è occupata anche la Commissione di Venezia: cf. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW. *Opinion on the prohibition of financial contributions to political parties from foreign sources*, 2016. Consultabile in: www.venice.coe.int. p. 1 et seq.

2019. Sarebbe preferibile, dunque, intendere il divieto in questione in senso stretto, come limite per le sole erogazioni liberali diverse dalle quote associative. Anche così interpretato, tuttavia, esso potrebbe comunque limitare l'esercizio dell'art. 49 Cost., giacché, la partecipazione ai partiti si sviluppa secondo gradi di coinvolgimento diverso, che non necessariamente comportano l'iscrizione al partito o l'acquisizione della qualifica di socio in senso pieno. Pertanto, tale norma pare eccessivamente e irragionevolmente limitativa dei diritti politici dei cittadini, ancor più ove si consideri che essa è posta all'interno di una legge che aumenta la trasparenza delle forme di finanziamento dei partiti, consentendo agli elettori di vagliare anche le scelte dei partiti in tema di finanziamento.

Occorre altresì osservare che il requisito dell'iscrizione nelle liste elettorali escluderebbe dalla possibilità di finanziare i partiti anche gli stranieri extracomunitari regolarmente residenti in Italia. Si tratta di un limite che solleva delle perplessità, giacché consentire loro di sostenere un partito di cui condividono l'impostazione politico-ideologica o che ritengono possa meglio tutelare i propri diritti o interessi potrebbe costituire uno degli aspetti di un percorso di integrazione sociale⁷⁸.

La legge, poi, prende opportunamente in considerazione i legami tra partiti e altri soggetti collettivi⁷⁹, modificando l'art. 5, co. 4, d.l. 149/2013 e prevedendo che, ai fini del finanziamento, siano equiparate ai partiti e movimenti politici le fondazioni, le associazioni e i comitati la composizione dei cui organi direttivi sia determinata in tutto o in parte da deliberazioni di partiti o movimenti politici ovvero i cui organi direttivi siano composti in tutto o in parte da membri di organi di partiti o movimenti politici ovvero persone che siano o siano state, nei dieci anni precedenti, membri del Parlamento nazionale o europeo o di assemblee elettive regionali o locali ovvero che ricoprano o abbiano ricoperto, nei dieci anni precedenti, incarichi di governo al livello nazionale, regionale o locale ovvero incarichi istituzionali per esservi state elette o nominate in virtù della loro appartenenza a partiti o movimenti politici, nonché le fondazioni e le associazioni che erogano somme a titolo di liberalità o contribuiscano in misura pari o superiore a 5.000 euro l'anno al finanziamento di iniziative o servizi a titolo gratuito in favore di partiti, movimenti politici o loro articolazioni interne, di membri di organi di partiti o movimenti politici o di persone che ricoprono incarichi istituzionali⁸⁰.

Si tratta di una disciplina che pare più stringente di quella prevista dal d.l. 149/2013, ma che solleva almeno una perplessità. Invero, la presunzione di un collegamento tra partiti e associazioni derivante dalla partecipazione agli organi direttivi della fondazione di persone che – nei dieci anni precedenti – siano stati parlamentari o consiglieri (regionali o in enti locali) oppure membri di Esecutivi nazionali, regionali o locali, oppure abbiano ricoperto non meglio specificati incarichi istituzionali in virtù della loro (passata?) appartenenza politica, ma senza specificare se essi debbano essere ancora iscritti a un partito o meno, potrebbe risultare

⁷⁸ Su tali limiti sia consentito rinviare alle considerazioni critiche svolte in CODUTI, D. I divieti al finanziamento dei partiti politici nella legge n. 3 del 2019. Alcuni rilievi critici. *Forum di quaderni costituzionale*, Rassegna, p. 1, 2019. ISSN 2281-2113.

⁷⁹ Che è un tratto comune alla disciplina dell'Ue, che si è occupata dei legami tra partiti politici europei e le fondazioni politiche europee sin dal primo intervento normativo in materia, il reg. (CE) 2004/2003.

⁸⁰ Così l'art. 1, co. 20, l. 3/2019.

eccessivamente restrittiva. Infatti, pur di non essere assoggettati alle previsioni di trasparenza contemplate dal d.l. 149/2013, le fondazioni potrebbero essere indotte ad evitare di scegliere per le proprie cariche direttive persone con esperienza politica, sebbene non più iscritte a un partito politico, con un duplice effetto: la rinuncia, da parte delle fondazioni, a beneficiare dell'esperienza di persone che potrebbero non avere più alcun legame partitico; la limitazione delle prospettive per gli ex esponenti di partito, quasi caricando di disvalore la circostanza di aver ricoperto un mandato elettorale o una carica pubblica.

Il complesso normativo descritto sinora consente di evidenziare almeno un altro aspetto critico: la difficoltà di ricostruire in maniera organica una disciplina frammentata in più testi normativi, che per di più sembrano ispirati a logiche parzialmente differenti. Non sorprende, dunque, che la legge contenga anche una delega legislativa per il Governo, che dovrebbe approvare un decreto legislativo deputato a coordinare le regole in materia di finanziamento, trasparenza e democraticità dei partiti⁸¹.

3.3. LA DISCIPLINA DEI PARTITI POLITICI E LE REGOLE ELETTORALI: LA LEGGE N. 165 DEL 2017

Come si è detto, parte delle regole che riguardano i partiti è contenuta nella disciplina elettorale, sicché, occorre accennare alla disciplina elettorale vigente, conseguente all'approvazione della l. 165/2017.

Tale legge non impone a tutte le forze politiche che intendano partecipare alle elezioni di dotarsi di uno statuto ai sensi del d.l. 149/2013⁸², ma consente alle forze politiche non registrate che vogliano comunque partecipare alle elezioni di limitarsi a depositare una dichiarazione di trasparenza contenente alcuni elementi minimi di trasparenza: il legale rappresentante del partito o del gruppo politico organizzato, il soggetto che ha la titolarità del contrassegno depositato e la sede legale nel territorio dello Stato; gli organi del partito o del gruppo politico organizzato, la loro composizione nonché le relative attribuzioni⁸³.

Si tratta di previsioni il cui rilievo non può essere sottovalutato. Infatti, nonostante un intenso dibattito tecnico e politico sull'opportunità di introdurre una disciplina organica dei partiti politici, la normativa vigente delinea una soluzione poco incisiva nei confronti dei partiti, limitandosi a garantire che taluni dati siano conoscibili agli elettori chiamati a scegliere per quale forza politica votare. Tale soluzione appare ancor più insoddisfacente laddove si consideri che non si chiarisce quale organo interno al partito debba predisporre tale dichiarazione, sicché essa potrebbe essere redatta dai vertici della forza politica senza alcun coinvolgimento dell'organo che rappresenta gli iscritti o, comunque, senza alcun confronto interno al partito. Pertanto, la dichiarazione di trasparenza appare poco utile come strumento per favorire la conoscibilità da parte degli elettori di dati essenziali relativi al partito, ma sembra altresì incapace di incidere sulla democrazia interna al partito e tutelarne gli iscritti.

81 Così art. 1, co. 27, l. 3/2019.

82 Come richiesto, invece, dalla precedente l. 52/2015.

83 Cf. art. 1, co. 6, l. 165/2017.

4. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Se si considerano gli interventi normativi che si sono succeduti negli anni, si può osservare che per lungo tempo la disciplina dei partiti si è focalizzata sull'esigenza di garantire le risorse necessarie per il loro funzionamento, sottovalutando le potenzialità delle regole sul finanziamento dei partiti di incidere sull'organizzazione e sul funzionamento di tali soggetti collettivi. Così facendo, il tema della democrazia "nei" partiti e quello del loro finanziamento sono rimasti separati, con una scelta che ha marcato la distanza tra l'ordinamento italiano e quello di altre democrazie europee (come la Germania), senza contare la grande attenzione che l'ordinamento dell'Ue dedica al finanziamento di partiti e fondazioni politiche⁸⁴.

La disciplina italiana approvata negli ultimi anni appare più attenta al tema della trasparenza dei partiti, oltre che delle modalità del loro finanziamento, ma ancora scarsamente incisiva in relazione alla loro organizzazione e alla loro democrazia interna. Inoltre, se si considera che si è ormai superato il sistema di finanziamento pubblico diretto ai partiti, sembrerebbe venuto meno un efficace strumento di regolazione dei partiti politici, nonostante appaia sempre più diffusa la convinzione che sia necessario un quadro di regole certe entro le quali far muovere i partiti politici, così da completare il cammino dell'Italia verso una democrazia matura⁸⁵.

Le norme inerenti alla democrazia "nei" partiti, pur non mancando, appaiono piuttosto caute, presumibilmente per il timore di passare da un modello libero di partito ad uno eccessivamente rigido, giacché una disciplina uniforme potrebbe limitare troppo l'autonomia organizzativa dei diversi soggetti politici. In effetti, le scelte del legislatore sembrano esprimere la consapevolezza della presenza di modelli diversi di formazioni politiche nel sistema partitico, che difficilmente potrebbero essere compatibili con una disciplina uniforme, soprattutto laddove essa dovesse risultare anche minimamente invasiva. Peraltro, poiché tale autonomia può rispecchiare anche l'orientamento ideologico di ciascun partito e la sua evoluzione nel tempo⁸⁶, una disciplina troppo dettagliata rischierebbe di porsi in contrasto con l'art. 49 Cost., perché potrebbe comprimere eccessivamente la libertà di associazione in partiti e la connessa garanzia del pluralismo⁸⁷.

Invero, la trasparenza delle modalità di finanziamento dei partiti migliora anche la democrazia al loro interno, poiché, in assenza di regole certe sui fondi a disposizione dei partiti, la gestione di tali risorse rischia di essere appannaggio dei soli vertici delle associazioni partitiche, che vengono così rafforzati a discapito degli

84 Peraltro, come osserva G. Grasso, di fronte al quadro legislativo italiano, anche la disciplina dei partiti politici europei, pur meno penetrante di quelle tedesca o spagnola, "diventa molto, amplificandosi la capacità orientativa delle sue disposizioni". (GRASSO, G. *Democrazia interna e partiti politici a livello europeo: qualche termine di raffronto per l'Italia. Politica del diritto*, n. 4, p. 644, 2010.)

85 Così CAIMI, L. *Presentazione in AA.VV. Democrazia nei partiti*, Cooperativa in Dialogo, Milano, 2010. p. 8.

86 Come osserva A. Algostino, uno sguardo storico e comparatistico sulle formazioni partitiche "restituisce un'immagine estremamente variegata". (ALGOSTINO, A. *Partiti, conflitto e potere: spunti di riflessione sulla trasformazione del partito politico. NOMOS*, n. 3, p. 8, 2015). Si v. anche CARAVITA, B. *Sistema dei partiti e riforme istituzionali. Federalismi.it*, n. 6, p. 5 et seq., 2015, sull'attuale crisi dei partiti italiani.

87 Cf. la già citata Corte cost., ord. 79/2006. Per una lettura in chiave storica e filosofica dei partiti come espressione del pluralismo si v. MATTEUCCI, N. *Lo Stato moderno*. Bologna: Il Mulino, 1997. p. 325 et seq.

altri dirigenti e degli iscritti⁸⁸. Ma l'assenza di una disciplina organica, il susseguirsi di interventi normativi non sempre coerenti e la rinuncia a delineare un chiaro e trasparente sistema di finanziamento pubblico diretto legato alla sussistenza di determinati requisiti per i partiti beneficiari sembrano limitare notevolmente la capacità del legislatore di incidere sull'organizzazione e sul funzionamento dei partiti⁸⁹. All'interno degli spazi lasciati liberi dalla disciplina legislativa, i partiti possono avere ampi margini di libertà nel decidere come organizzarsi, con un conseguente incremento dell'importanza delle loro regole di autoorganizzazione⁹⁰, che non sempre sono adeguatamente pubblicizzate e che possono dare luogo a controversie tra partito e iscritti destinate ad essere risolte dalla magistratura sulla scorta della disciplina civilistica delle associazioni non riconosciute.

REFERÊNCIAS

ALGOSTINO, A. Partiti, conflitto e potere: spunti di riflessione sulla trasformazione del partito politico. *NOMOS*, n. 3, p. 8-15, 2015.

ALLEGRI, M.R. Il nuovo regolamento sullo statuto e sul finanziamento dei partiti politici europei: una conclusione a effetto ritardato. *Osservatorio costituzionale*, AIC, n. 2, mag. 2014.

AMORTH, A. Garanzie democratiche di fronte all'azione dei partiti. *Justitia*, n. 4, 1958.

ANZON, A. Le consultazioni dei segretari dei partiti e l'esclusione di Fabre. *Democrazia e diritto*, p. 305 et seq., 1979.

AVRIL, P. *Essais sur les partis [1986]*. Trad. it. Saggio sui partiti. Torino: Giappichelli, 1990.

BARDUSCO, A. *L'ammissione del cittadino ai partiti*. Milano: Varese: Istituto Editoriale Cisalpino, 1967.

BARTOLE, S. Partiti politici. *Digesto delle discipline pubblicistiche*, v. 10, Torino, p. 708-709, 1995.

BASSO, L. *Il Principe senza scettro*. Milano: Feltrinelli, 1958.

88 Sul rapporto tra finanziamento dei partiti politici e vincoli interni ai partiti si v. CLEMENTI, F. Prime considerazioni intorno ad una legge di disciplina dei partiti politici. *Federalismi.it*, n. 6, p. 6-7, 2015.; sul collegamento tra mancata regolamentazione giuridica dei partiti politici e un certo tipo di legislazione sul finanziamento degli stessi, TARLI BARBIERI, G. Il finanziamento dei partiti e il costo della politica in Italia: esiste una anomalia italiana? In: MERLINI, S. (a cura di). *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*. Firenze: Passigli Editori, 2009. p. 93 et seq.

89 Invece, come osservava L. Elia, “[l]a spinta a disciplinare il fenomeno dei partiti va (...) accettata senza pregiudiziali negative, ma senza nascondersi le gravissime difficoltà dell’impresa”. (ELIA, L. Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali interessi di categoria e rappresentanza politica [1964]. In: Idem. *Costituzione, partiti, istituzioni*. Bologna, 2009. p. 100).

90 Sulle quali sia consentito rinviare a CODUTI, D. *Regolare i partiti politici contemporanei*. Torino: Giappichelli, 2019. p. 123 et seq.

BIONDI, F. Verso un finanziamento privato dei partiti: ma con quali regole? *Quaderni costituzionali*, Mulino, n. 2, 2017.

BISCARETTI DI RUFFIA, P. Cittadinanza italiana, partiti politici e loro cariche dirigenti. *Diritto e società*, n. 1, p. 701-716, 1979.

CAIMI, L. Presentazione in AA.VV. *Democrazia nei partiti*, Cooperativa in Dialogo, Milano, 2010.

CALVANO, R. Dalla crisi dei partiti alla loro riforma, senza fermarsi ...voyage au bout de la nuit? *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2015.

CARAVITA, B. Sistema dei partiti e riforme istituzionali. *Federalismi.it*, n. 6, 2015.

CECCANTI, S. Il finanziamento della politica. In: NOMOS, n. 3, 2018, pubblicato anche in LANCHESTER, F. (a cura di). *Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?* Padova: Cedam, 2019.

CLEMENTI, F. Prime considerazioni intorno ad una legge di disciplina dei partiti politici. *Federalismi.it*, n. 6, 2015.

CODUTI, D. I divieti al finanziamento dei partiti politici nella legge n. 3 del 2019. Alcuni rilievi critici. *Forum di quaderni costituzionale*, Rassegna, 2019. ISSN 2281-2113.

_____. *Regolare i partiti politici contemporanei*. Torino: Giappichelli, 2019.

COMMISSIONE DI GARANZIA DEGLI STATUTI E PER LA TRASPARENZA E IL CONTROLLO DEI RENDICONTI DEI PARTITI POLITICI. *Linee guida per la redazione e la presentazione degli statuti dei partiti e dei movimenti politici, adottate con deliberazione*, 12 feb. 2018, n. 1. Consultabile in: www.parlamento.it.

CRISAFULLI, V. Partiti, Parlamento, Governo [1967]. In: Idem. *Stato popolo governo: illusioni e delusioni costituzionali*. Milano: Giuffrè, 1985.

CURRERI, S. Articolo 49. In: CLEMENTI, F. et. al. (a cura di). *La Costituzione italiana*. Bologna: Il Mulino, 2018. v. 1.

DE FIORES, C. Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi. *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2018.

DICKMANN, R. La contribuzione su base volontaria ai partiti politici prevista dal decreto legge n. 149 del 2013. Molte novità ed alcuni dubbi di costituzionalità. *Federalismi.it*, n. 5, 2014.

DOWNS, A., An Economic Theory of Political Action in a Democracy. *The Journal of Political Economy*, n. 2, 1957.

DUVERGER, M., Les partis politiques [1951]. Trad. it. *I partiti politici*. Milano: Franco Angeli, 1975.

ELIA, L. Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali interessi di categoria e rappresentanza politica [1964]. In: Idem. *Costituzione, partiti, istituzioni*. Bologna, 2009.

ESPOSITO, C. I partiti nella Costituzione italiana. In: Idem. *La Costituzione italiana Saggi*. Padova, 1954.

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW. *Opinion on the prohibition of financial contributions to political parties from foreign sources*, 2016. Consultabile in: www.venice.coe.int.

GRASSO, G. Democrazia interna e partiti politici a livello europeo: qualche termine di raffronto per l'Italia. *Politica del diritto*, n. 4, 2010.

GUARINO, G. Riflessioni sui regimi democratici. *Politica del diritto*, n. 1, 1991.

KELSEN, H. Vom Wesen und Wert der Demokratie [1929]. Trad. it. Essenza e valore della democrazia. In Idem. *La democrazia*. Bologna, 1995.

LAVAGNA, C. Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956.

LIPPOLIS, V. *Partiti maggioranza opposizione*. Jovene, Napoli, 2007.

LUCIANI, M. *Il voto e la democrazia*. Roma: Editori Riuniti, 1991.

MAIR, P. Ruling the Void. The Hollowing of Western Democracy [2013]. Trad. it. *Governare il vuoto*. La fine della democrazia dei partiti. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2016.

MANGIAMELI, S. Disciplina elettorale, sistema dei partiti, forma di governo: vecchie e nuove problematiche. *Diritti fondamentali*, n. 1, 2018.

MARTINES, T. *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*. Milano: A. Giuffrè, 1957.

MATTEUCCI, N. *Lo Stato moderno*. Bologna: Il Mulino, 1997.

MICHELS, R. Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie. Untersuchungen über die oligarchischen Tendenzen des Gruppenlebens [1911]. Trad. it. *La sociologia del partito politico nella democrazia moderna*. Bologna: Il Mulino, 1966.

MORTATI, C. Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano [1957]. In: Id. *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*: Raccolta di scritti. Milano: A. Giuffrè, 1972. v. 3.

OLIVETTI, M. Art. 1. In: BIFULCO, R.; CELOTTO, A.; OLIVETTI, M. (a cura di). *Commentario alla Costituzione*. Torino: Utet Giuridica, 2006. v. 1.

_____. *Diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli, 2018.

OSTROGORSKI, M. *Democracy and the organization of political parties*. England: New Brunswick: London, 2009. v. 1.

PANEBIANCO, A. *Modelli di partito*. Bologna: Il Mulino, 1982.

PASQUINO, G. Art. 49. In: BRANCA, G. (a cura di). *Commentario della Costituzione*. Bologna: Roma: Zanichelli, 1992.

PERINI, M. *I partiti e la democrazia interna*. Milano: A. Giuffrè, 2019.

PICCIO, D.R. Meriti, demeriti e criticità del sistema di finanziamento pubblico alla politica. Una prospettiva comparata. In: Id. (a cura di). *Il finanziamento alla politica in Italia*. Roma: Carrocci, 2018.

PREDIERI, A. Democrazia nei partiti nella determinazione della politica nazionale. Equilibri e garanzie costituzionali. *Studi politici*, 1960.

_____. I partiti politici. In: CALAMANDREI, P.; LEVI, A. (diretto da). *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*. Firenze: G. Barbèra, 1950. v. 1.

RESCIGNO, F. I partiti politici. In: NANIA, R.; RIDOLA, P. (a cura di). *I diritti costituzionali*. Torino: Giappichelli, 2006. v. 2.

RIDOLA, P. Partiti politici. In: *Enciclopedia del diritto*, Milano, v. 32, 1982.

RIZZONI, G. Art. 49. In: BIFULCO R.; CELOTTO, A.; OLIVETTI, M. (a cura di). *Commentario alla Costituzione*. Torino: UTET, 2006. v. 1.

ROSSANO, C. Partiti politici. In: *Enciclopedia giuridica*, Roma, v. 25, 2002.

ROSSI, E. *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*. Padova: Cedam, 1989.

RUGGERI, A. I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici. *Federalismi.it*, n. 22, 2017.

SARTORI, G. *Parties and Party Systems [1976]*. Oxford: ECPR Press, 2016.

SCUTO, F. *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*. Torino: Giappichelli, 2017.

TARLI BARBIERI, G. Il finanziamento dei partiti e il costo della politica in Italia: esiste una anomalia italiana? In: MERLINI, S. (a cura di). *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*. Firenze: Passigli Editori, 2009.

TESAURO, A. I partiti politici nell'attuale ordinamento italiano. In: AA.VV. *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*. Le libertà civili e politiche, Firenze, 1969. v. 2.

URCIUOLI, M.A. *La tutela del singolo nei partiti politici*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.

VECCHIO, G. *I partiti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

VIGEVANI, G.E. Art. 49. In: BARTOLE, S.; BIN, R. (a cura di). *Commentario breve alla Costituzione Crisafulli-Paladin*. 2. ed. Padova: Cedam, 2008.

VIRGA, P. *Il partito nell'ordinamento giuridico*. Milano: A. Giuffrè, 1948. 309 p.

O PROCESSO JUDICIAL ELEITORAL E A CALENDARIZAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS: UM MECANISMO A FAVOR DA CELERIDADE?

THE JURISDICTIONAL ELECTORAL PROCESS AND THE CALENDARIZATION OF THE PROCEDURAL ACTS: AN INSTRUMENT IN FAVOUR OF CELERITY?

Raquel Cavalcanti Ramos Machado *

Jéssica Teles de Almeida **

Vítor Pimentel de Oliveira ***

RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar a calendarização processual como meio de se favorecer a celeridade processual no âmbito do processo eleitoral. Exercendo o poder regulamentar, o TSE editou a Resolução n.º 23.478/2016, que estabeleceu diretrizes gerais para do diploma processual civil na seara eleitoral. O artigo 11 da referida Resolução preve que a autocomposição não seria possível no âmbito do processo eleitoral, em razão da indisponibilidade dos direitos em jogo, não se aplicando, portanto, as normas dos artigos 190 e 191 do Código de Processo Civil. A metodologia utilizada foi revisão bibliográfica e análise documental. Concluiu-se que a regulamentação do TSE, no tocante à impossibilidade de alteração, por vontade das partes, do procedimento legal, bem como dos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, foi acertada, diante do caráter legitimador que as normas que regem o processo eleitoral *strictu sensu* conferem ao próprio pleito eleitoral. Por outro lado, a não aplicação do artigo 191 parece não ter sido a decisão mais correta, uma vez que a utilização desta possibilita maior persecução à celeridade dentro do processo eleitoral, configurando importante meio de realização da norma presente no artigo 97-A da Lei nº 9.504/97 e no início LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Calendário processual. Celeridade processual no Direito Eleitoral. Duração razoável do Processo. Negócios jurídicos processuais. Autocomposição no Direito Eleitoral.

O presente trabalho se insere num conjunto maior de uma pesquisa voltada ao estudo dos institutos processuais do Direito Processual Eleitoral, principalmente a partir das mudanças operadas pelo CPC de 2015 diante da previsão expressa do seu art. 15.

*Professora de Direito Eleitoral da Universidade Federal do Ceará. Advogada. Graduada pela Universidade Federal do Ceará. Mestre pela Universidade Federal do Ceará. Doutora pela USP. Visiting Research Scholar da Wirtschaftsuniversität Wien (2015 e 2016). Professora pesquisadora convidada da Faculdade de Direito da Universidade Paris Descartes (2017). Professora pesquisadora convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Firenze (2018). Coordenadora do Grupo de Pesquisa e Extensão em Direito Eleitoral “Ágora: Educação para a cidadania: denúncia e esperança.” (UFC). Coordenadora-geral do projeto “Observatório Eleitoral do Ceará” (www.observatorioeleitoralce.com).

**Professora da Universidade Estadual do Piauí. Advogada e consultora jurídica. Doutoranda e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pesquisadora do grupo de pesquisa e extensão em Direito Eleitoral “Ágora: Educação para a cidadania: denúncia e esperança” (UFC) e do grupo “Direito Humanos e das Minorias” (UFC).

***Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Coordenador-adjunto do Grupo “Ágora” (UFC). Advogado eleitoralista. E-mail vitorpimenteldeoliveira@gmail.com.

ABSTRACT

This paper aims to study procedural timing as a means of promoting procedural speed in the context of the electoral process. Exercising regulatory power, the TSE issued Resolution No. 23,478 / 2016, which established general guidelines for civil procedural law in the electoral field. Article 11 of the aforementioned Resolution provides that self-composition would not be possible within the scope of the electoral process, due to the unavailability of the rights at stake, therefore, the rules of articles 190 and 191 of the Civil Procedure Code do not apply. The methodology used was a literature review and document analysis. It was concluded that the TSE regulation, regarding the impossibility of altering, by the parties' will, the legal procedure, as well as the burdens, powers, faculties and procedural duties, was agreed, given the legitimating character that the rules that govern the *strictu sensu* electoral process confer to the election itself. On the other hand, the non-application of article 191 does not seem to have been the most correct decision, since its use allows greater pursuit of speed within the electoral process, configuring an important means of realizing the rule present in article 97-A of the Law nº 9.504 / 97 and at the beginning LXXVIII of art. 5 of the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Procedural Calendary. Procedural celerity in the Electoral Law. Reasonable length of proceedings. Procedural deal. Self-composition in the Electoral Law.

1. INTRODUÇÃO

O microsistema processual eleitoral⁵ é formado, dentre outras, por normas inseridas no Código Eleitoral (Lei Federal nº 4.737, de 15/07/1965), na Lei de Inelegibilidade⁶, na Lei Geral das Eleições⁷, no Código de Processo Civil⁸ e na Constituição Federal de 1988⁹. São as normas que compõem esse microsistema que estabelecem o conteúdo do devido processo legal eleitoral.

São nesses diplomas normativos que encontramos diversas regras a respeito do processo judicial eleitoral¹⁰¹¹. Por meio dele, o Judiciário realiza o controle

5 COSTA, Adriano Soares. *Instituições de Direito Eleitoral: Teoria da Inelegibilidade – Direito Processual Eleitoral*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

6 BRASIL. *Lei Complementar Federal nº 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 03 abr. 2020.

7 BRASIL. *Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 03 abr. 20120.

8 Idem. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 18 set. 2017

9 Idem. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 abr. 2020.

10 José Jairo Gomes destaca que a expressão “processo eleitoral” pode assumir duas conotações, uma mais ampla (*latu sensu*) e uma mais restrita (*strictu sensu*). Em sentido amplo, pode-se dizer que o processo eleitoral é o conjunto de atos e procedimentos que a Justiça Eleitoral, no exercício de uma função administrativa intensa, adota para que se torne possível a escolha dos representantes – fundamento democrático do Direito Eleitoral – por meio de eleições periódicas – fundamento republicano do Direito Eleitoral. A restrita pode ser entendida como “a complexa relação que se instaura entre a Justiça Eleitoral, candidatos, partidos políticos, coligações, Ministério Público e cidadãos com vistas à concretização do [...] direito ao sufrágio [...]”. (GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 208).

11 A diferença entre processo judicial eleitoral e processo eleitoral em sentido amplo é relevante, vez que presente trabalho visa analisar apenas a atuação do Justiça Eleitoral apenas na primeira acepção. Oportunas ainda são lições de José Albuquerque Rocha

judicial do processo político-eleitoral, exercendo, quando constatada a prática de irregularidades a macular a legitimidade do pleito, uma atuação contramajoritária¹².

Algumas das regras que regem o processo judicial eleitoral estão previstas, notadamente, no Código Eleitoral, instituído pela Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, o qual possui títulos específicos sobre determinadas fases processuais, dentre elas, o Título III da Parte Quinta, que cuida dos recursos eleitorais.

A aplicação subsidiária das normas constantes no Código de Processo Civil (CPC/39 e CPC/73) sempre foi uma premissa aceita pela jurisprudência e pela doutrina. O Código de Processo Civil de 2015 foi o primeiro código que trouxe expressamente a previsão, em seu art. 15, que as normas do CPC/15 serão aplicadas supletiva e subsidiariamente ao processo eleitoral¹³.

Diante da especificidade do processo judicial eleitoral, o TSE expediu a Resolução nº 23.478/2016, a qual estabelece as diretrizes gerais para aplicação do CPC/15 nesse âmbito. O seu art. 2º dispõe que, em razão da especialidade da matéria, as ações, os procedimentos e os recursos eleitorais permanecem regidos pelas normas específicas previstas na legislação eleitoral e nas instruções do Tribunal Superior Eleitoral.

Não são todos os institutos do direito processual civil que podem ser aplicados ao processo judicial eleitoral. Este ramo, por ser mais especializado em relação àquele, possui normas específicas, as quais instituem e regulam figuras processuais próprias, que naturalmente se sobrepõem às normas gerais do processo civil. Caso matérias similares sejam normatizadas de um modo pelo direito processual civil e de outro pelo direito processual eleitoral, não há dúvidas de que, no âmbito da justiça eleitoral, esta regra, mais específica, gozará de primazia sobre aquela.

Existindo lacunas normativas, ou seja, um vácuo no regramento de determinadas figuras pelo direito processual eleitoral, as normas processuais civis poderão preenchê-las, conforme prevê o artigo 15¹⁴ do Código de Processo Civil¹⁵.

Vale ressaltar que as normas processuais civis cuja aplicação depende de lacuna no sistema eleitoral são as regras estritamente procedimentais, as quais se

para quem processo “é um conjunto de atos tendentes a um resultado final”, não sendo, como adverte o memorável doutrinador, “um fenômeno peculiar do direito processual”. (ROCHA, José Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 224).

12 A expressão “contramajoritária” surge, na doutrina constitucionalista, para se referir à atuação do Poder Judiciário na análise e invalidação de atos do Poder Legislativo, que é uma “arena majoritária”, ou seja, composta por membros que foram eleitos pelo povo. No âmbito da jurisdição constitucional, o assunto, ainda é polêmico, valendo-se destacar os estudos de Jeremy Waldron, Ronald Dworkin e John Hart Ely. No âmbito do processo eleitoral, é usada para expressar a atuação da Justiça Eleitoral para afastar mandatos obtidos pela vontade – “majoritária” – popular. (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.; DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.; ELY, John Hart Ely. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.).

13 TELES, Jéssica Teles; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O CPC/2015 e sua aplicação subsidiária e suplementar ao Processo Judicial Eleitoral. *Revista de Estudos Eleitorais*, Recife, v. 2, p. 55-67, 2018.

14 Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. (BRASIL, 2015.).

15 Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* pontuam que as expressões “supletiva” e “subsidiariamente” não foram postas no texto legal por acaso. Esclarecem os processualistas que a aplicação supletiva acontece na ausência de disposição específica, pressupondo, portanto, uma lacuna/omissão; enquanto a aplicação subsidiária, como sugere o termo, está relacionada ao enriquecimento semântico e interpretativo de um dispositivo que já existe na legislação especial, no caso, a eleitoral, mas que precisa de um olhar interpretativo das normas gerais processuais, mormente dos princípios fundamentais do processo civil. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015. p. 75).

referem, por exemplo, aos ritos próprios e seus institutos correlatos. Essa distinção é importante visto que, como bem defende a doutrina, os direitos fundamentais positivados na parte geral do CPC, dos artigos 1^a ao 12, são não apenas normas fundamentais do processo civil, mas sim aplicáveis a todos os ramos processuais¹⁶. Referem-se, pois, à Teoria Geral do Processo, e, portanto, aplicam-se ao Direito Processual Eleitoral.

Para a aplicação de regra processual civil estritamente procedimental, não basta, porém, a ausência de norma específica eleitoral. É igualmente importante que, somado a isso, haja conformação valorativa entre a norma integradora e o ordenamento jurídico que será integrado. O preceito a ser migrado deve concordar e se encaixar valorativamente no sistema que irá recebê-lo, de modo que se mantenha incólume a unidade axiológica e teleológica do receptor.

O processo eleitoral visa proteger valores específicos desta seara do direito, como a normalidade, a moralidade e a lisura das eleições, buscando se resguardar a verdade eleitoral¹⁷, reportando-se estes valores ao próprio princípio democrático. Dito isso, a simples ausência de norma específica no ordenamento jurídico-eleitoral não resulta, de imediato, na transposição de normas que lhe são estranhas a seu bojo. Em alguns casos, esta integração dar-se-á com ressalvas, ou seja, após realizadas conformações prévias da norma ao sistema. Em outros, a norma será tão agressiva aos valores escudados pelo Direito Eleitoral que sua aplicação restará impossibilitada.

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, naturalmente surgiram questionamentos sobre a aplicação de suas normas ao processo eleitoral *stricto sensu*¹⁸, o que resultou num incessante labor da doutrina e da jurisprudência voltado a dissecar as normas processuais civis, perscrutando-se o que poderia ser implantado no sistema processual eleitoral, com vistas a alcançar os valores e fins insculpidos nos princípios deste ramo do Direito.

Diante desse cenário, amparado no artigo 23, IX, do Código Eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral expediu a Resolução de nº 23.478/2016, com o fito de estabelecer diretrizes à aplicação do Código de Processo Civil de 2015 no âmbito da Justiça Eleitoral.

Por meio deste diploma, a aplicação de algumas normas previstas no CPC/2015 foi parcial ou integralmente vedada no âmbito do processo eleitoral, uma vez que iriam de encontro a princípios e valores peculiares ao Direito Eleitoral, principalmente a celeridade processual.

Das normas cuja aplicação foi expressamente vedada, destacam-se as constantes dos artigos 190 e 191 do CPC/2015, as quais prevêm as possibilidades de contração de negócios jurídicos atípicos e calendarização do processo, respectivamente.

16 TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p. 41.

17 SILVEIRA, José Néri da. *Aspectos do processo eleitoral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 16.

18 José Jairo Gomes diferencia o processo eleitoral em sentido estrito e sentido amplo. Neste último enfoque, processo eleitoral significaria “a complexa relação que se instaura entre Justiça Eleitoral, candidatos, partidos políticos, coligações, Ministério Público e cidadãos com vistas à concretização do sacrossanto direito de sufrágio e escolha, legítima, dos ocupantes dos cargos público-eletivos em disputa”. No sentido estrito, por sua vez, “a expressão processo eleitoral designa processo jurisdicional eleitoral (= contencioso eleitoral)”. É, pois, aquele que se instaura mediante exercício do direito de ação, tendo em vistas à resolução de uma lide concreta e individualizada. (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014b. p. 246-247).

Este trabalho se propõe a analisar tanto a própria norma dos artigos 190 e 191 do CPC/15, como a resolução do Tribunal Superior Eleitoral, que no exercício da sua função regulamentar¹⁹, proibiu sua aplicação no âmbito da Justiça Eleitoral.

2. A CALENDARIZAÇÃO PROCESSUAL NO CPC DE 2015

O calendário processual, tal qual previsto no artigo 191²⁰ do Código de Processo Civil, é o instituto processual que permite às partes, com participação e fiscalização do magistrado que preside a causa, designar as datas em que determinados atos processuais deverão ocorrer, podendo englobar tanto as faculdades processuais conferidas legalmente às partes, como os atos jurisdicionais e de cunho administrativo a serem praticados pelo magistrado.

Diz-se que o calendário processual é uma espécie de negócio jurídico, consistindo, pois, utilizando-se de definição dada por Caio Mário a este instituto de Direito Civil, em “declaração de vontade, emitida de acordo com o ordenamento legal, e geradora de efeitos jurídicos pretendidos”.²¹ Diferencia-se, então, do ato jurídico *stricto sensu*, que são, por sua vez, “manifestações de vontade, obedientes à lei, porém geradoras de efeitos que nascem da própria lei”²². Ambas as categorias são espécies do gênero ato jurídico *lato sensu*, divergindo entre si apenas no tocante aos efeitos da declaração de vontade.

No negócio jurídico, o agente declara sua vontade com vistas à consecução de um fim livremente escolhido, encontrando como limites apenas as mesmas fronteiras do princípio da autonomia da vontade, não podendo jamais tal manifestação volitiva ser prolatada *contra legem*.

Feitas tais considerações, e admitindo-se que nada mais é o calendário processual do que uma declaração de vontade por meio da qual as partes estabelecem, nos limites da autonomia da vontade, datas e prazos nos quais serão praticados os atos processuais, alcançando-se exatamente os efeitos perseguidos pelos agentes, chega-se à conclusão de que se trata de um negócio jurídico.

Vale ressaltar que a noção de negócio jurídico como figura apartada dos atos jurídicos em geral é recente no direito brasileiro, tendo sido introduzida no ordenamento pátrio apenas por intermédio do Código Civil de 2002. O Diploma de 1916 não previa esta diferenciação, tratando ambas as figuras como ato jurídico²³. Nesta senda, o elemento que fundamentaria o destaque dos atos jurídicos da classe maior dos fatos jurídicos seria a “combinação harmônica do querer individual com o reconhecimento da sua eficácia por parte do direito positivo”²⁴. Vê-se, pois, que

19 O poder-dever regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral tem fundamento legal nos arts. 1º, parágrafo único, e 23, IX do Código Eleitoral.

20 Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

21 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 403.

22 *Ibidem*, 400.

23 Transcreve-se o artigo 81 do Código Civil de 1916: Art. 81. Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico. (BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil. Distrito Federal do Brasil: Presidência da República, [1916]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 03 abr. 2018).

24 BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: F. Alves, 1976. p. 211.

tal característica perfaz o que hoje é denominado de ato jurídico *lato sensu*, sendo o negócio jurídico uma espécie deste.

É certo, portanto, que o calendário processual é um negócio jurídico praticado no bojo de um processo, por meio do qual as partes e o magistrado visam dispor sobre o procedimento a ser seguido. É espécie do que a doutrina nomeia de negócio processual, que pode ser definido como “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento²⁵”.

A doutrina costuma agrupar os mais diversos negócios jurídicos em categorias específicas, classificando-os com base em elementos em comum, e separando-os diante de caracteres divergentes. Tais classificações têm cunho didático, e possibilitam apontar com maior precisão a natureza do negócio processual em análise, que é o calendário processual.

Neste viés, uma das principais classificações dos negócios jurídicos, imprescindível para a exata compreensão do calendário processual tal como previsto pelo art. 191 do CPC, é aquela que os reparte tomando como base as manifestações de vontade dos envolvidos²⁶. De acordo com esta divisão, os negócios jurídicos podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais, a depender da quantidade de vontades jurídicas manifestadas em prol de um único objetivo.

Diante desta diferenciação, Fredie Didier Jr. classifica, acertadamente, o calendário processual como negócio jurídico plurilateral²⁷, uma vez que para sua formação é indispensável a manifestação volitiva de ambos os litigantes e do juiz, conforme prevê a norma do artigo 191 do Código de Processo Civil²⁸. São, portanto, três partes que atuam no mesmo sentido.

Admitindo, contudo, que o calendário processual é um ato plurilateral, é consequência afirmar que o juiz exerce função dupla neste negócio jurídico. Ao dispor o CPC expressamente que o calendário processual será firmado por comum acordo entre as partes e o magistrado, tem-se que o negócio processual será firmado igualmente pela manifestação volitiva dos três agentes, incluindo-se entre estes o juiz. Evidencia-se, então, uma permissão legal para o exercício, por parte do magistrado, de um juízo de interesse e conveniência na pactuação do negócio jurídico, juízo este que certamente é conferido aos litigantes, justamente por estarem tais noções subjacentes à própria manifestação volitiva dos agentes, elemento este que é pedra angular dos negócios jurídicos.

Não se pode olvidar, porém, que além de o juiz atuar, primeiramente, com sua manifestação de vontade, carregada de força jurídica capaz de celebrar, em conjunto com os litigantes, o negócio jurídico, manter-se-á, igualmente, na direção do processo, devendo cumprir com as obrigações arroladas no artigo 139 do Código Civil.

Deste modo, o juiz, no calendário processual, atuará não só como agente do negócio processual, mas também como fiscal deste. Agirá, portanto, concomi-

25 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 425

26 TARTUCE, Flavio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. p. 374.

27 DIDIER JR., 2017, p. 427.

28 Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. (BRASIL, 2015).

tantemente, interna e externamente ao negócio jurídico, declarando a sua vontade para, então, fiscalizar a mesma. É por tal razão que dizemos exercer o juiz uma função dupla neste negócio jurídico.

Feitas tais considerações, podemos definir o calendário processual como sendo o negócio jurídico processual plurilateral voltado à designação prévia de datas e prazos para a prática de atos processuais.

3. OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS E O DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL

Como já dito, foi no esforço de delimitar os contornos dessa aplicação que o Tribunal Superior Eleitoral, no exercício do poder regulamentar, expediu a Resolução n.º 23.478/2016 – que estabelece as diretrizes gerais para a aplicação do CPC/15 ao processo judicial eleitoral -, sem, contudo, ter tido a pretensão de exaurir a problemática, conforme se exara do art. 1º, parágrafo único, da citada resolução, que preceitua que “As disposições contidas nesta resolução não impedem que outras sejam estipuladas a partir da verificação de sua necessidade”.

O art. 2º dispõe que em razão da especialidade da matéria, as ações, os procedimentos e os recursos eleitorais permanecem regidos pelas normas específicas previstas na legislação eleitoral e nas instruções do Tribunal Superior Eleitoral, advertindo o parágrafo único desse mesmo dispositivo normativo que a aplicação das disposições do NCPC ao processo eleitoral dependente de *compatibilidade sistêmica*.

Desta forma, a partir da análise dos parágrafos únicos dos artigos 1º e 2º da Resolução do TSE n.º 23.478/2016, o critério que guiará a incidência das normas do CPC/15 aos feitos eleitorais depende do preenchimento do binômio necessidade (inexistência de norma específica) e compatibilidade sistêmica.

Essa constatação nos conduz inevitavelmente à conclusão de que essa questão será sempre contínua, e a fixação dos seus contornos ficará a cargo das contingências nascidas a partir dos casos concretos, dependendo, assim, da colaboração mútua não só dos operadores do direito que atuam no processo eleitoral, como também da doutrina especializada.

A possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais, dentre eles o calendário processual, decorre do próprio princípio da autonomia da vontade, sendo possibilitado às partes o exercício de escolhas relevantes no bojo de um processo, desde que dentro de certos limites.

Dos limites para a celebração de um negócio jurídico, tem-se a disponibilidade do direito material perseguido pelas partes, questão de extrema relevância para o Direito Eleitoral. Sobre tais limites, explica Adriano Soares da Costa:

Os negócios jurídicos podem ir até onde podem as partes dispor. Onde haja norma cogente, o campo para as declarações de vontade ponentes de normas negociais é limitado ou nenhum. O negócio está na vontade a manifestar, posto a vontade manifestada possa ser adrede disposta pelo ordenamento jurídico²⁹.

²⁹ COSTA, 2016. p. 316.

Dito isso, tanto atos bilaterais, que envolvam vontades conjuntas, como o acordo que resulte na suspensão do processo (artigo 313, II³⁰, do CPC), quanto atos singelos, unilaterais, como a renúncia a um prazo processual qualquer (artigo 225³¹, CPC), são negócios jurídicos processuais, os quais são plenamente resguardados no processo civil comum.

Os negócios processuais podem ser divididos em típicos e atípicos. Segundo Fredie Didier Jr., os negócios atípicos se caracterizam pelo seu objeto, que são “as situações jurídicas processuais – ônus, faculdades, deveres e poderes”. Continua, asseverando que “o negócio processual atípico também pode ter por objeto o ato processual – redefinição de sua forma ou da ordem de encadeamento dos atos, por exemplo³²”. Tais negócios processuais decorrem da cláusula aberta constante no artigo 190 do CPC, que confere ampla margem de liberdade para as partes convencionarem sobre questões procedimentais no bojo do processo. Eis o texto do referido artigo, *in verbis*:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.
Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Os negócios processuais típicos, por sua vez, são aqueles expressamente previstos em lei. Sua característica diferenciadora reside, como implica a nomenclatura, em sua tipicidade. O próprio legislador instituiu situações específicas em que as partes podem agir como bem entenderem, observando-se os limites ali impostos. São exemplos: a escolha consensual do perito, prevista no art. 471 do CPC, e a calendarização processual, normatizada no artigo 191, cujo texto, vale relembrar, é o seguinte:

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.
§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.
§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário³³.

30 Art. 313. Suspende-se o processo: [...] II - pela convenção das partes. (BRASIL, 2015).

31 Art. 225. A parte poderá renunciar ao prazo estabelecido exclusivamente em seu favor, desde que o faça de maneira expressa. (Ibidem).

32 DIDIER JR., op. cit., p. 429-430

33 BRASIL, 2015.

Os artigos 190 e 191 do CPC/2015, em especial, ganham relevância no estudo do processo eleitoral, uma vez que o TSE, por meio do artigo 11³⁴ da Resolução de nº 23.478/2016, assentou não serem aplicáveis na Justiça Eleitoral.

José Jairo Gomes³⁵ destaca que a expressão “processo eleitoral” pode assumir duas conotações, uma mais ampla (*latu sensu*) e uma mais restrita (*strictu sensu*). Em sentido amplo, pode-se dizer que o processo eleitoral é o conjunto de atos e procedimentos que a Justiça Eleitoral, no exercício de uma função administrativa intensa³⁶, adota para que se torne possível a escolha dos representantes – fundamento democrático do Direito Eleitoral - por meio de eleições periódicas – fundamento republicano do Direito Eleitoral.

A restrita pode ser entendida como “a complexa relação que se instaura entre a Justiça Eleitoral, candidatos, partidos políticos, coligações, Ministério Público e cidadãos com vistas à concretização do [...] direito ao sufrágio [...]”.

Adriano Soares da Costa, ao comentar sobre os negócios jurídicos no âmbito do Direito Eleitoral, explana sobre a possibilidade de aplicação deste instituto ao processo eleitoral *latu sensu* e no *strictu sensu*. Entende o autor que naquele o instituto seria plenamente viável, enquanto neste a sua aplicação seria restrita.

Para o autor, é possível se realizar negócios jurídicos durante o processo eleitoral *latu sensu*, ou seja, negócios de direito material, ou, no máximo, de direito pré-processual. Pode-se citar como exemplos de negócio jurídico de direito material a possibilidade de as partes disporem sobre limites para a propaganda eleitoral permitida e fixarem limites aos gastos de campanha a serem realizados em tais eleições³⁷.

Ocorre que tais negócios jurídicos citados, além de não poderem ser conceituados propriamente como processuais, pois não têm como objetos convenções e acordos ônus, bônus, poderes e deveres de caráter processual judicial, sua aplicação ao processo eleitoral em sentido lato é duvidosa.

Em período em eleitoral, é bastante comum que o Ministério Público Eleitoral firme com os candidatos, principalmente em sede de eleições municipais, Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) visando regulamentar o uso de carros de sons, dias de comícios e carreatas, algumas modalidades de propaganda, etc, estipulando-se sanções, em caso de descumprimento, não previstas em lei.

34 Art. 11. Na Justiça Eleitoral não é admitida a autocomposição, não sendo aplicáveis as regras dos arts. 190 e 191 do Novo Código de Processo Civil. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.478, de 10 de maio de 2016*. Estabelece diretrizes gerais para a aplicação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil –, no âmbito da Justiça Eleitoral. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, [2016]. Disponível em: <http://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: 05 nov. 2017).

35 GOMES, 2014, p. 208.

36 Existe uma controvérsia na doutrina, se a atividade que a Justiça Eleitoral exerce ao organizar o processo eleitoral em sentido amplo seria uma atividade administrativa ou de jurisdição voluntária. Para Raquel Machado, trata-se de verdadeira função administrativa intensa, ao passo que para Flávio Cheim Jorge, Marcelo Abelha Rodrigues e Ludgero Liberato. São Paulo: Migalhas, 2016), trata-se do exercício de jurisdição voluntária. (MACHADO. Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2016; 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. In: NETO, Tarciso Vieira de Carvalho; FERREIRA, Telson Luís Cavalcante (Coord.). *Direito eleitoral*. São Paulo: Migalhas, 2016. p. 279-305).

37 O autor não faz maiores considerações sobre a livre limitação dos gastos de campanha. Todavia, não há como admitir que as partes assim o façam com o intuito de aumentar o limite, uma vez que tal ato poderia trazer incontáveis danos à moralidade e a normalidade das eleições. Entende-se, então, que as partes podem dispor sobre tais gastos, desde que fixando um limite menor que o disposto na competente Resolução do Tribunal Superior Eleitoral. (COSTA, op. cit.).

Contudo, esta modalidade de negociação (TAC) e qualquer outra não é admitida nem pela legislação eleitoral – o art. 105-A³⁸ da Lei Geral das Eleições³⁹ veda, em matéria eleitoral, a utilização dos procedimentos previstos na Lei nº 7.347/85⁴⁰ -, nem pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral que já sedimentou entendimento de que:

A regulamentação da propaganda eleitoral não pode ser realizada por meio de ajuste de comportamento realizado por partidos, coligações ou candidatos, ainda que na presença do Ministério Público e do Juiz Eleitoral, nos quais sejam estipuladas sanções diferentes daquelas previstas na legislação eleitoral.⁴¹

Como exemplo de negócio pré-processual, temos a eleição de foro e a distribuição do ônus da prova. Todavia, é importante registrar que a Justiça Eleitoral não aceita qualquer convenção das partes no sentido de negociar o foro competente para o julgamento da ação (matéria de ordem pública), assim como regras de distribuição do ônus da prova em sede de processo judicial eleitoral⁴².

No que tange aos supracitados artigos 190 e 191, que tratam de negócios jurídicos tipicamente processuais, sua aplicação, conforme já pincelado, é restrita. Sobre o assunto, explica o citado autor:

Poderiam os candidatos transacionar em ações eleitorais cuja pretensão deduzida em juízo seria a decretação da inelegibilidade? Não é incomum que adversários nas eleições gerais tornem-se aliados nas eleições municipais seguintes, gerando a

38 “Art. 105-A. Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985.” 39 BRASIL, 1997, [2017].

40 “Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.”

41 “Representação eleitoral. Descumprimento de termo de ajustamento de conduta. 1. A realização de termos de ajustamento de conduta previstos no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 não é admitida para regular atos e comportamentos durante a campanha eleitoral, consoante dispõe o art. 105-A da Lei nº 9.504/97. 2. A regulamentação da propaganda eleitoral não pode ser realizada por meio de ajuste de comportamento realizado por partidos, coligações ou candidatos, ainda que na presença do Ministério Público e do Juiz Eleitoral, nos quais sejam estipuladas sanções diferentes daquelas previstas na legislação eleitoral. 3. A pretensão de impor sanção que não tenha previsão legal e cuja destinação não respeite a prevista na legislação vigente é juridicamente impossível. Recurso especial parcialmente provido para extinguir, sem julgamento do mérito, a representação, desprovido o pedido de reconhecimento de litigância de má-fé.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral nº 322-31.2012.6.20.0035/RN*. Representação eleitoral. Descumprimento de termo de ajustamento de conduta. Recorrentes: José Melo Filho e outras. Recorrida: Coligação Vontade do Povo. Relator: Min. Henrique Neves da Silva, 8 de maio de 2014. Acórdão provido por unanimidade. Diário da Justiça Eletrônico, 30 maio 2014, tomo n. 100, p. 60. Disponível em: inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=49691&noCache=-2112701023. Acesso em: 14 mar. 2018).

42 Para parte da doutrina eleitoralista, esse instituto não pode ser aplicado “aos processos de cunho sancionador, como os de improbidade administrativa e também os processos eleitorais com tais características.” (in YARSHELL, Flávio. Distribuição dinâmica dos ônus da prova no processo eleitoral? In: AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando; TAVARES, André Ramos. *O direito eleitoral e o novo código de processo civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 272). Contudo, Antônio Veloso Peleja Júnior advoga que é possível a aplicação da teoria dinâmica da prova ao processo judicial eleitoral apenas nos casos que envolvam representações por arrecadação e/ou gastos ilícitos, pontuando que a teoria estática prevista nos incisos I e II do art. 373, CPC/15 pode se revelar, nesses casos, insuficiente. (JÚNIOR, Antônio Veloso Peleja Júnior. *Dinamização do ônus da prova no processo eleitoral*. In: AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando; TAVARES, André Ramos. *O direito eleitoral e o novo código de processo civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 288). Quanto às demais ações, mormente a Ação de Investigação Judicial Eleitoral e as que possam ensejar a cassação do mandato, Antônio Veloso Peleja Júnior reconhece que, nesse caso, fica mais difícil realizar a inversão do ônus probatório, principalmente por que no processo eleitoral vigora a premissa que privilegia a regra da maioria, não se admitindo, portanto, que se imponha aquele que se sagrou vitorioso nas urnas o ônus de defender a legitimidade do seu mandato. (Ibid., p. 289). Adverte, pois, o autor que, no campo eleitoral, a inversão deve ser extremamente excepcional, posição a qual nos filiamos. (Ibid., p. 290). Frise-se, outrossim, que a atribuição do ônus da prova ao autor nos feitos eleitorais não impede que a ele sejam aplicadas as regras referentes ao pedido de exibição de documentos em poder do adversário ou mesmo de terceiros, a produção de prova oral e até mesmo pericial, vez que não violam a atribuição desse ônus e, antes de tudo, pode ser imprescindíveis para a adequada e necessária instrução do feito. (YARSHELL, 2016, p. 272).

perda do interesse no resultado do processo. A resposta apenas pode ser uma: é ilícito acordo entre as partes para extinguir processo proposto contra a prática de supostos atos ilícitos eleitorais, porque os interesses em jogo são indisponíveis.

Ação eleitoral não pode ser moeda de troca política, tampouco pode a Justiça Eleitoral acatar acordo de vontade entre as partes cujo objeto seja justamente a não apuração de ilícitos eleitorais⁴³.

Outro argumento levantado pelo autor para dificuldade prática de se chegar um acordo no processo eleitoral é que não seria possível se esperar muita colaboração entre partidos e coligações adversários. A luta pelo poder e a própria disputa política inviabilizariam essa negociação. A ausência, em potencial, de colaboração entre as partes que participam da disputa política não é o principal argumento para se afastar a aplicação das disposições do art. 190 do CPC/15 ao processo eleitoral, mas sim a natureza do direito discutido em juízo, que é indisponível. Mesmo as normas de propaganda visam, ao fim e cabo, resguardar a igualdade de oportunidade no processo eleitoral *lato sensu* e, assim, a legitimidade e lisura deste, que transcende aos interesses individuais das partes.

Vislumbra-se, pois, feitas tais considerações, que não há como se admitir a aplicação do artigo 190 do CPC/15 ao processo eleitoral tanto em sentido amplo como em sentido restrito (judicial). O próprio dispositivo faz menção a processos nos quais se discutem direitos disponíveis. Os bens tutelados pela Justiça Eleitoral, por sua vez, são essencialmente bens indisponíveis, sobre os quais as partes não podem transigir, como a legitimidade, moralidade e lisura no processo eleitoral.

Ademais, a própria amplitude do texto do artigo 190 do CPC, conferindo enorme liberdade às partes, poderia resultar em toda sorte de anomalias, as quais poderiam macular todo o procedimento, ainda que tenha tido o legislador o cuidado de prever expressamente, no parágrafo único da norma, que o magistrado controlará a validade das convenções. Como bem defende José Jairo Gomes, o próprio provimento jurisdicional contribui à ideia de legitimidade do resultado do pleito eleitoral⁴⁴, tornando imprescindível o desenvolvimento dos procedimentos tal qual dispõe a lei.

A proibição quanto à aplicação do artigo 191, que trata do calendário processual, no âmbito da justiça eleitoral, por sua vez, é merecedora de críticas, conforme se demonstra a seguir.

4. A CALENDARIZAÇÃO PROCESSUAL E O DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL: UMA PROPOSTA POSSÍVEL PARA CONCRETIZAÇÃO DA CELERIDADE?

A princípio, poder-se-ia defender que, tal como os negócios jurídicos atípicos previstos no artigo 190 do CPC, a aplicação do artigo 191 do mesmo diploma, resultando na possibilidade de calendarização dos feitos eleitorais, também prejudicaria a função que o processo eleitoral detém de conferir legitimidade às próprias

43 COSTA, 2016, p. 316.

44 GOMES, José Jairo. *Recursos Eleitorais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 69.

eleições, por intermédio de sua inequívoca aplicação, tal qual manda a lei. Entretanto, discordamos dessa posição. Para Flávio Yarshell⁴⁵:

[...] embora seja praticamente impossível determinar, de antemão, as normas processuais gerais que se aplicam ao processo eleitoral (ou a qualquer outro processo eleitoral), um parâmetro adequado é o seguinte: a aplicação supletiva e subsidiária do CPC/2015 poderá ocorrer desde que, sendo omissa a lei especial, a norma geral não contradiga a prevalência do escopo social, que tem em mira a pacificação decorrente da consolidação do pleito (dado específico do processo eleitoral). Além disso, é preciso que a norma processual geral guarde pertinência com os mecanismos de solução dos conflitos eleitorais.

Como se pode analisar do texto da norma do artigo 191 do CPC/15, já citado, ao contrário da constante no artigo 190, a mesma não prevê, nem confere às partes a possibilidade de dispor sobre ônus, faculdades, poderes e deveres processuais. Trata-se apenas da possibilidade de as partes convencionarem, de antemão, em quais datas os atos processuais – os quais ocorrerão na ordem tal qual prevista na lei processual –, acontecerão. Não se prevê a supressão, acréscimo ou mudanças dos atos processuais e em seu teor, mas sim apenas a designação prévia dos atos que obrigatoriamente tem de acontecer, por força de lei.

Dito isto, entendemos que a norma do artigo 191 do CPC/15 guarda pertinência com os mecanismos de solução dos conflitos eleitorais e teria muito a contribuir para a celeridade nos feitos eleitorais, uma vez que com a prévia calendarização dos atos processuais, dispensaria-se a realização de expedientes que resultam no inchaço do procedimento eleitoral, dentre os quais a intimação das partes para a prática dos diversos atos processuais, tal como o comparecimento às audiências que já estivessem designadas, por força do §2º do referido artigo.

As ações judiciais eleitorais que podem levar à cassação dos mandatos possuem um trâmite mais complexo, o qual pode vir a ser inimigo da celeridade típica e inerente aos feitos eleitorais que tem no tempo do mandato (4 anos, exceto para o Senado, que é de 8 anos) seu horizonte cronológico.

No caso da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) e da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), por exemplo, seus respectivos procedimentos⁴⁶ estabelecem uma instrução muito célere, tanto que o art. 5º, §1º e o art. 22, V da LC nº 64/90, prevêem que a audiência será una e indivisível, devendo as testemunhas serem ouvidas numa só assentada.

Todavia, a praxis eleitoral nos revela que nem sempre essa indivisibilidade é possível, tanto que é comum a realização de várias audiências a fim de se possibilitar a mais ampla produção de prova no processo eleitoral, o qual deve, para fins de cassação, contar com um material probatório robusto e incontestado, sem o qual não possível se cassar um mandato obtido nas urnas.

45 YARSHELL, op. cit., p. 270.

46 A Ação de Investigação Judicial (AIJE) está disciplinada nos artigos 19 a 24 da LC nº 64/90. O rito da AIJE também é aplicado à ação por captação ilícita de recursos, à ação por captação ilícita de sufrágio à ação por conduta vedada por força dos arts. 30-A, § 1º; 41-A, art. 73, § 12 da Lei nº 9.504/97. A Ação de Impugnação de Mandato Eletivo está prevista no art. 14, §10 da CF/88 e por força da Resolução-TSE nº 21.634/2004, o rito da AIME é o mesmo da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, o qual está previsto nos arts. 3º e seguintes da LC nº 64/90.

Em ambos os procedimentos, tanto da AIME como da AIJE, é possível a realização de diligências a requerimento da parte ou de ofício pelo juiz (art. 5º, §2º e art. 22, VI da LC nº 64/90).

Nesses casos, em que se afigurar necessário se estender a dilação probatória, é plenamente possível que o juiz na primeira audiência realize, em comum acordo com as partes, seus advogados e com o Ministério Público Eleitoral, um calendário dos atos processuais futuros, como a oitiva de terceiros, de testemunhas referidas, a exibição de documentos e até mesmo de alegações finais, desde que a calendarização observe, sempre, a necessidade de realização da prova, para evitar expedientes procrastinatórios, a paridade e a igualdade de prazos entre as partes, assim como o contraditório e a ampla defesa. O juiz, que presidirá a fixação do calendário, deverá velar para que seu cumprimento seja observado pela parte que, se o descumprir, poderá atrair para si o ônus da preclusão.

Essa calendarização deve, outrossim, ser realizada com muita cautela, observando-se sempre o horizonte da celeridade processual, e de forma a evitar que possíveis nulidades sejam arguidas posteriormente por qualquer das partes ou pelo Ministério Público e retardar ainda mais a solução da lide.

Sobre o tema, explica José Jairo Gomes:

O estabelecimento de calendário processual é uma forma de negócio jurídico processual que, apesar de poder haver alteração de prazos, requer a participação do órgão judicial que preside o processo. Sua admissão poderia trazer benefícios para a celeridade e economia processuais, otimizando-se o trâmite do procedimento com a dispensa da prática de certos atos procedimentais, tais como a 'intimação das partes para a prática de ato processual ou a [intimação para a] realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário' (§2º)⁴⁷.

Do mesmo modo, é falacioso argumentar que, gozando as partes do direito de dispor sobre os prazos legais, estas poderiam, assim como encurtá-los, também alongá-los, em patente desserviço ao princípio da duração razoável do processo.

De fato, a norma do artigo 191 do CPC/15 não proíbe expressamente que os prazos sejam alongados, ainda que excepcionalmente. Todavia, ao julgador cabe presidir o processo, tendo como um de seus deveres o controle da legalidade nos atos processuais. Neste sentido, o próprio CPC dispõe, em seu artigo 139, I, que ao juiz incumbe, dentre outras ações, velar pela duração razoável do processo.

Admitir, no bojo do calendário processual, o alargamento de prazos processuais, resultaria em colisão frontal com a celeridade processual que deve ser impressa aos feitos eleitorais, mormente a norma do artigo 97-A⁴⁸ da Lei nº 9.504/97. Tal situação não poderia ser permitida pelo julgador.

47 GOMES, José Jairo. *Recursos Eleitorais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 70.

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

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

§ 2º Vencido o prazo de que trata o caput, será aplicável o disposto no art. 97, sem prejuízo de representação ao Conselho Nacional de Justiça.

Em suma, equivocou-se o TSE ao rechaçar, de plano, a aplicação do artigo 191 do CPC ao processo eleitoral, fulminando instrumento que seria de extrema valia para a maximização da celeridade dos feitos eleitorais se adotado de forma adequada. Por essa razão, entendemos que a Corte, no exercício do seu poder regulamentar, deva lançar novos olhares para o instituto e, com este trabalho, pretendemos contribuir com esse diálogo.

Em que pese a Resolução de nº 23.478/2016 tenha vedado expressamente a aplicação dos artigos 190 e 191 do CPC/2015, veiculando este último dispositivo apenas uma dentre várias espécies de negócio jurídico típico, há divergências quanto à possibilidade de aplicação dos demais institutos desta categoria ao Direito Eleitoral.

Veja-se o entendimento do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro sobre a suspensão convencional do processo, esposado no aresto abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM AIJE. DECISÃO MONOCRÁTICA. SUSPENSÃO DO PROCESSO POR QUESTÃO PREJUDICIAL EXTERNA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVENÇÃO. REUNIÃO DE PROCESSOS AFASTADA. CITAÇÃO VÁLIDA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL. 1. Requerimento de suspensão do processo, fundado no artigo 265, IV, a, do Código de Processo Civil, é infundado, pois a regra não se aplica subsidiariamente ao processo eleitoral, tendo em vista o Princípio da Celeridade que o rege. 2. Não há que se falar em redistribuição do feito para relator alegadamente preventivo, pois no processo há produção de prova emprestada, mas não há entre ele e outros feitos em curso perante a Justiça Eleitoral conexão a justificar a reunião, para prolação de decisão conjunta. 3. Não há nulidade de citação quando o ato citatório atingiu, plenamente, sua finalidade, não tendo havido qualquer prejuízo à parte representada (art. 249, § 1º, do Código do Processo Civil). 4. O Ministério Público Eleitoral tem legitimidade, na forma das Resoluções TSE nº 22.715/2008 e nº 23.193/2009, para a propositura da Ação de Investigação Judicial Eleitoral. 5. Recurso desprovido⁴⁹.

De fato, inexistem razões para que se permita a suspensão convencional do processo no âmbito da Justiça Eleitoral, uma vez que ao se obstar o prosseguimento do trâmite processual, fere-se de modo inquestionável a almejada celeridade processual, principalmente no caso dos processos judiciais eleitorais que versem sobre fatos que possam ensejar a cassação de mandatos.

Em suma, ao passo em que o entendimento esposado no julgado acima é acertado e está em perfeita consonância com a celeridade processual que necessita ser resguardada, noutra banda, não se pode dizer o mesmo sobre o posicionamento no que se refere à inaplicação do calendário processual tal qual cristalizado na

49 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (Rio de Janeiro). *Representação nº 694520/RJ*. Representados: Lucia Helena Pinto de Barros e Ministério Público Eleitoral. Relatora: Ana Tereza Basilio. Rio de Janeiro, 16 de junho de 2011. Diário da Justiça Eletrônico, TRE-RJ, tomo 78, 16 jun. 2011, p. 19-36. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRERJ/IT/RP_694520_RJ_1368288625301.pdf?Signature=Na5Ot898VA%2FRJWCtvRuteNHXo0c%3D&Expires=1510525081&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d87c0b-72120f0d61e2435818193f9c86. Acesso em: 11 abr. 2019.

Resolução nº 23.478/2016, instrumento este que poderia ser de extrema valia para celeridade dos feitos eleitorais.

5. CONCLUSÃO

A análise e a definição de todos os dispositivos do CPC/2015 que podem se aplicar ou não, subsidiária e suplementarmente, ao processo judicial eleitoral é uma questão que não tem como ser definida, *a priori*. Essa tarefa certamente exigirá tempo e constantes esforços práticos e jurídicos.

É certo que, como norma processual geral e sistemática, o Código de Processo Civil possui várias disposições que serão aplicadas aos feitos eleitorais, seja por força das omissões existentes no microsistema processual eleitoral, seja por força da própria natureza das normas/diretrizes que suplementarão a legislação processual eleitoral, na medida da existência da compatibilidade sistêmica.

O Tribunal Superior Eleitoral, no exercício do poder regulamentar, editou a Resolução do TSE n.º 23.478/2016, que estabeleceu as diretrizes gerais para a aplicação do CPC/15 ao processo eleitoral, sem, contudo, ter tido a pretensão de exaurir a problemática.

À medida que se verificar a necessidade e as contingências que apenas a dinâmica e complexidade dos casos concretos poderão revelar, a Corte Eleitoral será instada a regulamentar e a decidir sobre outras questões controversas e relevantes em torno do assunto.

No que tange à aplicação do art. 190 do CPC/15, constatou-se que, pela natureza do direito discutido nas ações eleitorais (indisponíveis), não há como se aplicar processo judicial eleitoral, faltando-se, aí, compatibilidade sistêmica. A Resolução do TSE n.º 23.478/2016, nesse tocante, está acertada.

Contudo, em relação à calendarização dos feitos, este trabalho defende que, se aplicado adequadamente, pode servir ao alcance da máxima celeridade nos feitos eleitorais, razão por que entedemos equivocada a decisão do TSE de rechaçar, de plano, a aplicação do artigo 191 do CPC ao processo eleitoral.

No caso, essa calendarização deve ser realizada com muita cautela, observando-se sempre o horizonte da celeridade processual, e de forma a evitar que possíveis nulidades sejam arguidas posteriormente por qualquer das partes ou pelo Ministério Público Eleitoral o que, certamente, retardaria ainda mais a solução da lide. O juiz, que presidirá a fixação do calendário, deverá ainda velar para que seu cumprimento seja observado pela parte que, se o descumprir, poderá atrair para si, inclusive, o ônus da preclusão.

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: F. Alves, 1976.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil. Distrito Federal do Brasil: Presidência da República, [1916]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 03 abr. 2018.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 abr. 2020.

_____. *Lei Complementar Federal nº 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 03 abr. 2020.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 set. 2017.

_____. *Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 03 abr. 2020.

_____. Tribunal Regional Eleitoral (Rio de Janeiro). *Representação nº 694520/RJ*. Representados: Lucia Helena Pinto de Barros e Ministério Público Eleitoral. Relatora: Ana Tereza Basilio. Rio de Janeiro, 16 de junho de 2011. Diário da Justiça Eletrônico, TRE-RJ, tomo 78, 16 jun. 2011, p. 19-36. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRERJ/IT/RP_694520_RJ_1368288625301.pdf?Signature=Na5Ot898VA%2FRJWCtvRuteNHXo0c%3D&Expires=1510525081&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d87c0b72120f0d61c2435818193f9c86. Acesso em: 11 abr. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.478, de 10 de maio de 2016*. Estabelece diretrizes gerais para a aplicação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil –, no âmbito da Justiça Eleitoral. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, [2016]. Disponível em: <http://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: 05 nov. 2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral nº 322-31.2012.6.20.0035/RN*. Representação eleitoral. Descumprimento de termo de ajustamento de conduta. Recorrentes: José Melo Filho e outras. Recorrida: Coligação Vontade do Povo. Relator: Min. Henrique Neves da Silva, 8 de maio de 2014. Acórdão provido por unanimidade. Diário da Justiça Eletrônico, 30 maio 2014, tomo n. 100, p. 60. Disponível em: inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=49691&noCache=-2112701023. Acesso em: 14 mar. 2018.

COSTA, Adriano Soares. *Instituições de Direito Eleitoral: Teoria da Inelegibilidade – Direito Processual Eleitoral*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELY, John Hart Ely. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processual*, 8. ed. Pádua: Cedam, 1996.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Direito Eleitoral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014b.

_____. *Recursos Eleitorais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

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. In: NETO, Tarciso Vieira de Carvalho; FERREIRA, Telson Luís Cavalcante (Coord.). *Direito eleitoral*. São Paulo: Migalhas, 2016. p. 585-613.

JÚNIOR, Antônio Veloso Peleja Júnior. *Dinamização do ônus da prova no processo eleitoral*. In: AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando; TAVARES, André Ramos. *O direito eleitoral e o novo código de processo civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 279-305.

MACHADO. Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2016.

PAIM, Gustavo Bohrer. Direito processual eleitoral e a parte geral do novo CPC. In: AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando; TAVARES, André Ramos (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p. 44.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROCHA, José Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

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

TARTUCE, Flavio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1.

TELES, Jéssica Teles; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. O CPC/2015 e sua aplicação subsidiária e suplementar ao Processo Judicial Eleitoral. *Revista de Estudos Eleitorais*, Recife, v. 2, p. 55-67, 2018.

YARSHELL, Flávio. Distribuição dinâmica dos ônus da prova no processo eleitoral? In: AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando; TAVARES, André Ramos. *O direito eleitoral e o novo código de processo civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 269-277.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.

O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO DEFEITO

THE APPLICATION SCOPE OF THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF DEFICIT

João Paulo Valença *

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar os pressupostos de aplicação legítima do princípio da proibição do defeito (*Untermaßverbot*), esclarecendo a forma como tais requisitos se relacionam com a autonomia e a estrutura deste princípio. Dois são os pressupostos necessários à legítima aplicação do princípio: a identificação de um dever estatal de ação e uma colisão de normas a ser harmonizada. Percebeu-se que a forma como a doutrina e jurisprudência entendem a proibição do defeito pode influenciar a interpretação desses dois pressupostos. Com isso, foram verificados reflexos sobre a autonomia do princípio enquanto instrumento de harmonização constitucional, que se impõe face à proibição do excesso (princípio da proporcionalidade) e sobre os deveres estatais de proteção. Também se perceberam reflexos na estrutura de aplicação da *Untermaßverbot*. A análise da colisão de normas determina, inicialmente, qual o instrumento de harmonização deverá ser aplicado e, em sendo a proibição do defeito, a forma como se enxerga a colisão normativa pode influenciar a estrutura de aplicação do princípio. Duas correntes doutrinárias se destacam: a unitária, capitaneada por Jorge Reis Novais, inspirado fortemente em Canaris e aparentemente negando que o conflito de normas seja requisito para a aplicação do princípio; e a bipartida, de Vitalino Canas, que investiga o peso abstrato das normas em colisão.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Deveres estatais de ação. Proibição do defeito. *Untermaßverbot*. Pressupostos de aplicação.

ABSTRACT

The present work proposes to analyze the requisites of legitimate application of the principle of the prohibition of deficit (*Untermaßverbot*), clarifying how these requirements are related to the autonomy and structure of this principle. Two are the necessary elements for its legitimate application: the identification of a state duty of action and a collision of rules to be harmonized. It was noticed that the way the doctrine and caselaw understand the prohibition of deficit can influence the interpretation of these two requirements. As a result, are perceived repercussions on the principle's autonomy as an instrument of constitutional harmonization, which is

*Aluno do Mestrado em Direito e Ciência Jurídicas – Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito de Universidade de Lisboa; Especialista em Direito Público pela PUC-Minas; Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP; Oficial de Justiça do TJPE.

imposed on the prohibition of excess (proportionality) and on state protection duties. The differences also reflected in the application structure of *Untermaßverbot*. The analysis of the normative collision determines, initially, which instrument of harmonization should be applied and, in case of being the prohibition of deficit, the way in which the normative collision is seen can influence the application structure of the principle. Two doctrinal trends stand out: the unitary one, led by Jorge Reis Novais, inspired strongly by Canaris and apparently denying that the normative conflict is a requirement for the application of the principle; and the bipartite, by Vitalino Canas, which investigates the abstract weight of collision rules.

Keywords: Constitutionality control. State duties of action. Prohibition of deficit. *Untermaßverbot*. Application requirements.

1. INTRODUÇÃO

Num Estado Democrático de Direito se afirma a legitimidade do Poder Judiciário para determinar aos demais poderes que deixem de realizar condutas violadoras de direitos jusfundamentais, sem que tal determinação viole a separação de poderes. A essa atuação se propõe o princípio da proibição do excesso, oferecendo os critérios e a metodologia pelas quais se poderá avaliar se os limites impostos pelas condutas estatais aos direitos fundamentais são ou não exageradas. A proibição do excesso funcionaria, assim, como limite aos limites dos direitos fundamentais.

Seria, então, igualmente legítimo que uma ordem judicial impusesse uma conduta positiva estatal para garantir o acesso a um direito jusfundamental, ou, com base no ditame constitucional que prevê tal direito, diagnosticar como insuficiente uma política pública a ele relacionada? A existência de garantias que tutelem um direito fundamental ao qual correspondam prestações públicas positivas precisaria ser reconhecida como essencial para que este mesmo direito fosse efetivado². As “lacunas” de tais garantias corresponderiam à inexistência desses direitos fundamentais, não podendo ser ignoradas³.

O controle das lacunas, ou omissões inconstitucionais, é viável a partir da aplicação do princípio da proibição do defeito⁴. O objeto de análise deste trabalho é o âmbito de aplicação de tal instrumento de harmonização constitucional, ou seja, os pressupostos ou denominadores comuns que devem necessariamente ser atendidos para que tal princípio seja legitimamente aplicado a um determinado caso concreto⁵.

2 SHUE, Henry. *Basic rights*. 2 ed. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 26.

3 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 108.

4 O princípio da proibição do defeito – *Untermaßverbot*, em alemão – é também chamado, na doutrina e na jurisprudência, de proibição do dífice de atuação, proibição da insuficiência, proibição da proteção deficiente, interdição de proteção insuficiente, entre outras. (SILVA, Jorge Pereira da. Interdição de proteção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. . v. 2.; CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 905). Laura Clérico prefere denominar de *mandato de prohibición constitucional por omisión, acción insuficiente o deficiente* (CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009. p. 320). Interessante notar que algumas dessas designações expõem a origem do desenvolvimento do princípio baseada na doutrina dos deveres de proteção – como “proibição de proteção deficiente” e “interdição de proteção insuficiente”.

5 CANAS, 2017, p. 964.

O objetivo do presente estudo é esclarecer de que forma os elementos do âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito se relacionam com sua dogmática, especialmente sua autonomia e estrutura. Pretendemos demonstrar que a existência de diversas abordagens doutrinárias sobre o princípio da proibição do defeito se relaciona com - e ao mesmo tempo depende da - forma como são entendidos os diferentes critérios para determinar seus pressupostos. A premissa inicial, portanto, corresponde aos reflexos diretos que o âmbito de aplicação tem na afirmação da sua autonomia em relação a outros instrumentos de controle de constitucionalidade, bem como nas diferentes formas como a doutrina tem proposto a sua estrutura.

O primeiro denominador comum para determinar o âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito é a identificação de um dever constitucional de ação estatal⁶. Se originalmente o princípio se desenvolveu a partir do estudo dos deveres de proteção, mais modernamente já se percebe um conceito mais amplo dos deveres estatais de ação legitimadores da aplicação da proibição do defeito.

A existência de uma colisão de normas é o segundo pressuposto delimitador do âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito. De fato, a colisão de normas é um requisito básico para a aplicação de qualquer instrumento de harmonização, o que pode sugerir que não seria necessário dedicar maior profundidade ao tema. Alguns autores, como Canaris e Novais, não identificam tal colisão como um pressuposto necessário para a aplicação do princípio. Mas se foi com o desenvolvimento da dogmática dos deveres de ação que a proibição do defeito alcançou sua autonomia, é na análise das colisões de normas que se determina qual instrumento de mediação será o mais adequado⁷.

É percebida a instabilidade quanto ao tema, notadamente quanto à autonomia e à estrutura de aplicação da proibição do defeito⁸. O estudo sistematizado do primeiro pressuposto - a existência de um dever de ação - é capaz de auxiliar na reafirmação da autonomia do princípio da proibição do defeito, especialmente em relação a dois referenciais: a autonomia dogmática em relação ao princípio da proibição do excesso e a autonomia da proibição do defeito face aos deveres estatais de proteção.

O segundo ponto sobre o qual o estudo do âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito tem alguma repercussão é o seu conteúdo dogmático. Este tem uma relação mais intensa com o segundo pressuposto: a colisão de normas. Os diversos autores que lidam com a proibição do defeito buscam trazer as suas próprias contribuições e percepções sobre sua estrutura - de certa forma contribuindo para sua não estabilização⁹. Jorge Reis Novais se associa a Claus-Wilhelm Canaris para afirmar uma estrutura unitária da proibição do excesso. Vitalino Canas, por sua vez, identifica duas modalidades de aplicação da *Unterraßverbot*, sendo diferenciadas conforme o tipo de colisão de deveres estatais que se apresenta no caso concreto¹⁰. Há autores que propõem a adaptação da estrutura do princípio da proibição do excesso à proibição do defeito, a exemplo de Laura Clérico, Gilmar

6 Ibidem Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*: do dever de protecção à proibição do dífice. Coimbra: Almedina, 2018.

7 CANAS, op. cit., p. 531 e 556-557.

8 Ibidemteq.

9 NOVAIS, 2018, p. 324.

10 CANAS, op. cit., p. 993.

Mendes e Martin Borowski. Uma das pretensões desse trabalho é demonstrar que, a depender da consideração, ou não, da colisão normativa como pressuposto, o conteúdo normativo da proibição do defeito pode sofrer variações.

Dividiu-se o estudo em duas partes, iniciando-se com a análise dos deveres de ação, especialmente suas modalidades, e os relacionando com a evolução da autonomia do princípio da proibição do defeito. No segundo momento o trabalho examina a forma como a doutrina – representada aqui pelas ideias Vitalino Canas e Jorge Reis Novais – enxerga a colisão de normas na proibição do defeito e de que maneira isso tem influenciado na estrutura de aplicação do princípio.

A análise bibliográfica e das aplicações do princípio na jurisprudência portuguesa e brasileira será o método de trabalho. Nos limitaremos ao estudo dos pressupostos do princípio da proibição do defeito, deixando de lado o vasto e mais instável estudo detalhado da sua estrutura de aplicação, ainda que seja inevitável tocar em alguns aspectos deste assunto.

2. PRIMEIRO PRESSUPOSTO: DEVERES ESTATAIS DE AÇÃO

De origem alemã, a proibição do defeito consiste, enquanto instrumento de controle de constitucionalidade, num critério que permite averiguar se uma determinada conduta do Estado está abaixo de um nível constitucionalmente exigido¹¹. Dessa sucinta definição se percebe que um primeiro elemento do âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito é a existência de um dever de prestação estatal, extraído da Constituição¹², revelando o seu objeto de controle: uma omissão estatal, seja ela total ou parcial¹³.

Os deveres de prestação, ou de ação, como primeiro pressuposto do princípio da proibição do defeito, formam uma classe de deveres estatais de prestação positiva que compõem a posição deontica de obrigação de intervenção. Uma posição deontica do legislador diz respeito, por sua vez, à estrutura deontica da norma constitucional, ou seja, a posição do agente público é definida pela estrutura da norma relativa a um bem, interesse ou valor constitucional, e “é desse modo que apura se pode ou deve praticar alguma intervenção, promovendo a sua satisfação ou interferindo nele, ou se deve abster-se de o fazer”¹⁴.

As posições deonticas podem ser divididas em: proibição de intervenção, obrigação de intervenção - dever de ação -, ou permissão de intervenção¹⁵. O princípio da proibição do defeito, como se verá, corresponde ao instrumento de harmonização que se aplica aos casos em que há a obrigação de agir do Estado - posição deontica de obrigação de intervenção. Assim, haveria o descumprimento de um direito fundamental pelo descumprimento de um dever de ação necessário à sua realização. Em outras palavras, haveria um inadimplemento por omissão de obrigações constitucionais, o que inviabilizaria o gozo do respectivo direito fundamental pelos seus titulares¹⁶.

11 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 60.

12 CANAS, 2017, p. 964; NOVAIS, 2018, p. 338.

13 Por todos, PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos s fundamentais*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 303.

14 CANAS, op. cit., p. 418.

15 Ibidem, p. 418 et seq.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). *Agravo Regimental nº 745745 AGR/MG*. Acórdão. Relator: Min. Celso de

Os deveres estatais de ação trazem “uma nova visão das relações entre o Estado, os cidadãos e a sociedade” e refletem uma “nova compreensão” dos direitos fundamentais¹⁷. Eles se somam aos deveres estatais de defesa ou respeito, de cunho negativo - deveres de não intervenção estatal na liberdade e autonomia dos particulares. Se os deveres de defesa são fruto dum Estado constitucional de viés liberal, os deveres de prestação, por sua vez, só são percebidos após o advento do Estado social e democrático de direito¹⁸. Apesar disso, sempre estiveram implícitos na “ideia constitucional”¹⁹.

O que caracteriza, então, os deveres estatais de prestação? Nas palavras de Alexy:

[A] estrutura e o conteúdo desses direitos são bastante diferentes, mas há um denominador comum que justifica agrupá-los. Todos eles exigem ação positiva. Para os não violar, não basta que o Estado não interfira nas esferas que eles protegem, especialmente na vida, liberdade e propriedade. O Estado deve fazer algo.²⁰

Continuando pela lição de Alexy, os deveres de agir, possuem estrutura diferente daquela dos deveres de abstenção – que são associados aos direitos fundamentais na sua dimensão negativa, de defesa. Assim, enquanto os comandos constitucionais sobre direitos fundamentais de defesa contêm proibições de ação - deveres de não agir -, os comandos que trazem direitos positivos são construídos na direção contrária, ou seja, com comandos de proteção ou promoção de algo²¹.

Os deveres estatais de agir são caracterizados, ainda, segundo um critério de sindicabilidade: devem possuir uma densificação normativa suficiente e que permita identificar uma concreta e específica violação da Constituição²².

Uma densidade suficiente da norma constitucional, portanto, tem o condão de criar um dever de agir. Tem-se, assim, duas importantes características respeitantes ao primeiro elemento delimitador do âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito: a estrutura dos deveres estatais de ação e a imposição suficientemente densa desses deveres na Constituição. Neste sentido se manifestaram o Tribunal Constitucional Português²³ e o Supremo Tribunal Federal²⁴, para identificar critérios que lhes permitissem controlar a constitucionalidade de omissões estatais.

Vitalino Canas faz uma importante diferenciação entre duas acepções do princípio da proibição do defeito, relacionando-as a densidade da norma que prevê deveres estatais de ação. Uma primeira acepção, mais ampla, abarcaria “toda e qualquer situação em que o legislador está especificamente obrigado a uma ação

Mello. 02 dez. 2014. p. 4. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2014]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4397371>. Acesso em: 09 ago. 2019.

17 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 306.

18 Idem, *ibidem*, p. 308 e 309.

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Omissões normativas e deveres de protecção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo et. al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. 2. p. 111.

20 Robert. On constitutional rights to protection. *Legisprudence*, v. 3, n. 1, p. 3, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/17521467.2009.11424683>. Acesso em: 18 mar. 2019.()

21 Idem, *ibidem* 2009, p. 5.

22 SILVA, 2012, p. 188 e 189.

23 PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. *Acórdão n.º 474/02*. Plenário (2. Secção). Relator: Conselheiro Bravo Serra. Lisboa, 19 nov. 2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html>. Acesso em: 09 ago. 2019.

24 BRASIL, 2014.

positiva”²⁵, incluindo previsões categóricas e peremptórias de atuação legislativa, ou seja, quando o dever de agir possui uma densidade normativa extremamente elevada. Nesta acepção ampla da proibição do defeito, portanto, pode haver casos em que o dever de agir, por estar tão densamente previsto na norma de direito fundamental, não demandaria uma operação de ponderação ou harmonização. De fato, esse tipo de normas constitucionais se aproxima – quando não se encaixar perfeitamente – na categoria das regras, em oposição aos princípios²⁶. Por outro lado, a proibição do defeito em seu sentido próprio, que depende de um dever constitucional de ação com densidade mais restrita, sempre demandaria um exercício de harmonização quando uma das posições em colisão disser respeito a um dever de ação.

Há casos, porém, em que tal densidade não é percebida - não haveria “espessura suficiente” - tratando-se, então, de “deveres de ação enfraquecidos”. Tais previsões constitucionais não permitiriam fundamentar um dever de ação estatal, se aproximando de uma permissão constitucional de ação, a que o agente público “escolhe livremente prosseguir”, fugindo, assim, do âmbito de aplicação da proibição do defeito – podendo ser o caso de se aplicar a proibição do excesso ou outro instrumento de controle constitucional, a depender da modalidade da colisão de normas que se tenha formado e de como o conflito de normas é entendido na dogmática da proibição do defeito, como veremos na segunda parte do trabalho²⁷.

2.1 TIPOS DE DEVERES ESTATAIS DE AÇÃO

Os deveres de ação pertencem a um gênero formado por um número maior ou menor de espécies, a depender dos critérios de segmentação adotados. A classificação que parece prevalecer é a que identifica três tipos de deveres estatais de ação, correspondendo a direitos fundamentais de prestação²⁸: i) deveres de proteção; ii) deveres de concretização de direitos sociais; iii) deveres de organização e procedimento. É o conjunto de todos esses deveres estatais que compõem os chamados “deveres de prestação em sentido amplo”, aos quais se aplica o princípio da proibição do defeito na sua concepção mais moderna²⁹.

25 CANAS, 2017, p. 961.

26 ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 74 et seq., 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: 20 mar. 2019.

27 CANAS, 2017, p. 559 e 982.

28 Robert. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. Idem, BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.. Essa relação direta entre direitos fundamentais positivos e deveres estatais de prestação positiva é bem explicitada por Alexy, formulando-a com a utilização de operadores lógicos: “Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos correspondem a relações de três pontos entre um titular do direito constitucional, o Estado e uma atuação estatal positiva. Se o titular do direito ‘x’ tem o direito perante o Estado ‘s’ para que este execute a atuação positiva ‘Φ’, então o Estado tem em relação a ‘x’ o dever de ‘Φ’” (ALEXY, 2002, p. 296. tradução livre).

29 CANAS, 2017, p. 968 e 970. A classificação dos tipos de deveres estatais de prestação tem enorme variação, assim como boa parte dos temas relacionados à proibição do defeito. Robert Alexy, por exemplo, classifica os direitos a uma prestação estatal positiva em três tipos: direitos de proteção, de participação na organização e procedimento e os relativos a direitos sociais, todos impondo deveres de agir ao Estado (ALEXY, 2009, p. 3). Borowski adota classificação semelhante (BOROWSKI, 2003, p. 143 et seq.). Jorge Reis Novais, por sua vez, divide os deveres estatais em três grupos: deveres de respeito, de proteção e de promoção. A todos eles corresponderiam deveres tanto de abstenção quanto de prestação positiva - sob a perspectiva de uma “dogmática unitária” de compreensão dos direitos fundamentais. O dever estatal de organização e procedimento se enquadraria no grupo dos deveres de respeito e corresponderia à dimensão positiva destes (NOVAIS, 2017, p. 301 et seq., e 310 et seq.). Vitalino Canas, a seu turno, aponta sete grupos de deveres de ação do legislador: “(i) deveres de proteção dos direitos de particulares contra interferências ou perturbações perpetradas por outros particulares; (ii) deveres de proteção dos direitos de particulares contra interferências ou perturbações perpetradas por poderes estatais estrangeiros; (iii) deveres de emissão de normas estruturadoras

Importante transcrever a advertência de Borowski:

Nem sempre é possível atribuir exatamente um direito a uma das espécies dos direitos fundamentais de prestação. Alguns casos ou grupos de casos podem ser atribuídos simultaneamente a duas ou até três espécies. No entanto, do ponto de vista estrutural, esta circunstância não tem efeitos negativos, porque a estrutura fundamental das três espécies de direitos fundamentais de prestação é idêntica.³⁰

2.2 DEVERES DE PROTEÇÃO: A ORIGEM DOGMÁTICA DA PROIBIÇÃO DO DEFEITO

O primeiro grupo de deveres estatais de ação é o dos deveres de proteção (*Schutzpflicht*), ou imperativos de tutela, na linguagem de Canaris - nomenclatura que teria sido a adotada pelo Tribunal Constitucional alemão³¹. Sob essa fundamentação dogmática surgiu e se associou originalmente o princípio da *Untermaßverbot*. De fato, o primeiro a mencionar a proibição do defeito foi Schuppert, já em 1980, ao analisar ceticamente a eficácia dada pelo Tribunal Constitucional alemão à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, especificamente o acolhimento da tese dos deveres estatais de proteção e a flexibilização da separação de poderes³².

Claus-Wilhelm Canaris, entretanto, foi o primeiro a desenvolver uma teoria do princípio da proibição do defeito. Em seu trabalho pioneiro, por exemplo, já ressaltava a autonomia deste princípio em relação à proibição do excesso³³. O contexto do estudo feito por Canaris envolvia a influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado, concluindo o autor alemão que “destinatários das normas de direitos fundamentais são apenas o Estado e os seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado”: os deveres estatais de proteção, notadamente nas relações triangulares - envolvendo particulares -, colocariam o Estado como protetor de um cidadão perante outro e, somente assim, de forma mediata, seria possível um direito fundamental afetar a posição de outro particular³⁴.

O dever de proteção, perfazendo uma exigência constitucional de uma “resposta” estatal, completaria, então, o que se tem chamado de constelações triangulares:

As constelações triangulares são] relações jurídico-constitucionais multipolares que colocam em tensão três ângulos: o da

de processos, procedimentos, organização e financiamento que possibilitem o exercício de certos direitos fundamentais; (iv) deveres de criação de condições de igualdade ou de eliminação de situações de desigualdade; (v) deveres de produção de normas legislativas que permitam a materialização dos direitos sociais, seja alocando recursos públicos, seja intervindo nas relações entre privados; (vi) deveres de produção de normas legislativas que protejam bens, interesses ou valores públicos fundamentais; (vi) deveres de produção de normas legislativas de prevenção e ação perante fenômenos (designadamente catástrofes) naturais” (CANAS, op. cit., p. 970).

30 op. cit..

31 CANARIS, 2016, p. 56 et seq.

32 op. cit..

33 teqteq.

34 Id., *ibid.*, p. 55 e 58. Segundo a teoria de Canaris, os particulares não seriam destinatários das normas de direitos fundamentais e seus atos apenas seriam aferidos pela “bitola dos direitos fundamentais” enquanto estes forem aplicados na função de imperativo de tutela, constituindo, assim, “uma explicação dogmática convincente para a ‘eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros’”. (*Ibidem*, p. 55-56 e 58).

fonte de perturbação de um direito, designadamente a ação de um particular [...] que perturba um bem jusfundamentalmente protegido de outro particular ('vítima') que vê o seu direito perturbado pelo exercício do direito do perturbador e que tem perante o Estado um direito à proteção contra a perturbação; [...] e o ângulo do] Estado, que tem simultaneamente o dever de não intervir no direito do perturbador e o *dever de proteger* o direito da vítima.³⁵

Os deveres de proteção se diferenciam de outros deveres de atuação estatal por imporem ao ente público uma resposta a uma situação de perigo a um direito fundamental. Pressupõe-se que o perigo ao direito de titularidade de um particular tenha origem na conduta de outros particulares ou desastres naturais³⁶, havendo, porém, quem acrescente a atuação de poderes estatais estrangeiros à origem desse risco³⁷. Jorge Reis Novais afirma, por sua vez, que o que se protege, em verdade, não são os direitos fundamentais em si, mas a possibilidade de acesso a esses direitos pelos seus titulares, e acrescenta um dever de proteção do titular contra “decisões irreflectidas ou desrazoáveis” dele mesmo³⁸.

Importante ressaltar que o dever de proteção necessariamente se dá contra uma interferência perpetrada por terceiros – ou desastres naturais, ou estado estrangeiro –, nunca pelo próprio poder público. Se este for o caso, ou seja, se a perturbação do direito de particular for perpetrada pelo próprio ente público, estará em causa a análise de outro dever de ação ou permissão violadores de um dever de respeito³⁹.

A teoria dos deveres estatais de proteção é, ainda, uma decorrência da evolução da tese da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Foi a partir do reconhecimento da dupla dimensão dos direitos fundamentais que o Tribunal Constitucional alemão, em 1975, na conhecida primeira decisão sobre o aborto, aplicou a teoria dos deveres de proteção como fundamento para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais⁴⁰.

Os deveres de proteção teriam, assim, um primeiro fundamento no monopólio estatal do uso do poder coercitivo, segundo uma lógica da teoria contratualista de formação do Estado moderno, reconduzido também ao princípio do Estado de Direito⁴¹. Na vigência do Estado Social se vinculariam os deveres estatais de proteção aos direitos fundamentais em sua dimensão axiológico-objetiva. Assim, como resultado de um acordo básico das forças sociais que determinam a ordem de valores diretivos da atuação pública, o ente público atuaria como “amigo e guardião” dos direitos básicos do cidadão⁴².

Canaris aponta alguns elementos que identificariam um imperativo de tutela previsto constitucionalmente, respondendo à questão de saber “se um direito

35 op. cit.

36 SILVA, 2012, p. 189.

37 CANAS, op. cit., p. 971, 978 e 982.

38 NOVAIS, 2018, p. 216.

39 NOVAIS, 2018, p. 219; CANAS, 2017, p. 972.

40 Id., *ibid.*, p. 221-222.

41 Id. *ibid.*, op. cit. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 10, p. 331, 2006. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2151599.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2019.

42 SARLET, 2006, p. 330. op. cit. LUÑO, Antonio E. Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2016..

fundamental contém de todo um imperativo de proteção contra a particular ofensa em causa⁴³. O primeiro deles é a aplicabilidade normativa do direito fundamental em causa: se no caso concreto não for sequer aplicável a hipótese normativa, o direito fundamental em questão não chegaria sequer a ser tocado⁴⁴.

O segundo requisito indicado por Canaris para identificar um imperativo de tutela é a necessidade da proteção do direito fundamental ameaçado. Assim, mesmo que um direito fundamental tenha sido tocado em sua hipótese normativa, deve estar presente a necessidade fática de proteção, o que se evidencia especialmente se a intervenção agressora for considerada ilícita, se houver uma efetiva ameaça ao direito fundamental e for constatada a dependência do titular do direito em relação ao comportamento de terceiros para a realização do seu direito, além da hierarquia abstrata do bem protegido, o peso da intervenção nesse direito e a intensidade da ameaça⁴⁵. A esse segundo requisito, Canaris acrescenta uma medida “móvel”, indicando um funcionamento casuístico:

[Q]uanto maior o nível do direito fundamental afectado, quanto mais severa a intervenção que se ameaça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades do seu titular para uma eficiente auto-protecção, e quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de protecção.⁴⁶

2.2.1 AUTONOMIA ENTRE PROIBIÇÃO DO DEFEITO E PROIBIÇÃO DO EXCESSO

Foi no contexto da discussão dos deveres de proteção que se iniciou a defesa de um princípio autônomo em relação à proibição do excesso. O primeiro e principal argumento favorável a essa autonomia foi o reconhecimento de que a estrutura da *Übermaßverbot* se mostraria inadequada para o controle judicial de determinadas situações nas quais se identifique um dever de proteção estatal⁴⁷. Assim, se no âmbito de aplicação do princípio da proporcionalidade estaria em causa a análise da inconstitucionalidade de uma atuação excessiva do Estado, limitando em demasia um direito de liberdade e, portanto, ferindo um dever de abstenção, a situação fática que requereria a aplicação da proibição do defeito seria a oposta: “saber se o Estado não está a ficar aquém do que lhe é constitucionalmente imposto quanto à proteção daquele direito”⁴⁸. É a percepção de uma nova série de obrigações estatais, decorrentes da evolução do Estado liberal para um Estado Social, que faz surgir a necessidade de um novo princípio constitucional com conteúdo normativo próprio e capaz de solucionar casos para os quais a proibição do excesso – e outros instrumentos de ponderação constitucional - não

43 CANARIS, 2016, p. 102.

44 *Ibidem*, p. 105.

45 *eq.*

46 *Ibidem*.

47 A argumentação de Canaris, neste ponto relacionada à análise do caso Lüth, do Tribunal Constitucional Federal alemão, é no sentido de que antes de se partir para um exercício de proporcionalidade e ponderação, característico da proibição do excesso, deve-se perquirir a existência de um dever de proteção – imperativo de tutela, na sua dicção -, e, caso inexistente, se tornaria desnecessário um controle de proporcionalidade. (*Ibidem*, p. 64).

48 NOVAIS, 2018, p. 261.

se mostram mais adequados: aqueles casos em que haja uma “dimensão de imposição constitucional”⁴⁹.

A tese da autonomia, que em sua formatação inicial seguia basicamente o conteúdo dado por Canaris, propõe que exista um *korridor* de atuação legítima estatal, situado entre um limite mínimo, uma espécie de conteúdo mínimo essencial do direito fundamental delimitado por um dever de proteção – segundo a proposta original do autor –, e um limite máximo, delimitado por um dever de abstenção⁵⁰.

Por outro lado, foi também nesse contexto dos deveres de proteção que ganhou força um novo argumento contrário à autonomia da *Untermaßverbot*⁵¹. Essa corrente crítica à autonomia é chamada de *Kongruenzthese*⁵², com foco especialmente no aspecto dogmático e capitaneada por Hain⁵³. Para a tese da congruência, a *Untermaßverbot* não acrescentaria nada à *Übermaßverbot*: a proibição do defeito seria apenas uma outra face da proibição do excesso. A consequência da *Kongruenzthese* seria que o legislador estaria obrigado a adotar uma solução ótima para uma colisão de direitos, que seria obtida pela aplicação do princípio da proporcionalidade⁵⁴. Não existiria o *korridor* entre os dois limites constitucionais de atuação estatal proposto por Canaris e “o resultado apurado através de um controle replicaria simplesmente o que também podia ser apurado através do outro”⁵⁵. A *Kongruenzthese*, portanto, vem como crítica à “descoberta” da *Untermaßverbot* para afirmar basicamente que esta é desnecessária diante da mais desenvolvida dogmática da proibição do excesso.

Porém, enquanto a tese da congruência, sustentando a possibilidade de uma “solução ótima” controlável judicialmente, seria incompatível com a separação de poderes vigente num Estado Democrático de Direito, a tese do corredor, por sua vez, atenderia a esses argumentos⁵⁶. A *Kongruenzthese* também não rebateria satisfatoriamente a afirmação de que a estrutura dogmática da proibição do excesso se adequa para a solução em que se verifique a presença de um dever estatal de ação, como é o dever de proteção, e para o tipo de análise que é feita em tais casos – se há ou não uma omissão estatal. Especificamente sobre este ponto se mostra problemática aplicação da proibição do excesso, cuja estrutura se propõe a analisar a constitucionalidade de uma lei concreta, mas seus segmentos não poderiam ser utilizados sem que, ao menos, sofressem adaptações, sob pena de serem redundantes ou incoerentes⁵⁷.

49 Ibidem, p. 302.

50 CANAS, 2017, p. 909.

51 teqop. cit..

52 A tese da congruência não pode ser confundida com a afirmação de um conteúdo congruente da proibição do excesso e do defeito. Enquanto a primeira nega a necessidade de um princípio da proibição do defeito, esta segunda reconhece a autonomia da *Untermaßverbot*, mas dentro da concepção ampla do princípio da proporcionalidade, que teria, então, duas faces: as vedações do excesso e da insuficiência (STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, v. 80, , 2004.; CLÉRICO, 2009, p. 319; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 228).

53 CANAS, op. cit., p. 913

54 Ibidem.

55 NOVAIS, 2018, p. 265 e 267.

56 op. cit.op. cit.teq.

57 teqteq

2.3 DEVERES DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Se o início do estudo e da aplicação do princípio da proibição do defeito circundou pelos limites dos deveres de proteção, sua atual situação dogmática é resultado de um alargamento do âmbito de aplicação. Mesmo o reconhecimento de sua autonomia se deve, em parte, à aplicação do princípio aos casos que envolvem outros deveres estatais positivos além dos *Schutzpflicht* – este tópico será detalhado mais adiante.

A limitação do âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito a casos envolvendo deveres de proteção ainda é defendida por parte da doutrina, como alguns autores brasileiros⁵⁸ e portugueses⁵⁹. Por outro lado, há outro grupo de autores que, sem negar a relação entre a *Untermaßverbot* e outros deveres de prestação, se limita a estudar com mais profundidade a proibição do defeito apenas na sua relação com os deveres estatais de proteção, como parecem ser os casos de Alexy⁶⁰, Borowski⁶¹.

Foi, porém, com o advento do Estado social de Direito, como já mencionamos anteriormente, que o Estado, relativamente ao acesso aos bens jusfundamentais, passou a ser

[...] obrigado a promover o acesso, a ajudar sobretudo aqueles que por si sós, com o recurso a meios, aptidões ou capacidades próprias, não dispõem de condições para um acesso igualitário e efectivo a tais bens.⁶²

Nessa nova função estatal é possível identificar o que Borowski chama de proteção da “liberdade fática”: o acesso aos pressupostos fáticos de exercício das liberdades jurídicas, notadamente um mínimo existencial⁶³.

É nesse contexto que se insere a análise dos deveres de concretização dos direitos fundamentais, especialmente os sociais. Necessário aqui ressaltar que aos direitos sociais correspondem as duas dimensões dos direitos fundamentais, negativa e positiva, ou seja, também se extraem obrigações de abstenção em relação aos direitos sociais⁶⁴. A ideia de superação da unidimensionalidade dos direitos fundamentais, impondo ao Estado deveres de atuação, serviu também para a descoberta de outras obrigações, como a de promoção dos direitos fundamentais - notadamente os direitos sociais, mas não se limitando a estes⁶⁵. Não nos ateremos ao tema com mais detalhes, cabendo-nos abordar os direitos sociais dando ênfase ao seu aspecto positivo e os correlatos deveres de prestação: os deveres estatais de promoção – ou concretização - dos direitos sociais.

58 Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018..

59 CANOTILHO, 2001, p. 111; SILVA, 2012.

60 ALEXY, 2009.

61 Este autor alemão, apesar de examinar os direitos fundamentais a uma prestação estatal de proteção, de organização e procedimento e os direitos sociais, relaciona o princípio da proibição do defeito apenas aos direitos fundamentais de proteção, tratando o referido princípio sob a nomenclatura de proibição de proteção insuficiente. (BOROWSKI, 2003, p. 154 et seq.)

62 NOVAIS, 2017, p. 315.

63 op. cit..

64 NOVAIS, 2017, pp. 149 e 316; CLÉRICO, 2009, p. 320 .

65 Ibidem, p. 308-317.

Já afirmamos que os deveres estatais de agir devem ser identificados em normas constitucionais portadoras de uma “densidade suficiente”, que permita sua “sindicabilidade”. No caso dos deveres de concretização dos direitos sociais, tal premissa é verdadeira, mas, comparando com as “posições jurídicas subjetivas” oriundas dos deveres de proteção, aquelas – direitos sociais – “são mais dependentes dos juízos de oportunidade do legislador e da sua liberdade de conformação e são mais sensíveis à conjuntura” do que estas – deveres de proteção⁶⁶. Toca-se, aqui, no que se costuma identificar como uma eficácia mais tênue dos deveres de agir, se comparados à eficácia dos deveres de abstenção. Isso se deve também ao fato de a elaboração normativa dos direitos sociais serem abertas, ou imperfeitas, para utilizar a expressão de Ferrajoli relativa à Constituição italiana⁶⁷.

Relevante, aqui, é a diferenciação que Jorge Reis Novais faz entre os deveres de proteção e os deveres de promoção de direitos fundamentais e as respectivas sindicabilidades. Para o referido autor, no caso de deveres de proteção, “a escolha do meio adequado para proteger um direito fundamental nunca é linear e pacífica, está sempre sujeita a avaliações e ponderações do mérito público”⁶⁸. Não se poderia, portanto, impor uma medida específica de satisfação do dever de proteção do direito fundamental ao Estado, tendo este uma reserva do politicamente adequado ou oportuno. Por sua vez, em sendo o caso de um dever estatal de promoção de um direito fundamental, pelo fato de se exigirem prestações de natureza material, que implicam em gasto e, portanto, disponibilidade financeira por parte do ente público, especialmente em relação aos direitos sociais, abre-se uma nova margem de apreciação fática do titular do dever, além da análise de adequação e oportunidade: a reserva do financeiramente possível⁶⁹, tema do qual voltaremos a tratar mais adiante.

O reconhecimento de deveres de agir relativos à promoção de direitos sociais é, por fim, uma decorrência do reconhecimento de justiciabilidade desses direitos sociais enquanto direitos fundamentais. A justiciabilidade, ou força vinculativa, se refere à possibilidade de o poder judiciário verificar sua violação, e o reconhecimento dessa força aos direitos sociais implica, portanto, no seu reconhecimento como direitos suscetíveis de apreciação judicial, elevando-os acima de prescrições meramente políticas ou morais – além da admissibilidade de colisões envolvendo esses direitos⁷⁰. Acreditamos que seja nesse mesmo sentido que se pronuncia Jorge Reis Novais, apesar das críticas deste autor português à teoria dos direitos fundamentais como princípios e à respectiva tese de otimização de Alexy:

[...] a justificação para a exigência de intervenção estatal [...] tem a ver com uma concepção das relações entre Estado e indivíduo segundo os princípios de um Estado de Direito social que preza a autonomia individual, a igualdade material e a segurança jurídica nas condições de uma sociedade de risco.⁷¹

66 CANAS, 2017, p. 980.

67 FERRAJOLI, 2004, p. 109.

68 NOVAIS, op. cit., p. 353.

69 NOVAIS, 2017, p. 355 et seq.

70 ALEXY, 1999, p. 73 et seq.

71 NOVAIS, 2018, p. 340.

2.4 DEVERES DE ORGANIZAÇÃO E PROCEDIMENTO

Os deveres estatais relativos à organização e procedimento correspondem à terceira tipologia de deveres de prestação e têm a ver com as ideias de Peter Häberle e Konrad Hesse que relacionam o devido processo constitucional e a efetivação e garantia dos direitos constitucionais, especialmente os direitos de liberdade. Esse terceiro grupo de deveres forma um leque bastante amplo, abrangendo desde normas sobre contratos a normas sobre o exercício do direito de ação⁷².

É possível afirmar, com Alexy, que os deveres de organização e procedimento são uma decorrência dos direitos fundamentais substantivos: do direito substantivo à propriedade surgiria um dever de criação de leis de organização e procedimento que viabilize a garantia e exercício da propriedade através do acesso às cortes judiciais, por exemplo, ou o exercício do direito ao voto e a organização de um sistema eleitoral⁷³.

Alexy aponta quatro tipos de deveres de criação de normas de organização e processo: a) relativos às instituições de direito privado – a exemplo das regras sobre casamento, herança, contratos, etc., garantindo que os indivíduos possam validamente realizar os direitos substantivos relativos a esses institutos jurídicos constitucionalmente garantidos; b) procedimentos em sentido estrito – relativos a processos judiciais e procedimentos administrativos e o acesso à justiça para o titular dos direitos substantivos obter sua proteção⁷⁴; c) organização em sentido estrito – relativo a áreas constitucionalmente previstas e que coordenam a busca por certos objetivos comungados pela sociedade, como sistema de educação, saúde, radiodifusão, etc.; d) participação nas decisões do Estado – o exemplo mais óbvio para essa quarta classe é a legislação relativa ao exercício do direito ao voto⁷⁵.

2.5 A AUTONOMIA EM RELAÇÃO AOS DEVERES DE PROTEÇÃO E A EVOLUÇÃO DA PROIBIÇÃO DO DEFEITO

Adiantamos na introdução que a afirmação da autonomia da proibição do defeito se dá em relação a dois paradigmas. O primeiro, que já apresentamos, diz respeito à própria “descoberta” da *Untermaßverbot* e sua emancipação dogmática em relação à *Ubermaßverbot*. O segundo aspecto da autonomia, que analisaremos agora, diz respeito à separação entre os conceitos de deveres de proteção – e até mesmo deveres de ação – e o princípio da proibição do defeito. Trata-se de uma evolução doutrinária e jurisprudencial que resultou no reconhecimento de outros deveres de agir além do dever estatal de proteção, de modo a ampliar o âmbito de aplicação deste princípio⁷⁶.

Canaris já afirmava essa distinção entre deveres de proteção e proibição do defeito, afirmando que o dever de proteção corresponderia a “se” há um imperativo

72 ALEXY, 2002, p. 314 et seq.

73 Jorge Reis Novais enquadra os deveres de organização e procedimento como a dimensão positiva dos deveres estatais de respeito e abstenção (NOVAIS, 2017, p. 310-311).

74 Robert Alexy chega a afirmar que, por servirem primariamente à proteção de posições legais, é possível considerar os direitos/deveres de criação de procedimento em sentido estrito como relacionados aos direitos/deveres de proteção (ALEXY, op. cit., p. 328). Talvez seja nesse sentido que Jorge Reis Novais interprete, como mencionamos, os direitos de organização e procedimento como sendo a vertente positiva dos direitos de proteção, como mencionamos anteriormente (NOVAIS, op. cit., p. 310).

75 ALEXY, op. cit., p. 324-334.

76 op. cit. teq

de tutela estatal, enquanto a proibição de insuficiência diz “como” efetivar-se-ia esse dever estatal positivo, restando neste segundo momento o espaço para a atuação da *Untermaßverbot*: “[n]este quadro, há, pois, que averiguar se a protecção do direito infra-constitucional é eficaz e apropriada”, sendo “preciso verificar se a protecção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobre-avaliados”⁷⁷.

Ainda persiste alguma dissonância dogmática, não sendo uniforme o tratamento do tema – como é comum na história da *Untermaßverbot*. A evolução do estudo do princípio da proibição do defeito para emancipá-lo dos deveres de protecção passa necessariamente pelo reconhecimento do conceito amplo dos deveres estatais de ação – alargando, portanto, seu âmbito de aplicação. Exemplo de posição dissonante é a de Jorge P. da Silva, que expressamente limita o princípio da proibição do defeito aos deveres de protecção⁷⁸. É também o caso de Matricardi Rodrigues, que analisou os julgados do Supremo Tribunal Federal em que se fez referência ao princípio da proibição do defeito. Rodrigues critica a aplicabilidade do princípio a casos envolvendo direitos sociais, citando a classificação de Alexy dos direitos a prestação em sentido amplo⁷⁹.

Outra doutrina já admite a ampliação do campo de aplicação da proibição do defeito, mas continua a enfatizar a figura dos deveres estatais de protecção. O estudo de Borowski se encaixa neste grupo, dando ênfase à análise dos deveres de protecção, mas advertindo que sua tese se aplica, *mutatis mutandi*, às outras duas categorias que ele identifica - direitos sociais e direitos de organização e procedimento, como lhe conveio denominar⁸⁰. Com uma abordagem mais ampla e moderna sobre o tema vemos Vitalino Canas e Jorge Reis Novais, havendo também quem entenda que a proibição do defeito só atingiria de fato um grau de autonomia que a afasta da proibição do excesso quando se trata de deveres de ação diferentes dos deveres de protecção das relações triangulares⁸¹.

Manifestações jurisprudenciais dessa acepção alargada do âmbito de aplicação da proibição do defeito podem ser encontradas tanto em território português quando brasileiro. Em Portugal, o Tribunal Constitucional, no Acórdão 474/02 aprecia a “inconstitucionalidade resultante da falta das medidas legislativas necessárias [...] no que aos trabalhadores da função pública diz respeito, à norma contida na alínea e) do nº 1 do artigo 59º da Lei Fundamental”⁸². Neste julgado, a Corte Constitucional Portuguesa, apesar de não invocar expressamente o princípio da proibição do defeito, atuou sobre tema que se enquadra no seu âmbito de aplicação e trouxe pelo menos uma importante conclusão: a inconstitucionalidade por omissão pode se

77 2016, teqteq.

78 SILVA, 2012, p. 189 e 190.

79 RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. *A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?* 2009. Monografia (Conclusão de formação) – Escola de Formação. Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009. p. 69 -70. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/publication/a-proibicao-de-insuficiencia-e-o-stf-ha-controle-de-proporcionalidade-da-omissao-estatal/>. Acesso em: 26 abr. 2019.

80 BOROWSKI, 2003, p. 154 et seq.

81 LEE (2007, p. 309), apud CANAS, op. cit., p. 968.

82 O mencionado art. 59º, nº 1, e), da Constituição República Portuguesa assim dispõe: “1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: e) à assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego”. Interessante notar que o Provedor de Justiça enfrentou a questão de qual seria o instrumento de controle mais adequado, ao rejeitar a invocação do princípio da igualdade para que se viabilizasse a via do controle de constitucionalidade por ação. Concluiu, porém, por trazer à sua argumentação, ao lado da análise da omissão por violação de um dever de legislar, a violação do princípio da igualdade”. (PORTUGAL, Ac 474/2002, n. 1.)

fundamentar em normas de direitos sociais desde que exista específica e concreta imposição constitucional ao legislador⁸³.

Nos Acórdãos nº 400/2011, nº 274/2013 e nº 481/2014, o Tribunal Constitucional Português aplicou o princípio da proibição do defeito e afirmou a suficiência de legislação que fixava na decisão judicial constitutiva o momento inicial da obrigação de o Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores assegurar as prestações judicialmente fixadas, em substituição do devedor de alimentos⁸⁴. A abordagem dada pela corte constitucional se iniciou identificando um dever estatal de proteção da criança, mas avançou sobre o reconhecimento de uma obrigação estatal de prestação pecuniária correspondente a um direito social, fundada num direito à segurança social⁸⁵. É nesse sentido que interpretamos o seguinte trecho do Acórdão:

É certo que neste domínio particular da proteção da infância, pela insuperável debilidade do titular, pela sua incapacidade natural de encontrar por si alternativas para satisfazer necessidades vitais comprometidas pelo incumprimento da obrigação alimentar, pela urgência e pelas consequências, no plano social e pessoal, da insatisfação imediata das necessidades de uma personalidade em formação, o grau de proteção constitucional é mais intenso e o correlativo dever de prestação por parte do Estado mais determinável no seu conteúdo mínimo.⁸⁶

Tratando-se de norma que define o marco inicial da constituição de prestação judicialmente fixada, seria possível enquadrá-la no âmbito dos deveres de organização e procedimento. Retomamos aqui a advertência de Borowski de que nem sempre é possível atribuir exatamente um direito a uma das espécies dos direitos fundamentais de prestação. Assim, nos mencionados Acórdãos seria possível acomodar a atuação estatal nos três tipos de deveres de prestação, tornando esta tarefa um pouco subjetiva e aleatória. Por outro lado, o aspecto relevante que se extrai desta análise é ampliação do âmbito de aplicação da proibição do defeito na jurisprudência portuguesa.

O Supremo Tribunal Federal, no Brasil, também amplia o âmbito de aplicação da proibição do defeito. No ARE 745745 AGR / MG, o STF manteve o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que reconheceu ser insuficiente a rede municipal de Belo Horizonte/MG para a assistência à pessoa portadora de deficiência física, visual, auditiva, com paralisia cerebral, distúrbios comportamentais, deficiência mental ou com autismo naquela cidade. Ficou estabelecido na decisão que um dever estatal prestacional relativo ao direito social à saúde – Art. 196, CRFB -, limitariam a discricionariedade administrativa e a falha

83 Idem, *ibidem*, n. 4.

84 Idem. Tribunal Constitucional Português. *Acórdão nº 481/2014*. Plenário (1. Secção). Relator: Conselheira Maria Lúcia Amaral. Lisboa, 25 jun. 2014. n. 1. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140481.html>. Acesso em: 09 ago. 2019.

85 Idem. Tribunal Constitucional Português. *Acórdão nº 400/2011*. Plenário. Relator: Conselheiro Vítor Gomes. Lisboa, 22 set. 2011. n. 5. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110400.html>. Acesso em: 09 ago. 2019.

86 Idem.

do ente público de efetivar tais direitos legitimaria a intervenção jurisdicional)⁸⁷. O STF afastou uma alegação arbitrária de uma reserva do possível pelo Município de Belo Horizonte

[...] com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade⁸⁸.

Forçoso reconhecer, portanto, que um dever estatal de ação, que abrange outros tipos de obrigações estatais constitucionalmente previstas e relativas à efetividade dos direitos fundamentais, funciona como um primeiro pressuposto do princípio da proibição do defeito. Tais obrigações positivas, com implicações sobre os direitos fundamentais bastante diferentes das correspondentes aos deveres de abstenção, caracterizarão situações que demandarão a aplicação de um instrumento adequado a controlar e, assim, preencher a “lacuna de garantias” mencionada na introdução.

3. SEGUNDO PRESSUPOSTO: COLISÃO DE POSIÇÕES DEÔNTICAS DO LEGISLADOR.

Um segundo pressuposto delimitador do âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito seria a existência de uma colisão de normas, conceituada por Vitalino Canas como “a situação em que duas ou mais normas válidas partilham todas ou algumas condições de aplicação, definindo contudo consequências jurídicas irreconciliáveis”⁸⁹. Nesse sentido, as colisões de normas representam o choque de posturas do legislador e, conforme se percebeu na seção anterior deste trabalho, tais posições deônticas determinarão qual instrumento de harmonização que melhor se adequa em busca de uma solução para o caso. Em outras palavras, havendo a colisão entre posições deônticas do legislador em relação a bens, interesses ou valores jusfundamentais, a solução para o caso demanda a aplicação de um instrumento de ponderação adequado à modalidade deste conflito⁹⁰.

Robert Alexy deixa claro que a colisão de direitos fundamentais é natural em qualquer catálogo que os preveja e demanda uma solução que seja viável diante da ideia de unidade sistemática da constituição. A solução adequada para limitar o sacrifício dos direitos fundamentais, segundo a sua teoria principiológica, é a ponderação⁹¹. A solução do conflito pela ponderação pressupõe, inicialmente, o reconhecimento da vinculatividade dos direitos fundamentais e, em segundo lugar, o entendimento de uma estrutura dos direitos fundamentais na forma de princípios⁹². Já que a solução possível é obtida através da ponderação, ou seja,

87 BRASIL, 2014, p. 8 e 9.

88 Ibidem, p. 11.

89 Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008..

90 CANAS, op. cit., p. 553 et seq.

91 ALEXY, 1999, p. 67 et seq.

92 Ibidem, p. 73 et seq.

da harmonização da colisão, esta última se torna, então, pressuposto lógico para a aplicação dos respectivos instrumentos de ponderação e harmonização.

O princípio da proibição do defeito corresponde ao instrumento de harmonização que se aplica aos casos em que se detectam colisões entre um dever estatal de ação – primeiro pressuposto - e outros deveres ou permissões do legislador. Assim, de maneira geral, os tipos de conflitos que podem ocorrer dentro do seu âmbito de aplicação são os seguintes: i) entre um dever de ação e um dever de abstenção; ii) um dever de ação e outro dever de ação; ou iii) um dever de ação e uma permissão. Esses tipos de colisões normativas são chamados por Vitalino Canas de “hipóteses puras”, advertindo-se, porém, que “muitas vezes não são lineares os deveres que estão em causa e o tipo de colisão que se trava entre eles”^{93 94}.

A análise das colisões terá repercussão na forma como duas correntes doutrinárias orientam a aplicação do princípio da proibição do defeito. Em sua tese, Vitalino Canas afirma que, enquanto norma de controle, a proibição do defeito “obriga” que o julgador avalie duas posições estatais em conflito, “as duas variáveis”, especialmente nos casos de tal colisão se manifestar numa relação triangular – dever de proteção contra a lesão perpetrada por particular vs. dever de abstenção. Nestas hipóteses, a forma como o caso chega para julgamento pode variar de acordo com o ponto de vista do sujeito ativo processual e sua posição jurídica subjetiva.

Independente de qual a “variável” apontada pelo sujeito que assumiu a iniciativa processual, a proibição do defeito só se aplica para analisar omissões – totais ou parciais – do Estado em face de um seu dever de ação⁹⁵. É aqui que se encontra a relação entre a análise dos tipos de colisões e a forma de aplicação da *Untersmaßverbot* como norma de controle de constitucionalidade.

Vitalino Canas enxerga uma importante consequência da diferenciação dos tipos de colisões normativas, diferenças estas que são baseadas na “equivalência ou desigualdade do peso abstrato” das posições deontológicas do legislador⁹⁶. O autor

93 CANAS, op. cit., p. 989. Dissecando essas hipóteses, Canas enumera e exemplifica os tipos de colisão entre os deveres de ação de acordo com a classificação adotada em sua obra, mas que podemos resumir da seguinte forma – adaptando à classificação tripartite que adotamos neste trabalho: a) colisão entre um dever de proteção e um dever de abstenção; b) colisão entre um dever de proteção e um dever de concretização de um direito social; c) colisão entre um dever de proteção e um dever de organização e procedimento; d) colisão entre um dever de proteção e uma permissão; e) colisão entre um dever de concretização de um direito social e um dever de abstenção; f) colisão entre um dever de concretização de um direito social e um dever de organização e procedimento; g) colisão entre um dever de concretização de um direito social e uma permissão; h) colisão entre um dever de organização e procedimento e um dever de abstenção; i) colisão entre um dever de organização e procedimento e uma permissão (Ibidem, p. 983 e 989).

94 Das modalidades de colisão entre um dever estatal de proteção com outro dever estatal, apenas se enquadram no âmbito de aplicação da *Untersmaßverbot*, como visto, os casos que envolvem um dever de abstenção, uma permissão ou outro dever de ação que não seja um dever estatal de proteção. Tal afirmação se utiliza de uma ressalva que já foi anteriormente anunciada, no momento em que se tratou especificamente dos deveres estatais de proteção: é elementar da própria noção do dever de proteção a relação triangular em que um particular tem seu direito violado/ameaçado pela atuação de outro particular - que é a “fonte de perturbação” -, que, por sua vez, “expõe” um seu direito de abstenção perante o Estado (Ibidem, p. 972). O mais comum de acontecer, portanto, é que um dever de proteção entre em colisão com um dever de abstenção estatal, sendo a situação típica de aplicação do princípio da proibição do defeito. Por outro lado, caso o conflito entre um dever de proteção ocorra face a outro dever de proteção, será caso para aplicação de outro instrumento de harmonização, e não o da proibição do defeito. Vitalino Canas aponta como mais adequado para esse tipo específico de colisões a figura da proporcionalidade equitativa. Tais casos, segundo o autor, na verdade envolveriam a “colisão de deveres cruzados”, como é o caso da colisão entre os direitos fundamentais de manifestação e de livre circulação, exemplo indicado também por Canas. Uma situação hipotética, mas plausível, para esse quadro pode ser retratada pela colisão entre o dever do Estado de proteção para que a realização de uma manifestação em favor do aumento do salário mínimo decorra sem interferências, bem como o dever estatal de proteger o deslocamento das pessoas que apenas querem retornar para casa após um dia de trabalho. Nesses casos o autor ainda ressalta que as pretensões gerariam uma situação de reciprocidade ou bilateralidade, pois surgiriam pretensões subjetivas tanto de abstenção como de proteção (Ibidem, p. 1058).

95 Ibidem, p. 1014 et seq.

96 Ibidem, p. 992.

aponta duas categorias de pesos abstratos, tendo por base a posição deontica do legislador. Assim, os deveres de ação e de abstenção, exatamente por ambos serem deveres, serão *prima facie* equivalentes quando estiverem em colisão, enquanto a colisão entre deveres de ação e permissões de intervenção não são paritárias, já que as permissões “não estão protegida[s] por um dever constitucional do legislador”, exigindo uma estrutura de aplicação distinta daquela aplicável à categoria anterior – equivalente ou paritária⁹⁷. Essas duas formas de aplicação da proibição do defeito – paritária e não paritária – significam, por conseguinte, estruturas de aplicação distintas⁹⁸. Em suma, entender a colisão como pressuposto da aplicação da proibição do defeito, permite perceber, aí, efeitos que repercutem na estrutura de aplicação do princípio.

Por outro lado, a afirmação de que a colisão de normas é um pressuposto de aplicação do princípio da proibição do defeito não é questão pacífica. Canaris entende que a identificação de um dever de ação – especificamente um dever de proteção – consiste num passo anterior a uma ponderação⁹⁹. Tal raciocínio culmina na ideia de que, em caso de uma relação triangular que apresente suposto conflito entre direitos fundamentais, não sendo possível apontar um dever de proteção, não há nem que se falar nesse conflito. Conforme já aqui exposto, Canaris defende que o dever de proteção corresponde a “se” há um imperativo de tutela estatal, enquanto a proibição de insuficiência seria o “como”, restando neste segundo momento, uma vez superado satisfatoriamente o primeiro, espaço para a atuação da *Untermaßverbot*¹⁰⁰. Canaris ainda aponta que a proibição do defeito tem o papel de “delimitar o núcleo mínimo de proteção”, não sendo instrumento de harmonização, portanto, aderindo à chamada tese do “*korridor*”¹⁰¹.

A aplicação da proibição do defeito, assim, configuraria numa operação subsuntiva. Por outro lado, se for identificado um dever de proteção de um direito jusfundamental, que corresponde a um núcleo mínimo absoluto, e, a pretexto de realizar essa proteção, o Estado interferir num direito fundamental de defesa de outro particular, tal intervenção se justifica, em nome do princípio da proibição do defeito, não havendo necessidade de ponderação e nem mesmo a existência de uma colisão a ser solucionada¹⁰².

Jorge Reis Novais, por sua vez, se alinha à tese do *korridor*, com forte insipiração em Canaris, negando que o conflito seja um pressuposto para a aplicação da proibição do defeito: se há um corredor que permite a liberdade de ação do legislador, então não chegaria a haver uma colisão, não consistindo a proibição do defeito num exercício de ponderação propriamente dito¹⁰³. Para ele, a teoria

97 teq..

98 Vitalino Canas detalha de que forma essa diferenciação de metodologia pode influenciar no controle judicial das omissões estatais: “Do ponto de vista da intensidade do controle pelo juiz constitucional, não parece que devam existir diferenças de regime, delineadas em abstrato, consoante se trate de situações abrangidas pela proibição do defeito paritária ou pela proibição do defeito não paritária. Todavia, pode suceder que o juiz constitucional tenha de fazer repercutir na extensão e alcance dos poderes de controle, caso a caso, a circunstância de a liberdade de conformação do legislador não ser uniforme em todos os tipos de deveres de ação. Assim, em média a liberdade de conformação é menor na produção das normas de processo, procedimento, organização e financiamento do que na produção de normas de proteção; e a liberdade de conformação dessas normas é menor do que quando se trata de materializar direitos sociais ou, mais latamente, normas programáticas” (Ibidem, p. 1030 e 1031).

99 op. cit..

100 op. cit., teqteq.

101 op. cit..

102 CANAS, 2017, p. 910.

103 NOVAIS, 2018, p. 292 et seq.

dos direitos fundamentais como princípios, sob a influência de Alexy, exigindo uma otimização, elimina o corredor de atuação do legislador e se aproxima em muito da *Kongruenzthese*, motivo pelo qual opõe semelhantes críticas a essa corrente. Para Novais esse elemento específico tornaria tal concepção da *Untermaßverbot* incompatível com a separação de poderes do Estado de Direito. A proibição do defeito deveria consistir, então, num instrumento de controle de omissões e do cumprimento dos deveres de ação, e não um critério de proporcionalidade:

O que temos de apurar é se o Estado tinha uma obrigação constitucional de proteger e, em caso afirmativo, se observou ou não, de forma suficiente ou insuficiente, os comandos constitucionais de proteção a que estava obrigado. A ideia de proporção é totalmente estranha a esta indagação¹⁰⁴.

No trecho acima, entendemos que Novais revela, implicitamente, que na sua tese o único pressuposto do âmbito de aplicação seria a existência de um dever constitucional de ação, excluindo a necessidade de identificação de um conflito de normas, na medida em que afasta a ideia de proporcionalidade que lhe seria anterior. O autor entende que o conteúdo do princípio da proibição do defeito é dado por um critério de evidência, que garanta a realização de um nível mínimo do direito fundamental e a uma avaliação da razoabilidade das consequências da omissão¹⁰⁵. Com isso, ao contrário da proposta de Canas, se justificaria um conteúdo unitário do princípio da proibição do defeito aplicável a todos os casos de deveres estatais de ação.

É importante ressaltar, todavia, que Jorge Reis Novais não nega a possibilidade de conflitos normativos. De fato, identifica a existência de colisão de normas nas situações de conflito de direitos fundamentais de particulares – relações triangulares –, caso típico do reconhecimento de deveres de proteção, mas não afirma que tais colisões sejam pressuposto da *Untermaßverbot*, vez que não percebe conflito nas chamadas relações bipolares, associadas ao que chama de deveres de promoção, especialmente a promoção de direitos sociais¹⁰⁶.

Entendemos que é nesse ponto que reside a dissonância entre Novais e Canas: ao não identificar as colisões normativas como pressupostos de aplicação da proibição do defeito, Jorge Reis Novais defende um conteúdo dogmático unitário, aplicável igualmente a todos os casos que se enquadrarem no âmbito de aplicação da *Untermaßverbot*¹⁰⁷. Novais chega a reconhecer uma diferença entre graus de margens de controle da constitucionalidade: enquanto em algumas situações haveria uma “reserva do politicamente adequado”, natural de um regime democrático, em outras se lhe acresceria a reserva do financeiramente possível¹⁰⁸. Esse tipo de situação, apesar de não especificada em detalhes pelo autor, se

104 Ibidem, p. 327.

105 Ibidem, pp. 345 et seq.

106 NOVAIS, 2018, p. 338 et seq.

107 Ibidem, p. 339.

108 Idem, 2017, p. 340.

enquadraria num tipo de colisão que Canas identifica como não-paritária – dever de ação vs. permissão de intervenção.

Uma análise das implicações práticas de tais posições pode ser feita a partir de um caso concreto. Nos debrucemos, mais uma vez, sobre o Acórdão 481/2014, analisado anteriormente, em que se verifica a suficiência da legislação em relação ao direito à segurança social do menor e ao dever estatal de promover tal direito através de prestações pecuniárias. O cerne do caso se referia ao fato de o marco inicial da obrigação pecuniária estatal ser a decisão constitutiva, ainda que provisoría, o que impediria a satisfação das necessidades do menor anteriores a este momento. Segundo a argumentação de Jorge Reis Novais, como vimos, para se aplicar o princípio da proibição do defeito seria necessária a identificação de um dever de ação estatal correspondente à realização de um nível mínimo essencial do direito jusfundamental em causa. Assim, se fosse reconhecido que as prestações alimentícias anteriores à decisão compõem o nível mínimo essencial do direito à segurança social, ou que as consequências do seu não pagamento seriam desrazoáveis, deveria ser reconhecida a insuficiência da norma, não sendo relevantes, *prima facie*, argumentos relativos à reserva do financeiramente adequado. Extrapolado o conceito de nível mínimo, ou sendo considerado razoável o resultado da omissão, a inconstitucionalidade da norma não poderia ser afirmada por violação ao princípio da proibição do defeito.

No mesmo caso, mas aplicando o raciocínio de Vitalino Canas, seriam identificadas duas posições deonticas em colisão: um dever de ação, consistente na obrigação de promoção do direito à segurança social do menor; *versus* uma permissão de intervenção, referente à manutenção da regularidade financeira do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores, dentro de uma reserva do financeiramente possível ou adequado. Diante deste conflito de posições deonticas desiguais, seria aplicável ao caso o modelo não paritário do princípio da proibição do defeito, segundo a proposta de Canas.

O que permite que os autores tenham duas visões diferentes sobre o segundo pressuposto do âmbito de aplicação da proibição do defeito é a interpretação que eles fazem da densidade normativa necessária para identificar um dever de ação e a forma como essa densidade interfere na unitariedade ou não da metodologia de aplicação da *Untermaßverbot*. Canas afirma que o grau de intensidade do exame que propõe é mínimo, correspondente a um critério de evidência. Novais também afirma que se posiciona a favor de um controle de evidência e também com conteúdo de controle de mínimos. Qual seria a diferença, então? Vitalino Canas traz a resposta:

Não se deve confundir grau mínimo de intensidade do exame judicial com uma conceção da proibição do defeito como garantia do conteúdo mínimo ou do núcleo mínimo ou essencial da norma de direitos donde deflui o dever do legislador. [...] o conteúdo mínimo do direito não é garantido através da proibição do defeito em sentido próprio.¹⁰⁹

¹⁰⁹ CANAS, 2017, p. 1031.

4. CONCLUSÃO

O intuito de delimitar um âmbito de aplicação de um princípio é oferecer critérios para apontar os casos aos quais ele deve ser aplicado. No caso do princípio da proibição do defeito, vimos que, mais do que oferecer critérios de escolha, o estudo do seu âmbito de aplicação ajuda a explicar a necessidade e a legitimidade de um instrumento autônomo de controle do cumprimento dos deveres estatais de ação. Além disso, uma observação mais acurada sobre os seus pressupostos de aplicação se mostra determinante quanto ao conteúdo dogmático da proibição do defeito.

A percepção de uma nova posição do Estado, superando a visão do Estado como inimigo e passando, então, a ser também protetor e garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos faz surgir obrigações estatais positivas com previsão constitucional e relacionadas aos direitos fundamentais. O reconhecimento de deveres de ação suficientemente densos, de características distintas das obrigações de abstenção, legitima a intervenção do poder judiciário para controlar a suficiência da conduta do ente público. Tal legitimação é deferida, portanto, quando os direitos fundamentais têm sua efetividade ameaçada pela omissão da atuação do ente público, seja em uma relação triangular, entre particulares, ou numa relação bipolar, entre o cidadão e o próprio Estado. A doutrina e a jurisprudência já reconhecem a aplicabilidade da proibição do defeito como instrumento de proteção nesses casos, de modo a oferecer justiciabilidade inclusive a direitos sociais constitucionalmente previstos.

Estabelecida a necessidade de um instrumento autônomo de controle de omissões estatais, a análise de um segundo pressuposto levou o presente estudo a avaliar as teses de dois autores que sustentam estruturas distintas de aplicação do princípio. Jorge Reis Novais, ao propor uma estrutura dogmática unitária, não condiciona a aplicação da proibição do defeito à existência de um conflito normativo. Por sua vez, Vitalino Canas encontra no desequilíbrio das posições deontológicas do Estado um argumento para sugerir que a estrutura do princípio deva se adequar conforme as normas em conflito sejam paritárias ou não. Daí que sua proposição pressupõe a identificação de tal conflito para que o princípio da proibição do defeito seja aplicado.

Conclui-se que as diferenças de abordagem das duas teorias se baseiam na forma como os autores avaliam a intensidade do dever de ação. Exigindo uma intensidade menor, correspondente a um nível mínimo de satisfação do direito fundamental em questão, a teoria unitária de Novais reduz a margem de interferência do judiciário ao mesmo tempo em que amplia a discricionariedade do ente público. Assim, se não for satisfeita a obrigação de prestação, a omissão não poderá ser justificada e poderá ser controlada através do instrumento da proibição do defeito. Por outro lado, pelas lições de Canas, admitindo uma intensidade menor do dever de ação e reconhecendo que este é apenas uma das modalidades de posições deontológicas constitucionalmente previstas, o choque destes com uma outra obrigação ou permissão constitucional jusfundamental demandaria uma ponderação. O espaço de discricionariedade do ente público ficaria mais restrito, dependendo a conduta da persecução de um outro fim constitucionalmente previsto. Assim, a proibição do

defeito daria maior poder de avaliação e ponderação ao judiciário, especialmente num cenário de conflito de normas não paritárias.

Por fim, a principal conclusão deste trabalho é que a combinação dos dois pressupostos delimitadores do âmbito de aplicação do princípio da proibição do defeito, além de apontar os casos em que este deve ser aplicado, pode oferecer um maior ou menor grau de legitimidade na intervenção do poder judiciário no controle da suficiência das medidas estatais relacionadas aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. On constitutional rights to protection. *Legisprudence*, v. 3, n. 1, p. 1-17, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/17521467.2009.11424683>. Acesso em: 18 mar .2019.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). *Agravo Regimental nº 745745 AGR/MG*. Acórdão. Relator: Min. Celso de Mello. 02 dez. 2014. p. 4. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2014]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4397371>. Acesso em: 09 ago. 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2016.

CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controle de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Omissões normativas e deveres de proteção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo et. al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. 2. p. 111-124.

CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009.

_____. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidade. In: SIECKMANN, Jan-R. (Ed.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 169-206.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

LUÑO, Antonio E. Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2016.

MACÊDO, F. M. O princípio da proibição da insuficiência no Supremo Tribunal Federal. *RIDB-FDUL*, Lisboa, v. 9, p. 7029-7072, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 2017.

_____. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice*. Coimbra: Almedina, 2018.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. *Acórdão nº 474/02*. Plenário (2. Secção). Relator: Conselheiro Bravo Serra. Lisboa, 19 nov. 2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html>. Acesso em: 09 ago. 2019.

_____. Tribunal Constitucional Português. *Acórdão nº 400/2011*. Plenário. Relator: Conselheiro Vítor Gomes. Lisboa, 22 set. 2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110400.html>. Acesso em: 09 ago. 2019.

_____. Tribunal Constitucional Português. *Acórdão nº 274/2013*. Plenário (3. Secção). Relator: Conselheiro Vítor Gomes (Conselheira Maria José R. Mesquita). Lisboa, 25 mai. 2013. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130274.html>. Acesso em: 09 ago. 2019.

_____. Tribunal Constitucional Português. *Acórdão nº 481/2014*. Plenário (1. Secção). Relator: Conselheira Maria Lúcia Amaral. Lisboa, 25 jun. 2014. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140481.html>. Acesso em: 09 ago. 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos s fundamentais*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. *A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?* 2009. Monografia (Conclusão de formação) – Escola de Formação. Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/publication/a-proibicao-de-insuficiencia-e-o-stf-ha-controle-de-proporcionalidade-da-omissao-estatal/>. Acesso em: 26 abr. 2019

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2151599.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SHUE, Henry. *Basic rights*. 2 ed. Princeton: Princeton University Press, 1996.

SILVA, Jorge Pereira da. Interdição de protecção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 185-210. v. 2.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de protecção deficiente (Untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, v. 80, p. 303-345, 2004.

A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL PARA PROCESSAR E JULGAR OS CRIMES COMUNS CONEXOS AOS ELEITORAIS, À LUZ DO INQUÉRITO 4435/DF, JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE COMPETENCE OF ELECTORAL JUSTICE TO PROCESS AND JUDGE COMMON CRIMES RELATED TO ELECTORAL CRIMES, UNDER INQUIRY 4435/DF, JUDGE BY FEDERAL SUPREME COURT

Pedro Henrique Fialho *

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar as implicações jurídicas do entendimento exarado no julgamento do Inquérito 4435/DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em que se reconheceu a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar os crimes conexos aos eleitorais. Dividido em dois capítulos, o primeiro realiza uma breve análise jurisprudencial do tema, com uma rápida evolução da controvérsia nos Tribunais Superiores, especificamente no Pretório Excelso. Ressalta-se, nesse capítulo, os votos dos Ministros, em especial, da tese vencedora. Finalmente, o derradeiro capítulo dispõe acerca do exame jurídico da controvérsia, trazendo à baila os fundamentos favoráveis e contrários ao posicionamento adotado pela Suprema Corte brasileira, com a devida análise dos pontos aduzidos por ambas as partes.

Palavras-chave: Competência. Justiça Eleitoral. Crimes Eleitorais. Crimes Conexos. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the legal implications of the understanding made in the judgment of Inquiry 4435/DF, judged by the Supreme Federal Court, which recognized the competence of the Electoral Justice to prosecute and judge the crimes related to the electoral. Divided into two chapters, the first performs a brief jurisprudential analysis of the topic, with a rapid evolution of the controversy in the Superior Courts, specifically in the Pretorio Excelso. In this chapter, the votes of the Ministers are highlighted, in particular, of the winning thesis. Finally, the final chapter deals with the legal examination of the controversy, bringing up the fundamentals favorable and contrary to the position adopted by the Brazilian Supreme Court, with due analysis of the points made by both parties.

* Servidor público federal do Tribunal Regional Eleitoral do Estado da Bahia (TRE-BA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco. Coautor do livro "Introdução ao Direito Civil: parte geral" (2018), publicado pela IPANEC – Instituto Pan Americano de Educação, Ciências e Cultura.

Keywords: Competence. Electoral Justice. Electoral Crimes. Related Crimes. Federal Supreme Court.

1- INTRODUÇÃO

Neste estudo, será abordado o tema “A competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar os crimes conexos aos eleitorais, à luz do Inquérito nº 4435/DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal”, que tem provocado, a exemplo de anos anteriores, intensos debates entre os operadores do Direito. Por ser um tema controverso, ressalte-se, observa-se que o aludido julgamento refletiu a divisão do tema, em que a maioria do Supremo Tribunal Federal ratificou a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos.

Com efeito, por um lado, existe um entendimento manifestamente desfavorável ao posicionamento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, em especial, emanado, não raro, pelo Ministério Público Federal. De acordo com o *Parquet* federal, a decisão da Corte subverte o ordenamento jurídico pátrio, na medida em que chancela a tese de interpretação da Constituição Federal por legislação infraconstitucional, notadamente, pelo Código de Processo Penal e pelo Código Eleitoral.

Na ótica dos críticos, deveria haver uma cisão entre os processos, cabendo à Justiça Federal o processamento e o julgamento do crime comum, se for o caso, e à Justiça Eleitoral ao respectivo crime eleitoral eventualmente cometido no caso concreto. Com isso, haveria atendimento à competência material absoluta estabelecida no já mencionado artigo 109, inciso IV, da Lei Maior, com a fixação da competência para o ramo específico.

Noutro giro, é comum se pugnar, entre os críticos, o argumento da falta de estrutura e quadro técnico especializado no combate aos crimes comuns conexos aos eleitorais. Argumenta-se, por isso, que haveria um eventual enfraquecimento do combate à corrupção, o que representaria um retrocesso ante as conquistas recentes, especialmente da Operação Lava Jato.

Por outro ângulo, não se pode olvidar que existe recorrente defesa do entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal. Argumenta-se, sob esse prisma, que o referido posicionamento não é novidade, porquanto seja possível verificar, em precedentes mais antigos, a mesma conclusão visualizada no citado Inquérito 4435/DF.

Ademais, também se fundamenta o entendimento do Pretório Excelso com base na Constituição Federal, a qual prevê, no artigo 121, a delegação à Lei Complementar para definição da organização e competência da Justiça Eleitoral – que, *in casu*, compete, precipuamente, ao Código Eleitoral.

Diante dos argumentos de ambas as partes, trata-se, naturalmente, de uma matéria extremamente polêmica, o que demanda um estudo mais detido acerca do tema em tela.

Nessa toada, o presente artigo será dividido em dois capítulos: “Breve análise jurisprudencial do tema” e “Exame da controvérsia”.

No primeiro capítulo, realizar-se-á uma análise do tratamento pelos Tribunais Superiores, com evolução jurisprudencial do tema e destaque dos votos dos Ministros, especialmente dos favoráveis, como Celso de Mello e Marco Aurélio, porquanto fundamentais na fixação da tese vencedora.

Ato contínuo, no segundo e último capítulo, tem-se o exame dos argumentos favoráveis e desfavoráveis da questão, com posteriores considerações finais acerca do tema, à luz dos fundamentos doutrinários, legais e jurisprudenciais explanados ao longo do presente artigo.

2 - BREVE ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TEMA

Antes de versar sobre o entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, no Quarto Agravo Regimental no Inquérito nº 4435/DF, exarado em março de 2019, no que tange à competência da Justiça Eleitoral em julgar os crimes eleitorais e os crimes comuns conexos, é preciso pontuar, de plano, que não se trata de uma novidade jurisprudencial.

Em verdade, cuida-se de questão há muito analisada pelos Tribunais Superiores. No próprio âmbito da Corte Suprema brasileira, no Conflito de Competência nº 7033/SP, julgado no ano de 1996, os Ministros decidiram pela competência da Justiça Eleitoral para o processamento e julgamento dos crimes eleitorais e delitos comuns conexos, como se extrai da ementa do julgado:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. JURISDIÇÃO. COMPETÊNCIA. CONFLITO. JUSTIÇA ELEITORAL. JUSTIÇA FEDERAL. CRIME ELEITORAL E CRIMES CONEXOS. ILÍCITOS ELEITORAIS: APURAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INELEGIBILIDADE (ART. 22, INC. XIV, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64, de 18.05.1990). CONFLITO INEXISTENTE. "HABEAS CORPUS" DE OFÍCIO. 1. Não há conflito de jurisdição ou de competência entre o Tribunal Superior Eleitoral, de um lado, e o Tribunal Regional Federal, de outro, se, no primeiro, está em andamento Recurso Especial contra acórdão de Tribunal Regional Eleitoral, que determinou investigação judicial para apuração de ilícitos eleitorais previstos no art. 22 da Lei de Inelegibilidades; e, no segundo, isto é, no T.R.F., foi proferido acórdão denegatório de "Habeas Corpus" e confirmatório da competência da Justiça Federal, para processar ação penal por crimes eleitorais e conexos. 2. Sobretudo, em se verificando que tais julgados trataram de questões, de partes e de finalidades inteiramente distintas. 3. É caso, pois, de não se conhecer do Conflito, por inexistente. 4. Em se verificando, porém, que há processo penal, em andamento na Justiça Federal, por crimes eleitorais e crimes comuns conexos, é de se conceder "Habeas Corpus", de ofício, para sua anulação, a partir da denúncia oferecida pelo Ministério Público federal, e encaminhamento dos autos respectivos à Justiça Eleitoral de 1ª instância, a fim de que o Ministério Público, oficiando

perante esta, requeira o que lhe parecer de direito. 5. Conflito de Competência não conhecido. “Habeas Corpus” concedido de ofício, para tais fins. Tudo nos termos do voto do Relator. Decisão unânime do Plenário do S.T.F.²

Noutras oportunidades, mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão novamente, com decisão pela remessa dos autos à justiça especializada, qual seja, a Justiça Eleitoral, para processamento e julgamento dos crimes eleitorais e crimes comuns conexos, com fulcro no artigo 35, inciso II, do Código Eleitoral, bem como no artigo 78, inciso IV, do Código de Processo Penal, a exemplo dos seguintes precedentes: na Petição nº 6820/DF; na Petição nº 7319/DF; na Petição 6694/DF; e na Petição nº 6986/DF.

De igual modo, no Conflito de Competência 28378/PB, no Inquérito nº 1181/DF e no Agravo Regimental na Ação Penal nº 865/DF, o Superior Tribunal de Justiça ratificou a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, com esteio nos artigos supramencionados, repise-se, 35, inciso II, do *Codex* eleitoral, e 78, inciso IV, do Código de Processo Penal. Vale asseverar que, a despeito da alegação do Ministério Público Federal, no que concerne a não recepção dos referidos dispositivos, tal fundamento não encontra respaldo no STF, o qual, ao revés, entende pela recepção e plena aplicabilidade desses artigos, consoante ressaltado no julgamento pelo Tribunal da Cidadania.

Não se pode olvidar, porém, a possibilidade aventada pelo Ministro relator, Herman Benjamin, na Ação Penal nº 865/DF, julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual ressaltou a faculdade legal do juiz eleitoral desmembrar o feito, com posterior remessa à justiça comum, da parte que entender não ser obrigatório o julgamento conjunto, com supedâneo no artigo 80 do Código de Processo Penal. Asseverou, todavia, que o exame inicial deve ser conduzido pelo magistrado competente, qual seja, o juiz eleitoral, que decidiria sobre eventual desmembramento do feito.

Nada obstante, o Tribunal da Cidadania também possui precedentes em sentido contrário, a exemplo do Conflito de Competência nº 107913/MT. Na oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça julgou ser cabível a cisão dos processos ante a ocorrência, no caso concreto, do delito de estelionato, previsto no artigo 171, §3º, do Código Penal, e do crime de corrupção eleitoral, disposto no artigo 299 do Código Eleitoral. De acordo com a conclusão sedimentada no julgado, a separação dos processos se justificaria por conta da inaplicabilidade do princípio da especialidade no caso em apreço, disposto nos artigos 74, inciso IV, do Código de Processo Penal, e 35, inciso II, do Código Eleitoral.

Dessa forma, o julgamento do Inquérito 4435/DF, julgado em março de 2019, representou a consolidação de um entendimento há bastante tempo construído pelas Cortes Superiores. Como diversas vezes ressaltado, buscou-se dar plena aplicabilidade a dois dispositivos infraconstitucionais, os quais, ressalte-se, foram recepcionados pela Constituição Federal e possuem plena aplicabilidade: o artigo 35, inciso II, do Código Eleitoral, e artigo 78, inciso IV, do Código de Processo Pe-

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Competência nº 7033/SP. Relator(a): Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno, julgado em 02 de outubro de 1996. DJ 29-11-1996 PP-47156 EMENT VOL-01852-01 PP-00116.

nal. Sedimentou-se, por maioria dos votos, a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar crimes comuns que apresentam conexão aos crimes eleitorais, na esteira do voto do Ministro relator, Marco Aurélio.

Com efeito, o relator entendeu que prevalece a competência da justiça especializada, com esteio nos dispositivos legais já citados, à luz do princípio da especialidade, alcançando os delitos conexos. Outrossim, frisou o Ministro Marco Aurélio que o artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal, ao prever a competência criminal da Justiça Federal, ressalva, expressamente, os casos de competência da Justiça Eleitoral. Por isso, na ótica do relator, o desmembramento de processos não merece subsistir, visto que, à guisa de uma interpretação sistemática dos dispositivos em apreço, a competência da justiça comum – seja estadual, seja federal – é residual quanto à justiça especializada – *in casu*, a eleitoral. Reafirmou, nessa perspectiva, reiterada jurisprudência da Corte Suprema brasileira.

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes também votou pela competência da Justiça Eleitoral processar e julgar crimes eleitorais e conexos, salientando a continuidade normativa das Constituições anteriores, em especial, de 1934, 1946, 1967 e 1969, em reconhecer a atribuição da justiça especializada. Outrossim, pontuou o Ministro que, nada obstante inexistir expressa previsão, na Constituição Federal, quanto à competência da Justiça Eleitoral, houve delegação à Lei Complementar para o devido tratamento do tema – *in casu*, ao Código Eleitoral, conforme artigo 121 da Carta Política.

O decano da Corte, Celso de Mello, em extenso voto, salientou, inicialmente, que a questão em tela se refere, mais uma vez, à definição sobre a extensão dos poderes do Estado e direitos e garantias que a Constituição Federal outorga às pessoas sujeitas a atos de investigação criminal ou de persecução penal em juízo. Ato contínuo, o decano afirmou que a unidade de processamento e julgamento dos ilícitos penais, na seara eleitoral, em razão do *forum attractionis*, é fruto de longa tradição do constitucionalismo brasileiro, à exceção da Constituição de 1937, como destacou o Ministro Gilmar Mendes.

No entanto, com o advento da Lei Maior de 1988, afirmou o Ministro decano que se rompeu a mencionada tradição, tendo o legislador constituinte optado, no do artigo 121 da Carta Política, por conferir à Lei Complementar - *in casu*, ao Código Eleitoral - a organização e competência da Justiça Eleitoral. Em face disso, especialmente com espeque na recepção do Código Eleitoral, como diploma legal dotado de força, valor e eficácia de norma complementar, nesta questão, dispôs, no artigo 35, inciso II, expressa atribuição da Justiça Eleitoral do processamento e julgamento de crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos.

Some-se a isso que a eventual existência de conexão, com base no artigo 76 do Código de Processo Penal, ou continência, com fulcro no artigo 77 deste diploma legal, impõe a tramitação conjunta, nos termos do artigo 79 do CPP. Sob esse prisma, o artigo 78, inciso IV, dispõe acerca do foro prevalente, *in casu*, da Justiça Eleitoral, consoante lecionado pelo Ministro Celso de Mello.

Vale destacar, também, que o Ministro pontuou a reprodução deste entendimento no âmbito da doutrina pátria, em especial, por Damásio de Jesus, por Guilherme de Souza Nucci, José Jairo Gomes, Fernando da Costa Tourinho Filho, Suzana de Camargo Gomes e Julio Fabbrini Mirabete.

Impende assinalar, outrossim, que o Ministro Celso de Mello, a despeito da defesa da Procuradoria-Geral da República de cisão dos processos, sob o pretexto de combate à corrupção, afirmou estar a Justiça Eleitoral plenamente capacitada para exercer, com a devida aptidão técnica, a jurisdição criminal que lhe foi imposta pela Carta Política e demais dispositivos infraconstitucionais.

Na esteira dos entendimentos ressaltados, votaram Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli pela manutenção da jurisprudência consolidada, qual seja, da Justiça Eleitoral processar e julgar crimes comuns conexos aos eleitorais, ressaltando a capacidade técnica da Justiça Eleitoral neste mister.

Contudo, o referido julgamento não foi unânime. Em divergência à tese ora esposada, doravante vencedora, o Ministro Edson Fachin defendeu a tese de cisão dos processos, visto que, na sua ótica, a Carta Política atribuiu competência para processamento e julgamento a órgãos jurisdicionais distintos, quais sejam, os crimes eleitorais à Justiça Eleitoral, com base no artigo 121 da Carta Magna, e os crimes comuns federais à Justiça Federal, com esteio no artigo 109, inciso IV, da Lei Maior. Dessa forma, haveria devida obediência ao princípio do juiz natural.

O Ministro Luís Roberto Barroso, a seu turno, pugnou pela interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 35, inciso II, do Código Eleitoral, ou, ainda, a declaração parcial de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, para haver a cisão de competência nos casos de crimes eleitorais e crimes comuns conexos, em contraposição ao entendimento reiterado da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Sob esse prisma, asseverou o Ministro que o artigo 109, inciso IV, da Lei Maior, confere à Justiça Federal a competência absoluta, em consonância à tese do *Parquet* federal.

A divergência, ainda, foi acompanhada por Rosa Weber, Luiz Fux e Carmen Lúcia, os quais restaram vencidos.

Assinala-se, ainda, que a tese vencida foi defendida pela Procuradoria-Geral da República, a qual, com base no artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal, pugnou possuir a Justiça Federal competência material absoluta, isto é, os crimes comuns federais só podem ser julgados por esta justiça especializada, ainda que conexos a crimes de qualquer natureza. Argumentou-se, ainda, que os artigos 35, inciso II, do Código Eleitoral, e 78, inciso IV, do Código de Processo Penal, não poderiam prevalecer ante disposição constitucional, máxime com base no artigo 109, inciso IV, da Carta Política. Por isso, a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal não poderia subsistir, de modo que cada justiça – a federal e a eleitoral – seria competente para processar os respectivos crimes.

Demais disso, a Procuradoria-Geral da República externou o posicionamento de que a Justiça Federal gozaria de melhor estrutura, com maior capacidade técnica, para a devida condução dos feitos de maior complexidade, mormente quando perpetrados por organização criminosas de grande alcance, razão pela qual a cisão seria mais indicada.

Ao fim, porém, por apertada maioria dos Ministros (6x5), a tese da *vis attractiva* da justiça especializada, qual seja, da competência da Justiça Eleitoral em julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos, restou vencedora, nos termos acima mencionados.

É possível verificar, em precedentes mais recentes, a manutenção de tal entendimento prevaemente, como na Pet 6533 AgR-ED/DF, no HC 171174 AgR/BA, na Pet 8054/DF, no HC 174317 AgR/SC e no HC 158593 AgR/RJ.

3 - EXAME DA CONTROVÉRSIA

Após breve análise jurisprudencial do tema em debate, é possível verificar que o assunto é discutido entre os operadores do Direito há anos. Há respeitáveis argumentos, contrários e favoráveis, ao posicionamento emanado pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito nº 4435/DF.

Segundo parte dos críticos da decisão, o Pretório Excelso incorreu em equívoco ao cancelar uma interpretação de modificação da competência de natureza constitucional, prevista no artigo 109, inciso IV, da Lei Maior, por legislação infraconstitucional, a saber, os multicitados artigos 35, inciso II, do Código Eleitoral, c/c 78, inciso IV, do Código de Processo Penal. Dessa forma, estas regras infraconstitucionais não têm o condão de modificar competência em razão do foro de prerrogativa ou, como é o caso presente, em razão da matéria. Esse é o posicionamento, por exemplo, de Douglas Fischer, que leciona:

Portanto, em nossa compreensão, o “erro técnico” do Supremo Tribunal Federal foi admitir (tal como já fez, de certa forma, em relação à Súmula n. 704, STF) que seria possível a modificação de competência de natureza constitucional por regras infraconstitucionais sem que haja expressa previsão dessa modificação em sede constitucional, na medida em que as normas infraconstitucionais foram feitas exclusivamente para modificação de competência territorial (jamais em razão da prerrogativa de foro ou da matéria). O tema está diretamente relacionado ao princípio do Juiz Natural, que se distingue - e muito - das regras no âmbito do processo civil. O Ministro Marco Aurélio tem absoluta razão em suas argumentações: competência de natureza estrita (da Constituição) não pode ser modificada por normas infraconstitucionais³.

Esse raciocínio é aplicado, por exemplo, quanto aos crimes militares, os quais, em caso de conexão ou continência, não devem ser processados e julgados em conjunto aos crimes comuns conexos, seja em razão do entendimento acima, seja em face de expressa previsão infraconstitucional, nos termos do artigo 79, inciso I, do Código de Processo Penal.

Demais disso, esse entendimento foi replicado pela então Procuradora-Geral da República, em sede do julgamento do Inquérito 4435/DF. Na sua visão, em igual sentido, as normas infraconstitucionais não têm o condão de modificar a Constituição Federal. Com efeito, não podem inovar o sistema jurídico, com regras que alterem a competência da Justiça Federal, estabelecida no artigo 109, inciso IV, da Carta Magna. Defendeu a então Procuradora-Geral da República, portanto, que os processos deveriam ser cindidos, e não reunidos em uma das justiças, uma

³ FISCHER, Douglas. Crimes eleitorais e os eventualmente conexos diante do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 24, v. 46. p. 107, Nova Fase, jan./jun. 2019.

vez que a competência criminal é expressamente prevista, de forma taxativa, pelo citado artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal, o qual, também de maneira cristalina, prevê a ressalva da Justiça Eleitoral para os crimes eleitorais, na fundamentação elaborada por Dodge⁴.

Para isso, a Procuradoria-Geral da República mencionou, em memoriais entregues ao Pretório Excelso, alguns precedentes, como os Conflitos de Competência de nº 126.729/RS e o de nº 39.357/MG, ambos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. Fundamentou, ainda, em posicionamento doutrinário, como de Renato Brasileiro de Lima, Leandro Paulsen e Guilherme Madeira Dezem⁵.

Nesse diapasão, colaciona-se trecho da fundamentação de Leandro Paulsen, o qual defende, em síntese, a cisão dos processos:

Pode-se dizer, assim, que a competência da Justiça Federal é absoluta, porquanto, de um lado, prevalece sobre a da Justiça Estadual e, de outro, mesmo havendo conexão entre crimes da sua competência e da competência das Justiças militar ou eleitoral, não haverá julgamento unificado, sendo o crime da competência da Justiça Federal nela julgado, com a cisão e encaminhamento dos demais às respectivas Justiças especializadas competentes. Efetivamente, não haverá reunião de processos ou, versando uma ação sobre os diversos crimes, será cindida⁶.

Noutro giro, na ótica da então Procuradora-Geral da República, para além dos argumentos legais pertinentes à matéria, em especial, com fulcro na competência material absoluta da Justiça Eleitoral em julgar os crimes comuns federais, exposta no artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal, a cisão dos processos se justificaria também em razão da deficiência técnica da Justiça Eleitoral em investigar e processar complexos casos criminais praticados por organizações criminosas, como corrupção e lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, salientou a então Procuradora-Geral da República, em artigo publicado na internet:

Ademais, a Justiça Eleitoral, que presta relevante serviço à sociedade brasileira na fiscalização da lisura do processo eleitoral, não detém os instrumentos e mecanismos necessários para conduzir a investigação e processar complexos casos criminais que envolvem, além de crime eleitoral, corrupção e lavagem de dinheiro, praticados por organizações criminosas. Não é por outra razão que a própria Justiça Federal tem se especializado no combate a esse tipo de criminalidade sofisticada e organizada, com a criação de varas especializadas em matéria financeira e de lavagem de dinheiro.⁷

4 BRASIL. Ministério Público Federal. *Competência jurisdicional para processar e julgar feitos em que se investiga crimes comuns federais conexos a crimes eleitorais*. Brasília, DF: Procuradoria-Geral da República, 2019. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgri/documentos/copy_of_MemorialInquritos4401e4463R32edited.pdf. Acesso em: 12 abr. 2020. p. 5-6.

5 Idem. Ibidem. p. 7-9.

6 PAULSEN, Leandro. *Crimes federais*. Rio Grande do Sul: Saraiva, 2016. p. 17.

7 DODGE, Raquel. Corrupção e crime eleitoral. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2019, 10 de março de 2019. Caderno Opinião. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-corruptao-crime-eleitoral-23510098>. Acesso em: 9 abr. 2020.

Essa visão é partilhada por outros operadores do Direito, a exemplo de Pedro Barbosa Pereira Neto, membro do Ministério Público Federal, que, em síntese, afirma ser a tese vencedora no Supremo Tribunal Federal um retrocesso no combate à corrupção no Brasil. Com efeito, aduz Pedro Barbosa Pereira Neto que a missão constitucional da Justiça Eleitoral deve ser voltada, precipuamente, a garantir, com celeridade e eficiência, o processo eleitoral, e não ter como foco a jurisdição criminal – a qual, na ótica do membro do MPF, deve ser apenas secundária no rol de competência daquela justiça especializada. Para ele:

A decisão do Supremo Tribunal Federal de considerar competente a Justiça Eleitoral para processar os casos de crimes eleitorais conexos com corrupção/lavagem de dinheiro não é boa. Na verdade é bastante ruim, entrando naquele conjunto de decisões que, tomadas no calor dos acontecimentos, tendem, mais cedo ou mais tarde, a refluir e não prevalecer. Isso porque a estrutura da Justiça Eleitoral jamais foi pensada em termos de ampla competência criminal. Sua vocação sempre foi a de organizar as eleições e resolver os conflitos eleitorais, especialmente aqueles referentes a irregularidades e abusos de poder ocorridos durante o processo eleitoral. E para isso precisa de rapidez e celeridade. Não tem sido fácil à Justiça Eleitoral pôr cobro aos abusos ocorridos nos processos eleitorais de que é exemplo marcante o emprego das redes sociais nas últimas eleições. Garantir a legitimidade dos pleitos é por si só uma missão enorme desse ramo da Justiça brasileira⁸.

Não se pode olvidar, nesse sentido, que a tese ora esposada já foi objeto de reprodução até mesmo em projetos elaborados por diversos setores da sociedade civil, como, por exemplo, no projeto intitulado de “Novas medidas contra a corrupção”. Dentre as proposições formuladas, encontra-se a de restrição da competência da Justiça Eleitoral, a qual teria seu âmbito de atuação limitado aos conflitos de natureza eleitoral, como registro de candidaturas e partidos políticos. Ato contínuo, a competência criminal daquela justiça especializada seria totalmente deslocada à Justiça Federal, a qual teria como competência os crimes comuns federais e os crimes eleitorais – por consequência, também os crimes conexos a estes⁹.

Dentre os argumentos elaborados, em primeiro lugar, aduziu-se que os crimes eleitorais são comuns, de maneira que não caberia especializar a jurisdição para processá-los e julgá-los. Nessa linha de raciocínio, na esteira de jurisprudência do Pretório Excelso, argumentaram os defensores das novas medidas de combate à corrupção que os crimes eleitorais ofendem bens jurídicos análogos a outros crimes, e, portanto, não se configuram como crimes políticos. Ademais, asseveram que inexistente, no ordenamento jurídico nacional, uma teoria geral do crime eleitoral¹⁰.

Argumentam, ainda, que a Justiça Eleitoral se encontra sobrecarregada, uma vez que a competência não penal desta justiça especializada já é ampla e

8 NETO, Pedro Barbosa Pereira. O Supremo, a Justiça Eleitoral e o retrocesso institucional. *Justificando*, 25 mar. 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/03/25/o-supremo-a-justica-eleitoral-e-o-retrocesso-institucional/>. Acesso em: 11 abr. 2020.

9 MOHALLEN, Michael Freitas (et al.). *Novas Medidas contra a corrupção*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018. p. 201.

10 Idem. *Ibidem*. p. 203.

complexa o bastante para também analisar questões criminais. Ainda, a via atrativa prevista no Código de Processo Penal, quanto aos crimes conexos aos eleitorais, apresenta incompatibilidade com a realidade atual, na medida em que a Justiça Eleitoral não detém vocação e aparelhamento para o julgamento de crimes comuns¹¹.

Por fim, os defensores das novas medidas contra a corrupção também aduziram que a competência criminal da Justiça Eleitoral padece de parcial inconstitucionalidade, visto que a composição das Cortes Eleitorais – notadamente, do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais – conta com juizes oriundos da advocacia, os quais não têm, na ótica daqueles, plenitude das garantias e deveres da magistratura, exigida pela jurisdição criminal¹².

Esses argumentos são esposados também por Silvana Batini, Procuradora Regional da República, que, com base neles, conclui pelo deslocamento da competência criminal da Justiça Eleitoral para a Justiça Federal, como objetivo de conferir mais agilidade e celeridade àquela justiça especializada:

Para concluir, é imperioso reconhecer que a justiça eleitoral tem muito a fazer pela democracia brasileira. O quadro instável de nossa legislação e as recorrentes crises indicam que a política tende a estar mais e mais judicializada. Ser ágil para buscar as soluções pacíficas e mais justas aos conflitos eleitorais deve ser o objetivo central e principal da justiça eleitoral. A competência criminal não deve fazer parte deste objetivo. A justiça federal comum deve ficar com esta tarefa¹³.

Todavia, com a devida vênia, tais fundamentos, contrários à conclusão do Supremo Tribunal Federal, não merecem prosperar, consoante doravante se irá verificar.

Com efeito, Filipe Maia Broeto Nunes e Valber Melo asseveram que a decisão do Supremo Tribunal Federal se encontra em conformidade ao direito positivado, especialmente com espeque nos artigos 35, inciso II, do Código Eleitoral, e 78, inciso IV, do Código de Processo Penal. Cuida-se, em verdade, na esteira dos autores citados, de entendimento consolidado ao longo de décadas, em atenção ao disposto no *Codex* eleitoral, o qual já previa, desde a origem, a competência desta justiça especializada no processamento e julgamento de crimes eleitorais e delitos conexos¹⁴.

Trata-se, de fato, de entendimento há muito replicado pelas Constituições anteriores, (artigo 83, *h*, de 1934; artigo 119, VII, de 1946; artigo 130, VII, de 1967; artigo 137, VII, de 1969). Apesar de inexistir previsão expressa da competência da Justiça Eleitoral na Constituição Federal de 1988, delegou-se tal atribuição à Lei Complementar, por intermédio de permissivo constitucional do artigo 121, que, *in casu*, compete ao Código Eleitoral – que assim o faz, com fulcro no artigo 35, inciso II, deste *Codex*.

11 Idem. Ibidem. p. 203.

12 Idem. Ibidem. p. 203.

13 BATINI, Silvana. Competência criminal da Justiça Eleitoral – é tempo de pensar em mudanças. *Revista Justiça Eleitoral em Debate*, Rio de Janeiro, v. 5., n. 4, out./dez. 2015.

14 NUNES, Filipe Maia Broeto; MELO, Valber. Caixa 2 e o Supremo: (des)acertos e efeitos da decisão. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 24, n. 5741, 21 mar. 2019. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72724>. Acesso em: 7 abr. 2020.

José Jairo Gomes, referência doutrinária na seara eleitoral, em igual sentido, defende que as infrações penais comuns, praticadas em conexão ou continência ao crime eleitoral, devem ser julgadas pela Justiça Eleitoral, em razão da *vis atrativa* desta, a qual traz, para respectiva esfera de competência, o conhecimento e o julgamento dos delitos envolvidos no evento, em consonância ao raciocínio elaborado pelos Ministros da Suprema Corte brasileira, consoante se observa:

Note-se que existem infrações não eleitorais que – para fins de persecução penal – se reúnem ao crime eleitoral em razão da ocorrência de conexão ou continência. Aqui já não se trata de crime eleitoral, mas de julgamento conjunto de infrações por força da *vis atrativa* exercida pelo juízo eleitoral, que puxa para sua esfera de competência o conhecimento e julgamento dos delitos envolvidos no evento¹⁵.

É, também, o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, que defende a natureza especial, em matéria criminal, da Justiça Eleitoral e da Militar, prevalentes em casos de concurso:

[...] comum é a jurisdição estabelecida como regra geral para todos os casos que não contiverem regras especiais, em razão da matéria tratada. É a esfera residual. Especial é a jurisdição que cuida de assuntos específicos, previamente estabelecidos na Constituição Federal. Assim, são especiais, em matéria criminal, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar. Quando houver conflito entre elas e a jurisdição comum, prevalecerá a força atrativa da especial (salvo o disposto no art. 79). Exemplificando, caso exista um crime eleitoral conexo com um crime comum, ambos serão julgados na Justiça Eleitoral¹⁶.

Nessa toada, Roberto Beijato Junior reafirma o entendimento plasmado pela Corte Suprema brasileira, rechaçando as críticas pertinentes à aptidão estrutural da Justiça Eleitoral e concluindo ser a decisão fruto de correto exame hermenêutico das normas relacionadas ao tema em tela¹⁷.

Não raro, porém, as críticas à decisão do Supremo Tribunal Federal têm como argumento o enfraquecimento da Operação Lava Jato, tida como mudança de paradigma no combate à corrupção no Brasil. Contudo, de acordo com parte da doutrina, tal argumento não se sustenta, uma vez que se tratou, no caso em julgamento, de aplicação do direito positivado no ordenamento jurídico pátrio, para o qual deve obediência todos os operadores do direito, incluídos, aí, os integrantes da Operação Lava Jato, conforme ressaltam Filipe Maia Broeto Nunes e Valber Melo:

Destarte, não se pode fazer uma análise sensacionalista da decisão do Supremo Tribunal Federal, ao argumento de que as razões de decidir teriam finalidades escusas e não abarcadas

15 GOMES, José Jairo. *Crimes e processo penal eleitorais*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 13.

16 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 213.

17 JUNIOR, Roberto Beijato. Sobre a competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes conexos. *Boletim Consultor Jurídico*, Rio de Janeiro, 24 jun. 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/roberto-beijato-competencia-justica-eleitoral-crimes-conexos>. Acesso em: 12 abr. 2020.

pelo direito posto. O fato precisa ser encarado com seriedade e ética e, para tanto, o primeiro passo para entendê-lo é se desvencilhar da famigerada “Teoria da Conspiração”, segundo a qual tudo que vai contra o os anseios do Ministério Público Federal, notadamente dos órgãos ministeriais de Curitiba/PR, é uma tentativa de acabar com a “Operação Lava Jato” e pôr fim ao “combate à corrupção”. Ademais, não se pode perder de perspectiva que o Direito não gira em torno apenas da “Operação Lava Jato” e dos anseios ministeriais. Todo o oposto! Estes é que deveriam observar (e obedecer) àquele.

Nesse contexto, percebe-se que são sofismas sobremaneira reprováveis as recentes notícias e opiniões, sugerindo que a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em 14 de março de 19, seria um “*ponto fora da curva*”, ou mesmo “um atentado ao combate da corrupção”, como defendeu Dallagnol, coordenador da multicidada Operação Lava Jato¹⁸.

Nesse diapasão, Anna Graziella Santana Neiva Costa e Mariana Costa Heluy asseveram que a pressão popular, sob o pretexto de combate à corrupção, não pode contaminar o debate jurídico, especialmente quando se há uma série de dispositivos, inclusive constitucionais, que definem a competência atrativa da Justiça Eleitoral:

Desejo e clamor social, ainda que envolvam a valorosa luta pelo combate à corrupção, jamais podem ser o âmago de um debate jurídico. Ora, se a suposta conduta atribuída aos investigados possui inequívoca conotação eleitoral, a fixação da competência deve estar assentada — à luz do artigo 109, inciso I, parte final, da Carta Magna, do artigo 35, inciso II do Código Eleitoral e do artigo 78, inciso IV do Código de Processo Penal — à Justiça Eleitoral. Por conseguinte, a *forum attractionis* dos crimes conexos tem o condão de viabilizar a unidade de processo e julgamento e concretizar a segurança jurídica¹⁹.

Outrossim, não socorre razão aos que acreditam na eventual sobrecarga da Justiça Eleitoral. Em verdade, cuida-se de ramo da justiça com número de processos diversas vezes menor que os demais, porquanto, de acordo com a Justiça em números, do Conselho Nacional de Justiça, em 2019, possuía a Justiça Eleitoral um estoque total de 147.915 processos. Para efeitos de comparação, a Justiça Federal possuía um estoque total de 10.085.536 processos. Nada obstante o número da força de trabalho da Justiça Eleitoral ser mais reduzido, observa-se que há capacidade para maior recebimento de processos, tendo em vista a celeridade e o estoque processual deste ramo da justiça especializada²⁰.

Quanto à composição da Justiça Eleitoral por membros oriundos da advocacia, trata-se, em verdade, de previsão constitucional, com esboço nos artigos

18 NUNES, MELO, 2019.

19 COSTA, Anna Graziella Santana Neiva; HELUY, Mariana Costa. A justiça eleitoral está preparada para julgar crimes conexos. *Boletim Consultor Jurídico*, Rio de Janeiro, 21 mar. 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/opinio-justica-eleitoral-preparada-julgar-crimes-conexos>. Acesso em: 07 abr. 2020.

20 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 12 abr. 2020. p. 46-51.

119, inciso II, e 120, §1º, inciso III, da Lei Maior. Vale destacar que tais dispositivos são constitucionais, inexistindo qualquer vício passível de declaração de inconstitucionalidade, formal ou material, aventada pelos críticos. Em verdade, destaque-se que os advogados devem deter notável saber jurídico e gozar de idoneidade moral, o que corrobora com a legalidade e legitimidade destes na condução dos feitos criminais. Frise-se, por oportuno, que os próprios Tribunais Regionais Federais são compostos por membros oriundos da advocacia, por intermédio do quinto constitucional, o que afasta, mais uma vez, a tese esposada pelos críticos oriundos das multirreferida medidas contra a corrupção. Ainda, nada obstante ser possível o exercício concomitante da advocacia e da magistratura na Justiça Eleitoral, a idoneidade dos juízes na condução dos feitos, em caso de conflito de interesse, demanda o respectivo afastamento, com reconhecimento do impedimento ou suspeição, e a necessária substituição do magistrado, sob pena de responsabilidade cível, penal e administrativa deste.

Noutro pórtico, assinalam Fátima Miranda e Anna Júlia Menezes que, a despeito das críticas propagadas em relação à possível dificuldade da Justiça Eleitoral na apuração e julgamento dos crimes mais complexos, este ramo da justiça especializada goza notória eficácia no ordenamento jurídico pátrio, com capacidade para a condução dos referidos feitos, desde que realizada a necessária adequação, a exemplo do realizado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

Contudo, há de se considerar que, no seu campo de atuação, a Justiça Eleitoral é ágil e uma das melhores no Brasil. É claro que como em qualquer situação, é preciso se adequar quando se está diante de uma nova realidade – ainda que este entendimento já representasse o que vinha sendo perfilhado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, não é correto tachar a Justiça Eleitoral como equivocada para processar e julgar casos mais complexos.

Um dos exemplos de adaptação seria a criação de Comissões Criminais especializadas, integradas por quadros técnicos, visando auxiliar o trabalho de juízes “em feitos criminais de grande complexidade”, a exemplo do que já vem sendo feito em zonas eleitorais designadas localizadas em Porto Alegre, conforme determinação do TRE-RS²¹.

Mister se faz salientar, nessa perspectiva, que outros regionais eleitorais, além do TRE-RS, buscaram se adequar à decisão do Supremo Tribunal Federal, como o Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, com a aprovação da Resolução Administrativa nº 6/2019, em que se atribuiu às Zonas Eleitorais de nº 12 e nº 18 a exclusividade na apreciação e julgamento os crimes eleitorais e os que lhes forem conexos, como a corrupção ativa e passiva, evasão de divisas, lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores, além de delitos praticados por organizações criminosas, independentemente do caráter transacional ou não das infrações. Previu-se, ainda, por intermédio da referida Resolução, a criação

21 MENEZES, Anna Júlia; MIRANDA, Fátima. A competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns. *Estadão*, São Paulo, 27 maio 2019. Política. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-competencia-da-justica-eleitoral-para-julgar-crimes-comuns/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

do Núcleo de Assessoramento Criminal (NAC), integrado por servidores da Corte eleitoral baiana e, eventualmente, por outros colaboradores, com o fito de apoiar os juízes zonais especializados²².

Vê-se, pois, a busca da Justiça Eleitoral em se adequar à decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, em conformidade ao ordenamento jurídico pátrio, com o devido tratamento às causas eventualmente apresentadas naquela justiça especializada, sem arrefecer no combate à corrupção, ao revés das vozes críticas do *decisum*.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, diante da relevância do recente julgado exarado pelo Supremo Tribunal Federal, no Inquérito nº 4435/DF, examinou-se a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar crimes conexos aos eleitorais.

No referido aresto, o Pretório Excelso, por maioria apertada, fixou a tese de atratividade da justiça especializada, qual seja, da Justiça Eleitoral, sobretudo em face dos comandos dos artigos 35, inciso II, do Código Eleitoral, e 78, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Tratou-se, em verdade, de consolidação de um entendimento replicado há muitos anos, a exemplo do Conflito de Competência nº 7033/SP, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, julgado pela Suprema Corte brasileira em 1996, nada obstante intensa controvérsia do tema no âmbito dos Tribunais Superiores.

Impende asseverar, inclusive, que o tema vinha sendo tratado pelas Constituições brasileiras anteriores (artigo 83, *h*, de 1934; artigo 119, VII, de 1946; artigo 130, VII, de 1967; artigo 137, VII, de 1969), conforme ressaltado pelos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello. Apesar disso, na Constituição Federal de 1988, optou o legislador constituinte, no artigo 121 da Lei Maior, conferir à Lei Complementar a organização e a competência da Justiça Eleitoral, que, *in casu*, refere-se ao Código Eleitoral, recepcionado com *status* de Lei Complementar justamente nesta parte.

Outrossim, insta pontuar que, a despeito das críticas formuladas, o artigo 109, inciso IV, da Carta Magna brasileira dispõe acerca da competência da Justiça Federal em processar e julgar os crimes políticos e os crimes federais praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, autarquias e empresas públicas, o que atrai, *a priori*, à competência da Justiça Federal. Contudo, o mesmo dispositivo excepciona alguns casos, dentre os quais, a competência da Justiça Eleitoral. Esta, ressalte-se, prevalece no caso de concurso de crimes, nos termos do artigo 78, inciso IV, do Código de Processo Penal, visto que possui natureza especial.

Além disso, outro argumento recorrente para se afastar a competência atrativa da Justiça Eleitoral é a de que este ramo não possuiria aptidão e capacidade técnica para resolução das demandas apresentadas. Consoante visto, porém, não socorre razão aos críticos, uma vez que, primeiramente, a Justiça Eleitoral possui

22 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (Bahia). *TRE-BA se prepara para cumprimento de decisão do STF*. Disponível em: <http://www.treba.jus.br/imprensa/noticias-tre-ba/2019/Abril/tre-ba-se-prepara-para-cumprimento-de-decisao-do-stf>. Acesso em: 07 abr. 2020.

um quadro técnico e com capacidade de processar e julgar os casos propostos em seu âmbito de competência. A propósito, de fato, há de haver uma reorganização desta justiça especializada, para melhor enfrentamento da questão, o que já vem sendo feito, a exemplo do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul e o Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, os quais contam, hodiernamente, com zonas especializadas no tratamento dos delitos conexos.

Sob esse prisma, não raro, os críticos da decisão afirmam ser um golpe no combate à corrupção no Brasil, notadamente como forma de enfraquecimento da operação Lava Jato. Mais uma vez, todavia, deve-se ter em mente que o julgamento do Supremo Tribunal Federal envolveu um entendimento há muito posto nos Tribunais Superiores, inclusive, anterior à própria Lava Jato. Não há, por isso, julgamento voltado ao enfraquecimento desta operação.

Ainda, é preciso destacar que o clamor social e pressão pública não podem sobrepor o direito positivado no ordenamento jurídico pátrio. O *decisum*, pois, apenas aplicou o Direito ao caso concreto, em conformidade ao quanto disposto pela Constituição Federal de 1988.

Não se pretendeu, ressalte-se, exaurir o tema – que, como é cediço, ainda gera intenso debate entre os operadores do Direito, dada a complexidade da matéria. Contudo, pretendeu-se, ainda que de forma breve, demonstrar que a decisão foi acertada, em conformidade à Constituição Federal e à longa tradição constitucional do tema. Compete, de fato, à Justiça Eleitoral – a qual, diga-se, tem plena capacidade técnica - o processamento e julgamento dos crimes eleitorais e dos que lhes forem conexos, nos termos supramencionados.

REFERÊNCIAS

BATINI, Silvana. Competência criminal da Justiça Eleitoral – é tempo de pensar em mudanças. *Revista Justiça Eleitoral em Debate*, Rio de Janeiro, v. 5., n. 4, out./dez. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____. Ministério Público Federal. *Competência jurisdicional para processar e julgar feitos em que se investiga crimes comuns federais conexos a crimes eleitorais*. Brasília, DF: Procuradoria-Geral da República, 2019. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_MemorialInquritos4401e4463R32editd.pdf. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Conflito de Competência nº 7033/SP*. Relator(a): Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno, julgado em 02 de outubro de 1996. DJ 29-11-1996 PP-47156 EMENT VOL-01852-01 PP-00116.

_____. Tribunal Regional Eleitoral (Bahia). *TRE-BA se prepara para cumprimento de decisão do STF*. Disponível em: <http://www.treba.jus.br/imprensa/noticias-tre-ba/2019/Abril/tre-ba-se-prepara-para-cumprimento-de-decisao-do-stf>. Acesso em: 07 abr. 2020.

COSTA, Anna Graziella Santana Neiva; HELUY, Mariana Costa. A justiça eleitoral está preparada para julgar crimes conexos. *Boletim Consultor Jurídico*, Rio de Janeiro, 21 mar. 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/opiniao-justica-eleitoral-preparada-julgar-crimes-conexos>. Acesso em: 07 abr. 2020.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; FERNANDES, Myrella Antunes. De quem é a competência para julgar crimes comuns ligados aos eleitorais? *Boletim Consultor Jurídico*, Rio de Janeiro, 27 fev. 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-27/opiniao-competencia-julgar-crimes-comuns-ligados-eleitorais>. Acesso em: 08 abr. 2020.

DODGE, Raquel. Corrupção e crime eleitoral. *O Globo*, Rio de Janeiro, 10 de março de 2019. Caderno Opinião. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-corrupcao-crime-eleitoral-23510098>. Acesso em: 9 abr. 2020.

FISCHER, Douglas. Crimes eleitorais e os eventualmente conexos diante do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 24, v. 46. Nova Fase, jan./jun. 2019.

GOMES, José Jairo. Competência criminal e crime comum conexo com eleitoral. *Gen Jurídico*, São Paulo, 16 abr. 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/04/16/competencia-criminal-e-crime-comum-conexo-com-eleitoral/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. *Crimes e processo penal eleitorais*. São Paulo: Atlas, 2015.

JUNIOR, Roberto Beijato. Sobre a competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes conexos. *Boletim Consultor Jurídico*, Rio de Janeiro, 24 jun. 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/roberto-beijato-competencia-justica-eleitoral-crimes-conexos>. Acesso em: 12 abr. 2020.

MENEZES, Anna Júlia; MIRANDA, Fátima. A competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns. *Estadão*, São Paulo, 27 maio 2019. Política. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-competencia-da-justica-eleitoral-para-julgar-crimes-comuns/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

MOHALLEN, Michael Freitas (et al.). *Novas Medidas contra a corrupção*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018.

NETO, Pedro Barbosa Pereira. O Supremo, a Justiça Eleitoral e o retrocesso institucional. *Justificando*, 25 mar. 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/03/25/o-supremo-a-justica-eleitoral-e-o-retrocesso-institucional/>. Acesso em: 11 abr. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Filipe Maia Broeto; MELO, Valber. Caixa 2 e o Supremo: (des)acertos e efeitos da decisão. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 24, n. 5741, 21 mar. 2019. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72724>. Acesso em: 7 abr. 2020.

PAULSEN, Leandro. *Crimes federais*. Rio Grande do Sul: Saraiva, 2016.

'HATE SPEECH' NA PROPAGANDA ELEITORAL: UMA TOLERÂNCIA NECESSÁRIA

HATE SPEECH IN AN ELECTORAL CAMPAIGN: A NEED FOR TOLERANCE

*Pedro Paulo Martins da Fonseca **

RESUMO

O presente artigo visa a analisar os limites da liberdade de expressão nos discursos de ódio proferidos no âmbito da propaganda eleitoral. Pretende-se ponderar a liberdade de expressão com o princípio democrático e a dignidade da pessoa humana. Em um primeiro momento, percebeu-se a necessidade de explorar a legislação brasileira que rege a matéria. Posteriormente, passou-se a um estudo da doutrina e da jurisprudência norte-americana, para, em seguida, compará-la com a brasileira. Ao final, em uma tentativa de forjar consensos em áreas em que a liberdade de expressão deve prevalecer, propõe-se que a seara da propaganda eleitoral esteja inserida nesse campo, tendo por base, especialmente, importantes argumentos da doutrina e da jurisprudência norte-americana.

Palavras-chave: Discurso de ódio. Propaganda eleitoral. Liberdade de expressão. Princípio democrático. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This article analyzes the limits of free speech when hate speech is uttered in the context of an electoral campaign. It aims to ponder freedom of speech within the democratic principle and the dignity of human person. At first, it was needed to investigate the brazilian laws on this topic. Afterwards, it was design to analyze the american doctrine and jurisprudence in order to compare it with the brazilian counterpart. In the end, as an attempt to forge consensus in certain areas where freedom of speech should prevail, it was proposed that the electoral campaing should be inserted in this realm, using important arguments based on the american doctrine and jurisprudence.

Keywords: Hate speech. Electoral campaign. Free Speech. Democratic principle. Dignity of human person.

* Cursou a disciplina isolada "Direitos Políticos, Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio" do mestrado da Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Única. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes. Especialista em Política Internacional pela Faculdade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador. Procurador Legislativo da Câmara Municipal de Belo Horizonte.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é uma democracia imperfeita. A afirmação poderia decorrer de um senso comum, mas, infelizmente, é uma realidade constatada com os rigores científicos da Unidade de Inteligência da revista *The Economist* que elabora o Índice de Democracia mundial².

No ano de 2019, o Brasil atingiu a nota 6.86, que vai de zero a dez, ficando na 52ª posição, atrás de países como Índia, Jamaica e Suriname. Para que um país seja considerado uma democracia plena, é preciso que ele tenha uma média superior a 8. Dos dados fornecidos, nota-se que houve uma queda no nosso índice de democracia. Nas edições de 2006 e 2008, o Brasil tinha a nota de 7.38, a qual foi reduzida para 7.12 pontos nos anos de 2010 a 2013. Em 2014, a nota volta ao patamar de 7.38, mas cai para 6.96 em 2015, persistindo na tendência de queda em 2016 e 2017, com notas de 6.90 e 6.86, respectivamente. Em 2018, sobe para 6.97, mas cai novamente para 6.86 em 2019. Essa oscilação negativa é preocupante e certamente reflete a polarização vivida no país.

São sessenta indicadores avaliados pela revista britânica, com notas de zero a dez, agrupados em cinco categorias: processo eleitoral e pluralismo; funcionamento de governo; participação política; cultura política e liberdades civis. O Brasil possui boas notas em processo eleitoral e pluralismo e em liberdades civis, mas deixa muito a desejar nos quesitos funcionamento de governo, participação política e cultura política.

Questões relativas à liberdade de expressão aparecem na categoria das liberdades civis. Em 2019, o Brasil obteve uma nota equivalente a 8.24 nesse quesito, indicando um nível compatível com as democracias plenas nessa área. Contudo, continuar nesse patamar não é algo trivial. Exige maturidade política da coletividade e das instituições para saber lidar e aceitar opiniões divergentes.

Feitas essas considerações, a questão que se impõe aqui é a seguinte: é possível limitar o discurso de ódio no âmbito da propaganda eleitoral ou isso atentaria contra o princípio democrático, além da própria liberdade de expressão?

As eleições de 2018 revelaram o senso de urgência que o tema apresenta, pois as discussões políticas se traduziram, em alguns casos, em agressões físicas e morais. O debate virou embate. As pessoas, por vezes bestializadas, atacaram umas às outras. O tema, certamente, voltará à tona nas eleições municipais de 2020.

A defesa dos fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil elencados na Carta Magna, como a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a prevalência dos direitos humanos, viraram, surpreendentemente, coisa de comunista, ao passo que a defesa da livre iniciativa, pilar da ordem econômica, converteu-se em um desígnio fascista.

Diante desse cenário povoado pela irracionalidade, somente a ciência pode oferecer respostas adequadas a uma sociedade que sofre, diuturnamente, com escândalos de corrupção. Propõe-se, como saída, não apenas o recurso à hermenêutica jurídica como instrumento de ponderação e harmonização dos princípios

2 THE Economist Intelligence Unit (2019). Democracy Index 2019: a year of democratic setbacks and popular protest. Disponível em: <https://www.eiu.com/topic/democracy-index>. Acesso em: 31 jan. 2020.

constitucionais, uma vez que a invocação de princípios como os da razoabilidade e proporcionalidade podem gerar conclusões antagônicas entre os intérpretes da norma. Assim, os casos concretos que envolvem o embate entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana nos discursos de ódio precisam ser analisados com cautela e com base em parâmetros lógicos e previsíveis para legitimar ou não a restrição do discurso no âmbito eleitoral, levando em consideração, sobretudo, a segurança jurídica.

2. A REGULAMENTAÇÃO DA PROPAGANDA ELEITORAL

A propaganda política é um gênero que se subdivide em quatro espécies: partidária, intrapartidária, eleitoral e institucional, conforme leciona José Jairo Gomes³. Para o presente estudo, importa a propaganda eleitoral elaborada por candidatos com a finalidade de captar votos.

A propaganda eleitoral está predominantemente disciplinada no art. 36 e seguintes da Lei nº 9.504/1997, conhecida como Lei das Eleições, bem como no art. 240 e subsequentes da Lei nº 4.737/1965 (Código Eleitoral). Com a reforma eleitoral promovida em 2015, o período da propaganda eleitoral foi reduzido, somente sendo possível após o dia 15 de agosto do ano da eleição, ao invés de 5 de julho, como anteriormente previsto. Da leitura dos dispositivos que incidem sobre a matéria, constata-se que a forma da propaganda é bastante regulamentada. Quanto ao conteúdo, incidem algumas restrições, as quais serão objeto de análise, especialmente no que concerne às ponderações necessárias entre a liberdade de expressão e o princípio democrático ante um discurso de ódio propagado por candidatos em campanha eleitoral.

Inicialmente, importa esclarecer que a legislação eleitoral não admite a censura prévia, a exemplo do disposto no art. 41, §2º, e no art. 53, ambos da Lei nº 9.504/1997. O art. 36-A do retromencionado diploma legal excepciona algumas situações do que se entende por propaganda eleitoral antecipada. Para tanto, não pode haver pedido explícito de voto, permitindo-se, por exemplo, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, bem como outros atos, tais como: a) a participação de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos; b) a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, da discussão de políticas públicas, dos planos de governo ou das alianças partidárias visando às eleições; c) a realização de prévias partidárias; d) a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos; e) a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais.

Quanto à hipótese de divulgação de posicionamento pessoal em redes sociais, a Resolução TSE nº 23.610/2019 ampliou, em seu art. 3º, inciso V, as possibilidades de divulgação, admitindo, além das redes sociais, os blogs, sítios eletrônicos e pessoais e aplicativos. Neste ponto, não há que se falar em ilegalidade, pois a Justiça Eleitoral possui, como particularidade, a função normativa, prevista

3 GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 389-390.

no parágrafo único do art. 1º e no artigo 23, IX, ambos do Código Eleitoral, além do art. 105 da Lei nº 9.504/97, de modo que lhe compete expedir as resoluções necessárias, desde que não restrinjam direitos ou estabeleçam sanções distintas das previstas nesta Lei.

Ressalta-se que o art. 36-A da Lei das Eleições, especialmente após a minirreforma eleitoral de 2015 tornou ainda mais liberal os atos preparatórios para as campanhas eleitorais, basicamente limitando a propaganda antecipada ao pedido explícito de votos, como bem observa José Jairo Gomes⁴. Assim, são permitidos o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver (§2º), salvo para profissionais de comunicação social no exercício da profissão (§ 3º) para não desequilibrar a disputa. José Jairo Gomes⁵ alerta, ainda, para a incoerência do *caput* do art. 36-A vedar o pedido explícito de voto, mas admitir o pedido de apoio político, já que uma situação acaba por englobar a outra.

Nesse diapasão, Raquel Cavalcanti Ramos Machado⁶ salienta que, antes da minirreforma de 2015, o Tribunal Superior Eleitoral entendia configurada a propaganda eleitoral antecipada quando presentes três elementos: referência ao pleito futuro, ao cargo pretendido e pedido de voto. Chegou a enrijecer o entendimento, sustentando que subterfúgios linguísticos também poderiam ser considerados para apurar uma possível mensagem subliminar. Assim, a ampla liberdade trazida pela lei é uma clara reação do Congresso Nacional à jurisprudência do TSE, o qual já vem revendo seus posicionamentos para flexibilizá-los, conforme o espírito da lei.

No que tange à propaganda eleitoral paga na imprensa escrita, ela é permitida a partir do dia 16 de agosto até a antevéspera das eleições, como se depreende do art. 43 da Lei das Eleições.

Já a propaganda no rádio e na televisão, também conhecida como direito de antena, com fundamento no art. 17, §3º, da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei das Eleições, é restrita ao horário gratuito nela definido, sendo vedada a veiculação de propaganda paga (art. 44). O art. 47 da Lei nº 9.504/1997 fixa que o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão se inicia nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, e os dias e horários variam conforme o cargo em disputa. Em havendo segundo turno, a propaganda eleitoral gratuita será iniciada a partir da sexta-feira seguinte à realização do primeiro turno e até a antevéspera da eleição (art. 49). Alerta-se que os debates eleitorais promovidos por rádios e televisões possuem regras próprias (art. 46, §4º) e, por essa razão, não constituem objeto do presente estudo.

Quanto ao conteúdo, a Lei das Eleições não admite a utilização comercial ou propaganda realizada com a intenção, ainda que disfarçada ou subliminar, de promover marca ou produto (art. 44, §2º). O art. 53 veda que as emissoras de rádio e televisão realizem cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia nos programas eleitorais gratuitos. Por outro lado, seu §1º proíbe a veiculação de propaganda que degrade ou ridicularize os demais candidatos. A violação dessa regra ensejará à perda do direito à veiculação de propaganda no horário eleitoral gratuito do dia seguinte, bem como possibilitará que o ofendido requeira que a

⁴ GOMES, 2018, p. 398.

⁵ Idem.

⁶ MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito eleitoral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 279-280.

Justiça Eleitoral impeça a reapresentação de propaganda ofensiva à honra de candidato, à moral e aos bons costumes (§2º do art. 53).

Rodolfo Viana Pereira⁷ critica a recente jurisprudência do TSE, que não permite o uso do horário eleitoral gratuito para veiculação de ofensas ou acusações. Tais críticas, ainda que duras e contundentes, fazem parte do debate político e da própria democracia.

De fato, pretender restringir ou controlar o que pode ser dito pelos candidatos gera uma judicialização indevida da política, em que o Judiciário reduz a soberania popular de decidir sobre como reagir a discursos inflamados e ofensivos e passa a controlar o que pode e o que não pode ser dito, como será melhor explorado nos próximos capítulos.

No que concerne à propaganda eleitoral na internet, ela está permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição. É vedada, contudo, a veiculação de propaganda paga, excetuado o impulsionamento de conteúdos disponibilizado pelo provedor da aplicação de internet. O art. 57-D ressalta que é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores. Assegura, ainda, o direito de resposta, previsto no art. 58, quando um candidato, partido ou coligação forem atingidos por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, sendo possível a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da internet, inclusive redes sociais, sem prejuízo das sanções civis e criminais cabíveis.

A Resolução TSE nº 23.610/2019 dedicou especial atenção à questão da censura de conteúdo na internet por juízes eleitorais, em observância à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, buscando estabelecer uma unidade e a isonomia no exercício do poder de polícia na internet (art. 8º), bem como a necessidade de qualquer irregularidade quanto ao teor da propaganda eleitoral ser objeto de uma representação perante o Ministério Público Eleitoral (art. 7º, §2º). Além disso, o art. 38 cuidou do procedimento da remoção de conteúdo da internet, do qual se depreende o zelo pela liberdade de expressão dado pelo TSE, na medida em que o *caput* do referido artigo enfatiza a menor interferência possível no debate democrático por parte da Justiça Eleitoral.

De igual modo, o tema das *fake news* foi tratado pela supracitada Resolução, em seu art. 9º, o qual estabeleceu a checagem das informações antes de veiculá-la, sob pena de ser concedido o direito de resposta ao ofendido, sem prejuízo de responsabilização na esfera penal.

No que diz respeito ao Código Eleitoral, observa-se que ele veda, em seu art. 242⁸, o emprego de meios publicitários que criem, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais. Esse polêmico dispositivo será melhor analisado no capítulo 5 deste estudo. Outras restrições, quanto ao

7 PEREIRA, Rodolfo Viana. Ensaio sobre o ódio e a intolerância na propaganda eleitoral. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio*. Belo Horizonte: IDDE, 2018. v.1. p. 224-227.

8 “Art. 242. A propaganda, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais.”

conteúdo da propaganda, exsurtem do comando do art. 243⁹, que dispõe que não serão toleradas propagandas que, entre outras coisas, incitem preconceitos de raça ou de classes, a animosidade entre as forças armadas ou contra elas, o atentado contra pessoas ou bens, a calúnia, a difamação ou a injúria, assegurado o direito de resposta ao ofendido. Interessante observar que o art. 22 da Resolução TSE nº 23.610/2019 amplia o alcance do inciso I do art. 243 do Código Eleitoral para prever que não será tolerada a propaganda eleitoral que “que veicule preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, com fundamento no art. 3º, IV da Constituição Federal. Também insere uma nova hipótese de vedação em relação à propaganda “que desrespeite os símbolos nacionais”, o que também é considerado uma contravenção penal, nos termos do art. 35 da Lei nº 5.700, de 1º de setembro de 1971.

Merecem menção os arts. 323 a 326 do Código Eleitoral que versam sobre crimes contra a honra no âmbito da propaganda eleitoral. Quanto ao art. 323¹⁰, que criminaliza a propaganda eleitoral enganosa, imperioso reproduzir os comentários de Fernando Gaspar Neisser¹¹ sobre a gênese do dispositivo, com base nos escritos do ex-Ministro do STF, Nelson Hungria, no artigo “Os crimes eleitorais”, publicado na Revista eleitoral da Guanabara, em 1968. O autor recorda que em 1945, Eurico Gaspar Dutra, apoiado por Getúlio Vargas, disputou com o brigadeiro Eduardo Gomes as eleições presidenciais. O brigadeiro afirmou em discurso, no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, que não necessitaria “[...] dos votos dessa malta de desocupados que apoia o ditador para eleger-me Presidente da República!”. Contudo, Hugo Borghi, então deputado, distorceu a mensagem e a difundiu como se o candidato tivesse dito que não precisaria dos votos dos “marmiteiros”, em referência ao povo pobre e trabalhador. Com isso, Dutra apropriou-se do discurso de que seria o candidato dos “marmiteiros”, o que pode ter contribuído para a sua vitória. Assim, a previsão do art. 323 do Código Eleitoral nada mais é do que uma resposta do Congresso Nacional à propagação de mentiras nas campanhas eleitorais ou, como se costuma dizer na atualidade, uma ferramenta contra as *fake news*.

Por fim, além dessas hipóteses, o art. 57-H da Lei nº 9.504/1997 definiu, em seus §§ 1º e 2º, como penalmente punível a contratação direta ou indireta de

9 Art. 243. Não será tolerada propaganda:

I - de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes;

II - que provoque animosidade entre as forças armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e instituições civis;

III - de incitamento de atentado contra pessoa ou bens;

[...]

IX - que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública.

§ 1º O ofendido por calúnia, difamação ou injúria, sem prejuízo e independentemente da ação penal competente, poderá demandar, no Juízo Civil a reparação do dano moral respondendo por este o ofensor e, solidariamente, o partido político deste, quando responsável por ação ou omissão a quem que favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele.

§ 2º No que couber aplicar-se-ão na reparação do dano moral, referido no parágrafo anterior, os artigos. 81 a 88 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.

§ 3º É assegurado o direito de resposta a quem fôr, injuriado difamado ou caluniado através da imprensa rádio, televisão, ou alto-falante, aplicando-se, no que couber, os artigos. 90 e 96 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.

10 Art. 323. Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado:

Pena - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

Parágrafo único. A pena é agravada se o crime é cometido pela imprensa, rádio ou televisão.

11 HUNGRIA, Nelson, 1968 apud NEISSER, Fernando Gaspar. *Crimes eleitorais e controle material da propaganda eleitoral: necessidade de utilidade da criminalização da mentira na política*. 2014. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/4502>. Acesso em: 22 jan. 2019.

grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, de partido político ou de coligação, incorrendo igualmente em crime aqueles que aceitam ser contratados.

3. DISCURSO DE ÓDIO NA PROPAGANDA ELEITORAL: ATENUANTE OU AGRAVANTE?

Ultrapassado o panorama normativo que rege a matéria, é crucial ressaltar que os candidatos a cargos eletivos não gozam da imunidade material prevista na Constituição Federal para os já eleitos. Esta, aliás, vem sendo relativizada até mesmo para os ocupantes de cargos eletivos por parte do Supremo Tribunal Federal¹², a exemplo do recebimento de denúncia e queixa-crime contra o então Deputado Federal Jair Bolsonaro, em razão de uma discussão no plenário da Câmara, quando afirmou que a Deputada Federal Maria do Rosário “não merecia ser estuprada”.

Diante desse cenário, fixa-se a premissa de que os candidatos podem ser responsabilizados por suas palavras e opiniões no âmbito da propaganda eleitoral, nas esferas cível, penal e eleitoral.

A questão que ora se impõe é: o discurso de ódio no ambiente eleitoral é um fator que deve majorar ou atenuar a responsabilidade do candidato?

Carmen Quesada Alcalá¹³ propõe essa reflexão ao confrontar julgados da Espanha com os do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. No caso do então prefeito de Baladona, Javier García Albiol, prevaleceu o entendimento, no processo penal, de que ele estaria amparado pela liberdade de expressão ao distribuir panfletos, fazer comícios e prestar declarações de que os ciganos romenos de sua cidade seriam uma praga que vieram exclusivamente para roubar e delinquir. O juiz do caso entendeu que não restou provado o *animus injuriandi*, mas apenas a intenção de captar votos. Para a autora, contudo, o fator eleitoral agrava o contexto em que se dá o discurso de ódio em razão da grande difusão do debate eleitoral e cita que esse foi o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso Féret contra Bélgica.

Pretende-se, nesta oportunidade, problematizar o raciocínio da autora por meio de algumas questões. Em primeiro lugar, importa saber se a democracia é compatível com limitações aos discursos de ódio dos candidatos nas propagandas eleitorais ou se isso desvirtuaria sua própria essência. Além disso, é preciso refletir sobre como limitar a fala, na medida em que a democracia pressupõe a pluralidade de ideias.

Há quem argumente que a democracia não está obrigada a tolerar discursos contrários a sua própria existência ou a aceitar ataques aos seus preceitos fundamentais. Isso representa um paradoxo da própria democracia, pois, de um lado, prega a pluralidade de ideias, mas, de outro, não aceita determinados pensamentos que ponham xeque seus princípios.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Inq 3932/DF e Pet 5243/DF. Relator: Min. Luiz Fux, julgados em 21 de junho de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 07 mar. 2017.

13 ALCALÁ, Carmen Quesada. La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Espanha, n. 30, p. 17-23, dec. 2015. DOI: 10.17103/reei.30.04. Disponível em: <http://www.reei.org/>. Acesso em: 1 dez. 2019.

Nesse sentido, Karl Popper¹⁴ reinterpreta o paradoxo da liberdade já enfrentado por Platão, segundo o qual a mesma liberdade que confere ao povo o direito de governar encartaria também a possibilidade de a maioria decidir ser governada por um tirano, de modo que a conjunção entre liberdade e democracia podem gerar situações paradoxais.

Logo, uma liberdade absoluta ou ilimitada pode engendrar contextos contrários ao pretendido, tornando necessária alguma regulação até mesmo para proteger a democracia e as minorias¹⁵. Isso não significa dizer que a regulação será sempre benéfica, pois, como afirma Karl Popper¹⁶, o Estado só pode limitar a liberdade até determinada extensão. Cabe a este garantir que ninguém seja subjugado por outros, assegurando a todos sua proteção quando for preciso. Caso contrário, os tolerantes correm o risco de serem suprimidos pelos intolerantes¹⁷. Isso não implica dizer que a intolerância com os intolerantes deve prevalecer, pois, enquanto a filosofia intolerante puder ser combatida com argumentos, esse deve ser o caminho perseguido. O que não se pode admitir é que um governo democrático se deixe capturar pelos intolerantes a ponto de resultar na supressão de liberdades e garantias individuais, mas ainda há de haver algum grau de tolerância para com discursos preconceituosos. Afinal, o debate de ideias é da essência da democracia, sobretudo no âmbito eleitoral, de modo que a resposta deve vir nas urnas. Com essas considerações, pretende-se demonstrar que há áreas que demandam menor intervenção em prestígio à liberdade de expressão.

Nesse diapasão, Maxime Lepoutre¹⁸ atribui o crescimento da extrema direita na Europa ao fato de alguns cidadãos estarem ressentidos com os partidos tradicionais por não se sentirem ouvidos em suas necessidades, o que muitas vezes se traduz em discurso de ódio. Observa o autor que a restrição da liberdade de expressão revela um custo moral substancial em que se reduz a liberdade de expressão de muitos e, simultaneamente, alimenta um processo de exclusão cujo resultado é a intensificação do desafeto contra as minorias. Para ele, quando se reprime a manifestação dos indivíduos que propagam discurso de ódio contra

14 “One particular form of this logical argument is directed against a too naive version of liberalism, of democracy, and of the principle that the majority should rule; and it is somewhat similar to the well-known ‘paradox of freedom’ which has been used first, and with success, by Plato. In his criticism of democracy, and in his story of the rise of the tyrant, Plato raises implicitly the following question: What if it is the will of the people that they should not rule, but a tyrant instead? The free man, Plato suggests, may exercise his absolute freedom, first by defying the laws and ultimately by defying freedom itself and by clamouring for a tyrant.” (POPPER, Karl R. *The open society and its enemies*. Princeton: Princeton University Press, 1966. p. 128.)

15 “[...] a paradox that can be expressed by saying that unlimited freedom leads to its opposite, since without its protection and restriction by law, freedom must lead to a tyranny of the strong over the weak.” (POPPER, 1966, p. 247).

16 “[...] Unlimited freedom means that a strong man is free to bully one who is weak and to rob him of his freedom. This is why we demand that the state should limit freedom to a certain extent, so that everyone’s freedom is protected by law. Nobody should be at the mercy of others, but all should have a right to be protected by the state.” (Ibidem. p. 323).

17 “Unlimited tolerance must lead to the disappearance of tolerance. If we extend unlimited tolerance even to those who are intolerant, if we are not prepared to defend a tolerant society against the onslaught of the intolerant, then the tolerant will be destroyed, and tolerance with them.—In this formulation, I do not imply, for instance, that we should always suppress the utterance of intolerant philosophies; as long as we can counter them by rational argument and keep them in check by public opinion, suppression would certainly be most unwise. But we should claim the right to suppress them if necessary even by force; for it may easily turn out that they are not prepared to meet us on the level of rational argument, but begin by denouncing all argument; they may forbid their followers to listen to rational argument, because it is deceptive, and teach them to answer arguments by the use of their fists or pistols. We should therefore claim, in the name of tolerance, the right not to tolerate the intolerant. We should claim that any movement preaching intolerance places itself outside the law, and we should consider incitement to intolerance and persecution as criminal, in the same way as we should consider incitement to murder, or to kidnapping, or to the revival of the slave trade, as criminal.” (Ibidem, p. 543-544).

18 LEPOUTRE, Maxime. Hate Speech in Public Discourse: a pessimistic defense of Counterspeech. *Social Theory and Practice*, Florida, v. 43, n. 4, p. 851–883, out. 2017. Disponível em: www.jstor.org/stable/26405309. Acesso em: 2 dez. 2019.

minorias o efeito paradoxal que se produz não é a maior proteção daqueles mais vulneráveis, mas sim radicalização daquele pensamento que se buscava coibir.

No presente estudo, explora-se o ambiente do pleito eleitoral, no âmbito do qual deve prevalecer maior liberdade de expressão dos candidatos, ainda que isso signifique tolerar algumas ideias preconceituosas, virulentas ou abjetas, na linha defendida por Rodolfo Viana Pereira¹⁹, bem como com inspiração na doutrina e jurisprudência americana, como será visto adiante. Trata-se, portanto, de uma seara que deve atenuar, em regra, as consequências o discurso de ódio.

4. A JURISPRUDÊNCIA AMERICANA

Jeremy Waldron²⁰, em sua obra *The Harm in Hate Speech*, contextualiza a posição da jurisprudência americana em relação à liberdade de expressão e os discursos de ódio. Inicialmente, ressalta que a posição mais liberal da Suprema Corte americana só ganha força a partir de 1919, durante a Primeira Guerra Mundial, quando se passa a exigir a demonstração de dano iminente para que houvesse intervenção judicial em casos de *hate speech*. Antes disso, o *free speech* não era tão vigorosamente defendido. O autor atribui essa mudança de posição à consolidação do Estado. À época da independência (1783) e da Primeira Emenda²¹ (1791), o Estado ainda temia ataques a autoridades nacionais. No século XX, a força do Estado inverteu a lógica, de modo que as pessoas passaram a temer o peso do Estado, e o *free speech* passou a ser invocado como forma de limitar o seu poder. Sublinha o autor que, atualmente, os EUA distanciam-se das democracias mais consolidadas no resto do mundo, as quais tendem a admitir maiores restrições à liberdade de expressão, a exemplo da Inglaterra, da Alemanha, da França, do Canadá e de outros.

Waldron²² defende em sua obra a regulação do discurso de ódio, de modo a coibi-lo. Essa, contudo, não é a posição que se defende neste trabalho, nem tampouco a jurisprudência dominante norte-americana, que se ampara em autores como Ronald Dworkin²³, para quem a liberdade de expressão é a base constitutiva das democracias. Logo, a legitimidade democrática resta comprometida quando os indivíduos são impedidos de manifestar livremente suas opiniões, convicções ou até mesmo seus preconceitos. Por essa razão, não poderia o Estado deixar de respeitar a posição de cada indivíduo na sociedade como membro livre e igual ao buscar proibir o discurso de ódio.

19 “A arena político-eleitoral deve, por essência, ser mais insensível à dor, sob pena de ser sequestrada pelo Estado e, em especial, pelo Poder Judiciário. A proteção da liberdade de expressão ganha contornos mais relevantes quando se trata da manifestação de pretensões, vieses e opiniões acerca de partidos e de políticos, ainda que abjeta, virulenta e, mesmo discriminatória. Não havendo perigo de violência física, real, iminente e factível, há de se garantir a fala.” (PEREIRA, Rodolfo Viana. Ensaio sobre o ódio e a intolerância na propaganda eleitoral. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio*. Belo Horizonte: IDDE, 2018. v.1. p. 239).

20 WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2014, p. 25-32.

21 Amendment I: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances. (LEGAL Information Institute. United States Constitution. *Amendment I*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment. Acesso em: 2 dez. 2019.)

22 WALDRON, 2014, passim.

23 DWORGIN, Ronald. Foreword to *Extreme Speech and Democracy*. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Ed.). *Extreme Speech and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2009. p. v-ix.

Alguns precedentes marcaram o posicionamento atual da Suprema Corte americana de que somente é possível reprimir um discurso de ódio se o Estado demonstrar que o dano alegado é genuíno, iminente e com magnitude suficiente ampla para justificar a limitação da liberdade individual ao direito de expressão.

A doutrina e a jurisprudência costumam invocar do princípio do dano, cunhado por John Stuart Mill²⁴, para quem todos podem agir como quiser, desde que não causem lesão a outrem. Nessa linha, Stephen Newman²⁵ defende que os indivíduos não podem ficar a reboque do Estado, porquanto eles podem e devem se organizar para defender seus direitos civis, inclusive por meio de associações, salientando que o debate e a educação política sobre tolerância seriam ferramentas mais efetivas do que delegar e confiar tudo a um Estado-censor que, a qualquer momento, pode desvirtuar-se em um Estado autoritário. Afinal, algum agente do Estado sempre terá de ter a palavra final sobre o que seria ou não um discurso de ódio, uma vez que qualquer outra tentativa de criar critérios para defini-lo esbarra na sua subjetividade. Além disso, sempre existirão discursos subliminares e a resposta penal não é a melhor alternativa, pois quase toda forma de expressão teria de ser criminalizada. Alerta, ainda, para o fato de que essas leis silenciam ao invés de estimular o debate. Assevera que o que se obtém com esse tipo de legislação é o temido efeito do que se chama no Brasil de guarda da esquina. É mais fácil denunciar do que debater livremente as ideias. Assim, sua maior crítica se volta contra os defensores de que o Estado pode punir o discurso por suposições de que houve um dano decorrente de um discurso de ódio, sem que esteja obrigado a demonstrar a ocorrência ou a iminência de um dano concreto.

Aduz-se, ainda, a bem colocada ponderação de Robert Mark Simpson²⁶, para quem a restrição do discurso de ódio por lei não elimina a sua existência fática, nem promoverá uma coexistência social pacífica a longo prazo. É necessário que o Estado invista em educação e em reformas sociais para conseguir eliminar o *hate speech* do seio social, não por ele ser proibido, mas sim pelo fato de ele simplesmente não fazer parte daquela sociedade.

De fato, a régua traçada pela jurisprudência norte-americana parece ser adequada por conter critérios mais objetivos. A tentativa de inclusão de novos parâmetros acaba por esbarrar em um alta carga de subjetividade e casuísmo, que prejudica ainda mais a segurança jurídica. Critérios subjetivos, por vezes, revelam-se arbitrários, uma vez que por meio de princípios demasiadamente abstratos, como os da proporcionalidade e da razoabilidade, é possível chegar a conclusões diametralmente opostas, como não raro ocorre no Brasil.

Um exemplo clássico de prevalência da liberdade de expressão foi o caso *New York Times v. Sullivan*, julgado em 1964 pela Suprema Corte norte-americana. O litígio girava em torno da matéria em que o jornal afirmava que os oficiais racistas do sul dos Estados Unidos estavam usando táticas ilegais contra os movimentos a favor das liberdades civis. Uma autoridade do Alabama processou o jornal por se sentir atacado e a corte estadual assegurou-lhe uma indenização de \$ 500,000. A Suprema Corte, porém, entendeu que, na discussão de políticas públicas, permite-

24 MILL, John Stuart. *On liberty*. Kitchener: Batoche Books, 2001. p. 13.

25 NEWMAN, Stephen L. 2001. Finding the harm in Hate Speech: an argument against Censorship. In: *Canadian Journal of Political Science*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press, 2017. passim.

26 SIMPSON, Robert Mark. Dignity, harm and hate speech. *Law and Philosophy*, v. 32, ed. 6, p. 701-728, nov. 2013.

se o ataque ao governo e às autoridades envolvidas, ainda que ele seja veemente, cáustico e desagradavelmente acentuado, pois compete aos agentes políticos saberem suportar e lidar com os ataques públicos²⁷.

Em 1969, a Suprema Corte americana julgou o caso *Brandenburg v. Ohio*. Amos Guiora e Elizabeth A. Park²⁸ relatam que, naquela ocasião, a Suprema Corte reverteu a condenação de Clarence Brandenburg, um líder do movimento Ku Klux Klan (KKK), que pregava a violência de forma abstrata contra negros e judeus. A Suprema Corte estabeleceu três requisitos para que o discurso pudesse ser limitado pelo Estado: i) o discurso promova um perigo iminente; ii) haja uma alta probabilidade de adesão de participantes na ação ilegal promovida pelo discurso; e iii) o autor tenha a intenção de praticar a ilegalidade. Com isso, declarações no sentido de que os negros deveriam voltar para a África e os judeus para Israel e até mesmo de que se o governo continuasse a suprimir os direitos dos brancos medidas retaliatórias poderiam ser tomadas foram acobertadas pelo manto da liberdade de expressão, com fundamento na Primeira Emenda. Esses requisitos passaram a compor o teste de *Brandenburg*, de modo que somente se uma determinada incitação ao ódio ultrapassar os três limites postos é que a intervenção estatal ocorreria. Logo, a incitação não necessariamente estaria protegida pela Primeira Emenda.

Nos Estados Unidos, também existe a doutrina das *fighting words*²⁹, que significa utilizar palavras belicosas para provocar uma reação violenta por parte da pessoa que se pretende ofender. O caso clássico foi *Chaplinsky v. Estado de New Hampshire*, no qual *Chaplinsky* foi preso por perturbar a ordem ao acusar um oficial local de ser desonesto, fascista, assim como todo o governo. A condenação, em 1942, deu-se de forma unânime. Contudo, com o passar do tempo, a Suprema Corte passou a restringir as bases aplicáveis ao teste das *fighting words*, o que significa dizer que elas continuam sendo proibidas, mas ficou cada vez mais difícil enquadrar uma determinada ação no seu contexto. Assim, em 1969, a Suprema Corte entendeu que a queima de bandeira não se qualifica como *fighting words* (caso *Street v. New York*), bem como entende possível a utilização de vestimentas com comentários ofensivos, caso *Cohen v. California*, julgado em 1971, além de admitir, em 1992, no caso *R.A.V v. City of Saint Paul*, a queima de cruz, mesmo que isso gere alarde, ódio ou ressentimento, mas desde que não caracterize uma ameaça real de agressão ou morte contra alguém, como aconteceu no caso *Virginia v. Black* em 2003³⁰.

No que tange especificamente ao *hate speech*, os autores esclarecem que ele é amplo e que, para não estar amparado pela liberdade de expressão, depende de seu enquadramento como uma *fighting word* ou como uma ameaça real. Citam, como exemplo, regulamentos de universidades americanas que não foram acolhidos por cortes locais por limitar a liberdade de expressão. Ainda não há um precedente julgado pela Suprema Corte³¹.

27 WALDRON, op. cit., p. 28.

28 GUIORA, Amos; PARK, Elizabeth A. Hate Speech on Social Media. *Philosophia*, Utah, v. 45, n. 3, p. 960-961, set. 2017.

29 GUIORA, PARK, 2017, p. 961-962.

30 *Ibidem*, p. 963.

31 *Idem*.

Da leitura dos julgados supramencionados, constata-se uma maior tolerância nos Estados Unidos da América em relação ao discurso de ódio, pois somente com a demonstração de uma ameaça real, factível e iminente é que caberia alguma intervenção estatal na limitação do discurso. Essa interpretação pode causar algum estranhamento para quem está acostumado com o ativismo judicial no Brasil, mas ela reforça os fundamentos para algumas hipóteses em que a não intervenção do Judiciário seria benéfica. Afinal, é muito difícil criar parâmetros objetivos para definir quando o Estado poderia ou deveria intervir. O teste de *Brandenburg* é um parâmetro que revela objetividade suficiente para trazer a previsibilidade tanto reclamada pelos juristas e pelo povo brasileiro do Judiciário pátrio, devendo ser empregado nas decisões judiciais.

Para melhor compreender a jurisprudência nacional, passa-se à análise das decisões do Superior Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sobre temas que versam sobre a liberdade de expressão com ênfase no pleito eleitoral.

5. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A liberdade de expressão no âmbito eleitoral vem sendo reconhecida pelo STF e pelo TSE em alguns casos. Deve-se recordar, inclusive, que a propaganda eleitoral deve ser norteada por alguns princípios e, dentre eles, a doutrina sói destacar o da liberdade. Segundo leciona José Jairo Gomes³², a propaganda observa os princípios da legalidade; da liberdade (de expressão e comunicação e de informação), da veracidade, da igualdade ou isonomia, da responsabilidade e, finalmente, do controle judicial.

De fato, a regra deve ser a liberdade e o controle a exceção. Assim, deve haver liberdade de criação do conteúdo e da forma da propaganda, bem como de os cidadãos receberem todas as informações, sejam elas positivas ou negativas, sobre os candidatos, de modo que o candidato, ao se tornar uma figura pública, tem seus direitos de privacidade, segredo e intimidade atenuados. Prevalecem, em regra, dispositivos constitucionais que asseguram a liberdade de expressão, como o art. 5º, IV, IX, XIV, bem como o art. 220 todos da Carta Magna.

Para tornar mais palpável essa incidência do princípio da liberdade de expressão, alguns casos concretos merecem apreciação. O primeiro deles trata da crítica humorística. O art. 44 da Lei das Eleições veda a veiculação de propaganda paga no rádio e na televisão, restringindo-a ao horário gratuito. Já os incisos II e III do art. 45 do retromencionado diploma legal foram alvo da ADI nº 4.451 por vedarem que as emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário, utilizassem trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradassem ou ridicularizassem candidato, partido ou coligação, ou que produzissem ou veiculassem programa que tivesse esse efeito. Além disso, também proibiam a veiculação de propaganda política ou a difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

³² GOMES, José Jairo, *op. cit.*, p. 388-389.

A ADI foi julgada pelo STF, por unanimidade, em 21 de junho de 2018, no sentido de que a liberdade de expressão deve prevalecer no que concerne às manifestações de opiniões dos meios de comunicação e à liberdade de criação humorística, com destaque para afirmação de que esse direito não protege somente as opiniões convencionais, mas também aquelas que são satíricas, humorísticas e até mesmo as duvidosas ou condenáveis. Confira-se:

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PREVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA.

1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático.

2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.

3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral.

4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes.

5. *O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional.*

6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo.³³

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4451/DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes, julgado em plenário em 21 de junho de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 21 jun. 2018. (destaque nosso).

Outro relevante precedente sobre liberdade de expressão do STF e comumente citado pelo TSE, deu-se no âmbito da ADI nº 4439/DF, na qual se entendeu que:

[...] *liberdade de expressão* constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e *compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos políticos*, filosóficos, religiosos e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.³⁴

Nada obstante, o Supremo Tribunal também possui julgados em que a liberdade de expressão cede diante de um discurso de ódio, como no clássico caso Ellwanger³⁵, em que o editor Siegfried Ellwanger foi condenado pelo crime de racismo, por escrever uma obra que negava a ocorrência do Holocausto.

Muito embora não se pretenda avançar para áreas diversas da seara da propaganda eleitoral, o registro de posição divergente do STF em tema conexo é fundamental para compreender que o Brasil não partilha da tradição absenteísta norte-americana.

O TSE, na esteira do STF, já se manifestou sobre a prevalência da liberdade de expressão em charges e sátiras políticas, caso em que foi negado o direito de resposta, nos seguintes termos:

ELEIÇÕES 2018. RECURSO INOMINADO. REPRESENTAÇÃO. CHARGE POLÍTICA. EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO ENSEJA O DEFERIMENTO DE DIREITO DE RESPOSTA. DESPROVIMENTO.

1. A charge política consubstancia forma de arte essencialmente provocativa, a merecer dupla proteção constitucional, por ser – ao mesmo tempo – expressão do discurso político e da criatividade artística do chargista. A publicação impugnada – consistente em charge que associa o nome do recorrente a personagens históricos identificados com regimes não democráticos e com violações a direitos fundamentais da pessoa humana – apenas expressa críticas às posições do candidato, inseridas no campo de tais liberdades públicas.

2. *A prevalecer a tese exposta na exordial e reiterada no recurso ora em exame, impossibilitados estariam os artistas da caricatura e da charge política de traduzir em seus desenhos quaisquer críticas às ações, às posições políticas e às pessoas dos candidatos, o que se apresenta como verdadeiro contrassenso no ambiente plural de debate de ideias que caracteriza o regime democrático.*

3. Recurso ao qual se nega provimento.³⁶

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4439/DF. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Relator p/ acórdão: Min. Alexandre de Moraes, julgado em plenário em 27 de setembro de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 27 set. 2017. (grifo nosso).

35 Idem. HC nº 82424/RS. Relator: Min. Moreira Alves, julgado em 17 de setembro de 2003. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 19 mar. 2004.

36 Idem. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000/DF*. Acórdão. Eleições 2018.

O julgado supramencionado é cristalino no sentido de que a arte e o humor devem ser preservados das intervenções estatais no campo da liberdade de expressão, ainda mais quando se trata de um ato praticado no contexto eleitoral, pois a pluralidade de ideias é da natureza de um regime que se pretende democrático.

Para além do humor e da arte, a Corte Eleitoral possui importantes precedentes a favor da liberdade da expressão notadamente quando: a) as críticas são direcionadas aos adversários políticos ainda que cáusticas³⁷; b) um veículo de comunicação narra determinada conduta desabonadora de pessoa pública, há o interesse do eleitor em conhecer os traços da personalidade e do temperamento do candidato, por meio de informações que demonstrem essas características, não havendo que se falar em direito de resposta se o candidato fora anteriormente procurado para apresentar sua versão sobre os fatos e não o faz³⁸; c) não for possível demonstrar cabalmente que o fato é sabidamente inverídico e apto a ofender, em caráter pessoal, o candidato, partido ou coligação, pois a propaganda localiza-se na seara da liberdade de expressão, quando enseja crítica política afeta ao período eleitoral³⁹; questiona o desempenho dos candidatos no exercício dos cargos públicos por ser crítica normal àqueles que se submetem à vida pública⁴⁰; ou versarem sobre acontecimentos amplamente divulgados pela mídia, inaptos a desequilibrar a disputa eleitoral⁴¹.

De outra banda, não chancela críticas sem fundamento empírico ou científico contra a honorabilidade da Justiça Eleitoral, a exemplo de acusações infundadas sobre fraudes nas urnas eletrônicas⁴². Não há que se falar em contradição ou em excesso da Justiça Eleitoral neste ponto. Como já mencionado por Karl Popper⁴³, a democracia deve tolerar os intolerantes, mas não pode se deixar capturar. Desse modo, acertada a medida, uma vez que a crítica extrapolou o âmbito das candidaturas e pôs em xeque a lisura do próprio procedimento eleitoral, em um ataque infundado contra o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Recurso inominado. Representação. Charge política. Exercício da liberdade de expressão que não enseja o deferimento de direito de resposta. Desprovido. Recorrente: Jair Messias Bolsonaro. Recorridos: Abril Comunicações S.A e outros. Relator: Min. Carlos Horbach, em 04 de setembro de 2018. Inteiro teor. PSESS em 4 set. 2018. (grifo nosso).

37 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso na Representação nº 0601298-42.2018.6.00.0000/DF*. Acórdão. Provido parcialmente. Recorrente: Coligação O povo Feliz de Novo. Recorridos: Jair Messias Bolsonaro e outra; Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Carlos Horbach. Redator: Min. Edson Fachin, em 25 de outubro de 2018. PSESS em 3 dez. 2018.

38 Idem. Representação nº 0601640-53.2018.6.00.0000/DF. Decisão. Improcedente. Representantes: Jair Messias Bolsonaro e outra. Representada: Abril Comunicações S.A. Relator: Min. Carlos Horbach, em 25 de outubro de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, ano 18, n. 238, 3 dez. 2018.

39 Idem. Recurso na Representação nº 0601420-55.2018.6.00.0000/DF. Acórdão. Desprovido. Recorrentes: Jair Messias Bolsonaro e outra. Recorridos: Col. Para Unir o Brasil e outro. Relator: Min. Sérgio Banhos, em 5 de outubro de 2018. Inteiro teor. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, ano 18, n. 227, 16 nov. 2018.

40 Idem. Representação nº 0601272-44.2018.6.00.0000/DF. Decisão. Improcedente. Representantes: Jair Messias Bolsonaro e outra. Representados: Geraldo José Rodrigues Alckmin Filho e outra. Relator: Min. Carlos Horbach, em 27 de setembro de 2018. Inteiro teor. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, ano 18, n. 216, 29 out. 2018.

41 Idem. *Recurso na Representação nº 0601069-82.2018.6.00.0000/DF*. Decisão. Indeferido. Recorrente: Jair Messias Bolsonaro e outra. Recorrido: Geraldo José Rodrigues Alckmin Filho e outra. Relator: Min. Sérgio Banhos, em 18 de setembro de 2018. Inteiro teor. PSESS em 18 set. 2018.

42 Idem. *Recurso na Representação nº 0601298-42.2018.6.00.0000/DF*. Acórdão. Provido parcialmente. Recorrente: Coligação O povo Feliz de Novo. Recorridos: Jair Messias Bolsonaro e outra; Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Carlos Horbach. Redator: Min. Edson Fachin, em 25 de outubro de 2018. PSESS em 3 dez. 2018.

43 POPPER, op.cit., p. 323.

A aplicação do art. 242 do Código Eleitoral, citado no capítulo 2 deste ensaio, que veda o emprego de meios publicitários que criem, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais, merece cuidado especial. Uma interpretação muito estrita poderia inviabilizar a publicidade das candidaturas. Por essa razão, buscou-se, no capítulo anterior, reforço na doutrina e na jurisprudência norte-americana para demonstrar os benefícios de adotar uma interpretação que prestigie a liberdade de expressão. O TSE vem adotando esse cuidado em seus julgados⁴⁴, uma vez que a norma legal data de 1965, período ditatorial. Essa interpretação restritiva do TSE foi prevista expressamente no §1º do art. 10 da Res. nº 23.610/2019⁴⁵.

Com relação ao discurso de ódio nas campanhas eleitorais, a jurisprudência do TSE e demais Tribunais Eleitorais é escassa. Júlia Rocha de Barcelos⁴⁶ buscou compilar os julgados sobre o tema no ano de 2017, mas não resultou em um número expressivo. A maioria deles retratam um candidato tentando imputar ao outro um discurso preconceituoso, gerando desinformação, o que se distancia da investigação em tela. Neste trabalho, a busca com os termos “discurso adj ódio”, “discurso adj racista” e “hate speech” foi realizada em todos os TREs e no TSE, incluindo inteiro teor dos acórdãos, mas não retornou nenhum resultado com pertinência ao tema ora proposto.

Diante dessa ausência de uma jurisprudência firme e consolidada sobre discurso de ódio, espera-se e propõe-se que a Justiça Eleitoral mantenha sua tradição de menor intervenção no pleito, em homenagem à soberania popular. É melhor não censurar e deixar as propagandas eleitorais irem ao ar, pois o ordenamento jurídico traz outras soluções mais adequadas, como o direito de resposta previsto no art. 58 da Lei das Eleições ou mesmo ações cíveis coletivas.

6. FORJANDO CONSENSOS

Daniel Sarmento⁴⁷, ao analisar o conflito entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio, chega à conclusão de que um caminho do meio é possível e necessário. Sinaliza a dificuldade que é definir, de forma objetiva, como e quando o Estado deveria intervir na questão do *hate speech*. Primeiro porque o preconceito pode ser visto por uns e não por outros. A subjetividade impede um tratamento que não seja casuístico e, ainda assim, sujeito a arbitrariedades. O autor exemplifica a dificuldade concreta de tentar limitar o discurso na prática: será que a obra de Shakespeare “O Mercador de Veneza” deveria ser banida por representar um mercador judeu como usurário, vil, vingativo e avarento? Outro exemplo seria pretender

44 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso na Representação nº 0601044-69.2018.6.00.0000/DF*. Acórdão. Desprovido. Recorrente: Col. Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos e outro. Recorridos: Geraldo José Rodrigues Alckmin Filho e outra. Relator: Min. Carlos Horbach, em 20 de setembro de 2018. Inteiro teor. PSESS em 22 out. 2018.

45 Art. 10. (...) §1º A restrição ao emprego de meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais e passionais não pode ser interpretada de forma a inviabilizar a publicidade das candidaturas ou embarçar a crítica de natureza política, devendo-se proteger, no maior grau possível, a liberdade de pensamento e expressão.

46 BARCELOS, Júlia Rocha de. Discurso de ódio, liberdade de expressão e (in)tolerância na propaganda política: uma análise da jurisprudência dos tribunais eleitorais. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio*. Volume I. Belo Horizonte: IDDE, 2018. p. 99-136.

47 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/>. Acesso em: 3 dez. 2019.

censurar os cultos religiosos da Igreja Católica, uma vez que ela defende que a homossexualidade é pecaminosa. Alerta que, ainda que isso fosse possível, as práticas seriam escamoteadas.

O autor elenca alguns casos em que a liberdade de expressão deve prevalecer: a) discurso de minorias contra majorias; b) teses científicas ainda que contrárias às minorias; c) manifestações implícitas de preconceitos; d) liberdade religiosa; e) obras científicas, teóricas ou artísticas.

No presente trabalho, aduz-se uma nova área onde a liberdade de expressão deve predominar, que é o caso da propaganda eleitoral.

Parecem coincidir com esse entendimento os autores Diogo Rais, Daniel Falcão, André Zonaro Giacchetta e Pamela Menegueti⁴⁸, uma vez que defendem que a Justiça Eleitoral deva pautar-se pela interferência mínima na apreciação dos crimes contra a honra na esfera eleitoral, sob pena de exercer um efeito silenciador dos discursos que prejudica a própria democracia. Criticam algumas interpretações amplas dos crimes contra a honra, pois acabam por restringir de forma desproporcional o direito de os usuários da internet criticarem os candidatos e manifestarem suas opiniões políticas. Asseveram que a Justiça Eleitoral não pode tornar-se um aparato de fiscalização policial dos cidadãos por expressarem opiniões que desagradam candidatos, partidos ou coligações. Ainda que as colocações tenham sido pontuadas em relação aos cidadãos de forma ampla, é possível inferir que o mesmo se aplica aos candidatos que criticam, ainda que de forma veemente, uns aos outros durante a campanha eleitoral.

Um ponto curioso, que reforça a tese de que é melhor não censurar o discurso de ódio, foi identificado por Joost van Spange e Claes de Vreese⁴⁹. Relatam os autores o caso do político holandês Geert Wilders que foi processado por incitar o ódio racial, discriminação e difamação contra os muçulmanos. A condenação pela Corte de Apelação de Amsterdã teve como efeito o aumento na intenção de votos no seu partido, o Partido pela Liberdade (PVV). Logo, o efeito da persecução criminal foi justamente o oposto do desejado: conferiu maior visibilidade ao partido e seus ideais, além de aumentar a quantidade de votos.

Outrossim, elenca Daniel Sarmiento⁵⁰ alguns argumentos em favor da liberdade de expressão. São eles: a busca da verdade; a garantia da democracia; a autonomia e autorrealização individual e a promoção da tolerância. Todos eles foram, em alguma medida, explorados neste trabalho, mas é possível sintetizá-los.

Para o autor, a busca da verdade traduz-se no livre debate onde as melhores ideias prevalecerão e a liberdade de expressão é um instrumento para esse fim e não um fim em si mesmo. É justamente nessa linha que deve operar o livre mercado de ideias⁵¹, o qual pressupõe que o discurso ofensivo e de ódio seja combatido com mais argumentos e não meramente com a supressão da fala.

48 RAIS, Diogo. et al. (Coord). *Direito Eleitoral Digital*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 185-188.

49 SPANJE, Joost van, VREESE, Claes de. The good, the bad and the voter: the impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for his party. *Party Politics*, v. 21, n.1, 2015.

50 SARMENTO, 2006.

51 HARELL, Allison. The Limits of Tolerance in Diverse Societies: Hate Speech and Political Tolerance Norms Among Youth. *Canadian Journal of Political Science*, v. 43, n. 2, p. 407-432, jun. 2010. p. 410.

O segundo argumento trata do respeito à democracia e do autogoverno de uma comunidade política. Sem o debate não há como haver democracia, ainda que as ideias postas estejam equivocadas.

O terceiro versa sobre o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Somente com a liberdade de exprimir-se é que o princípio da dignidade da pessoa humana se revela. Privar o ser humano da livre expressão é o mesmo que tolher suas faculdades e capacidades de desenvolvimento pessoal. Isso vale tanto para o falante quanto para o ouvinte, uma vez que a personalidade, opiniões e convicções de ambos se formarão a partir do debate de ideias. Não cabe, portanto, ao Estado ser paternalista e decidir pelos cidadãos o que eles podem ou não ouvir.

O quarto trata da tolerância que deve existir em uma sociedade plural, no qual retoma a ideia de Karl Popper, anteriormente explorada, sobre o limite da tolerância com a intolerância, para concluir que enquanto somente na extrema hipótese de o intolerante buscar suprimir a própria tolerância é que a restrição deve incidir.

Finalmente, o autor ressalta a ineficácia da repressão ao *hate speech* pelo fato de o preconceito existir na rotina diária, independentemente de sua proibição. Também alerta para a maior publicidade que a vedação poderia atribuir a quem propala o ódio, a ponto de tornarem-se verdadeiros mártires. Além disso, a censura pode voltar-se contra os próprios grupos minoritários, a quem ela se destinava a defender, em um contexto em que agentes do Estado poderiam invocar essas leis contra as próprias minorias.

Por mais que sejam legítimas as reclamações e reivindicações de minorias atacadas por políticos com discursos a elas hostis, com fundamento na própria Constituição e no princípio da dignidade humana, observa-se um choque de princípios. Como já dito, a liberdade de expressão deve ter preferência nas campanhas eleitorais, mas não apenas pelo fato de o indivíduo ter o direito de manifestar suas opiniões livremente. A livre expressão é também um consectário da dignidade humana, pois, nas palavras do Magistrado Bruno Araujo Duailibe Pinheiro, relator do RE nº 95-76.2018.6.10.0013/MA⁵², “Não há vida digna e comportamento democrático do Poder Público sem que o sujeito possa expressar suas convicções, seus dissabores e sua irresignação”. E ainda: “A dignidade humana pressupõe a liberdade de escolhas existenciais que são vividas e expressadas em sociedade, cuja tolerância é qualidade elementar do seu próprio desenvolvimento”. Ou seja, somente permitindo que o indivíduo se submeta ao debate é que sua mentalidade e seus preconceitos poderão ser revistos. O debate é, por vezes, extenuante, mas ainda a melhor opção para a construção de uma democracia plena.

Rodolfo Viana Pereira⁵³ engrossa o coro daqueles que advertem para os perigos de um Estado-censor. Por essa razão, critica fortemente o entendimento do TSE na Representação nº 165.865, em 16 de outubro de 2014, em que a Corte Eleitoral entendeu que as campanhas eleitorais no horário gratuito somente podem ser programáticas e propositivas, proibindo o uso do horário eleitoral para a veiculação de ofensas ou acusações e limitando as críticas às propostas. Para ele, a

52 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (Maranhão). Recurso Eleitoral nº 95-76.2018.6.10.0013/MA. Decisão. Recurso provido. Recorrentes: César Antônio da Costa Brito e outro. Recorrida: Coligação Bacabal em Primeiro Lugar. Relator: Juiz Bruno Araujo Duailibe Pinheiro, julgado em 12 de novembro de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Luís, ano 19, n. 217, p. 3, 21 nov. 2019.

53 PEREIRA, 2018, 224-227.

decisão fere a liberdade de expressão, a autonomia privada e pública. Alerta para a dificuldade de traçar uma linha divisória entre o que seria um conteúdo aceitável de outro que não seria, além da própria conceituação do discurso de ódio, especialmente quando se leva em conta o debate eleitoral, cujo objetivo é justamente desqualificar o outro e suas propostas⁵⁴. Por isso, conclui que não havendo violência física, real, iminente e factível, há de se garantir o direito de fala, mesmo que se trate de um discurso abjeto, virulento ou discriminatório.

Acredita-se que, nas eleições de 2020, o tema poderá ressurgir e o melhor enfrentamento para ele por parte da Justiça Eleitoral seria uma atuação de maior tolerância quanto discursos ofensivos ou mesmo de ódio pelos fundamentos aqui expostos. Na dúvida, deve-se optar pela liberdade e não pela restrição. Não se podem olvidar os perigos de um Estado-censor, que vez ou outra, volta a assombrar e rememorar tempos sombrios ainda não tão distantes.

7. CONCLUSÃO

A liberdade de expressão, ainda que não seja absoluta, goza de uma preferência entre as demais liberdades, especialmente no âmbito da campanha eleitoral, pois o discurso livre faz parte da essência da própria democracia, ainda que ofensivo ou até mesmo de ódio, desde que não incite uma violência real, imediata e factível, nos termos da jurisprudência americana.

Logo, não cabe ao Poder Judiciário inibir o debate político, pois estaria usurpando o exercício da própria cidadania. Cabe ao povo rechaçar ideias preconceituosas e falas depreciativas contra as minorias. A resposta precisa vir nas urnas, em razão do princípio da soberania popular, ainda que isso signifique a ascensão de uma onda conservadora. A alternância entre visões mais progressistas e mais retrógradas faz parte do jogo democrático, pois avanços muito rápidos, para os quais uma parcela da sociedade não está culturalmente preparada, pode reclamar um passo para trás em um momento futuro para que haja um freio de arrumação e, assim, possa existir uma maior coesão do tecido social, por vezes bem desgastado.

Por outro lado, competirá ao Judiciário intervir quando aplicado o teste de Brandenburg e ficar demonstrada uma ameaça real, factível e iminente no caso concreto. Esse é um parâmetro objetivo e que confere a tão reclamada segurança jurídica às decisões judiciais no Brasil.

Conclui-se, portanto, que a seara da propaganda eleitoral constitui um atenuante para a prática do discurso de ódio, pois é da essência da democracia o debate das ideias. Mesmo as opiniões que fujam do convencional, sejam condenáveis e equivocadas estão albergadas pelo princípio da liberdade de expressão. Por vezes, é preciso errar para aprender.

54 “Como avançado aqui de modo exploratório, nota-se haver um longo caminho para o aprimoramento dos critérios analíticos hábeis a separar, conceitualmente, de modo rigoroso, discursos de ódio de discursos protegidos pela liberdade de expressão, ainda que incômodos e desprezíveis. É uma trilha importante, pois, como já referido, a ausência de definição mínima arrisca arrastar para a modalidade do proibido todo e qualquer discurso de contraposição a grupos identitários, o que, com base nos pressupostos deste ensaio, considera-se equivocado. Na prática, a construção conceitual para fins de avaliação da incidência ou não de instrumentos jurídicos limitativos e compensatórios varia segundo o sabor casuístico do enquadramento judicial do fato. Logo, se nem mesmo no regime geral de controle dos discursos de ódio é possível chegar a um conceito estável, o que se dirá no regime específico da propaganda eleitoral quando o que está em jogo é a depreciação, a desvalorização do outro e de suas propostas em razão de suas convicções político-ideológicas”. (PEREIRA, op. cit., p. 236)

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Carmen Quesada. La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Espanha, n. 30, dec. 2015. DOI: 10.17103/reei.30.04. Disponível em: <http://www.reei.org/>. Acesso em: 1 dez. 2019.

BARCELOS, Júlia Rocha de. Discurso de ódio, liberdade de expressão e (in)tolerância na propaganda política: uma análise da jurisprudência dos tribunais eleitorais. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio*. Volume I. Belo Horizonte: IDDE, 2018. p. 99-136.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 dez. 2019.

_____. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, [1965]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm. Acesso em: 3 dez. 2019.

_____. *Lei nº 5.700, de 1º de setembro de 1971*. Dispõe sobre a forma e a apresentação dos Símbolos Nacionais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1971]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5700.htm. Acesso em: 23 jan. 2020.

_____. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 3 dez. 2019.

_____. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 23 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 82424/RS. Relator: Min. Moreira Alves, julgado em 17 de setembro de 2003. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 19 mar. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Inq 3932/DF e Pet 5243/DF. Relator: Min. Luiz Fux, julgados em 21 de junho de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 07 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4439/DF. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Relator p/ acórdão: Min. Alexandre de Moraes, julgado em plenário em 27 de setembro de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 27 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4451/DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes, julgado em plenário em 21 de junho de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 21 jun. 2018.

_____. Tribunal Regional Eleitoral (Maranhão). Recurso Eleitoral nº 95-76.2018.6.10.0013/MA. Decisão. Recurso provido. Recorrentes: César Antônio da Costa Brito e outro. Recorrida: Coligação Bacabal em Primeiro Lugar. Relator: Juiz Bruno Araújo Duailibe Pinheiro, julgado em 12 de novembro de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Luís, ano 19, n. 217, p. 3, 21 nov. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000/DF*. Acórdão. Eleições 2018. Recurso nominado. Representação. Charge política. Exercício da liberdade de expressão que não enseja o deferimento de direito de resposta. Desprovido. Recorrente: Jair Messias Bolsonaro. Recorridos: Abril Comunicações S.A e outros. Relator: Min. Carlos Horbach, em 04 de setembro de 2018. Inteiro teor. PSESS em 4 set. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso na Representação nº 0601069-82.2018.6.00.0000/DF*. Decisão. Indeferido. Recorrente: Jair Messias Bolsonaro e outra. Recorrido: Geraldo José Rodrigues Alckmin Filho e outra. Relator: Min. Sérgio Banhos, em 18 de setembro de 2018. Inteiro teor. PSESS em 18 set. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso na Representação nº 0601044-69.2018.6.00.0000/DF*. Acórdão. Desprovido. Recorrente: Col. Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos e outro. Recorridos: Geraldo José Rodrigues Alckmin Filho e outra. Relator: Min. Carlos Horbach, em 20 de setembro de 2018. Inteiro teor. PSESS em 22 out. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 0601272-44.2018.6.00.0000/DF. Decisão. Improcedente. Representantes: Jair Messias Bolsonaro e outra. Representados: Geraldo José Rodrigues Alckmin Filho e outra. Relator: Min. Carlos Horbach, em 27 de setembro de 2018.

Inteiro teor. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, ano 18, n. 216, 29 out. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso na Representação nº 0601420-55.2018.6.00.0000/DF. Acórdão. Desprovido. Recorrentes: Jair Messias Bolsonaro e outra. Recorridos: Col. Para Unir o Brasil e outro. Relator: Min. Sérgio Banhos, em 5 de outubro de 2018. Inteiro teor. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, ano 18, n. 227, 16 nov. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso na Representação nº 0601298-42.2018.6.00.0000/DF*. Acórdão. Provido parcialmente. Recorrente: Coligação O povo Feliz de Novo. Recorridos: Jair Messias Bolsonaro e outra; Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Carlos Horbach. Redator: Min. Edson Fachin, em 25 de outubro de 2018. PSESS em 3 dez. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 0601640-53.2018.6.00.0000/DF. Decisão. Improcedente. Representantes: Jair Messias Bolsonaro e outra. Representada: Abril Comunicações S.A. Relator: Min. Carlos Horbach, em 25 de outubro de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, ano 18, n. 238, 3 dez. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, [2019]. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2020/normas-e-documentacoes>. Acesso em: 23 jan. 2020.

DWORKIN, Ronald. Foreword to Extreme Speech and Democracy. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Ed.). *Extreme Speech and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2009.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

GUIORA, Amos; PARK, Elizabeth A. Hate Speech on Social Media. *Philosophia*, Utah, v. 45, n. 3, set. 2017.

HARELL, Allison. The Limits of Tolerance in Diverse Societies: Hate Speech and Political Tolerance Norms Among Youth. *Canadian Journal of Political Science*, v. 43, n. 2, p. 407-432, jun. 2010. p. 410.

LEGAL Information Institute. United States Constitution. *Amendment I*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment. Acesso em: 2 dez. 2019.

LEPOUTRE, Maxime. Hate Speech in Public Discourse: a pessimistic defense of Counterspeech. *Social Theory and Practice*, Florida, v. 43, n. 4, p. 851–883, out. 2017. Disponível em: www.jstor.org/stable/26405309. Acesso em: 2 dez. 2019.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito eleitoral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

MILL, John Stuart. *On liberty*. Kitchener: Batoche Books, 2001.

NEISSER, Fernando Gaspar. *Crimes eleitorais e controle material da propaganda eleitoral: necessidade de utilidade da criminalização da mentira na política*. 2014.

276 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/4502>. Acesso em: 22 jan. 2019.

NEWMAN, Stephen L. 2001. Finding the harm in Hate Speech: an argument against Censorship. In: *Canadian Journal of Political Science*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press, 2017.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Ensaio sobre o ódio e a intolerância na propaganda eleitoral. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio*. Belo Horizonte: IDDE, 2018. v.1.

POPPER, Karl R. *The open society and its enemies*. Princeton: Princeton University Press, 1966.

RAIS, Diogo. et. al. (Coord). *Direito eleitoral digital*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/>. Acesso em: 3 dez. 2019.

SIMPSON, Robert Mark. Dignity, harm and hate speech. *Law and Philosophy*, v. 32, ed. 6, p. 701-728, nov. 2013.

SPANJE, Joost van, VREESE, Claes de. The good, the bad and the voter: the impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for his party. *Party Politics*, v. 21, n.1, 2015.

THE Economist Intelligence Unit (2019). Democracy Index 2019: A year of democratic setbacks and popular protest. Disponível em: <https://www.eiu.com/topic/democracy-index>. Acesso em: 31 jan. 2020.

WALDRON. Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2014.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DELITO DE FINANCIAMENTO ILEGAL E A RESPONSABILIDADE PENAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS NA ESPANHA.

SOME CONSIDERATIONS ON THE CRIME OF ILLEGAL FINANCE AND THE PENAL RESPONSIBILITY OF THE POLITICAL PARTIES IN SPAIN.

Rafael Rebollo Vargas *

RESUMEN

En el trabajo se examinan una serie de cuestiones estructurales del nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, poniendo en evidencia no sólo la utilización de una técnica legislativa precipitada y defectuosa; sino, también, los vacíos punitivos que permiten a los partidos políticos continuar nutriéndose de forma ilegítima de fondos, tanto públicos como privados. Igualmente se analizan las diferentes vías previstas en el Código penal español para la exigencia de responsabilidad penal de los partidos políticos, como son, el delito de asociación ilícita, el delito de organización criminal, la responsabilidad penal de los partidos políticos como personas jurídicas y el partícipe a título lucrativo.

Palabras clave: Partidos políticos. Financiación ilegal. Condonaciones de deuda. Financiación pública ilícita. Responsabilidad penal de los partidos políticos.

RESUMO

No presente trabalho, examina-se uma série de questões estruturais do novo delito de financiamento ilegal de partidos políticos, pondo em evidência não só a utilização de uma técnica legislativa precipitada e defeituosa; senão, também, os vazios punitivos que permitem aos partidos políticos continuar se nutrido de forma ilegítima, de fundos, tanto públicos como privados. Igualmente analisam-se as diferentes vias previstas no Código Penal Espanhol para a exigência de responsabilidade penal dos partidos políticos, como são, o delito de associação ilícita, o delito de organização criminosa, a responsabilidade penal dos partidos políticos como pessoas jurídicas e o partícipe a título lucrativo.

* Doutor en Derecho Penal. Catedrático de Derecho Penal dela Universidad Autónoma de Barcelona.

Palavras-chave: Partidos políticos. Financiamento ilegal. Condenações de dívida. Financiamento público ilícita. Responsabilidade penal dos partidos políticos.

ABSTRACT

In the work examine a series of structural questions of the new crime of illegal finance of political parties, putting in evidence not only the utilisation of a legislative technician precipitated and defective; but, also, the empty punitivos that allow to the political parties continue nourishing of illegitimate form of bottoms, so many publics like private. Equally they analyse the different planned roads in the penal Code Spanish for the exigencia of penal responsibility of the political parties, as they are, the crime of illicit association, the crime of criminal organisation, the penal responsibility of the political parties like legal persons and the partícipe to yielding title.

Keywords: Political parties. Illegal finance. Condonations of debt. Illicit public finance, penal responsibility of the political parties.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos se incorporan al Código penal mediante la Ley Orgánica (en adelante L.O.) 1/2015, de 30 de marzo, que añade un nuevo Título XIII bis, con esa misma rúbrica e integrado por dos nuevos artículos (304 bis y 304 ter)²; es decir, entre los Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico y los Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Como veremos más adelante, se trata de una ubicación sistemática, como poco, discutible, que ha generado importantes críticas doctrinales y que, en realidad, se configura como un elemento más para confirmar que su tipificación fue poco meditada. No quiero decir con ello que no fuera necesaria³, pero sí que técnicamente se trata de unos preceptos manifiestamente mejorables de los que se desprenden unos problemas interpretativos que no son sencillos de dirimir.

La incriminación de la financiación ilegal de los partidos políticos es una decisión de política criminal adoptada por distintos factores y, en mi opinión, cautiva de episodios que traslucen una endémica corrupción en la financiación de casi todos los partidos⁴ que, incluso, han llevado a que el anterior Presidente del Partido Popular (y del Gobierno) fuera citado a declarar como testigo en el caso Gürtel.

2. En nuestro país, uno de los primeros trabajos sobre la materia fue el libro de ROMERO FLORES, B., Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular, Barcelona, 2005, quien realiza un detallado análisis de derecho comparado, así como de la legislación entonces vigente: la Ley orgánica sobre financiación de los partidos políticos, L.O. 3/1987, de 2 de julio, además de la Ley orgánica del régimen electoral general, L.O. 5/1985, de 19 de junio.

3. Al respecto, entre otros, MAROTO CALATAYUD, M., La financiación ilegal de los partidos políticos. Un análisis político-criminal, Madrid, 2015, págs. 298 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I., La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción, Valencia, 2014, págs. 190 y ss; vid., GARCÍA ARÁN, M., “Sobre la tipicidad penal de la financiación irregular de los partidos políticos”, en Derecho penal para un Estado Social y Democrático de Derecho (Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto), Madrid, 2016, en especial, págs. 601 y ss., donde la autora reflexiona acerca de la conveniencia de establecer un tipo penal autónomo de financiación ilegal de los partidos.

4. Vid. OLAIZOLA NOGALES, I., “Las reformas legales relacionadas con la financiación de los partidos políticos”, en Corrupción pública prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidad (JAREÑO LEAL, A. –DOVAL PAÍS, A. Directores), Pamplona, 2015, pág. 253, nota núm. 1, donde da cuenta de algunos de los episodios más conocidos que afectan a una buena parte del arco parlamentario de este país.

Es más, lo que en un principio se percibía, y los propios partidos políticos así lo enfatizaban para desvincularse de lo que –decían– eran conductas individuales que nada tenían que ver con las respectivas organizaciones, se convierte en un fenómeno sistémico que ha corrompido estructuras, dirigentes y cargos políticos de los partidos más significados de nuestro arco parlamentario. A lo anterior, cabe añadir que el Tribunal de Cuentas, el órgano que tiene el deber de fiscalizar esa financiación, no parece, dada su composición estructura y medios, que haya sido el más idóneo para cumplir la relevante función que tiene encomendada⁵.

Seguramente, la sensibilización de la opinión pública por la sucesión de escándalos relativos a las “Cajas B”, al pago de “sobresueldos”, al “caso del 3%” o a tantos otros, además de la necesidad de dar respuesta a algunas de las recomendaciones efectuadas por el GRECO, tiene como resultado que en septiembre de 2013 el Gobierno aprobara un Plan de medidas de “regeneración democrática”, que incluían, solo por referir algunas, la agravación de las sanciones aplicables a las infracciones relacionadas con la actividad de los partidos políticos, el refuerzo de la rendición de cuentas o la supervisión de la financiación de los partidos políticos mediante la ampliación de las competencias del Tribunal de Cuentas, lo cual dio lugar a la reforma, mediante la misma Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico financiera de los partidos políticos, de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de Partidos Políticos; de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, así como de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y, como corolario de todo ello, mediante la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, la incorporación al texto punitivo del delito de financiación ilegal de los partidos políticos aunque, como hemos dicho antes, su incorporación al Código penal no estaba prevista en el Anteproyecto ni el Proyecto de Código penal, por lo que los detalles concretos del tipo penal propuesto sólo se conocieron en la fase de enmiendas a la reforma del Código penal, siguiendo un “*iter*” legislativo diferenciado del citado Plan de medidas de regeneración democrática.

A pesar de que no existiera una tipificación expresa del delito de financiación ilegal de partidos políticos, no creo que pudiera hablarse de “laguna legal”⁶, sino que en el proceso de financiación ilegal se cometían otros delitos que sí estaban tipificados en el Código penal⁷, como podrían ser los de falsedades, prevaricaciones, infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, delitos contra la Hacienda Pública o, yendo más lejos, incluso se ha llegado a plantear la posibilidad de incriminar por el delito de asociación ilícita al considerar que podría tratarse de criminalidad organizada⁸.

En todo caso, las modalidades delictivas de financiación ilegal de los partidos políticos se incriminan en el art. 304 bis del Código penal, donde en el apartado primero se dispone

5. Vid., Informe del GRECO. Anexo España al “Informe de lucha contra la corrupción en la Unión Europea”, Bruselas, 3 de febrero de 2014, págs. 5 y ss.

6. MAROTO CALATAYUD, M., “Financiación ilegal de partidos políticos”, en Comentario a la reforma penal de 2015, (QUINTERO OLIVARES, G., Director), Pamplona, 2015, pág. 756.

7. NÚÑEZ CASTAÑO, E., “La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en Revista Penal, nº 39, 2017, pág. 128, quien habla de la “aplicación de manera creativa de algunos de los delitos cometidos en el Código penal”.

8. *Ibidem*, nota a pie de pág. núm. 14. Igualmente, BUSTOS RUBIO, M., “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, en Revista Penal, nº 37, 2016, pág. 4; NAVARRO CARDOSO, F., “Corrupción, transparencia y Derecho penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 114, 2014, págs. 113-114.

un tipo básico relativo a la financiación privada de los partidos políticos, y dos figuras agravadas en el segundo apartado del mismo art. 304 bis; mientras que en el artículo 304 bis ter, se prevé una penalidad cualificada para los casos en los que la financiación ilegal de los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones electorales se lleve a cabo mediante una estructura u organización específicamente destinado a tal fin.

2. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS.

2.1. CONCURRENCIA NORMATIVA Y LOS PROBLEMAS DE NON BIS IN ÍDEM.

Con carácter previo a abordar este espinoso tema, me parece necesario realizar dos puntualizaciones que no por sabidas dejan de ser necesarias. En primer lugar, resulta que uno de los mayores problemas para delimitar la infracción administrativa de la infracción penal es la ausencia de diferencias esenciales entre ambos ilícitos cuando, como en este caso, no existen elementos que permitan diferenciarlos, y, más cuando el tipo del art. 304 bis del Código penal, para delimitar el contenido del injusto, remite en bloque a lo dispuesto en el art. 5.Uno de la Ley Orgánica de Financiación de Partidos Políticos (en adelante LOFPP). En segundo lugar, no es tampoco ninguna novedad afirmar que no es posible incurrir en un ilícito penal por la mera infracción de un precepto administrativo, sino porque el comportamiento debe presentar un contenido material de antijuridicidad que ha de quedar plasmado en la afección al bien jurídico que la norma penal pretende proteger. Cuando ello no es así, creo que no es aventurado cuestionarse la oportunidad de la tipificación penal por los problemas de colisión o de concurrencia normativa⁹.

A este respecto, MAROTO CALATAYUD pone de relieve lo que denomina el “solapamiento exacto” entre la infracción prevista en el art. 5 LOFPP y el art. 304. bis 1 del Código penal, lo cual, añade, puede vaciar de contenido la infracción del art. 5 LOFPP, aunque es de destacar, puntualiza, que el sujeto activo de la citada ley son los partidos políticos, mientras que el Código penal se refiere al sujeto individual -sin perjuicio de lo previsto en el art. 304 bis. 5-. A su parecer, el nuevo tipo penal, en aquellos casos que quedarán fuera del alcance del referido art. 304 bis.5, podría impedir sancionar al partido si resulta preferente la vía penal ya que no se distingue si el proceso penal lo es contra persona física o jurídica¹⁰.

A ese respecto, OLAIZOLA NOGALES entiende que la situación es abiertamente insostenible dado que no se ofrece ningún criterio de diferenciación entre ambos ilícitos¹¹; mientras que, SAÍNZ- CANTERO propone, en primer lugar, la adopción de criterios formales para solventar el conflicto. En efecto, atendiendo a lo previsto en el último punto del art. 17.Uno de la LOFPP¹², señala que todos los hechos subsumibles en el art. 17.Dos a), en elación a lo previsto en el art. 5.Uno,

9. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.A., “Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, ob. cit., pág. 671.

10. MAROTO CALATAYUD, M., “Financiación ilegal de partidos políticos” en Comentarios a la reforma penal de 2015, ob. cit. pág. 762.

11. OLAIZOLA NOGALES, I., “Las reformas legales relacionadas con la financiación de los partidos políticos”, ob. cit., pág. 275. Igualmente, vid., BUSTOS RUBIO, M., “El nuevo delito de financiación ilegal de los partidos políticos”, ob. cit., pág. 14

12. Artículo 17. Uno. “Sin perjuicio de las responsabilidades legales de cualquier índole que se deriven de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico en general y de lo preceptuado en esta ley en particular, el Tribunal de Cuentas acordará la imposición de sanciones al partido político que cometa alguna de las infracciones que se tipifican en este artículo, siempre que no constituyan delito”.

serían constitutivos del delito del art. 304 bis.1 del Código penal¹³. Una segunda opción interpretativa, también destacada por OLAIZOLA NOGALES¹⁴, sería la de atender a la literalidad del art. 17.Dos a), donde lo que se sanciona es “la aceptación de donaciones o aportaciones” (en lo que ahora nos interesa) que contravengan las limitaciones o requisitos establecidos en el art. 5. Aceptación que, en este caso, sólo tiene efectos cuando la realiza el donatario, esto es, el partido político. Sin embargo, el art. 304 bis del Código penal sólo incrimina la conducta del que «reciba», que no ha de ser necesariamente el destinatario final de la donación o de la aportación, de modo que uno y otro precepto sancionan comportamientos distintos, evitando de esa forma la existencia de *bis in idem* y estableciendo con ello un criterio de distinción entre ambos ilícitos, aunque, señala SÁINZ-CANTERO, sin que existan criterios que permitan justificar o entender el por qué no se sanciona penalmente la aceptación y sí la recepción de las donaciones o aportaciones¹⁵, cuando probablemente, me permito añadir, el desvalor de la conducta que viene presidida por la aceptación de la donación es de mayor entidad que la caracterizada por la simple recepción que es la que, en definitiva, se castiga en el Código penal¹⁶.

2.2. ATIPICIDADES DERIVADAS DEL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS.

Más allá de las distintas propuestas surgidas en su día acerca de la tipificación del delito de financiación ilegal de partidos políticos¹⁷, ya hemos dicho que algún autor se refería a la situación anterior como “atipicidad relativa¹⁸” o, incluso, se hablaba también de la aplicación “de manera creativa¹⁹” de algunos de los delitos contemplados en el Código penal. Sea como fuere, y con independencia de las interpretaciones que consideran saludable su introducción en el Código penal²⁰, lo cierto es que existen comportamientos que se han quedado extramuros del Derecho penal y que, en su caso, únicamente serán merecedores de sanción administrativa a pesar de que el desvalor del comportamiento sea, en ocasiones, idéntico o superior a los, en este momento, típicos. Es, como poco, sorprendente que el delito se circunscriba a la financiación de origen privado para el funcionamiento habitual de los partidos, que deje fuera la financiación de origen público, las destinadas a gasto electoral o que excluya a las fundaciones del ámbito de aplicación de la LOFPP y, por supuesto, del Código penal²¹.

13. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, ob. cit., pág. 671

14. OLAIZOLA NOGALES, I., “Las reformas legales relacionadas con la financiación de los partidos políticos”, ob. cit., pág. 275, quien propone la supresión del primer párrafo del art. 304 bis del Código penal y que la conducta del donante sea incluida como infracción administrativa.

15. *Ibidem*.

16. Cf., MACIAS ESPEJO, B., “Sobre la incriminación de la financiación ilegal de los partidos políticos en el art. 304 bis del Código penal”, ob. cit., pág. 133, quien, por el contrario, entiende que el recibir supone disponibilidad material de la donación o de la aportación.

17. Al respecto, vid., OLAIZOLA NOGALES, I., La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción, ob. cit., págs. 192 y ss, donde analiza las diferentes fórmulas propuestas.

18. MAROTO CALATAYUD, M., La financiación ilegal de los partidos políticos. Un análisis político-criminal, ob. cit., pág. 175.

19. NUÑEZ CASTANO, E., “La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, ob. cit., pág. 128.

20. MUÑOZ CUESTA, F.J., “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, ob. cit., pág. 1.

21. PUENTE ABA, L.M., “Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP)”, en Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, ob. cit., pág. 1066. Igualmente, vid., BUSTOS RUBIO, M., “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, ob. cit., pág. 11.

Quisiera anticipar que no voy a realizar un análisis exhaustivo de todas las atipicidades, sino, únicamente alguna de las, llamémosle así, “incongruencias legislativas” que van más allá de las infracciones previstas en el art. 5. Uno (límites a las donaciones privadas) y art. 7. Dos (aportaciones de personas extranjeras) de la L.O. 8/2007, de 4 de julio, LOFPP.

a) La financiación de los partidos políticos a través de las fundaciones: una de las paradojas inexplicables.

El art. 1 LOFPP establece el ámbito de aplicación de la ley, para considerar partido político no sólo a estos sino, también, a las federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores. Sin embargo, en el texto del articulado no se hace ninguna mención a las fundaciones, a excepción de lo dispuesto en la Disposición adicional séptima, extensísima y enrevesada previsión que regula cuáles son los requisitos que han de concurrir para considerar que una fundación está vinculada o es dependiente de un partido político.

Sin embargo, más que eso nos interesan los apartados cuatro y cinco de la Disposición adicional. En el primero de ellos se excepciona a las fundaciones del tipo penal. Así, si bien establece que en el caso de las donaciones las fundaciones estarán sometidas a los límites y requisitos previstos en el capítulo segundo del Título II de la Ley (Fuentes de financiación), a continuación dispone que no les será de aplicación lo previsto en el art. 5. Uno, letras b) y c), es decir, no tendrán prohibido aceptar o recibir donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica, aunque cuando sean de carácter económico superior a 120.000 euros deberán formalizarlas en documento público; además de que no les estará prohibido aceptar o recibir donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales.

Por si lo anterior no fuera suficiente, la vía de financiación de los partidos políticos a través de las fundaciones se flexibiliza aún más en el apartado siguiente de la Disposición adicional séptima, ya que excepciona como donaciones a las entregas monetarias o patrimoniales realizadas por una persona física o jurídica para “financiar una actividad o un proyecto concreto de la fundación o entidad”. Es decir, no se establece ningún tipo de límite o de control para la aportación de entregas monetarias o patrimoniales, únicamente se prevé que se formalicen en documento público y que se comuniquen al Tribunal de Cuentas en un plazo máximo de tres meses.

Como señala GÓMEZ BENÍTEZ, muchos de los convenios que suscriben los partidos políticos con las fundaciones encubren auténticas donaciones realizadas al margen de la LOFPP y de la L.O. 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que las obliga a destinar el 70% de sus ingresos a los fines fundacionales y el resto a reserva o incremento de la dotación²², “en ningún caso a financiar de forma camuflada a los partidos de los que dependen y sus campañas electorales”²³.

En definitiva, es inevitable concluir que la inexistencia de límites cuantitativos

22. Art. 27.1 L.O. 50/2002, de 26 de diciembre, Destino de rentas e ingresos: “A la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato...”

23. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., Financiación ilegal de partidos políticos y corrupción”, ob. cit., pág. 148.

para la financiación de las fundaciones es algo más que un obstáculo para garantizar la transparencia y la limitación de la financiación de los partidos políticos o, dicho de otra manera, por mucho que el legislador solucione las vías de financiación paralela que permite la LOFPP, en el caso de que no aplique a las fundaciones el mismo régimen de prohibiciones a los que somete a los partidos políticos para evitar la financiación ilícita, el sistema continuará siendo estructuralmente ineficaz²⁴. Ahora bien, una vez dicho lo anterior, me parece necesario puntualizar que el Tribunal Supremo entiende que, a las fundaciones, les resulta de aplicación la teoría del levantamiento del velo, de modo que cuando éstas no destinen su patrimonio al cumplimiento de sus fines, operando como mera “tapadera”, no deberían existir problemas para aplicar el tipo penal correspondiente, sin perjuicio de los problemas de prueba que se pudieran suscitar para acreditar dicho extremo²⁵.

b) Las condonaciones de la deuda a los partidos políticos.

Aquí volvemos a encontrarnos con una de esas situaciones “clamorosas” en las que lo inexplicable preside la actual regulación del delito de financiación ilegal de partidos políticos²⁶. En efecto, la L.O. 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico financiera de los partidos políticos, introdujo en el art. 4. Cuatro de la LOFPP una previsión que pretendía evitar una de las prácticas nada infrecuentes de las entidades crediticias con los partidos políticos: la prohibición de las condonaciones total o parcial de la deuda, así como la prohibición de condiciones ventajosas para los partidos políticos lo que, hasta entonces, no era infrecuente: que el tipo de interés de la deuda fuere inferior al que le correspondía a las condiciones de mercado. Comportamiento que el art. 17. Dos a) considera como una infracción muy grave, a la que se impondrá una sanción que, en ningún caso, será inferior a las 50.000 euros y que podría alcanzar una importe que vaya del doble al quíntuplo de la cantidad condonada.

Se trata de una previsión que ha sido severamente criticada por la doctrina penal²⁷, no por el hecho de que se haya incorporado esa infracción a la LOFPP, sino porque se ha excluido de los comportamientos con relevancia penal, ya que las únicas previsio-

24. Vid al respecto <http://www.elmundo.es/espana/2017/06/07/593816cce2704e3e378b45d0.html> donde entre otras cosas se dice lo siguiente: «...Las fundaciones y entidades vinculadas a partidos políticos tienen prohibido asumir gastos que corresponden a estas fuerzas. Sin embargo, como ha reconocido el presidente del Tribunal de Cuentas, “en la medida en que éstas pueden hacer aportaciones a los partidos se produce un corte en la secuencia de control porque los partidos reciben fondos que no deberían”. Para evitar esta financiación de los partidos al margen de la ley, Ramón Álvarez de Miranda, que ha calificado este asunto como una de las “mayores preocupaciones” del tribunal, ha pedido una reforma legal que amplíe sus competencias fiscalizadoras, pues se ha quejado de que éstas están limitadas a la regularidad de las aportaciones que reciben y a los gastos financiados con subvenciones públicas. El Tribunal de Cuentas reconoce el uso de las fundaciones y entidades vinculadas a partidos “para la captación de recursos destinados a las formaciones”, y ha pedido que se apliquen a las fundaciones los mismos requisitos y limitaciones que se exigen a los partidos en materia de donaciones».

25. Vid., el art. 3.3. de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, donde, refiriéndose a sus fines y beneficios, expresamente se dispone: “En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general. Al respecto, vid., DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia, 6ª edición, Pamplona, 2013, págs. 482 y ss., 953 y ss. 1169 y ss.

26. Al respecto, <http://www.20minutos.es/noticia/1699362/0/financiacion-ilegal/unio/palleroles/>, donde se afirma: “...En noviembre de 2005 se supo que el PSC (Partido de los Socialistas de Cataluña, asociado al PSOE) había conseguido que La Caixa le condonara el 45% de la deuda vencida que arrastraba desde 1994. En total, se trataba de 6,57 millones de euros perdonados. El resto (7,81 millones) fue renegociado, con un tipo de interés tres veces inferior al aplicable en 1994...”.

27. Por todos, vid., MACÍAS ESPEJO, B., “Sobre la incriminación de la financiación ilegal de partidos políticos en el artículo 304 bis del Código penal”, ob. cit., pág. 134, nota a pie de página núm. 46, donde refiere a una parte de los autores que se muestran críticos con el restringido perfil del tipo.

nes elevadas a la categoría de delito, como es bien sabido, son las de los arts. 5. Uno y 7. Dos de la L.O.8/2007, de 4 de julio. Ahora bien, ello no impediría que semejante conducta quedara impune, pues, puede constituir un delito de administración desleal por parte del donante al disponer ilegalmente de parte del patrimonio del administrado²⁸.

c) Las operaciones asimiladas.

La asunción de gastos del partido por parte de terceros (bienes, obras o servicios o de cualquiera otros gastos que genere su actividad), está prevista en el art. 4. Tres de la LOFP con la denominación de “operaciones asimiladas”. Conducta que, en efecto, es constitutiva de una infracción administrativa muy grave dispuesta en el art. 17. dos a), a la que le corresponde una sanción cuyo importe irá del doble al quíntuplo de la cantidad asumida por el tercero y que, como se recordará, dio lugar a la condena a un partido político como partícipe a título lucrativo (asunto Pallerols) por el pago de material de oficina e informática para las sedes del partido, así como al pago de nóminas de los trabajadores de la organización²⁹. Sin embargo, a pesar de la gravedad de ese comportamiento, del desvalor de la conducta se trata de una infracción que, a juicio del legislador, carece de relevancia penal y, por lo tanto, es atípica.

d) Las donaciones de bienes inmuebles.

Esta es otra de las previsiones que es una muestra evidente de la deficiente formulación del comportamiento típico de este delito. En el art. 4. Dos e) LOFP, se prevé que la donaciones en especie se entenderán aceptadas mediante certificación expedida por el partido político, donde constará la identificación del donante, el documento que acredite la entrega del bien donado así como el carácter irrevocable de la donación.

Se trata de una donación privada a un partido político que, como es sabido, está condicionada a unos límites que se establecen en el art. 5. Uno b) LOFP, esto es, no pueden exceder de 50.000 euros anuales y, por ello, tal como prevé el art. 304 bis del Código penal, lo que vaya más allá de esa cantidad será constitutivo de delito.

Sin embargo, en el último apartado del art. 5. Uno se exceptiona esa previsión al excluir el límite previsto en la letra b) para las donaciones en especie de bienes inmuebles siempre que se cumplan los requisitos de aceptación expresa, conste la identidad del donante, así como el carácter irrevocable de la donación. Dicho en otras palabras, los partidos políticos pueden ser destinatarios de donaciones de inmuebles de valor ilimitado.

e) La financiación pública ilícita.

Uno (otro) de los supuestos de atipicidad penal que resulta inexplicable es

28. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Financiación ilegal de partidos políticos y corrupción”, ob. cit., pág. 150; MACIAS ESPEJO, B. “Sobre la incriminación de la financiación ilegal de partidos políticos en el artículo 304 bis del Código penal”, ob. cit., pág. 141.
29. Vid. SAP Barcelona (Sección 2ª), de 21 de enero de 2013, folios 49 y ss. donde detalla las cantidades (un total de 388.000 euros) y las partidas de las que se benefició Unió Democràtica de Catalunya.

el de la financiación pública ilícita, esto es, cuáles son las razones que han llevado al legislador a dejar fuera del ámbito típico del art. 304 bis del Código penal las subvenciones públicas de carácter ilícito.

En el art. 2.Uno de la LOFPP se detallan los recursos económicos procedentes de financiación pública para los partidos políticos³⁰, mientras que el art. 3 establece las condiciones y requisitos para otorgar esas subvenciones que, evidentemente, pueden concederse de forma ilícita. No obstante, me llama poderosamente la atención el hecho de que en el régimen sancionador de la LOFPP, arts. 17 y ss. no se hace ninguna mención a las infracciones en las que pudiera incurrir la Administración por el hecho de otorgar una subvención pública ilícita, a excepción, eso sí, de la cláusula general del art. 17.Uno³¹. Si a ello le añadimos, como ya hemos dicho en distintas ocasiones, que el art. 304 bis remite únicamente a los arts. 5.Uno y 7.Dos de la LOFPP, es decir, circunscribe el delito de financiación ilegal a las donaciones privadas y a las que superen el límite cuantitativo de los 100.000 euros (cuando la financiación provenga de Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas directamente vinculadas con los mismos), parece que esa financiación ilícita con origen en la Administración no sólo es inviable sino que parece que no existe, circunstancia que, como decía al inicio, me parece inverosímil.

Ahora bien, otra cosa distinta es que en esos supuestos de financiación ilícita en los que interviene la Administración, y con ello un funcionario público o autoridad, incurran en el ámbito propio de alguno de los delitos contra la Administración Pública, como pueda ser el cohecho, la malversación, la prevaricación o el tráfico de influencias. Sin embargo, en esos casos, el legislador ha obviado sancionar al partido político por un delito de financiación ilegal.

3. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS: LA MUESTRA DE UNA REPROBABLE CONVERGENCIA NORMATIVA.

En las páginas anteriores hemos podido comprobar la poca fortuna del legislador español en la tipificación del delito de financiación ilegal de partidos políticos, en las que siguen vamos a corroborar esa percepción iniciada dado el solapamiento normativo entre los delitos de asociación ilícita y el delito de organización criminal, preceptos que la doctrina en general, considera que podrían ser aplicables a los partidos políticos; a los problemas concursales que se desprenden de lo anterior cabe añadir la previsión de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, en la que los partidos políticos dejan de estar excluidos de la previsión dispuesta en el Código penal para las personas jurídicas y a los que, por lo tanto, le son extensivas las responsabilidades penales dispuestas para ellas.

30. 1. Subvenciones públicas para gastos electorales, 2. Subvenciones estatales anuales para gastos de funcionamiento, 3. Subvenciones anuales que las CCAA establezcan para gastos de funcionamiento en el ámbito autonómico correspondiente, 4. Subvenciones extraordinarias para realizar campañas de propaganda que puedan establecerse en la Ley Orgánica reguladora de las distintas modalidades de referéndum, 5. Aportaciones que, en su caso, los partidos políticos puedan recibir de los Grupos Parlamentarios de las Cámaras de las Cortes Generales, Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, Juntas Generales y de los Grupos de Representantes en los órganos de las Administraciones locales.

31. Art. 17.Uno. "Sin perjuicio de las responsabilidades legales de cualquier índole que se deriven de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico en general y de lo preceptuado en esta ley en particular, el Tribunal de Cuentas acordará la imposición de sanciones al partido político que cometa alguna de las infracciones que se tipifican en este artículo, siempre que no constituyan delito..."

3.1. DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA, EL ART. 515.1 DEL CÓDIGO PENAL.

3.1.1. CONSIDERACIONES PREVIAS.

El delito de asociación ilícita, cuyo antecedente inmediato cabe ubicarlo en el artículo 173 del Código penal anterior, ha sido objeto de continuas reformas que se llegaron a atribuir al fenómeno terrorista³². Sin embargo, y con independencia de que haya podido ser así, lo que igualmente es innegable es que este delito de asociación ilícita refleja como pocos los vaivenes legislativos del legislador (a veces del mismo). Sin embargo, lo que no ha hecho ninguna de las mencionadas reformas ha sido poner orden en la tipificación de un delito que presenta importantes problemas interpretativos y en el que, a la vez, es extremadamente complicado dotar de un ámbito material propio a cada uno de los supuestos que en él se mencionan por los graves problemas de superposición entre algunos de sus distintos apartados.

En España, el derecho de asociación es un derecho fundamental reconocido en el artículo 22 de la Constitución, estableciéndose sus límites en los párrafos 2 y 5 de ese mismo precepto, por lo que las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales (22.2), además de que se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar (22.5). Delimitación que no deja de tener su importancia, como señala CANCIO³³, ya que no podrán incriminarse otras asociaciones que no sean las que la Constitución excluye expresamente.

3.1.2. CONCEPTO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA Y SU DISTINCIÓN CON LOS ACTOS PREPARATORIOS.

Es evidente que la asociación ilícita que, en principio, tiene como objeto la comisión de un delito presenta algunas zonas de convergencia con los actos preparatorios y, en particular con la conspiración para delinquir (art. 17.1). No obstante, a pesar de esas similitudes estructurales, es posible distinguir nítidamente entre éstos y la asociación ilícita, desde tres criterios distintos.

En primer lugar, y atendiendo al *concepto de asociación ilícita*, la Jurisprudencia le atribuye a la asociación ilícita una serie de requisitos³⁴, como son: a) la concurrencia de un determinado número de personas - a pesar de que el Código nada dice con respecto a su número, los tribunales se ha pronunciado en reiteradas ocasiones acerca de que el grupo mínimo se puede constituir por dos personas³⁵; b) la existencia de un acuerdo entre sus miembros que debe de incluir una cierta perdurabilidad en el tiempo, esto es, utilizando la terminología del Tribunal Supremo: *“lejos de lo meramente esporádico”*, lo que se constituye como uno de los elementos de distinción esencial con respecto a la conspiración para delinquir; c) y junto al anterior, como otro de los elementos clave de distinción con respecto a la conspiración, en la asociación ilícita se da una determinación hacia la actividad ilícita pero sin llegar a la precisión de cada acción en tiempo y lugar, mientras que en la conspiración se concreta el delito a realizar; d) la asociación ha de presentar

32. Una sinopsis del iter legislativo hasta el momento, se recoge en la STS de 8 de octubre de 1979.

33. CANCIO MELIA, M., en *Comentarios al Código penal*, (RODRIGUEZ MOURULLO, Director), Madrid, 1996, pág. 1285.

34. A este respecto, detalladamente, vid., STS 28 de octubre de 1997 y 10 de abril de 2003.

35. Entre otras, vid., SSTs de 8 de octubre de 1979 y 12 de marzo de 1992.

una estructura jerárquica y organizada en la que se puedan precisar las funciones de sus miembros; e) ésta se constituye con el objeto de alcanzar un fin, que no es otro que el de cometer delitos; f) y, por último, la asociación ilícita es independiente del delito o de los delitos que se cometan, por lo que se apreciará un concurso entre el delito de asociación ilícita y los delitos perpetrados, a diferencia de los actos preparatorios punibles que se subsumirán en los correspondientes tipos en el momento en el que se inicien los actos de ejecución.

En segundo lugar, un nuevo elemento diferenciador entre la conspiración y la asociación ilícita está en directa relación con el bien jurídico objeto de protección. Mientras que la conspiración para delinquir es un acto preparatorio previo y referido a la comisión de un delito, en la asociación ilícita el bien jurídico protegido se articula mediante un objeto de protección específico, ya sea el derecho de asociación como garantía constitucional que incumbe al Estado y, a la vez, a todos los ciudadanos (PORTILLA CONTRERAS³⁶); o, la seguridad de la organización democrática del Estado y los derechos fundamentales y las libertades públicas que la Constitución proclama (VIVES ANTÓN-CARBONELL MATEU). Como señala el propio Tribunal Supremo: una cosa es el bien jurídico que se protege en el delito de asociación ilícita y otra el que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa, “de forma que el delito de asociación ilícita tiene sustantividad propia basada en un bien jurídico singular, como lo demuestra el hecho que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva” (STS 10 de abril de 2003).

En tercer lugar, la sustantividad propia del delito de asociación ilícita con respecto a la conspiración en particular, se refrenda por lo previsto en el artículo 519, en virtud del cual se tipifica expresamente la punición de los actos preparatorios punibles referidos al delito de asociación ilícita.

3.1.3. MODALIDADES TÍPICAS: LA PREVISIÓN DEL ART. 515.1 DEL CÓDIGO PENAL.

Las modalidades típicas recogidas en el art. 515 del Código penal son de lo más diverso, pero nos vamos a centrar brevemente en revisar una de ellas dado que su configuración es la que puede subsumir determinadas actividades ilícitas de los partidos políticos.

Así, hemos hecho referencia a que el artículo 22 de la Constitución establece el derecho de asociación y lo contempla como un derecho fundamental, a la vez que el párrafo segundo de ese artículo 22 declara que son ilegales “*las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito*”. Se ha dicho, por otro lado, que este primer párrafo del artículo 515 respondía a lo previsto en el mencionado artículo 22 de la Constitución.

Con independencia de lo anterior y con carácter previo a insistir en lo que acabo de referir, cabe distinguir dos tipos de asociaciones en ese primer párrafo del artículo 515.1. Así, el tipo prevé el supuesto de una asociación que desde el

36. En ese mismo sentido se pronuncia la STS de 10 de abril de 2003, donde manifiesta que el bien jurídico protegido lo constituye el ejercicio del derecho constitucional de asociación, “comportando los supuestos tipificados claras exlimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho”.

mismo momento de su constitución deviene en ilícita en tanto que tiene por objeto la comisión de algún delito. Asociación ilícita, ya de origen, que hay que distinguir de aquella asociación inicialmente lícita que deviene ilegítima porque posteriormente a su constitución (con fines lícitos), promueve la comisión de un delito³⁷. La comisión del delito es, en todo caso, la finalidad de la asociación ilícita y una consecuencia de la misma.

En suma, éstas, deben de disponer de una estructura organizada, en ellas se precisa una coordinación de funciones y una estructura jerárquica, además de que tienen una voluntad de perdurar, lo que convierte sus actividades delictivas en algo “*lejos de lo meramente esporádico*”. La diferencia, por lo tanto, entre este inciso y el anterior reside que en el primero se utiliza el singular “*cometer algún delito*”, luego, la asociación puede ser ilícita porque se ha propuesto la comisión de un sólo delito; no obstante, a mi parecer, sería absolutamente insólito que una asociación deviniera en ilícita porque sus componentes decidieran ejecutar un sólo delito. Es más, el propio Tribunal Supremo se refiere a ellas, empleando una fórmula que ya hemos referido antes: “*en cualquier caso parece que tal asociación requiere formalmente una cierta consistencia, lejos de lo meramente esporádico*”.

3.2 EL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL, EL ART. 570 BIS DEL CÓDIGO PENAL.

Además de la previsión anterior, la L.O. 5/2010, de 23 de noviembre, por la que se reforma el Código penal, introduce el art. 570 bis, bajo la rúbrica del Capítulo VI, Título XXII, “De las organizaciones y grupos criminales”. Precepto nuevamente reformado por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo que, en ese caso, mantiene inalterado el concepto normativo de organización criminal³⁸. Así, en el último párrafo del referido precepto se dispone que: “*A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*”.

Con esa tipificación de organización criminal el solapamiento normativo con el delito de asociación ilícita es evidente y más si tenemos en cuenta la construcción Jurisprudencial que sobre éste ha realizado el Tribunal Supremo, lo cual evidencia FARALDO CABANA al poner de manifiesto que ambos ilícitos no pueden distinguirse en atención a la gravedad de los delitos a perpetrarse por una u otra, ni, tampoco, en atención a la mayor o menor estabilidad o permanencia de la organización criminal con respecto a la asociación ilícita, o que se pretenda caracterizar a la organización criminal porque su origen eran inicialmente delictivos, dado que esa característica está también ínsita en el delito de asociación ilícita³⁹.

37. Al respecto, vid. la STS 28 de octubre de 1997, caso Filesa, en la que el Tribunal Supremo distingue entre asociaciones ilícitas *ab initio*, de aquellas otras cuyos fines ilícitos devienen con posterioridad. Vid., al respecto, QUINTERO OLIVARES, G., “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en *Delincuencia organizada*, (FERRE OLIVE-ANARTE BORRALLO, editores), Huelva, 1999, págs. 177 y ss., donde propone la supresión del art. 515.1º, por entender que tal supuesto «está ya previsto en otros lugares del Código o, incluso, en el propio art. 515».

38. Al respecto, vid., GARCÍA RIVAS, N., “Organización criminal para la financiación de un partido político «el caso de los papeles de Bárcenas»”, en *Revista Penal*, núm. 40, Julio 2017, págs. 111 y ss.

39. FARALDO CABANA, P., “Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita” en *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal* (VILLACAMPA ESTIARTE, C., Coordinadora), Pamplona, 2013, págs. 77-80

En esa misma línea de consideraciones se han tratado de buscar otro tipo de diferencias entre ambos ilícitos; unos atienden al bien jurídico. ya que en el delito de asociación ilícita se tutela el correcto ejercicio del derecho de asociación, mientras que en el delito de organización criminal es el orden público, aunque, también se afirma que el orden público es el bien jurídico que subyace en el delito de asociación ilícita. Con independencia de lo anterior se han abundado en distintos argumentos que, a mi parecer, no contribuyen demasiado a establecer unos criterios sólidos de distinción⁴⁰. Al respecto, creo que, con buen criterio, LEÓN ALAPONT trae a colación la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2011, de 2 de junio, “en relación con las organizaciones y grupos criminales”, donde, en el apartado V destinado a los problemas concursales con el delito de asociación ilícita se afirma:

“El art. 515 contempla, pues, auténticos supuestos de asociaciones, esto es, de agrupaciones de personas, de carácter estable, con relaciones de jerarquía entre sus miembros y división de funciones y tareas, y entre las que existen un vínculo asociativo por encima de la voluntad individual de cada uno de sus miembros y cuyos fines no se identifican necesariamente con la realización de hechos delictivos, sino que pueden tener otras finalidades distintas, si bien en atención a las mismas o a los modos utilizados para su obtención, el legislador considera que dichas conductas la hacen merecedora de reproche penal. Sin embargo, en relación a las organizaciones y agrupaciones criminales, la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010 afirma que las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente “asociaciones” que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad”⁴¹.

En suma, como muy bien pone de relieve el referido autor⁴², partiendo de la Instrucción de la Fiscalía, el criterio para distinguir una asociación ilícita de una organización criminal es el de atender al tipo de actividad de la asociación (podría ser el caso de un partido político), combine o pretenda combinar paralelamente una actividad ilícita con otra que no lo es, entonces esos hechos deberían subsumirse en el art. 515.1 del Código penal. Sin embargo, si la actividad llevada a cabo por la asociación (por el partido político) es total o mayoritariamente ilícita, merecerá el calificativo de organización criminal, de lo que se infiere que de la actividad de la organización criminal reporta un desvalor de mayor entidad que de la actividad de la asociación ilícita⁴³.

40. Una referencia detallada sobre las diferentes posiciones doctrinales en orden a tratar de abundar en las diferencias entre ambos ilícitos puede encontrarse en el trabajo de LEÓN ALAPONT, J., “La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?”, en *Revista General de Derecho penal*, núm. 27, 2017, págs. 23 y ss.

41. Circular de la FGE 2/2011, de 2 de junio, “sobre la reforma del Código penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales”, pág. 27

42. LEÓN ALAPONT, J., “La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?”, ob. cit., pág. 26

43. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, 2009, pág. 58

Ahora bien, también es cierto que no siempre será sencillo delimitar entre esa actividad lícita de la asociación que la combina con otras de carácter ilícito (piénsese en la financiación absolutamente ilícita de un partido político), con la actividad delictiva que representa la casi totalidad o una actividad mayoritariamente ilícita de ese partido político, es decir, que su actividad pudiera ser subsumible dentro del delito de asociación ilícita como en el delito de organización criminal. Al respecto, un sector de la doctrina se decanta por la vía del concurso de normas⁴⁴, por lo que en virtud de lo previsto en el art. 8.4 del Código penal, la consecuencia sería aplicar el precepto con mayor penalidad, esto es, el de organización criminal, lo cual llevaría acarreada su disolución (art. 570 quáter, y art. 33.7 del Código penal). Criterio que, asimismo, es el que propone la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2011, de 2 de junio, en el que expresamente se determina que en la hipótesis de un conflicto de normas entre los artículos 515.1 y 570 bis CP, se aplicará el criterio de alternatividad previsto en el art. 8.4 CP, de conformidad con lo establecido en el art. 570 quáter CP, de modo que deberán aplicar el tipo con pena más grave, esto es, el art. 570 bis⁴⁵.

Las consecuencias que se infieren de lo anterior no son, precisamente, baladís ya que la Constitución atribuye a los partidos políticos una función esencial como fundamento del pluralismo político, además de establecerlos como mecanismos para la formación y manifestación de la voluntad popular, de la misma forma que les atribuye el carácter de instrumentos de participación política (art. 6 CE); todo ello, sin olvidar la concurrencia de otros derechos fundamentales en juego, como el derecho de asociación (art. 22 CE) y el derecho de participación política (art. 23 CE)⁴⁶, lo cual lleva a LEON ALAPONT a mostrarse especialmente prudente con las consecuencias jurídicas aplicables a los partidos políticos anteriormente apuntadas, sin perjuicio de la colisión que entrañan con lo previsto en los art. 31 bis y siguientes del Código penal⁴⁷.

3.3 LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO PERSONAS JURÍDICAS, ARTS. 31 BIS Y SS DEL CÓDIGO PENAL.

La L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el art. 31 bis a través de un sistema de *numerus clausus*, es decir, sólo determinados delitos expresamente previstos por el legislador podían ser susceptibles de comisión por las personas jurídicas, con la particularidad de que en el caso de los partidos políticos, en el apartado 5 del mismo precepto se les excluía expresamente:

44. GARCÍA RIVAS, N., “Organización criminal para la financiación de un partido político «el caso de los papeles de Bárcenas», ob. cit., pág. 122.

45. Circular de la FGE 2/2011, de 2 de junio, “sobre la reforma del Código penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales”, pág. 28.

46. FARALDO CABANA, P. “La disolución de partidos políticos como sanción penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXVIII, 2018, pág. 123, quien destaca “...el peligro que supone dejar en manos de cualquier juez penal la posibilidad de imponer una pena de tanta relevancia para la vida política del país como la disolución de un partido”.

47. LEON ALAPONT, J., “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de éstos como personas jurídicas”, en *Indret*, octubre 2018, págs. 26y 27.

“5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”.

Con independencia de que la fórmula utilizada por el legislador al excluir de responsabilidad a determinadas entidades que tenían por objeto el cumplimiento de fines públicos pudiera ser comprensible, dado que la imposición de multas implicaba dificultades en el cumplimiento de dichos fines públicos o de que se llegara a considerar que no era lógica la intervención del Estado en el propio Estado o en sus propios órganos⁴⁸, lo que resultó sorprendente es que se excluyera a los partidos políticos como sujetos penalmente responsables a pesar de que pudieran ser ilegalizados en virtud de la L.O. 6/2002, de 27 de junio, de Partidos políticos, y, por lo tanto, podría acordarse su disolución⁴⁹, sin perjuicio de que, como hemos visto con anterioridad, los partidos políticos pudieran ser considerados asociaciones ilícitas o, incluso, organizaciones criminales.

Ahora bien, mediante una nueva reforma mediante la L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, volvió a modificarse la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, y con ella el art. 31 bis 5 del Código penal, que elimina la exclusión de partidos políticos y sindicatos, incluyéndolos, así, dentro del régimen general de responsabilidad de las personas jurídicas, superándose con ello, según reza en la Exposición de Motivos de la Ley, la “*percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política*”. Aunque, como muy bien sostiene TERRADILLOS, “no existían antes de la LO 7/2012, lagunas normativas que impidieran la persecución penal de asociaciones u organizaciones que bajo la forma de partidos políticos o sindicatos, persiguen objetos delictivos⁵⁰”. Todo ello, sin perjuicio de que, asimismo, algún autor evidenciara desde el principio las dificultades que suponía la aplicación del art. 31 bis a la actividad de los partidos políticos⁵¹.

Sin embargo, no ha sido esta la última reforma, el precepto vuelve a modificarse mediante la L.O. 1/2015 donde se prevé en el art. 33.7 un elenco de penas verdaderamente aflictivas, como la disolución del partido político, suspensión temporal de sus actividades, inhabilitación para subvenciones o la clausura de sus locales; sin embargo, la imposición de tales penas está sujeta a una serie de criterios taxativos previstos en el art. 66 bis del Código penal, por lo que la medida de disolución de un partido político en una medida de carácter excepcional, únicamente, prevista para supuestos muy graves, supuesto, como señala BAUCCELLS, donde

48. FARALDO CABANA, P. “La disolución de partidos políticos como sanción penal”, ob. cit., pág. 23.

49. MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Pamplona, 2010, pág. 61

50. TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, (ALVAREZ, GARCÍA, F.J., Director), Valencia, 2013, pág. 176.

51. MAROTO CALATAYUD, M., *La financiación ilegal de los partidos políticos*, ob. cit., pág. 318.

exista una estructura claramente criminógena, “*sin ningún tipo de cultura de cumplimiento y con varios dirigentes del mismo responsables de hechos criminales*”⁵².

Finalmente, para concluir con este apartado quisiera referirme brevemente a las hipótesis concursales que pudieran surgir entre el art. 31 bis y el art. 515.1 del Código penal y es que, a pesar de que el delito de asociación ilícita pueda ser aplicable a un partido político, considero que existen criterios para deslindar con nitidez ambos preceptos ya que se refieren a dos supuestos de hecho distintos. En efecto, la descripción típica del delito de asociación ilícita se refiere a la existencia de un programa criminal, esto es, el delito previsto no tiene porqué ejecutarse, mientras que el art. 31 bis del Código penal estipula la condena del partido político porque determinadas personas físicas sí que llegan a perpetrar el hecho delictivo⁵³.

3.4 LA CLÁUSULA DE CIERRE DEL ART. 122 DEL CÓDIGO PENAL: EL PARTICÍPE A TÍTULO LUCRATIVO.

El día 24 de mayo de 2018, la Sección Segunda Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó la Sentencia núm. 20/2018, por la que condenaba a la suma de 351 años de prisión a un total 29 personas por la comisión de 12 tipos delictivos diferentes en el denominado “*Caso Gürtel*”. Asimismo, la Sala condenó, como partícipes a título lucrativo, al Partido Popular por unos hechos que tuvieron lugar entre los años 1999 a 2005, con la particularidad de que, como hemos visto, la responsabilidad penal de los partidos políticos no se introduce en el Código penal hasta el año 2012. Por otro lado, téngase presente que el delito de financiación ilegal de partidos políticos se incorpora al Código penal mediante la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, es decir, se trata de unos hechos que tuvieron lugar cuando no existía la previsión del art. 31 bis y, desde luego, que eran anteriores a la entrada en vigor del art. 304 ter. del Código penal que, como hemos analizado al inicio, incrimina la financiación ilegal de los partidos políticos.

La condena del Partido Popular no ha sido la primera por ese concepto, sino que existen precedentes muy significativos como son, entre otros, la condena a Unió Democràtica de Catalunya, mediante Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 53/2013, de 21 de enero, dictada con conformidad de las partes, en la que se condena al partido a resarcir la cantidad de 197.284,28 € por haber destinado esos fondos a su beneficio. Asimismo, Convergència Democràtica de Catalunya fue condenada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de diciembre de 2017, que todavía no es firme, por haber obtenido a través del Palau de la Música de Catalunya la cantidad de 6.670.105,58 € en pago de comisiones que una empresa constructora había pactado con dirigentes del citado partido a cambio de adjudicaciones de contratos de obra pública.

En todo caso, las condenas a dirigentes de otros partidos políticos por conductas relacionadas con la corrupción abarca la mayoría del espectro de partidos españoles, con la particularidad, insisto, de que el delito de financiación ilegal no se incorpora al Código penal hasta el año 2015, lo que determinaba que se

52. BAUCCELLS LLADÓS, J., “Corrupción y responsabilidad penal de los partidos políticos”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 20-28, 2018, págs. 12-13.

53. Al respecto, vid., LEON ALAPONT, J., “La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?”, ob. cit., págs. 28 y ss.

castigara a esos dirigentes en virtud de otros tipos delictivos, como el cohecho, la prevaricación, la falsedad documental, la malversación, etc⁵⁴.

Por otro lado, como decía al inicio, el Código penal español prevé una cláusula de cierre en el art. 122 del Código penal que dispone:

“El que por título lucrativo hubiese participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación”.

Las características esenciales del precepto son las siguientes:

1. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 447/2016, de 25 de mayo precisa que el partícipe a título lucrativo no es un responsable penal. Su responsabilidad es exclusivamente civil, por más que se ventile en un proceso penal. A esta conclusión no se opone el hecho de que esa responsabilidad se derive de una acción delictiva ejecutada por otro. Se trata, en consecuencia, de una responsabilidad civil directa declarada en sentencia constitutiva, que en nada puede confundirse con la responsabilidad criminal.
2. El partícipe a título lucrativo, por definición, no puede tener conocimiento alguno del hecho típico ejecutado por otro y del que se derivan sus activos patrimoniales. Esto es, participa de los efectos del delito o, dicho de otro modo (reproduciendo en su literalidad los términos recogidos en la STS 447/2016, de 8 de noviembre), “participa del delito, pero no en el delito.
3. Asimismo, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 57/2009, de 2 de febrero, la sanción del resarcimiento no exige que se acredite a qué dedicó el responsable lucrativo los bienes percibidos, sólo exige que los haya aprovechado, incorporándolos a su patrimonio. Estimándose, cuando se trata de fondos (dinero), remansados en cuentas corrientes que, por su fungibilidad, tal incorporación al patrimonio se produce desde su ingreso.

Como decía al inicio, la superposición normativa existente en el Código penal español con respecto a la responsabilidad penal de los partidos políticos no es, precisamente, un ejemplo de técnica legislativa, lo cual contribuye a abundar en la confusión con respecto a los tipos potencialmente aplicables, además de crear unas zonas de solapamientos típicos que no favorecen demasiado la posibilidad de una nítida delimitación conceptual entre todos ellos.

54. LEON ALAPONT, J., “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de éstos como personas jurídicas”, ob. cit., págs. 4 y ss., donde recoge algunos de los casos más relevantes de corrupción de los partidos políticos en España.

BIBLIOGRAFÍA

BAUCELLS LLADÓS, J., “Corrupción y responsabilidad penal de los partidos políticos”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 20-28, 2018.

BUSTOS RUBIO, M., “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, en *Revista Penal*, nº 37, 2016.

CANCIO MELIA, M., en *Comentarios al Código penal*, (RODRIGUEZ MOURULLO, Director), Madrid, 1996,

FARALDO CABANA, P., “Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita” en *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal* (VILLACAMPA ESTIARTE, C., Coordinadora), Pamplona, 2013.

FARALDO CABANA, P. “La disolución de partidos políticos como sanción penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXVIII, 2018,

GARCÍA ARÁN, M., “Sobre la tipicidad penal de la financiación irregular de los partidos políticos”, en *Derecho penal para un Estado Social y Democrático de Derecho (Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto)*, Madrid, 2016.

GARCÍA RIVAS, N., “Organización criminal para la financiación de un partido político «el caso de los papeles de Bárcenas»”, en *Revista Penal*, núm. 40, Julio 2017.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. “Financiación ilegal de partidos políticos y corrupción”, en *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación*, (CASTRO MORENO, A.-OTERO GONZÁLEZ, P., Directores), Madrid, 2016.

LEÓN ALAPONT, J., “La responsabilidad penal de los partidos políticos en España. ¿Disfuncionalidad normativa?”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 27, 2017.

LEON ALAPONT, J., “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de éstos como personas jurídicas”, en *Indret*, octubre 2018.

MACÍAS ESPEJO, B., “Sobre la incriminación de la financiación ilegal de partidos políticos en el artículo 304 bis del Código penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*,

MAROTO CALATAYUD, M., *La financiación ilegal de los partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Madrid, 2015.

MAROTO CALATAYUD, M., “Financiación ilegal de partidos políticos”, en *Comentario a la reforma penal de 2015*, (QUINTERO OLIVARES, G., Director), Pamplona, 2015.

MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Pamplona, 2010

MUÑOZ CUESTA, F.J., “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2015.

NAVARRO CARDOSO, F., “Corrupción, transparencia y Derecho penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 114, 2014.

NIETO MARTÍN, A., “Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13)”, en *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, (ARROYO ZAPATERO, L.- NIETO MARTÍN, A., Coordinadores) Cuenca, 2006.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., “La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en *Revista Penal*, nº 39, 2017.

OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia, 2014.

OLAIZOLA NOGALES, I., “Las reformas legales relacionadas con la financiación de los partidos políticos”, en *Corrupción pública prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidad* (JAREÑO LEAL, A. –DOVAL PAÍS, A. Directores), Pamplona, 2015.

OLAIZOLA NOGALES, I., “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del CP”, en *Diario La Ley*, nº 8516, 10 de abril de 2015, Ref. D-141.

PUENTE ABA, L.M., “Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015* (Director, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.), Valencia, 2015. QUINTERO OLIVARES, G., “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en *Delincuencia organizada*, (FERRE OLIVE-ANARTE BORRALLA, editores), Huelva, 1999

ROMERO FLORES, B., *Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular*, Barcelona, 2005.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, en *Estudios sobre el Código penal reformado* (MORILLAS CUEVA, L., Director), Madrid, 2015.

SANDOVAL, J.C. “Aportación a una reflexión político criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 22, 2014.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Responsabilidad penal de las perezonas jurídicas”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, (ALVAREZ, GARCÍA, F.J., Director), Valencia, 2013.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, 2009.

DEMOCRACIA, ADIAMENTO DE ELEIÇÃO (COM OU SEM PRORROGAÇÃO DE MANDATO) POR MOTIVO DE PANDEMIA E SIMPLES PRORROGAÇÃO DE MANDATO.

DEMOCRACY, POSTPONEMENT OF ELECTION (WITH OR WITHOUT EXTENSION OF MANDATE) DUE TO PANDEMIC AND SIMPLE EXTENSION OF MANDATE.

Wilson Alves de Souza *

RESUMO

Este trabalho objetiva defender a tese de que numa democracia, em caso de força maior, como uma epidemia que exija o isolamento social total, é razoável o adiamento de eleição, desde que esta exigência se revele presente na sua data prevista, se possível em tempo de dar posse aos eleitos; se impossível, pode haver prorrogação de mandato ou incidência de alguma regra específica que regule o exercício provisório do cargo, até que permaneça o motivo de força maior. Também se objetiva defender a tese de que a simples prorrogação de mandato por conveniência política, ainda que mediante emenda à constituição, é ato inconstitucional e se caracteriza como golpe de estado.

Palavras-chave. Democracia; eleição; pandemia; prorrogação de mandato; inconstitucionalidade; golpe de estado.

RESUMEN

Este trabajo objetiva defender la tesis de que en una democracia, en caso de fuerza mayor, como una epidemia que exija el aislamiento social total, es razonable el adiamento de elección, con la condición de que esta exigencia se revele presente en la fecha prevista, si posible en tiempo de dar posesión a los elegidos; si imposible, puede ocurrir la prórroga del mandato o la incidencia de alguna regla específica que regule el ejercicio provisorio del cargo, hasta que permanezca el motivo de fuerza mayor. También se objetiva defender la tesis de que la prórroga simple de mandato por conveniencia política, aunque mediante enmienda a la constitución, es acto inconstitucional y caracterizado como golpe de estado.

Palavras clave. Democracia; elección; pandemia; prórroga de mandato; inconstitucionalidad; golpe de estado.

* Doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires. Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor Titular de Direito Processual Civil da UFBA. Desembargador do TRF da 1ª Região.

ABSTRACT

This article aims to defend the thesis that in a democracy, in case of force majeure, such as an epidemic that requires total social isolation, it is reasonable to postpone the election, as long as this requirement is present on its expected date, if possible in time for the elected officials to take office; if impossible, there may be an extension of mandate or the incidence of some specific rule that regulates the provisional exercise of the office, until force majeure remains. This article also intends to defend the thesis that the simple extension of mandate for political convenience, even though a constitutional amendment, it is unconstitutional and is characterized as a coup d'état.

Keywords. Democracy; election; pandemic; extension of mandate; unconstitutionality; coup d'état.

1. INTRODUÇÃO

O mundo vive hoje o dilema de uma pandemia (o COVID-19) de proporções catastróficas, que atinge gravemente a economia, a saúde e o cotidiano das pessoas. Como se trata de um vírus novo, até mesmo os cientistas especialistas em virologia e epidemiologia não apresentam informações e dados seguros que permitam eliminar em curto prazo os efeitos desta pandemia, de modo que os governos e pessoas têm grande dificuldade em fazer planejamento com segurança a respeito de suas atividades futuras de prazo razoavelmente longo.

Assim, o que se sabe é que este vírus é de fácil transmissão por pessoas já contaminadas, mesmo sem sintoma algum, e no momento não existem vacinas nem medicamentos seguros que permitam, respectivamente, a prevenção e a cura das pessoas contaminadas sintomáticas, muitas com risco de vida.

Considerando que este complexo de problemas pode colapsar o sistema de saúde de qualquer país do planeta, os especialistas em saúde pública e a Organização Mundial da Saúde recomendam a todos, especialmente às autoridades públicas mundiais, o máximo de isolamento social das pessoas, com a ressalva daquelas que, efetivamente, trabalhem em atividades essenciais como medida absolutamente necessária à redução dos drásticos efeitos desta pandemia e à preservação máxima possível da vida de seres humanos.

Algumas pessoas podem trabalhar em suas próprias casas, mas o fato é que a maior parte dos serviços públicos e privados está paralisada, como escolas, teatros e casas comerciais; espetáculos foram cancelados ou adiados *sine die*, e alguns com data futura larga, como é o caso das Olimpíadas de Tóquio, que estavam marcadas para julho-agosto/2020 e foram adiadas para os mesmos meses de 2021.

De outro lado, este complexo de problemas gerou fortes impactos na economia e na política.

No âmbito político, ganharam destaque, ultimamente, no Brasil e nos Estados Unidos da América, discussões sobre a possibilidade de adiamento das eleições (as brasileiras, para prefeitos e câmaras municipais; as americanas para presidente da República), marcadas, respectivamente, para outubro e novembro de 2020, por causa do COVID-19.

No Brasil, mais do que discussões, já existem proposições de prorrogação de mandatos dos prefeitos e vereadores para 2022, sob os fundamentos da crise gerada por esta epidemia do COVID-19 e do alto custo do evento, de modo que o dinheiro que se gastaria com a eleição deveria ser voltado para a saúde e para a recuperação da economia.

Ante todo este panorama, que pode ter conotação geral ou particular, e considerando que as eleições envolvem um processo complexo e razoavelmente longo no tempo para a sua realização, o problema que aqui se apresenta é o seguinte:

1. Em caso de força maior, como uma epidemia, que exija isolamento social, é razoável o adiamento de eleição?

2. Se positiva a resposta à pergunta anterior, o adiamento deve ocorrer sem ou com prorrogação de mandato?

3. Considerando o panorama atual, há ou não necessidade de adiamento, no Brasil, das eleições municipais marcadas para outubro de 2020, por causa da epidemia do COVID-19?

4. Como deve ser qualificada a atitude de um parlamento, num Estado supostamente democrático, que edite ato normativo para prorrogar mandatos eleitorais além do tempo necessário à exigência de isolamento social em caso de uma epidemia, sem relação direta com esta, ainda que a invoque como justificativa?

2. DEMOCRACIA

Democracia, palavra de origem grega, objetivamente – e neste texto não se propõe alargar este conceito –, significa o povo no poder. É isso que aproxima este conceito do significado radical desta expressão (governo do povo).

Numa democracia ideal a população toma as decisões políticas diretamente, ou seja, sem intermediários.

Como na sociedade moderna e complexa não é possível o exercício direto do poder político, a ideia de democracia se realiza indiretamente, isto é, pelo sistema de representação popular (e aí importam as fórmulas jurídicas do tipo “o povo no poder”, “todo poder emana do povo”, etc.),² o que exige eleições periódicas.

3. ELEIÇÃO

Na perspectiva do Direito Constitucional e do Direito Eleitoral, eleição é o processo complexo com o objetivo de o povo de determinado estado escolher seus agentes políticos.

Sendo assim, e considerando o exposto no item anterior, por mais que seja certo o desgaste do atual modelo representativo,³ dele não temos como nos afastar

2 Saber aqui quem é o “povo” se põe como dilema dos maiores da democracia representativa, mas o propósito deste artigo não permite maiores dilações sobre o tema. Para aprofundamento deste assunto, ver, MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução: Peter Nauman. 2ª ed. São Paulo: Max Limonada, 2000.

3 Sobre o atual dilema da crise de representação, ver NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Representação, crise e mal-estar institucional*. Em Downloads/crisis-de-representacin-y-constituciones-contramayoritarias-0. Consultado em 09.04.2020.

até que o gênio humano encontre algo melhor, de modo que a representação popular numa verdadeira democracia exige que os cargos políticos sejam ocupados mediante eleições populares com mandatos temporários.

É verdade que mesmo em muitos estados considerados democráticos os agentes do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo,⁴ e o mesmo sucede em poucos outros em pequena parcela do legislativo, a exemplo dos senadores vitalícios no sistema italiano⁵. Mas isso é clara exceção, que pode até merecer crítica, mas que aqui não é o caso de fazê-la.

4. ADIAMENTO DE ELEIÇÃO SEM OU COM PRORROGAÇÃO DE MANDATO ELEITORAL: CONCEITOS E DISTINÇÕES

Existem determinados atos jurídicos que têm data e hora certa para sua realização, como uma audiência num processo judicial e a realização de eleições.

Fixadas data e hora para a realização de tais atos, podem estes, em tese, ser modificados. No caso, “modificar” é gênero, cujas espécies são a antecipação ou o adiamento. Antecipar a realização do ato é designar dia e hora anteriores para tal fim; por meio do adiamento o ato deve ser realizado em dia e hora posteriores.

No caso de audiência em processo judicial é muito comum a possibilidade de determinação de seu adiamento, mas os códigos de processo civil costumam regulamentar também a sua antecipação.⁶

Aqui, no entanto, o foco é uma eleição, que, como se sabe, sem embargo de ser ato complexo de formação sucessiva, tem dia e hora para começar e para terminar. Caso tenha chegado o termo final do horário de votação e existam eleitores que chegaram tempestivamente, mas estão impedidos de votar por causa de fila, os ordenamentos jurídicos costumam adotar o sistema de entregas de senhas para que todos estes eleitores possam votar.⁷

Apesar de este trabalho não ter como objeto de estudo a antecipação de eleições, cabe esclarecer que esta possibilidade é comum no sistema parlamentarista, mas no sistema presidencialista é vista com forte suspeita, ainda que não importe em restrição ao mandato dos eleitos.

Isto esclarecido, pelo menos nos sistemas presidencialistas democráticos, normalmente não se cogita o adiamento de eleição. Ao contrário, os ordenamentos costumam dispor expressamente com o objetivo de que a eleição ocorra de toda maneira, inclusive com a possibilidade de requisição da força pública para garantir a segurança dos eleitores e dos servidores públicos, inclusive dos cidadãos convocados para o serviço eleitoral.⁸

4 Sobre os tipos de investidura dos juízes, ver SOUZA, Wilson Alves de. *Los límites subjetivos internos de la jurisdicción. Caracterización de la sentencia dictada por un órgano jurisdiccional sin atribución constitucional*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2016, p. 161/177.

5 Ver Constituição italiana (art. 59), segundo a qual o Presidente da República pode indicar até 05 (cinco) senadores vitalícios, cargo que também pode ser exercido, salvo renúncia, por quem foi Presidente da República. https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Consultado dia 04.04.2020.

6 Ver, por exemplo, Código de Processo Civil brasileiro, art. 363. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

7 Exatamente assim, por exemplo, o Código Eleitoral brasileiro (ver art. 153 e parágrafo único). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm

8 No direito brasileiro, por exemplo, é possível até mesmo a requisição das forças armadas para o fim de garantir a segurança de todos e, assim, a eleição se realize no tempo devido. Ver Código Eleitoral brasileiro, art. 23, XIV. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm

No entanto, o fato é que podem surgir motivos de força maior que impeçam a realização de uma eleição no dia e hora marcados, como uma guerra ou uma epidemia.

Se, por acaso, o tema fora expressa e previamente regulado pelo legislador, em princípio não há problema.

Com efeito, o problema está exatamente quando não há regulamentação expressa sobre o assunto,⁹ de modo que este é o objetivo maior deste trabalho.

De logo, cabe adiantar que os casos de força maior, como nos citados exemplos, são gravíssimos e excepcionais, mas nem sempre justificam o adiamento de eleição, pois, além dos fatos em si, é indispensável verificar se as circunstâncias do momento são determinantes para tanto, sempre tendo em conta a preservação da vida da população.

Sendo assim, adiamento de eleição é a sua postergação para data futura.

Em princípio, o adiamento de eleição não significa, necessariamente, que terá que ocorrer prorrogação de mandato. Assim, por exemplo, é possível que uma epidemia assolasse um país em determinado momento, a exigir o adiamento das eleições – sempre com a condição de necessidade de preservação da vida da população – e em tempo futuro próximo possam ocorrer fatos novos que permitam a realização do pleito em tempo de não necessitar de prorrogação de mandato.

Assim, tem-se o adiamento de eleição sem prorrogação de mandato quando há necessidade da postergação do pleito para data futura por motivo de força maior, sem afetar a posse dos eleitos no tempo previsto.

Sucedem que, em tese, as circunstâncias de força maior podem permanecer com a exigência do isolamento social total até algum tempo depois da data em que os eleitos deveriam tomar posse, se a eleição ocorresse no tempo próprio. Nesse caso, à falta de regra prévia de exercício provisório do cargo em casos como tais, é razoável a prorrogação dos atuais mandatos até o final da proclamação dos candidatos eleitos.

Deste modo, tem-se o adiamento de eleição com prorrogação de mandato quando há, por falta de regulamentação prévia de exercício provisório do cargo, necessidade da postergação do pleito para data futura por motivo de força maior, ficando a posse dos eleitos transferida para depois da proclamação do resultado eleitoral.

Neste ponto, cabe esclarecer o exato sentido da expressão “exercício provisório do cargo”, que acima usei, em caso de falta de regulamentação. Observe-se que em tal hipótese haverá exercício do cargo por alguém porque um mandato se encerrou, o cargo está vago e não pode haver vazio de poder; este exercício, no entanto, é provisório, porque ocorrerá apenas pelo tempo necessário à realização das eleições.

Observe-se que no adiamento de eleição com prorrogação de mandato também há exercício provisório do cargo, tal como explicado no parágrafo anterior, mas com uma distinção: quem exercerá o cargo será a mesma pessoa que o exercera conforme o mandato vencido.

Neste ponto, é questionável a ideia de prorrogação de mandato, ainda que para exercício provisório do cargo e nas condições acima estabelecidas. No en-

⁹ É o caso do direito brasileiro.

tanto, toda vez que um determinado ordenamento não regule algo para a solução de um problema, temos que encontrar caminhos dentro do próprio sistema jurídico.

De outro lado, é preciso ter em conta que estou tratando de uma hipótese em que não há regulamentação sobre o tema, e não há outra solução possível,¹⁰ a não ser a designação de qualquer pessoa por critérios arbitrários, seja quanto ao beneficiário da designação, seja quanto a quem designou.

Veja-se que o caso aqui tratado não é de vacância de cargo, pois esta se dá pela ocorrência de algum fato definitivo no curso do mandato que resulte num vazio orgânico, e, não sendo possível a sucessão no cargo, alguém é chamado a exercê-lo até que haja sua ocupação definitiva – na hipótese aqui em estudo, a realização de eleições e a posse do eleito. No entanto, reconhece-se que, em tese, estas regras de ordem sucessiva para exercício provisório de cargo, normalmente existentes nos ordenamentos, podem ser aplicadas por analogia, se for o caso.¹¹

Isto esclarecido, penso que a proposição que aqui apresentada tem, seguramente, duas vantagens: a) quem exerceria o cargo provisoriamente pelo menos fora antes eleito pelo povo, e válido é repetir que essa concessão só se daria em decorrência de força maior e pelo tempo necessário; b) continuidade administrativa, pois não seria conveniente a designação arbitrária de alguém (sem contar a arbitrariedade a respeito de quem tem autoridade para esta indicação) num momento de grave crise sanitária.

5. PRORROGAÇÃO DE MANDATO

Prorrogação de mandato, *tout court*, é a institucionalização da dilatação do seu termo final, quase sempre por período consideravelmente longo, por conveniência política.

Percebe-se, que a simples prorrogação de mandato não se funda em motivo de força maior, mas sim na pura conveniência política, e normalmente ocorre por

¹⁰ É exatamente o caso das eleições brasileiras marcadas para outubro de 2020, considerando que todos os mandatos dos atuais prefeitos, vice-prefeitos e vereadores estarão encerrados em 31 de dezembro deste mesmo ano, pois a posse dos eleitos está marcada para 01º de janeiro de 2021, não havendo norma regulamentadora sobre o tema, e não seria materialmente possível aplicar por analogia as regras de exercício provisório do cargo em caso de vacância, conforme adiante esclarecido.

¹¹ No ordenamento brasileiro, no caso de eleição presidencial, esta regra de vacância poderia ser aplicada analogicamente em alguma hipótese, pois, segundo a Constituição brasileira, em caso de vacância dos cargos de presidente e vice-presidente da República, a ordem de ocupação (provisória) do cargo é a seguinte: a) presidente da câmara dos deputados (que não poderia ser chamado, porque seu mandato já estaria também encerrado, e no Brasil a eleição para Câmara dos Deputados ocorre no mesmo dia que o do 1º turno da eleição presidencial; b) presidente do Senado da República (este poderia ser chamado a ocupar o cargo a depender de algumas circunstâncias, pois, no Brasil, conquanto a eleição para senadores também ocorra na mesma data do 1º turno da eleição presidencial, o mandato senatorial é de oito (08) anos, com alternância, de modo que este eventual presidente do Senado poderia ter mais quatro (04) anos de mandato se e quando este fato hipotético ocorrer); c) presidente do Supremo Tribunal Federal, que poderia ser chamado a ocupar o cargo em caso de impossibilidade de chamamento do presidente do Senado (ver Constituição brasileira: arts. 79, 80 e 46, §§ 1º e 2º). Esta regra simétrica também se aplica à eleição para governadores dos Estados, guardadas as proporções, e aqui seria chamado a ocupar o cargo provisoriamente o presidente do Tribunal de Justiça do respectivo Estado, pois não há senado nos Estados e o presidente da Assembléia Legislativa também estaria com seu mandato encerrado, além do que a eleição para deputado estadual ocorre na mesma data do 1º turno da eleição para governador (ver, por exemplo, Constituição do Estado da Bahia, art. 101 e 102, com os respectivos parágrafos: http://www.al.ba.gov.br/fservlet/imagensAlbanet:upload:Constituicao_2018_EC_251.pdf). Para o caso, de vacância do cargo de prefeito e vice-prefeito, não haveria qualquer possibilidade material desta solução, pois quem exerceria o cargo provisoriamente, seria o presidente da câmara municipal ou, sucessivamente, o vereador mais antigo (ver, por exemplo, Lei Orgânica do Município do Salvador, art. 53 e §§: <https://www.cms.ba.gov.br/lei-organica>), e, de outro lado, os mandatos dos vereadores venceriam junto com o do prefeito, pois no Brasil estas eleições são simultâneas. A falta de norma expressa nas leis orgânicas municipais, creio que invocar a analogia para o fim de chamar alguém do judiciário (tal qual no âmbito da União e dos Estados), que seria o juiz de direito da comarca, para ocupar o cargo de prefeito não seria a melhor solução, ainda que se trate de exercício provisório.

período considerável. A “motivação” de força maior até poderá aparecer, mas não passará de um engodo, pois, conforme visto no tópico anterior, se este fundamento fosse sério, o tempo da prorrogação ocorreria, obviamente, nos limites da permanência do fato excepcional.

De outro lado, a simples prorrogação de mandato (fundada na conveniência política) não determina o adiamento de eleição (que só pode suceder por motivo de força maior, ainda que resulte em prorrogação de mandato e enquanto aquela durar), mas sim, na prática, o seu cancelamento. É que a eleição que ocorreria já não mais ocorrerá em tempo algum, pois o resultado da prorrogação, na realidade, é a ocupação de um mandato novo, por tempo considerável, ainda que mais curto que o normal, sem eleição dos ocupantes. A eleição que virá depois é outra, e a que deveria acontecer já morreu, isto é, dela já não mais é possível cogitar.

6. ADIAMENTO DE ELEIÇÃO COM OU SEM PRORROGAÇÃO DE MANDATO ELEITORAL E PRORROGAÇÃO DE MANDATO, *TOUT COURT*, NO BRASIL

Não se pretende fazer aqui um histórico sobre adiamento de eleição com ou sem prorrogação de mandato e prorrogação de mandato, *tout court*, no Brasil, mas mera referência a alguns fatos.

Em verdade, desconheço algum fato histórico de adiamento de eleições por motivo de força maior, como guerra ou pandemia, com ou sem prorrogação de mandatos. No entanto, a prorrogação de mandato, *tout court* (por conveniência política), não é tema novo.

Sem embargo da existência de antigas leis estaduais em torno do assunto,¹² a prorrogação de mandatos por motivo de conveniência política é discutida com constância no Congresso Nacional.

Os motivos na apresentação deste tipo de projeto, seja em tempo de ditadura, seja em tempo de democracia, são os mais variados e incoerentes possíveis, às vezes com um misto de cinismo e de ridículo,¹³ claramente fruto do oportunismo político, com nítido sentimento de “golpismo atávico”, bem peculiar à política brasileira, conforme registros de inúmeros episódios¹⁴.

12 Existem diversas decisões antigas do Supremo Tribunal Federal sobre este tema envolvendo leis estaduais. Ver, por exemplo, os casos do Estado de Goiás (file:///C:/Users/JFBA/Documents/PRORROGAÇÃO%20DE%20MANDATO.STF.GOIÁS.1957.pdf), do Estado de Minas Gerais (file:///C:/Users/JFBA/Documents/PRORROGAÇÃO%20DE%20MANDATO.STF.%20MINAS.1965.pdf) e do então Estado da Guanabara: file:///C:/Users/JFBA/Documents/PRORROGAÇÃO%20DE%20MANDATO.STF.%20GUANABARA.1962.pdf. Em todos eles a decisão fora no sentido da declaração de inconstitucionalidade.

13 Em plena ditadura militar, estavam marcadas eleições municipais (para prefeitos, para vice-prefeitos e para vereadores, sem esquecer que os prefeitos das capitais dos Estados e dos municípios qualificados como de segurança nacional eram nomeados) para novembro de 1980, com a finalidade da sucessão dos eleitos em 1976, mas, por força da Emenda Constitucional nº 14 de 1980, os mandatos daqueles agentes políticos foram prorrogados até 1982. Sem prejuízo do argumento econômico para unificar as eleições, associado ao fato de que os juízes eleitorais tinham carga excessiva de trabalho, não faltou o mínimo de pudor ao parlamentar apresentador deste Projeto de acrescer, na sua justificativa, em clara atitude cínica, sem embargo de ridícula, que reconhecia a ojeriza que tinha a expressão “*prorrogação* de mandato”, e que seria o caso de substituí-la por “*extensão* de mandato”, de modo que sua “iniciativa cinge-se a *estender* a duração do exercício dos atuais Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores”. E o dado curioso desta atitude burlesca é o de que o projeto foi integralmente aprovado, pois a referida Emenda Constitucional ficou com a seguinte redação: “Os mandatos dos atuais Prefeitos, Vice-Prefeitos, Vereadores e seus Suplentes *estender-se-ão* até 31 de janeiro de 1983, com exceção dos Prefeitos nomeados” (grifos meus).

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181251/000390269.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Por mais que mereça repugnância, forçoso é convir que a ocorrência de fato desta natureza num regime ditatorial não surpreende.

14 NAPOLITANO, Marcos. Golpe de Estado: entre o nome e a coisa. Em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v33n96/0103-4014-ea-33-96-395.pdf>

Normalmente, considerando que as eleições no Brasil ocorrem de dois em dois anos (para presidente e vice-presidente da República, para senador, deputado federal, governadores e vice-governadores dos Estados e deputados estaduais num período, e dois anos depois para prefeitos, vice-prefeitos e vereadores dos municípios), costuma-se apresentar projetos com objetivo de prorrogação de mandatos sob a justificativa de que as eleições são caras e que a unificação das mesmas resultaria em redução dos custos e aplicação de tais valores em outras áreas do orçamento, como saúde, educação, etc.¹⁵

Agora, nada mais propício para o exercício de oportunismo político do que apresentação de propostas de prorrogação de mandatos por conta da pandemia do COVID-19.¹⁶

7. A PANDEMIA DE COVID-19: ADOÇÃO DO ISOLAMENTO SOCIAL E PREVISIBILIDADE DE SUA REDUÇÃO OU EXTINÇÃO

À falta de vacina para prevenção e de medicamento para tratamento imediato de enfermidade decorrente do COVID-19, os especialistas em epidemiologia e a Organização Mundial da Saúde têm recomendado (inclusive em vista da experiência de vários países) o isolamento social e a quarentena como meios para frear ou deter a transmissão deste vírus entre pessoas.¹⁷

Sucede que as pessoas necessitam de um mínimo de previsibilidade para o planejamento das suas atividades num futuro mais ou menos distante.

A epidemia do COVID-19 deixa os especialistas da área em dificuldades para nos ajudar nessa tarefa, pois não há como indicar uma previsão segura sobre o momento da eliminação do isolamento social ou pelo menos sua redução com segurança para a vida da população.

Ademais, estes especialistas afirmam a necessidade de o governo não afrouxar estas medidas e da colaboração da população enquanto estivermos na curva ascendente.

Em verdade, os cenários são os mais diversificados, mas, ainda que não se chegue à normalidade da vida social, é possível fazer projeção com alguma razoabilidade. Afirma, por exemplo, Guilherme Loureiro Werneck que “o que deve acontecer é que, após o pico, ao longo dos próximos dois ou três meses, dependendo do país, as medidas serão paulatinamente relaxadas. Obviamente, vai permanecer o isolamento de todos os pacientes que ainda têm sintomas, mas a quarentena geral tende a ser relaxada, na medida em que essa curva epidêmica dá sinal de redução, o que possivelmente ainda vai demorar um ou dois meses

15 Há um Projeto de Emenda Constitucional tramitando no Congresso, exatamente com esta linha de argumentação, apresentado em meados de abril de 2019, quando ninguém poderia cogitar a ocorrência de uma epidemia no Brasil. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=337072769883782B4E03C752545F09A7;proposicoesWebExterno1?codteor=1731048&filename=PEC+49/2019 Consultado em 10.04.2020.

16 Ver Projeto de Lei n. 809/2020, apresentada pelo Deputado Federal Sebastião Oliveira. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1869844&filename=PL+809/2020, bem assim a intenção do Senador Elmano Ferrer, de apresentação de Projeto de Emenda Constitucional documentada no Senado Federal, conquanto ainda não formalmente apresentada. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1869844&filename=PL+809/2020. Nesta reportagem consta a íntegra do referido Projeto, o qual, conquanto não tenha número formal no site do Senado Federal, vê-se que é um documento oficial, pois com protocolo da data e hora da apresentação. <https://piauihoje.com/noticias/politica/coronavirus-pec-de-elmano-pede-prorrogacao-dos-mandatos-de-prefeito-e-vereadores-ate-2022-344546.html>

17 Em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331706/WHO-2019-nCoV-Leveraging_GISRS-2020.1-spa.pdf

para acontecer”.¹⁸

Isso pode ser exato com base em experiências anteriores, mas é difícil estabelecer padrões seguros com fenômenos novos, como o COVID-19, apesar de que o aprendizado do que antes sucedeu de semelhante pode ser considerado, e, assim, se permita fazer projeções com alguma aceitação.

8. SOBRE OS DILEMAS DOS CONFRONTOS VIDA X ECONOMIA, DEMOCRACIA X ECONOMIA E VIDA X DEMOCRACIA

Na relação vida e economia e o possível problema a respeito do que deve prevalecer nesse confronto em tempos de pandemia, no sentido de que se deve privilegiar a salvação de vidas humanas ou a preservação da economia, põe-se, de fato, um falso dilema, pois, como advertem Kristalina Georgieva e Tedros Adhanom Ghebreyesus (respectivamente, Diretora-Geral e Diretor-Geral, do Fundo Monetário Internacional – FMI e da Organização Mundial da Saúde – OMS), “controlar a propagação do vírus é antes de tudo um pré-requisito para salvar as economias”.¹⁹ Aliás, as eleições bem poderiam ser mais baratas, especialmente as campanhas dos candidatos, sem comprometimento da eficiência com pertinência aos seus objetivos.

Com efeito, também não há dilema entre um possível confronto entre democracia e economia, especialmente com referência ao custo das eleições. É verdade que eleições custam caro, mas sem eleições não há democracia, e sem democracia a economia não funciona bem no atual processo civilizatório, no qual não há bom espaço econômico para países ditatoriais. Sendo assim, hoje, o custo das eleições é um pressuposto para o bom funcionamento da economia.²⁰

Nesse diapasão, não convence a justificativa para a prorrogação de mandatos no sentido de que é preciso tirar recursos das eleições e alocá-los em outros setores do orçamento, ainda que o argumento, aparentemente humanitário, seja o de destinar o dinheiro para o combate a epidemias. É que, primeiro, é possível tirar recursos de outras áreas menos relevantes, e, em segundo lugar, é possível tributar os privilegiados de sempre. Assim, em matéria de despesas eleitorais, nada mais adequado do que tributar as grandes empresas e as pessoas de grandes fortunas, as quais, rotineiramente, fazem pomposas doações para campanhas eleitorais, com a diferença de que agora seriam obrigadas a contribuir.

Do mesmo modo, é falso o suposto dilema entre um possível confronto vida x democracia, seja qual seja a circunstância, particularmente a manutenção das eleições em tempos de epidemia.

Com efeito, aqui também não há qualquer dificuldade, porque só uma mente cruel diria que eleições teriam que ser realizadas a ferro e fogo numa conjuntura de grave necessidade de isolamento social total das pessoas.

¹⁸ WERNECK, Guilherme Loureiro. Entrevista. <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/25/quando-acaba-a-quarentena-o-que-dizem-infectologistas-e-epidemiologistas.htm> Consultado dia 05.04.2020.

¹⁹ GEORGIEVA, Kristalina; GHEBREYESUS, Tedros Adhanom. Some say there is a trade-off: save lives or save jobs – this is a false dilemma. <https://www.imf.org/pt/News/Articles/2020/04/03/vs-some-say-there-is-a-trade-off-save-lives-or-save-jobs-this-is-a-false-dilemma> Acesso dia 04.04.2020.

²⁰ Isto vale como tendência em boa medida, e bem que deveria ser uma regra de ouro prevalecente nas relações internacionais. Mas seria ingênuo imaginar que nesta área os interesses econômicos mais altos não falassem, principalmente por parte das grandes potências, que, em atenção ao seu jogo de conveniências e oportunidades, aqui ou ali, não raro, cometem atentados contra algumas democracias e são coniventes com determinadas ditaduras.

Assim, tomando-se como exemplo o quadro atual da epidemia de COVID-19 na data das eleições, não haverá clima para a realização do pleito, porque seria quebrado o isolamento social total com risco de vida para muitas pessoas. Nesse caso, a partir de possíveis cenários apresentados por especialistas, a solução seria adiar as eleições sem prorrogação de mandatos, se isso for possível, apesar de que é forçoso reconhecer que este tipo de decisão é de grande dificuldade, vez que eleição envolve um procedimento complexo de formação sucessiva que transcorre com alguma largueza temporal.

No pior dos cenários, ainda tomando o exemplo desta epidemia do COVID-19, se as projeções dos especialistas evidenciarem que haverá necessidade de isolamento social total até depois do término dos atuais mandatos, aqui, sim, o confronto é sério, e a vida das pessoas está acima das eleições, de modo estas devem ser adiadas até a data mais próxima possível, com prorrogação de mandatos. E tudo isto por conta desta insuperável força maior e da falta de regra prévia específica de exercício provisório dos cargos por causa dos mandatos extintos, e os eleitos tomarão posse logo depois. No entanto, há que ficar claro que esta prorrogação de mandatos se limitará ao período necessário, qual seja a necessidade de realizar as eleições logo após o encerramento do isolamento social total.

Adota-se esta solução no pior cenário acima narrado, porque onde há situações emergenciais teremos que quebrar princípios nunca antes quebrantáveis em situação de razoável normalidade.

9. A PANDEMIA DO COVID-19, O ATUAL CALENDÁRIO ELEITORAL E O DILEMA DO ADIAMENTO OU NÃO ADIAMENTO DAS ELEIÇÕES DE 2020 NO BRASIL

Considerando o panorama atual da COVID-19 no Brasil (inclusive a data do seu início em fevereiro de 2020), bem como o atual calendário eleitoral, que segue a legislação em vigor e com muitos atos já realizados ou em execução, e as próximas eleições marcadas para os dias 04 e 25 de outubro de 2020 (nesta segunda data nos municípios em que houver necessidade de segundo turno),²¹ o mais provável é que nos referidos dias das eleições já não tenhamos necessidade de isolamento social total no País, à vista do que, seguramente, não haverá obstáculo à realização do pleito.

De outro lado, caso se leve em conta um cenário menos alentador, estas eleições, na pior das hipóteses, podem ser adiadas para novembro ou, no máximo, para dezembro de 2020 com os necessários ajustes, sem nenhum problema grave e sem qualquer necessidade de prorrogação de mandatos.

Na realização destas eleições, à vista desta epidemia do COVID-19, ainda que não haja necessidade de seu adiamento, poderá surgir necessidade de algumas providências e ajustes, mas tudo sem nenhum comprometimento da realização de um pleito limpo e igualitário, não se devendo perder de vista que o serviço eleitoral é considerado essencial.

No meio deste caminho poderão surgir alguns possíveis problemas, mas que poderão ser superados, conforme adiante exposto. Aliás, esta crise pode muito

²¹ <http://www.tse.jus.br/eleicoes/calendario-eleitoral/calendario-eleitoral>.

servir para revelar que muitas despesas eleitorais são desnecessárias e podem ser evitadas pelos candidatos.

Com efeito, nestes tempos de COVID-19, em que a aglomeração de pessoas deve ser evitada a todo custo, ainda que haja flexibilização do isolamento social, os comícios devem ser eliminados e as convenções podem ser realizadas sem festividades. Comício eleitoral é atividade festiva, e não ato essencial ao procedimento eleitoral. Em verdade, os lugares mais adequados à apresentação de propostas e programas dos candidatos ao eleitorado são o rádio, a televisão e a internet, sem contar os debates com o auspício das emissoras de rádio e de televisão. Em tempos de crise sanitária por causa de uma grave epidemia não há lugar para festas.

Merecem mais cuidado alguns problemas nos dias das eleições, como o transporte de eleitores, que votam em lugares mais distantes, e a aglomeração de pessoas em filas no ato de votar. Mas tudo isso pode ser feito com organização e cautela por meio do serviço eleitoral e das forças de segurança, de modo a garantir o máximo de proteção sanitária aos eleitores e aos servidores da justiça.

10. PRORROGAÇÃO DE MANDATO, *TOUT COURT*, EM TEMPO DE RAZOÁVEL NORMALIDADE SOCIOPOLÍTICA

Do até aqui exposto, ao menos em tempo de razoável normalidade sociopolítica, não pode haver dúvida de que a prorrogação de mandatos, *tout court* – ou além do tempo necessário por motivo de força maior –, é um óbvio atentado à democracia para feri-la mortalmente. Por isto mesmo, é inaceitável querer encobrir esta realidade com concessões terminológicas do tipo “democracia em risco”. Risco seria um atentado sem danos. Aqui, ocorre tomada do poder sem base popular, o que significa dizer assassinar a democracia.

E assim é porque a simples prorrogação de mandatos (sem base em força maior e enquanto esta durar) tem como consequência lógica a continuação dos atuais ocupantes dos cargos além do tempo permitido.

Se assim é, em tempo de razoável normalidade sociopolítica a ocupação de cargo além do tempo do mandato é usurpação do poder político, não importa se este crime contra a democracia está acobertado por alguma norma jurídica, ainda que seja uma emenda constitucional. Ao menos deve ser assim num Estado que queira merecer a qualificação de democrático de direito.

Com efeito, este tipo de comportamento político só pode ser qualificado como golpe de estado.

Cabe advertir, neste ponto, que de há muito está superado o conceito de golpe de estado, limitado à tomada do poder das mãos de mandatário legítimo por meio de violência física ou de perseguição aos opositores. Isto é, o conceito de golpe de estado precisa de atualização e de revisão para ampliar seus elementos tradicionais. Como percebido por Carlos Barbé, “o significado da expressão Golpe de Estado mudou no tempo. O fenômeno em nossos dias manifesta notáveis dife-

renças em relação ao que, com a mesma palavra, se fazia referência três séculos atrás. As diferenças vão, desde a mudança substancial dos atores (quem o faz), até a própria forma do ato (como se faz). Apenas um elemento se manteve invariável, apresentando-se como o traço de união (*trait d'union*) entre estas diversas configurações: o Golpe de Estado é um ato realizado por órgãos do próprio Estado".²²

Deste modo, o dado novo quanto à forma (como se faz) é o meio não violento, substituído pelo uso de fórmulas jurídicas com toda a aparência de legalidade e de legitimidade democrática. Na atualidade, o golpe de estado é realizado, pois, por meio de formas deformadas e dissimuladoras do respeito às leis e à democracia. Por isso, o golpe de estado moderno (institucional) serve para dar explicações à parcela menos informada da sociedade e enganar os incautos, o que seria mais difícil num golpe de estado violento. A violência nos golpes de estado modernos, no entanto, poderá surgir depois, caso surja alguma reação física dos opositores; e nesse caso o discurso será o da necessidade do uso da força para o fim de fazer cumprir as leis e respeitar a democracia.

O dado diferencial quanto aos atores (quem faz), a ser considerado, é a possibilidade de utilização do parlamento como instrumento do golpe, sem esquecer que o traço de união continua presente: golpe de estado é sempre protagonizado por agentes do estado.

Dentro do conceito de golpe de estado está, sem dúvida, o seu objetivo, que é o alcance do poder (para que se faz). Um golpe de estado é sempre um instrumento ilegítimo e não democrático de tomada do poder ou de nele se manter.

De outro lado, e ademais das inserções apresentadas por Carlos Barbé no que toca à atualização do conceito de golpe de estado, é importante acrescentar o dado pertinente aos seus beneficiários (para quem se faz). O beneficiário de um golpe de estado nem sempre é o seu protagonista. Às vezes, assim, quem se beneficia de um golpe de estado não participa formalmente do ato, conquanto possa atuar nos bastidores.

Neste contexto, é fácil perceber que, se, por exemplo, um parlamento nacional editasse alguma norma para prorrogar mandatos de lideranças locais sem base em força maior e enquanto esta durar, e que, assim, impedisse a realização de eleições, realizaria um golpe de estado para beneficiar outros agentes políticos. No entanto, seria ingenuidade acreditar, considerando a complexidade do jogo político, que os parlamentares que aprovassem este tipo de norma não seriam beneficiários indiretos do seu próprio nefasto ato, pois, afinal de contas, em regra, eles são apoiados para obterem os seus próprios mandatos por estas lideranças locais, beneficiárias diretas da atitude usurpadora do poder.

Sendo assim, forçoso é convir, também ocorrerá golpe de estado quando um agente político obtém a prorrogação de seu mandato sem base em força maior e enquanto esta durar, impedindo-se, desta maneira, a realização de eleições, porque, no fundo, ele, indevida e ilegitimamente, substitui aquele que seria eleito em seu lugar no pleito regular cancelado.

De toda maneira, há, aqui, algo mais a considerar. Antes de ser um golpe de estado, a mudança da lei eleitoral ou da própria constituição para prorrogar

²² BARBÉ, Carlos. Golpe de Estado. Em Dicionário de Política. Coordenadores: Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino. Tradução Carmen C. Varrialle; Gaetano Lo Mónaco; João Ferreira; Luís Guerreiro Pinto Cacaís. 8ª ed. Vol. I, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 545,

mandatos, *tout court*, agride a qualquer constituição democrática por violação ao princípio democrático e àqueles com ele mais diretamente relacionados, como o princípio da soberania popular, o princípio da representação, o princípio do sufrágio, o princípio da democracia semidireta, o princípio do pluralismo político e o princípio do direito de oposição.²³

No entanto, não se pode perder de vista que este tipo de golpe de estado poderá ser inviabilizado pela corte constitucional mediante o controle de constitucionalidade. Sucede que os tribunais só podem agir por provocação. Se esta provocação não ocorrer – o que é pouco provável num caso como este – o golpe de estado começará e terminará no parlamento. Mas se a corte constitucional for provocada e não decretar a inconstitucionalidade deste tipo de anomalia política, o golpe de estado ficará sacramentado pela corte constitucional. Vale dizer, por uma via oblíqua, a corte constitucional também poderá ser protagonista deste golpe de estado, tudo ressalvada a remota hipótese de revolta popular exitosa.

É claro que todo golpe de estado não violento, realizado mediante a utilização do sistema jurídico, ainda mais quando o problema é levado ao tribunal constitucional de um determinado país, e este ou não conhece da causa ou a julga improcedente, fica sempre uma dúvida em torno do assunto porque o uso indevido de filigranas jurídicas está aí, muitas vezes, para tentar legitimar o que carece de legitimidade. Isso, no entanto, não impede que os juristas, os cientistas sociais em geral, a imprensa e a sociedade como um todo opinem em torno do tema para o fim de classificar atos desta na natureza com nome que ele merece: golpe de estado.

11. CONCLUSÃO

Ante o exposto, concluiu-se o seguinte:

1. Em caso de força maior, como uma pandemia, que exija isolamento social total, é razoável, em princípio, o adiamento de eleição.

2. O adiamento de eleição, se e quando absolutamente necessário, como num caso de isolamento social total decorrente de pandemia, deve ocorrer sem prorrogação de mandato, pois, assim, a prevalência da vida humana em nada afetará ao princípio democrático. No entanto, se as projeções dos especialistas em epidemiologia evidenciarem que haverá necessidade de isolamento social total até depois do término dos atuais mandatos, aqui, sim, o confronto é sério, e a vida das pessoas está acima das eleições. Deste modo, estas devem ser adiadas até a data mais próxima possível, com prorrogação de mandatos, por conta desta insuperável força maior e da falta de regra prévia específica, ou que possa ser aplicada analogicamente, de exercício provisório dos cargos, e os eleitos tomarão posse logo depois. Mas, há que ficar claro que esta prorrogação de mandatos se limitará ao período necessário, que é o encerramento da necessidade de isolamento social total.

3. Tendo em conta o panorama atual, não há necessidade de adiamento, no Brasil, das eleições municipais marcadas para outubro de 2020, por causa da epidemia do COVID-19. Se os fatos futuros indicarem o contrário, vale o que está acima exposto nos itens 1 e 2.

23 No caso da Constituição brasileira, restariam, neste ponto, claramente violados o preâmbulo e os arts. 1º e parágrafo único, 5º, IV, 14 e § 5º e 9º, 17, 44, 82, 45, sem prejuízo de tantos outros dispositivos que dispensam maior atenção. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Para maior análise sobre o princípio democrático e os princípios dele decorrentes, ver SOUZA, Wilson Alves de. Sentença civil imotivada. Salvador: Editora Dois de Julho, 2012, p. 79/83.

4. O eventual ato de um parlamento, ainda que seja uma emenda à constituição, tendo por objeto prorrogação de mandato eleitoral além do tempo necessário, por conta da exigência de isolamento social total em caso de uma epidemia, sem relação direta com esta, ainda que a invoque como justificativa, é qualificável como inconstitucional e como golpe de estado. Estas qualificações devem ser mantidas, mesmo que uma corte constitucional não anule o ato, caso em que este órgão também será protagonista do golpe de estado, se provocado for. É exatamente o caso dos Projetos de Lei e de Emenda Constitucional apresentados recentemente no Congresso brasileiro, se aprovados e não anulados pelo Supremo Tribunal Federal, caso este seja provocado.

REFERÊNCIAS

BARBÉ, Carlos. Golpe de Estado. Em *Dicionário de Política*. Coordenadores: Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino. Tradução Carmen C. Varrialle; Gaetano Lo Mônaco; João Ferreira; Luís Guerreiro Pinto Cacaís. 8ª ed. Vol. I, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. Código de Processo Civil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <file:///C:/Users/JFBA/Documents/PRORROGAÇÃO%20DE%20MANDATO.STF.GOIÁS.1957.pdf>

BRASIL. Código Eleitoral. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <file:///C:/Users/JFBA/Documents/PRORROGAÇÃO%20DE%20MANDATO.STF.%20MINAS.1965.pdf>

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <file:///C:/Users/JFBA/Documents/PRORROGAÇÃO%20DE%20MANDATO.STF.%20GUANABARA.1962.pdf>

BRASIL.CÂMARA DOS DEPUTADOS. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=337072769883782B4E-03C752545F09A7.proposicoesWebExterno1?codteor=1731048&filaname=PEC+49/2019 Consultado em 10.04.2020.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=337072769883782B4E-03C752545F09A7.proposicoesWebExterno1?codteor=1731048&filaname=PEC+49/2019 Consultado em 10.04.2020.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1869844&filename=PL+809/2020

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. <http://www.tse.jus.br/eleicoes/calendario-eleitoral/calendario-eleitoral>.

BRASIL. Constituição do Estado da Bahia. http://www.al.ba.gov.br/fserver/:imagensAlbanet:upload:Constituicao_2018_EC_251.pdf

BRASIL. Lei Orgânica do Município do Salvador. <https://www.cms.ba.gov.br/lei-organica>.

GEORGIEVA, Kristalina; GHEBREYESUS, Tedros Adhanom. *Some say there is a trade-off: save lives or save jobs – this is a false dilemma*. <https://www.imf.org/pt/News/Articles/2020/04/03/vs-some-say-there-is-a-trade-off-save-lives-or-save-jobs-this-is-a-false-dilemma> Acesso dia 04.04.2020.

ITÁLIA. Constituição. https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Consultado dia 04.04.2020

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução: Peter Nauman. 2ª ed. São Paulo: Max Limonada, 2000.

NAPOLITANO, Marcos. *Golpe de Estado: entre o nome e a coisa*. Em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v33n96/0103-4014-ea-33-96-395.pdf>

NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Representação, crise e mal-estar institucional*. Em Downloads/crisis-de-representacin-y-constituciones-contramayoritarias-0. Consultado em 09.04.2020.

PIAUI HOJE. COM. <https://piauihoje.com/noticias/politica/coronavirus-pec-de-elmano-pede-prorrogacao-dos-mandatos-de-prefeito-e-vereadores-a-te-2022-344546.html>

SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2012.

SOUZA, Wilson Alves de. *Los límites subjetivos internos de la jurisdicción. Caracterización de la sentencia dictada por un órgano jurisdiccional sin atribución constitucional*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2016.

WERNECK, Guilherme Loureiro. Entrevista. <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/25/quando-acaba-a-quarentena-o-que-dizem-infectologistas-e-epidemiologistas.htm> Consultado dia 05.04.2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331706/WHO-2019-nCoV-Leveraging_GISRS-2020.1-spa.pdf

Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Artigos
não inéditos

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, INFORMAÇÕES FALSAS E FIGURAS PÚBLICAS: O PERIGO DE MANIPULAÇÃO DA ESFERA DE DISCURSO PÚBLICO¹

FREEDOM OF EXPRESSION, FAKE NEWS AND PUBLIC FIGURES: THE DANGER OF MANIPULATION OF PUBLIC DISCOURSE

Jónatas E. M. Machado*

Iolanda A. S. Rodrigues de Brito**

RESUMO

Este artigo tem por escopo analisar os efeitos democráticos de uma permanente contaminação da esfera de discurso público com informações de interesse público inverídicas. A disseminação de factos falsos, sobretudo através das redes sociais, com a aparência de notícias reais, coloca em risco o mercado livre das ideias, a livre discussão de questões de interesse público, a formação de uma opinião pública informada e a busca da verdade. A desinformação desencadeia um efeito epidémico, nomeadamente porque impede os cidadãos de ajustarem o seu voto de acordo com informações fidedignas de interesse público divulgadas, devido a uma intencional confusão entre o que é verdadeiro e falso. A liberdade de expressão não protege o direito de instilar a esfera pública com informações conscientemente falsas, nem o direito de combater adversários políticos ou ideológicos, assim como as suas ideias, com factos consabidamente falsos. Por conseguinte, numa sociedade democrática, a proteção do direito à honra de figuras públicas individuais prossegue interesses públicos e privados.

Palavras-chave: liberdade de expressão; esfera de discurso público; opinião pública; mercado livre das ideias; interesse público; procura da verdade; informações falsas; democracia; crise de confiança; literacia mediática; direito à honra; pessoas públicas singulares.

ABSTRACT

This article aims to analyze the democratic effects of ongoing contamination of public discourse with false information of public interest. The spread of fake news, in particular through social media, looking like real news, endangers the free

¹ Artigo publicado originariamente no Boletim da Faculdade de Direito, vol. XCV, Tomo I, em 2019, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

* Professor Associado Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e da Universidade Autónoma de Lisboa

** Mestre (pré-Bolonha) em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

marketplace of ideas, the free discussion of public interest matters, the formation of an informed public opinion and the search for truth. Disinformation triggers an epidemic effect as it prevents citizens from adjusting their vote according to the trustworthy public interest information disclosed, due to the intended confusion between what is true and false. Freedom of expression does not protect the right to fill the public sphere with fake news, neither the right to fight political or ideological opponents and their ideas with untrue facts, when there is actual malice. Therefore, in a democratic society, the protection of the right to reputation of individual public figures pursues both public and private interests.

KEYWORDS: freedom of expression; public discourse; public opinion; free marketplace of ideas; public interest; search for truth; fake news; democracy; crisis of trust; media literacy; right to reputation; individual public figures.

I. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão constitui uma dimensão estrutural do Estado de direito democrático, imprescindível ao autogoverno da comunidade política, à transformação pacífica da sociedade e à autorrealização individual. Com efeito, ela não se esgota numa valência autocentrada, enquanto direito de expressão individual e coletiva. De forma altruísta, a liberdade de expressão oferece-se ainda ao serviço da proteção dos demais direitos, liberdades e garantias, constitucionalmente consagrados, assim como dos direitos humanos, proclamados nos instrumentos normativos internacionais. É o que sucede, nomeadamente, quando se denuncia a violência sobre crianças ou idosos, em que se exerce o direito à liberdade de expressão e, em simultâneo, contribui-se para a defesa do direito à integridade física e moral de pessoas particularmente vulneráveis.

Neste sentido, impõe-se uma conceção multifuncional das liberdades da comunicação – onde se incluem, por exemplo, a liberdade de informação, a liberdade de opinião e a liberdade de imprensa – que alargue o seu espectro teleológico, de modo a abranger um conjunto significativo de finalidades substantivas, como a procura da verdade, a criação de um livre mercado das ideias, a preservação de uma esfera de discurso público desinibida, robusta e amplamente aberta, a garantia da formação de uma opinião pública livre e esclarecida e da vontade política, a autodeterminação democrática, a acomodação de interesses divergentes, o controlo da atividade governativa e do exercício do poder e a promoção e expressão da autonomia individual⁽⁴⁾.

Deste modo, a liberdade de expressão, particularmente exposta a tentativas de restrição, sobretudo quando o seu exercício se materializa na denúncia das patologias que afetam as várias dimensões da sociedade, alcança um nível de resistência reforçado quando entra em colisão com outros direitos. Numa sociedade democrática, é imperioso assegurar a tutela do maior número de condutas expressivas possível, ao abrigo do direito à liberdade de expressão.

4 Cf. Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 237 ss.

No regular funcionamento do Estado de direito democrático, é, porém, inevitável a ocorrência de conflitos entre bens jurídicos, como é o caso do constante confronto entre a liberdade de expressão e a honra, em particular de figuras públicas, sendo que, sempre que não for possível alcançar uma solução de realização plena de ambas, apenas em concreto é legítimo escolher uma em detrimento da outra, em termos proporcionais, contanto que esteja salvaguardado o núcleo essencial do direito preterido. Sucede que, a generalidade da casuística tem demonstrado que, no espaço de colisão em que os bens jurídicos lutam pela sobreposição, é frequente encontrarmos uma área cinzenta, a implicar um esforço de lucidez para apreender, com pinças, os segmentos discursivos que devem ser enquadrados na tutela do direito à liberdade de expressão ou, pelo contrário, na proteção jurídica concedida ao direito à honra.

Todavia, os contornos específicos de alguns casos concretos remetem-nos para um horizonte a preto e branco que torna visível, mesmo a olho nu, o bem jurídico concretamente prevalecente. E essa constatação decorre do simples facto de estar em causa o núcleo essencial do direito à honra, ao mesmo tempo que o outro direito, a liberdade de expressão, repudia a possibilidade de oferecer a sua tutela à conduta em causa. É o que ocorre quando está em causa a imputação de factos falsos, com a consciência dessa falsidade.

A esfera de discurso público deve ser protegida dos perigos inerentes à propalação intencional de informações falsas. Estas não servem qualquer interesse legítimo numa sociedade democrática. Embora seja necessário tolerar uma certa margem de erro em matéria de imputação de factos – consistente na afirmação de um facto falso, com a convicção da sua veracidade, cumprido o dever de informação – de modo a garantir um imprescindível *breathing space* para que a liberdade de expressão possa ser acautelada num Estado de direito democrático, a propagação dolosa de quantidades substantivas de inverdades consubstancia um risco sério para as sociedades democráticas. Nestas, a verdade continua a ser um valor fundamental e impreterível, nomeadamente quando se trata de conceber políticas públicas, tributar, orçamentar, legislar, regulamentar, administrar, contratar, gerir, regular, supervisionar, auditar, fiscalizar, julgar ou sancionar.

A instilação consciente de falsidades ou “factos alternativos” produz uma catadupa de efeitos maléficos que não podem deixar de originar uma profunda inquietação. Com efeito, começa por despoletar a deformação da opinião pública sobre uma determinada questão de interesse público, levando, por sua vez, a uma manipulação do processo político e eleitoral e, por fim, do próprio processo democrático. Uma informação falsa sobre um candidato ou um estado de coisas (v.g. migrações, insegurança, terrorismo), em contexto eleitoral, pode desviar o voto no melhor candidato e proporcionar a ascensão de figuras políticas que se pautam por valores antidemocráticos⁽⁵⁾.

Por isso, os segmentos discursivos consistentes na imputação dolosa de factos falsos não encontram na liberdade de expressão recetividade de tutela, pois, se se considerasse legítimo o exercício desse direito, conexionado com esse género

5 Cf. Joel Timmer, “Fighting falsity: fake news, Facebook, and the First Amendment”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 35, n.º3 (2017), p. 669 ss.

de condutas expressivas, estar-se-ia a contrariar os fundamentos teleológicos subjacentes à consagração e garantia efetiva da liberdade de expressão, em particular, a procura da verdade e do conhecimento, a formação de uma opinião pública livre e esclarecida, a criação de um mercado livre das ideias e a preservação de uma esfera de discurso público desinibida, robusta e amplamente aberta.

Não pode, assim, obrigar-se um direito a tutelar condutas que contrariam a sua essência, pois, de outra forma, estar-se-ia a descaracterizar o direito à liberdade de expressão, constitucional e internacionalmente consagrado, abalando um dos pilares mais relevantes da sociedade democrática. Nesta senda, a tutela de direitos fundamentais individuais, como o direito ao bom nome e reputação, realiza um *interesse particular* associado ao seu respetivo titular, que o invoca para se defender de imputações falsas, mas, em simultâneo, prossegue um *interesse geral* relacionado com o interesse da comunidade na expurgação da esfera pública de conteúdos falsos que prejudicam o bom funcionamento do processo democrático⁽⁶⁾.

Esta realidade impura, consistente na divulgação dolosa de informações falsas, ao produzir um efeito de contaminação da discussão sobre uma questão de interesse público e de desinformação da opinião pública, não pode ser escamoteada, mesmo em sede de ponderação entre bens jurídicos, devendo inclusivamente ser avaliado o seu impacto ao nível do processo eleitoral e democrático. Aliás, nem mesmo numa sociedade como a estadunidense, em que o Supremo Tribunal proclama, com a maior das veemências, a *freedom of speech*, restringindo, substancialmente, os meios de tutela jurídica em relação a figuras públicas, ousaria erguer o direito à liberdade de expressão para defender uma conduta que se consubstanciasse na imputação dolosa de factos graves e falsos. Por conseguinte, é imperioso poupar o direito à liberdade de expressão de ser evocado na tutela de condutas que são adversas à sua mais íntima essência e, em unísono, não negligenciar a proteção da honra quando esta é atingida no seu âmago.

Neste contexto, a consagração de meios de tutela jurídica para reagir perante uma utilização subversiva do direito à liberdade de expressão, revela-se tão crucial num Estado de direito democrático, comprometido com os valores da verdade e da justiça materiais, como a garantia da sua proteção jurisdicional efetiva⁽⁷⁾. Por outro lado, se é certo que a qualidade de figura pública dos eventuais visados concede um maior peso à liberdade de expressão, pelo contrário, a qualidade de figura privada reforça o âmbito de tutela da honra.

Além disso, a proteção devida por ofensas à honra de pessoa singular é mais robusta, em comparação com a que é devida por ofensas à honra, à credibilidade e ao prestígio de pessoas coletivas⁽⁸⁾. Estes são fatores a ter em conta na ponderação dos bens jurídicos, que se deverão tornar particularmente nítidos, nomeadamente, na apreciação concreta dos pressupostos do facto punível, assim

⁶ Embora esta ideia seja aqui proclamada por referência a pessoas singulares de estatuto público, pode revelar-se igualmente válida em relação a pessoas coletivas qualificáveis como figuras públicas.

⁷ Cf. Jónatas E. M. Machado; Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Difamação de Figuras Públicas: Tutela Jurídica e Censura Judicial*, Lisboa: Editorial Juruá, 2016, p. 51 ss.

⁸ Cf., na jurisprudência do TEDH, Público - Comunicação Social, S.A. e Outros c. Portugal (2010) – in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

como na determinação da medida da pena de multa pela prática de um crime de difamação⁽⁹⁾, e ainda na avaliação sobre os requisitos da responsabilidade civil por ofensas à honra, incluindo na definição do âmbito da obrigação de indemnizar⁽¹⁰⁾.

II. ORDEM CONSTITUCIONAL FUNDADA NOS VALORES DA LIBERDADE, JUSTIÇA, ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

As liberdades comunicativas, incluindo as liberdades de expressão, informação, imprensa, radiodifusão e dos novos *media*, são notas caracterizadoras e constitutivas do “tipo” do *Estado Constitucional*⁽¹¹⁾. Nele, todas as dimensões da vida social se apresentam comunicativamente estruturadas, devendo salientar-se o papel que aquelas desempenham na garantia do bom funcionamento dos sistemas político, económico, científico, cultural, artístico, religioso ou desportivo, sendo que a diferenciação entre eles é sempre meramente heurística e tendencial, na medida em que se encontram estreitamente relacionados entre si⁽¹²⁾.

A garantia da legitimidade e do cumprimento do *contrato social* depende da possibilidade de livre discussão de todos os assuntos de relevo social, contra um pano de fundo de autonomia racional, pensamento crítico e responsabilidade ética. Nisso se consubstanciam as referências ao valor central da *razão pública* e da *razão comunicativa* numa ordem constitucional livre e democrática. As mesmas dependem da existência de uma opinião pública autónoma permanentemente informada. O Estado Constitucional concebe-se, hoje, como um *acordo discursivamente estruturado* com base no debate empenhado, aberto, informado e constante em torno das questões de interesse público.

Todavia, não pode escamotear-se o perigo que representa a difusão de informações massivamente falsas no *mercado livre de ideias*, que visam a desinformação da opinião pública sobre questões de interesse público e levam à deformação da vontade política dos cidadãos. Em especial, quando está em causa uma difamação de figura pública, consistente na imputação de factos falsos, em que a inverdade é mentalmente representada e aceite, aproveitando-a para desviar o voto de um determinado partido político, em eleições próximas, verifica-se uma situação que contraria as finalidades substantivas da proclamação de um direito à liberdade de expressão, como a procura da verdade, a garantia de um livre mercado de ideias e a formação de uma opinião pública livre e esclarecida. Neste contexto, a consagração de meios de tutela jurídica para reagir perante uma utilização subversiva do direito à liberdade de expressão, revela-se crucial num Estado de direito democrático, comprometido com o valor da justiça material.

Nesta linha, se se denegar a tutela jurídica devida em casos de imputação dolosa de factos falsos e desonrosos estar-se-á a dar azo a um desinteresse na participação da vida pública e ao repúdio de qualquer possibilidade de exercício de cargos públicos de relevo por parte de pessoas que se pautam por padrões de

9 Apesar de as incriminações nacionais que tutelam a honra e consideração preverem penas privativas da liberdade, é absolutamente inaceitável a sua aplicação, num Estado de direito democrático.

10 Cf. Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 109 ss.

11 Cf. Helmuth Schultze-Fielitz, “Art 5º”, *Grundgesetz Kommentar*, I (ed. Horst Dreier), Tübingen, 1996, p. 347; Reinhold Zipperli, “Die Entstehung des demokratischen Rechtsstaates aus dem Geiste der Aufklärung”, *Juristen Zeitung*, 23, 1999, p. 1126 ss.

12 Cf. Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão...*, ob.cit., p. 13 ss.

conduta irrepreensíveis, com o receio de que, ao adquirirem um estatuto de figura pública, fiquem impedidas de recorrer eficazmente aos meios de tutela jurídica para fazer face a mentiras, calúnias e enxovalhos que as envolvam, sobretudo quando daí resulte uma tentativa de controlar o processo eleitoral e democrático, pervertendo a esfera de discurso público e impedindo o funcionamento saudável do livre mercado das ideias⁽¹³⁾.

A. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O direito à liberdade de expressão é geralmente considerado como um “direito mãe” (*Mütterrecht*) que abrange as liberdades comunicativas e irradia a todas as estruturas de comunicação social de uma sociedade livre, democrática e pluralista. Longe de abarcar apenas os comunicadores e os recetores, ela visa inclusivamente proteger as redes de comunicação e distribuição de conteúdos informativos, juntamente com as correspondentes infraestruturas económicas. Por esse motivo, a liberdade de expressão decompõe-se em múltiplos direitos fundamentais comunicativos. De forma ampla e substantiva, abrange a liberdade de expressão em sentido estrito, a liberdade de informação, o princípio da proibição da censura, a liberdade de imprensa, os direitos dos jornalistas, a liberdade de radiodifusão e a liberdade de comunicação nas redes sociais⁽¹⁴⁾.

1. Proclamação internacional e constitucional

O contemporâneo direito à liberdade de expressão é uma reação consciente às práticas totalitárias, propagandistas e censórias dos regimes autoritários derrotados na II Guerra Mundial. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem veio consagrar este direito no seu artigo 19.º, ainda que sem efeito juridicamente vinculativo. Pouco depois, em 1950, o mesmo obteve consagração no artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

Volvidas várias décadas de integração europeia, o direito à liberdade de expressão obteve consagração no artigo 11.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁽¹⁵⁾. A nível regional, integra ainda os artigos 13.º da Convenção Americana de Direitos Humanos e 9.º da Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos. O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, no seu artigo 19.º, atribuiu-lhe normatividade jurídica no plano internacional universal. Trata-se de um direito indissociável das liberdades de consciência, religião, pensamento, opinião, reunião e associação, que possibilitam e estruturam a livre expressão e determinação individual e coletiva.

A Constituição da República Portuguesa (Constituição), no seu artigo 37.º, consagra o direito à liberdade de expressão. Aí, se dispõe, no n.º 1, que “[t]odos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.” O n.º 2 do

13 Cf. Costa Andrade, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 284, nota (281); Jónatas E. M. Machado; Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Difamação...*, ob.cit., p. 34.

14 Cf. Frank Fechner, *Medienrecht* (10. Auf.), Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 2009, p. 19 ss; Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão...*, ob.cit., p. 357 ss e 416 ss.

15 Sobre este instrumento, cf. Jónatas E. M. Machado, *Direito da União Europeia* (2ª ed.), Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 285 ss.

mesmo preceito determina que “[o] exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.”

Este preceito normativo reveste-se do maior relevo teórico e prático, convidando a doutrina e a jurisprudência à adoção de um *conceito amplo de censura*, na medida em que a simples proibição de censura política e administrativa prévia de pouco ou nada valerá se o exercício da liberdade de expressão e informação abrir as portas às mais variadas formas de retribuição e retaliação política, jurídica, social e econômica e à aplicação de hipóteses e estatuições de responsabilidade civil e penal excessivamente dilatadas.

2. Titulares e destinatários

A liberdade de expressão em sentido amplo é um direito de autodeterminação individual e coletiva. Ela pertence a todas as pessoas e não apenas aos cidadãos (arts. 12.º e 15.º da Constituição)⁽¹⁶⁾. Por sua vez, toda a coletividade tem o direito democrático à livre circulação de informação, porque disso depende a dinamização das esferas política, jurídica, econômica, religiosa, científica e cultural. A liberdade de expressão pode ser invocada por todos os protagonistas dessas esferas sociais, ou seja, pela generalidade dos indivíduos ou por grupos específicos (v.g. funcionários públicos; professores; estudantes)⁽¹⁷⁾. Titulares deste direito são igualmente pessoas coletivas de direito público não estadual e as de direito privado, na diversidade das suas formas e fins⁽¹⁸⁾.

Os jornalistas e os órgãos de comunicação social têm um *direito qualificado de liberdade de expressão*, na medida em que realizam uma importante função democrática, constitucionalmente reconhecida, de procura e transmissão de informação e de dinamização do debate sobre todas as questões de interesse público.

Nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da Constituição, “os direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas”. Longe de valerem apenas nas relações entre os particulares e os poderes públicos, eles valem igualmente nas relações entre particulares. Eles gozam, a um tempo, de eficácia vertical e horizontal, tendo eficácia irradiante para toda a ordem jurídica.

Destinatários da liberdade de expressão, em sentido amplo, são todos os indivíduos e entidades públicas e privadas. Todos estão obrigados a respeitá-la e todos podem ver-se na condição de violar as suas determinações. Entre outras coisas, a liberdade de expressão tem como corolário o dever de aceitar um clima de discórdia permanente e integrar uma esfera de discurso público caracterizada por níveis elevados de controvérsia, antagonismo e confrontação, mas devendo ser salvaguardada contra investidas direcionadas à contaminação do livre mercado das ideias, que desemboquem numa tentativa de instrumentalização do processo eleitoral, subvertendo os valores da democracia.

16 Cf. Christoph Grabenwarter, “GG Art. 5”, Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar 73, Ergänzungslieferung, Verlag: C.H.Beck, 2014, Rn. 23-31.

17 Cf. Idem, *Ibidem*, p. 31.

18 Cf. Idem, *Ibidem*, p. 34.

3. Programa normativo e âmbito de proteção

O âmbito normativo da liberdade de expressão compreende a comunicação oral, escrita, artística, de ideias, informações e opiniões de todo o tipo, difundida por qualquer meio, como o papel, as ondas hertzianas ou as plataformas digitais⁽¹⁹⁾. Estas noções devem ser interpretadas em sentido amplo, de modo a garantir uma proteção alargada da substância, forma e estrutura da comunicação.

O seu âmbito de proteção inclui não apenas a difusão de conteúdos dirigida ao maior número de destinatários possível, mas também a sua procura e receção. Quando se restringe a liberdade do emissor está-se inevitavelmente a restringir a liberdade dos potenciais recetores. A liberdade de expressão e de informação inclui um direito coletivo, decorrente do princípio democrático, de receber informações e opiniões. A liberdade de informação é protegida nas suas dimensões individuais e coletivas, substanciais e formais, ativas e passivas⁽²⁰⁾.

Igualmente relevante, dentro do âmbito normativo da liberdade de expressão em sentido amplo, é a distinção entre *afirmações de facto* e *juízos de valor*. No primeiro caso, tem-se em vista o esclarecimento e a formação da opinião pública através da disponibilização de informação verdadeira, correspondente à realidade. No segundo, reconhece-se que os factos não falam por si, sendo as pessoas que falam por eles e sobre eles, a partir de uma peculiar tomada de posição⁽²¹⁾. Os mesmos factos podem ser circunstancialmente interpretados de várias maneiras e conduzir, por isso, a diferentes juízos de valor sobre eles e sobre as pessoas que lhes estejam ligadas.

Apesar do seu carácter tendencial, a distinção entre afirmações de facto e juízos de valor é relevante. Ao passo que as afirmações de facto podem e devem ser objeto de um esforço razoavelmente diligente de verificação, os juízos de valor são intrinsecamente subjetivos, podendo variar de pessoa para pessoa⁽²²⁾. De um modo geral, exige-se que os factos sejam reportados de forma tão rigorosa quanto realisticamente possível, dentro das circunstâncias, e que os juízos de valor sejam emitidos de boa-fé e com um apoio substancial nos factos⁽²³⁾.

No entanto, o âmbito normativo deste direito não se circunscreve à difusão de informações, ideias e opiniões inócuas ou inofensivas. Com efeito, razões que se prendem com a esfera de discurso público, a cidadania, a democracia, o Estado de direito, o combate à corrupção e a centralidade da comunicação social há muito que têm levado a doutrina e a jurisprudência a sustentar que o mesmo abrange o discurso perturbador, desagradável, chocante, ofensivo e desrespeitador dirigido aos poderes públicos, a figuras públicas e a segmentos da população, especialmente no contexto de intensa confrontação política, ideológica e ética⁽²⁴⁾.

Porém, como vem sendo insistentemente reiterado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), o direito à liberdade de expressão não é um direito absoluto, podendo ser limitado em função de interesses ou valores que concretamente se revelem preponderantes, como sucederá em caso de imputação de

19 Cf. Idem, *Ibidem*, p. 23-31.

20 Cf. Matthias Cornils, “EMRK Art. 10”, Beck’scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht (Hrsg: Gersdorf/Paal), Stand, Ed. 8, 1-11-2014, Rn 13-33.

21 Cf. Christoph Grabenwarter, “GG Art. 5”, ob.cit., p. 47-48.

22 Cf. Idem, *Ibidem*, p. 47-48.

23 Cf., na jurisprudência do TEDH, *Oberschlick v. Austria* (n.º 2) (1997), in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

24 Cf., igualmente na jurisprudência do TEDH, *Lopes Gomes da Silva c. Portugal* (2000), in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

factos falsos, com desrespeito pelos deveres e responsabilidades adjacentes ou de formulação de juízos de valor desprovidos de qualquer base factual suficiente⁽²⁵⁾.

A liberdade de expressão tem um âmbito de proteção alargado, abrangendo e refletindo-se concretamente na posição jurídica de autores, escritores, guionistas, produtores de conteúdos, redatores, editores, jornalistas, apresentadores, pessoal técnico, equipamento de comunicação, emissores, serviços de comunicações, estruturas tecnológicas e económicas de transmissão, transporte e distribuição de conteúdos e, finalmente, recetores⁽²⁶⁾. Todos os sujeitos, objetos, elementos e momentos do processo de comunicação estão protegidos pelas liberdades comunicativas, obrigando a ponderações multidimensionais adequadas aos bens jurídicos em presença.

4. Aplicabilidade direta

O artigo 18.º, n.º 1, da Constituição dispõe que “[o]s preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Neste inciso, como imediatamente se depreende, assume-se a primazia das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, ao mesmo tempo que se afirma a respetiva aplicabilidade direta e a sua aplicação nas relações ente particulares.

A aplicabilidade direta significa que as normas de direitos, liberdades e garantias se aplicam “sem lei, contra a lei e em vez da lei”. Na ausência de uma lei que concretize e discipline o exercício de um direito constante do catálogo dos direitos, liberdades e garantias, deve o poder judicial aplicar diretamente a norma constitucional. Nesse caso, a norma de direitos, liberdades e garantias vale “sem lei”⁽²⁷⁾.

Do mesmo modo, quando exista uma lei que pretenda concretizar e regular o exercício de um direito, liberdade ou garantia mas que o faça em termos inconstitucionais, deve o poder judicial aplicar diretamente a norma constitucional consagradora do direito. Nesse caso diz-se que o direito, liberdade ou garantia vale “contra a lei e em vez da lei”.

Pode dar-se o caso, porém, de existir uma lei passível de várias interpretações, entre as quais podem ser encontradas interpretações compatíveis e incompatíveis com a Constituição. Nestes casos, pode falar-se aqui da *aplicabilidade indireta* dos direitos, liberdades e garantias, que consiste no dever de interpretação das normas legais suscetíveis de restringir os fluxos de informação em conformidade com estes direitos.

25 Cf. artigo 10.º, n.º 2, da CEDH.

26 Neste sentido, Stuart Minor Benjamin, “Transmitting, editing, and communicating: determining what “the freedom of speech” encompasses”, *Duke Law Journal*, vol. 60, n.º8 (2011), p. 1673 ss.; Susan P. Crawford, “Transporting Communications”, *Boston University Law Review*, vol. 89, n.º 3 (2009), p. 871 ss.

27 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7ª ed.), Coimbra: Almedina, 2003, p. 437 ss.

5. Restrições e limites às restrições

A dogmática dos direitos fundamentais do constitucionalismo moderno assenta na premissa de que a liberdade é a regra e a restrição à liberdade é a exceção. Por conseguinte, as restrições aos direitos, liberdades e garantias devem ser excepcionais, constitucional e legalmente autorizadas, não discriminatórias, prospetivas, proporcionais, devidamente fundamentadas e objeto de interpretação restritiva⁽²⁸⁾. Na prática, isso traduz-se na sujeição dos direitos, liberdades e garantias a uma *reserva de lei formal qualificada*, determinando os pressupostos, os requisitos e os limites das restrições, que encontra consagração no artigo 18.º, n.º 2 e 3, da Constituição⁽²⁹⁾. Ela corresponde, hoje, a um princípio estruturante dos direitos humanos, ocupando um lugar axial na jurisprudência do TEDH sobre a matéria das restrições aos direitos.

Este aspeto assume uma relevância prática decisiva, na medida em que a esse Tribunal caberá, em última análise, pronunciar-se sobre as ponderações efetuadas pelo legislador e pelos tribunais nacionais. Daí resulta que as normas constitucionais sobre restrições e limites às restrições devem ser interpretadas e aplicadas em conformidade com a jurisprudência de Estrasburgo sobre a CEDH. Por esse motivo, apresentaremos uma leitura integrada das normas constitucionais e convencionais. A restrição à liberdade de expressão exige, pois, uma *hermenêutica intertextual* de convergência e congruência entre direitos fundamentais e direitos humanos.

O artigo 18.º, n.º 3, da Lei Fundamental dispõe que a lei só pode (e só a lei pode) restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição⁽³⁰⁾. Integrandos as liberdades comunicativas a categoria dos *direitos, liberdades e garantias*, conclui-se que só a proteção e promoção de bens jurídicos expressamente consagrados na Constituição legitima a restrição das liberdades comunicativas. O artigo 10.º, n.º 2, da CEDH especifica os bens que, no seio de uma sociedade democrática, justificam a restrição da liberdade de expressão.

Nos termos da Constituição, só a lei pode restringir as liberdades comunicativas. Mais precisamente, elas só podem ser restringidas através de Lei formal da Assembleia da República ou Decreto-Lei autorizado (artigo 18.º, n.º 1, al. b) e 165.º, n.º 1, al. b), da Constituição). Vale aqui uma reserva relativa de competência legislativa. Também o artigo 10.º, n.º 2, da CEDH estabelece que “[o] exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei”, deixando ao direito constitucional nacional a definição deste instrumento.

A sujeição ao *princípio da reserva de lei* das restrições à liberdade de expressão decorre, a um tempo, dos princípios democrático, do Estado de direito e da separação de poderes. Nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da Lei Fundamental, as restrições devem limitar-se ao necessário para a salvaguarda de direitos e interesses constitucionalmente protegidos. No mesmo sentido, o artigo 10.º, n.º 2,

28 Na jurisprudência do TEDH, *Bezymanny v. Russia*, (2010), § 3, in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

29 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 448 ss.

30 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 452 ss.

da CEDH só admite, como medidas restritivas, as que “constituem providências necessárias, numa sociedade democrática”.

Consagra-se, em ambos os preceitos, o princípio da *proibição do excesso* ou da *proporcionalidade em sentido amplo*⁽³¹⁾. Trata-se de um subprincípio concretizador do princípio do Estado de direito, que, na formulação da CEDH, é expressamente associado ao princípio democrático. Uma análise da jurisprudência do TEDH sobre esta matéria permite confirmar o peso que este princípio assume na aplicação dos critérios da proporcionalidade às leis restritivas da liberdade de expressão. Ele é considerado um princípio autónomo diretamente aplicável, mesmo que as restrições prossigam um interesse legítimo e tenham apoio numa lei formal⁽³²⁾.

Do princípio da proporcionalidade em sentido amplo decorre que as leis restritivas devem prosseguir um *fim legítimo*, que só pode ser a salvaguarda de um direito ou interesse constitucionalmente protegido. Aqui se incluem, nomeadamente, a tutela dos direitos de personalidade ou a salvaguarda da democracia comunicativa inerente ao tipo do Estado Constitucional.

O artigo 10.º, n.º 2, da CEDH menciona, como fins admissíveis, “a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”. A sua prossecução pode vir a legitimar uma restrição.

Do princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, resulta também que deve ser utilizado um *meio legítimo*. Nem todos os meios podem ser utilizados para restringir direitos. Este aspeto é especialmente importante no âmbito das liberdades comunicativas, na medida em que o artigo 37.º, n.º 2, da Constituição afirma expressamente que o exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.

Igualmente relevante, nesta sede, é a exigência de que seja escolhido um *meio adequado* à prossecução do fim visado. Pretende-se evitar, além do mais, restrições excessivas, indiretas, ocultas ou subtis. Mais importante, em termos práticos, afigura-se a exigência da adoção de um *meio necessário*. A medida restritiva deve limitar-se ao estritamente necessário à salvaguarda dos direitos e interesses constitucionalmente protegidos. A mesma aponta para a procura de meios alternativos menos restritivos, menos suscetíveis de ter um impacto compressor da esfera de discurso público. Ela exige, por exemplo, que a pena de multa pelo crime de difamação seja preferida à pena privativa da liberdade, senão mesmo que esta seja pura e simplesmente eliminada.

Do mesmo modo, supõe que a responsabilidade civil seja preferida à responsabilidade penal, desde que aquela também seja, em todos os seus elementos (v.g. ilicitude; dano; nexos de causalidade; montante da indemnização), sujeita aos ditames do princípio da proibição do excesso. Finalmente, a necessidade impõe a preferência por meios que permitam proteger os direitos em presença expandindo a esfera de discurso público (v.g. direito de resposta), por oposição a meios que

31 Cf. Idem, *Ibidem*, p. 457 ss.

32 Cf., por exemplo, *Público – Comunicação Social, S.A. et Autres c. Portugal* (2010), in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, em especial §§ 54-56.

propiciem a sua restrição (v.g. responsabilidade penal e civil)⁽³³⁾.

Finalmente, impõe-se a opção por um *meio proporcional em sentido estrito*. As medidas restritivas das liberdades comunicativas não podem infligir um dano excessivo e exorbitante ao interesse público constitucional de acesso de todos os cidadãos à informação sobre os assuntos de interesse público e social a nível internacional, nacional, regional e local. Este aspeto não pode deixar de ser tido em conta quando se trata do combate à desinformação, nomeadamente nas redes sociais, chamando a atenção para a delicadeza da intervenção restritiva que venha a ser feita neste domínio. Uma ordem constitucional livre e democrática requer uma cidadania informada e participativa, ativamente envolvida na discussão desinibida, robusta e aberta de todas as questões relevantes para o desenvolvimento da personalidade individual e o autogoverno da comunidade.

A Constituição determina que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias não podem ser retroativas (artigo 18.º, n.º 3, da Constituição). Elas estão sujeitas ao princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, que é um subprincípio do princípio do Estado de direito. Do mesmo resulta, além disso, a exigência de precisão, clareza e determinabilidade das leis restritivas. Pretende-se, deste modo, garantir uma relação de previsibilidade entre a hipótese e a consequência jurídica⁽³⁴⁾.

Interpretados com base na conexão semântica que estabelecem entre si, o princípio da segurança jurídica e da proporcionalidade em sentido amplo permitem fundamentar uma preferência por medidas restritivas mais claras e especificadas por comparação a medidas mais abertas, indeterminadas e não especificadas. Uma lei restritiva da liberdade de expressão, em sentido amplo, que seja demasiado vaga e indeterminada, poderá ser considerada inconstitucional se favorecer uma aplicação imprevisível, arbitrária e discriminatória⁽³⁵⁾.

6. Esfera de discurso público e opinião pública

A democracia comunicativa requer a criação de uma *esfera de discurso público* desinibida, robusta e amplamente aberta⁽³⁶⁾, onde possam ser livremente noticiados e debatidos todos os problemas políticos, económicos e sociais de interesse público⁽³⁷⁾. A liberdade de expressão é um direito fundamental que reconhece a existência de discordâncias no plano político, ideológico, ético e social, pretendendo que as mesmas sejam resolvidas pacificamente através da discussão aberta. A liberdade de expressão, tomada no sentido amplo, é um direito fundamental que convida à disputa.

33 Sobre o princípio da preferência dos meios menos gravosos, cf. Jónatas E. M. Machado; Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Difamação...*, ob.cit., p. 55 ss.

34 Neste sentido, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], n.ºs 21279/02 and 36448/02 § 41, ECHR 2007XI); *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, 28 March 1990, § 68, Series A n.º 173.

35 Cf. Andrew E. Goldsmith, “The void-for-vagueness doctrine in the Supreme Court, revisited”, *American Journal of Criminal Law*, vol. 30 (2003), p. 279 ss.

36 Cf. Harry Kalven, Jr., “‘Uninhibited, robust, and wide-open’: a note on free speech and the Warren Court”, *Michigan Law Review*, vol. 67, n.º 2 (1968), p. 289 ss.

37 Cf. Joseph Blocher, “Public discourse, expert knowledge, and the press”, *Washington Law Review*, vol. 87, n.º 2 (2012), p. 409 ss.

As possibilidades jurídicas de crítica contundente, veemente e incisiva, direta ou indireta, são especialmente amplas quando esteja em causa a gestão dos assuntos e dos recursos públicos. Todavia, é essencial garantir que a abertura e amplitude que devem ser notas caracterizadoras da esfera de discurso público numa sociedade democrática não são convertidas numa excessiva e perigosa imposição de tolerância perante ideias tendencialmente subversivas dos valores da democracia.

6.1. Mercado livre das ideias

Na doutrina constitucional ganhou foros de cidade a noção de *mercado livre das ideias*⁽³⁸⁾. Trata-se de transpor, para a esfera pública, a analogia do mercado económico, com as suas características de abertura, concorrência, descentralização da autoridade e neutralidade do Estado. Pretende-se, desse modo, beneficiar consumidores, empresas e o próprio Estado, para além de se favorecer a autonomia individual, a igualdade, a criatividade, a inovação e o progresso técnico.

Numa sociedade democrática, estes mesmos princípios e fins estão em grande medida subjacentes ao confronto de ideias e opiniões. Um mercado livre das ideias diversificado e robusto constitui um dos pilares fundamentais da democracia, propiciando a mais ampla possível disseminação de informação, pontos de vista e opiniões a partir de fontes diversas e antagónicas, realidade essencial ao bem-estar das populações⁽³⁹⁾. A existência de diferentes vozes, a livre circulação de ideias, a concorrência de opiniões e a troca livre e desimpedida de vozes, favorecem a liberdade individual, a igualdade comunicativa, a geração de nova informação e novas ideias, a quantidade e qualidade de operadores de comunicação e a inovação tecnológica.

Todos os argumentos oferecidos a propósito de qualquer controvérsia podem ser testados no confronto comparativo com os correspondentes contra-argumentos. O mercado das ideias tem subjacente um importante princípio de autonomia e descentralização da autoridade, acentuando a soberania do emissor e do recetor. Ele revela hostilidade ao pensamento único, ao totalitarismo comunicativo e ao politicamente correto, favorecendo a liberdade de expressão e informação em todos os domínios, com vantagens para os particulares e o interesse público.

Contudo, não pode escamotear-se a possibilidade e necessidade de intervenção estadual, consistente na consagração legislativa de meios de tutela jurídica, a aplicar pelo poder judicial, para a correção de *falhas de mercado*, nomeadamente quando está em causa a contaminação da esfera de discussão pública com conteúdos expressivos substancialmente falsos que visam uma manipulação das instituições democráticas e a desinformação da opinião pública.

6.2. Questões de interesse público

A invocação do exercício do direito à liberdade de expressão será abusiva e ilícita se, desde logo, a conduta expressiva não realizar um interesse legítimo. Trata-se de um conceito amplo, presente na nossa lei penal da difamação⁽⁴⁰⁾, cujos

38 Cf. Vincent Blasi, "Holmes and the marketplace of ideas", *The Supreme Court Review*, vol. 2004 (2004), p. 1 ss.

39 Neste sentido se pronunciou o Supremo Tribunal norte-americano no caso *Associated Press v. United States* 326 U.S. 1 (1945).

40 Cf. artigo 180.º, n.º2, al a), do Código Penal.

contornos não é necessário precisar neste contexto. No direito civil, não se encontra idêntica referência, no que diz respeito às ofensas ao crédito e ao bom nome, o que é apenas sintomático da obsolescência do respetivo regime e da necessidade de uma interpretação em conformidade com a Constituição e os direitos humanos.

Esta orientação hermenêutica aponta para uma alargada possibilidade de discussão de *questões de interesse público*, entendido este conceito em termos amplos e não estritamente políticos. O mesmo pode abranger a política, o direito, a religião, a economia, a sociedade, a educação, a ciência, a cultura ou o lazer. Nalguns casos, ele pode abarcar mesmo o discurso aparentemente privado. O alcance da responsabilidade civil e penal por afirmações de facto e juízos de valor proferidos neste contexto é drasticamente reduzido quando se trate de questões de interesse público, mas impondo-se sempre a articulação com os demais critérios de ponderação, como a veracidade dos factos e/ou o cumprimento do dever de informação, ou a existência de base factual suficiente quanto aos juízos de valor, para aferir da licitude ou ilicitude da conduta.

Se não se adotar uma aceção ampla do conceito de *questão de interesse público*, os tribunais ficarão frequentemente colocados numa posição que lhes permite ameaçar perigosamente a integridade da esfera de discurso público e limitar as possibilidades de participação dos cidadãos⁽⁴¹⁾. Independentemente das questões doutrinárias que a delimitação dos bordos exteriores do conceito em análise possa suscitar, não há dúvida de que são questões de interesse público as relativas ao exercício dos poderes do Estado, à gestão dos recursos públicos, o acesso a cuidados de saúde pública, à relação entre os setores público e privado. Trata-se de temas indissociáveis do direito de autogoverno democrático da comunidade política.

O TEDH tem sustentado que as críticas dirigidas à atividade governativa devem ser respondidas na esfera pública, com contra-argumentos, com mais debate, e não através de ações judiciais, civis ou criminais, potencialmente inibitórias e censórias da discussão⁽⁴²⁾, sendo apenas legítima e necessária a convocação dos meios de reação jurídica em casos particularmente graves, como quando está em causa a imputação de factos falsos, gravemente desonrosos, com a consciência da sua falsidade⁽⁴³⁾.

6.3. A procura da verdade

De entre os fundamentos teóricos historicamente atribuídos à liberdade de expressão, não pode deixar de registar-se, com afinco, a procura da verdade. Ela encontrava-se subjacente a diversas correntes de pensamento, como a filosofia de Sócrates, Platão e Aristóteles, a Cristandade Medieval, a Reforma Protestante ou o Iluminismo. A modernidade consolidou a noção de que na dicotomia discursiva inerente a um debate livre e aberto de ideias é mais provável a descoberta da verdade, do que num contexto autoritário em que as ideias são impostas em termos unilaterais e dogmáticos.

41 Convergentemente, Stephen J. Mattingly, “Drawing a dangerous line: why the public-concern test in the constitutional law of defamation is harmful to the first amendment, and what courts should do about it”, *University of Louisville Law Review*, vol. 47, n.º 1 (2008/2009), p. 739 ss.

42 Neste sentido, *Castells v. Spain* (1992), in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

43 Cf. *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* (2007); *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina* (2017). In: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

A garantia da liberdade de expressão permite a identificação de mais proposições verdadeiras, ao mesmo tempo que rejeita as proposições falsas, contribuindo, de forma determinante, para a evolução do conhecimento e, portanto, para o progresso da sociedade. É certo que, no processo dialógico, surge inevitavelmente uma margem para o erro, mas somente na livre discussão de ideias é mais plausível a destrição entre a verdade e a falsidade⁽⁴⁴⁾.

Embora a mentira e a desinformação já existam no espaço público há muitos milénios, as filosofias pós-modernas vieram conferir uma pretensa legitimidade epistémica ao desprezo pela verdade, assim entendida⁽⁴⁵⁾. Para elas, não existe verdade fundacional, objetiva, absoluta, para além da mente humana. Longe de corresponder à estrutura ontológica das coisas, a verdade é vista como relativa, contextual, literária, retórica e subjetiva. O pós-modernismo rejeita as dicotomias epistemológicas tradicionais. A racionalidade não tem primazia sobre a irracionalidade, nem a verdade sobre a falsidade. Na versão neo-marxista do pós-modernismo, as palavras não descrevem uma realidade exterior pré-existente, antes a realidade é construída pelas palavras, em função das relações sociais de poder e dominação. Para este entendimento, a linguagem não distorce a realidade, na medida em que não existe realidade antes, fora e para além da linguagem. Pelo contrário, são as palavras que criam a realidade⁽⁴⁶⁾.

Ao mesmo tempo, a opção por uma dada narrativa é impulsionada por fatores como a emoção, a ideologia, a agenda ou o pragmatismo, e não pela procura da verdade e do conhecimento, no sentido tradicional destes termos. Apoiando este entendimento, alguns fabricam e disseminam factos alternativos que corroborem as visões do mundo, ideologias e agendas que professem e negam factos observáveis que sejam percebidos como potencialmente contrários às mesmas. As correntes populistas da atualidade aproveitaram uma parte desta visão das coisas, potenciando a desinformação e a manipulação através das redes sociais⁽⁴⁷⁾.

Na prática, verdade e mentira são vistos como meios alternativos e igualmente válidos para atingir finalidades políticas, jurídicas, económicas, científicas, sociais, culturais ou desportivas. Um candidato, um deputado ou um juiz, por exemplo, poderiam mentir descaradamente numa campanha eleitoral, na Assembleia da República ou numa sentença judicial, sem que isso fosse condenável do ponto de vista dos grupos de interesses que se considerassem beneficiados por tal atitude. Porém, os riscos políticos e jurídicos desta conceção estão à vista de todos. A deliberação racional e o contraditório de que a democracia e o direito dependem deixam de ter qualquer sentido se a verdade dos factos não for importante⁽⁴⁸⁾.

No seu radical subjetivismo corrosivo, vazio de conteúdo ontológico, estas filosofias, acabam por ser absurdas e autocontraditórias. Absurdas, porque não

44 Cf. Frederick Schauer, "Free speech, the search for truth, and the problem of collective knowledge", *SMU Law Review*, vol. 70, n.º 2 (2017), p. 231-232; Stephan M. Feldman, "Postmodern free expression: a philosophical rationale for the digital age", *Marquette Law Review*, vol. 100, n.º 4 (2017), p. 1123 ss.

45 Cf. Daniel C. Dennett, "Postmodernism and truth", in: *The Proceedings of the Twentieth World Congress of Philosophy*, vol. 8: Daniel Dahlstrom (ed.), Contemporary Philosophy, Bowling Green, OH: Philosophy Documentation Center, 2000, p. 93 ss.

46 Cf., em termos gerais, Arthur Marcwick, "Two approaches to the historical study: the metaphysical (including "postmodernism") and the historical", *Journal of Contemporary History*, vol. 30, n.º 1 (1995), p. 1 ss.

47 Cf. Anthony J. Gaughan, "Illiberal democracy: the toxic mix of fake news, hyperpolarization, and partisan election administration", *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, vol. 12, n.º 3 (2017), p. 57 ss.

48 Cf. S.I. Strong, "Alternative facts and the post-truth society: meeting the challenge", *University of Pennsylvania Law Review Online*, vol. 165, n.º 1 (2017), p. 137 ss.

impõem qualquer limite para a construção de realidades alternativas. Termos tão diversos como propriedade, contrato, discurso, crime, sanção, tortura, imposto, democracia, homem ou mulher, são apenas ficções da imaginação e construções sociais, podendo adquirir um qualquer significado e o seu contrário⁴⁹. Os mesmos não passam de convenções retóricas aproveitáveis se e na medida em que isso sirva uma determinada agenda⁽⁵⁰⁾. Abrem-se deste modo as portas ao mundo “pós-verdade”, “pós-liberdade”, “pós-direitos humanos”, “pós-democracia” ou “pós-justiça”⁽⁵¹⁾.

O que diria um filósofo pós-moderno se um tribunal o condenasse a uma pena de 25 anos de prisão por um crime que não cometeu, ou o obrigasse a pagar impostos por imóvel de que não é proprietário, a pretexto de que “não existe realidade fora do texto” da sentença ou da liquidação?⁽⁵²⁾ Mas não é só no direito que o absurdo se faria sentir. A realidade supostamente criada por uma nova palavra não conseguirá salvar uma filósofa pós-moderna que, por rejeitar o conceito de gravidade – por ser o produto cultural de um homem branco, anglo-saxónico, protestante e ocidental – decida saltar do alto da torre da Universidade de Coimbra.

Autocontraditórias, na medida em que não se pode razoavelmente dizer que a verdade objetiva não existe ou não é importante e ao mesmo tempo pretender que essa afirmação seja aceite como objetivamente verdadeira e decisiva. Com efeito, como podemos saber se as afirmações pós-modernas são verdadeiras se não existe verdade? Se a realidade é construída por palavras, com que base é que se pode criticar *fake news*, factos alternativos ou realidades alternativas? A liberdade de expressão e informação e a sociedade democrática e aberta só se deixarão viabilizar se este tipo de filosofias for claramente rejeitado. A erosão da verdade não deve ser aceite pelo direito constitucional como uma fatalidade inelutável. Pelo contrário, ela deve ser abertamente combatida pela filosofia e doutrina do direito⁽⁵³⁾.

Ainda assim, concede-se que a verdade deverá ser perspectivada em termos principiológicos, na medida em que a demonstração ou o alcance da verdade absoluta constitui um escopo inatingível. Por outro lado, a verdade não configura um bem absoluto, no sentido de poder legitimar quaisquer condutas expressivas que a pretendam exteriorizar ou publicitar, pois podem existir interesses ou valores que imponham um silenciamento da verdade em nome da necessidade de lhes conceder maior proteção numa situação concreta, como, por exemplo, a reserva da vida privada, o sigilo profissional, o segredo de justiça ou até a manutenção da ordem e da paz social.

No entanto, a procura da verdade, compreendida como a conformidade entre a manifestação de uma dada proposição e a realidade dos factos políticos, econó-

49 Cf. Catharine A. MacKinnon, “Points against postmodernism”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 75, n.º 3 (2000), p. 687 ss.

50 Cf. Jennifer Lynn Orff, “Demanding justice without truth: the difficulty of the postmodern feminist legal theory”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 28, n.º 3 (1995), p. 1197 ss.; Peter C. Schanck, “Understanding postmodern thought and its implications for statutory interpretation”, *Southern California Law Review*, vol. 65, n.º 6 (1992), p. 2505 ss.

51 Cf. Rodrigo Chacón, “Diagnosing the fault lines of globalization in a post-truth era”, *The Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 42, n.º 2 (2018), p. 7 ss.

52 Era esse, como é sabido, o *slogan* do pós-moderno Jacques Derrida, *Of Grammatology*, Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 1976, p. 158.

53 Salientando este aspeto, Allison Orr Larsen, “Constitutional Law on an Age of Alternative Facts”, *New York University Law Review*, vol. 93, n.º 2 (2018), p. 175 ss., alertando para as consequências desastrosas que a construção de realidades alternativas pode ter em todas as áreas do direito. Cf., no mesmo sentido, Beryl Blaustone; Lisa Radtke Bliss, “The role of the lawyer and the essential skills to teach Law students in an era of fake news, “alternative facts” and Governing by Disruption”, *Loyola Journal of Public Interest Law*, vol. 19, 2018, p. 141 ss.

micos, sociais e materiais, constitui um móbil estruturante de qualquer sociedade democrática, que se materializa através da proclamação e efetivação das liberdades da comunicação, que tem, assim, como uma das direções de maior preponderância, a purificação dialógica e crítica da esfera de debate público, afastando as ideias menos aptas ou assentes em falsidades.

6.4. O perigo inerente à contaminação da esfera de discurso público e da opinião pública com informações falsas

Se o exercício das liberdades de comunicação visa, nomeadamente, a busca da verdade e do conhecimento, facilmente se compreende que, em simultâneo, pretende expurgar da esfera de discurso público quaisquer factos ou ideias descomprometidos com um princípio de verdade, em homenagem ao *princípio da proteção da confiança dos cidadãos*. A participação sadia na vida cívica depende da formação saudável da opinião pública. Quanto mais esclarecidos os cidadãos de um país, menor é a probabilidade de serem alvo de manipulação da sua vontade política.

A falsidade ou a mentira, quer se consubstanciem numa reprodução errónea ou dolosamente deturpada da realidade, revela-se perigosa para a livre discussão de ideias. Em particular, a contaminação substancial do debate de interesse público com uma factualidade cuja falsidade se conhece prejudica de forma grave o regular funcionamento do livre mercado de ideias, com consequências nefastas para a sociedade democrática⁽⁵⁴⁾.

Com a *Internet* e as redes sociais, assim como com as tecnologias da informação, o nível de conectividade entre as pessoas aumentou exponencialmente. Se, por um lado, esta circunstância veio reforçar o escrutínio dos poderes públicos, que deixou de ser uma função exclusiva da imprensa, também é certo que, por outro lado, sem a mediação do jornalismo, passa a inexistir o necessário filtro para garantir a fidedignidade dos conteúdos noticiosos. O recente fenómeno do recurso massivo a *fake news*, ou seja, a informação falsa publicada na *Internet* com a intenção de influenciar a opinião⁽⁵⁵⁾, teve impacto no resultado do referendo do *Brexit*, nas eleições norte-americanas que elegeram Donald Trump como Presidente⁽⁵⁶⁾ e ainda nas eleições presidenciais brasileiras que elegeram Jair Bolsonaro, o que

54 Cf. Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão...*, ob.cit., p. 237 e ss. As informações falsas disfarçadas de notícias representam um perigo mesmo em abstrato para o público devido à sua índole capciosa. Neste sentido, cf. John Allen Riggins, “Law student unleashes bombshell allegation you won’t believe!: ‘Fake news’ as commercial speech”, *Wake Forest Law Review*, vol. 52, n.º 5 (2017), p. 1313 ss; Emma M. Savino, “Fake news: no one is liable, and that is a problem”, *Buffalo Law Review*, vol. 65, n.º 5 (2017), p. 1101 ss.

55 Cf. Dallas Flick, “Combatting fake news: alternatives to limiting social media misinformation and rehabilitating quality journalism”, *SMU Science & Technology Law Review*, vol. 20, n.º 2 (2017), p. 375; Jeremy Geltzer, “Fake news & film: how alternative facts influence the national discourse”, *Southwestern Law Review*, vol. 47, n.º 2 (2018), p. 297 ss. O impacto das *fake news* tem sido de tal forma intenso que o *Collins English Dictionary* elegeu-as como palavras do ano de 2017. Além disso, o termo tem sido utilizado pelo Presidente Donald Trump para denegrir os meios de comunicação social tradicionais norte-americanos. Cf. Michael K. Park, “Separating fact from fiction: the First Amendment case for addressing ‘fake news’ on social media”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 46, n.º 1 (2018), p. 1 ss. Por detrás da criação de *fake news* estão, muitas vezes, motivações financeiras ou ideológicas. Cf. Idem, *Ibidem*, p. 1 ss.; Brittany Vojak, “Fake news: the commoditization of internet speech”, *California Western International Law Journal*, vol. 48, n.º 1 (2018), p. 123 ss. As *fake news* distinguem-se da sátira, pois, enquanto aquelas se baseiam em factos falsos dolosamente divulgados para enganar o público, a sátira recorre a uma dose de exagero que evidencia a falsidade e é criada com objetivos recreativos e jocosos. Cf. Nina Brown; Jonathan Peters, “Say this, not that: Government regulation and control of social media”, *Syracuse Law Review*, vol. 68, 2018, p. 521-522.

56 Nos últimos três meses de campanha presidencial norte-americana, em 2016, foram mais partilhadas, através das redes sociais, “notícias” falsas do que notícias verdadeiras de fonte jornalística, cf. Matthew LoBello, “The journalism licensing program: a solution to combat the selective exposure theory in our contemporary media landscape”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 36, n.º 2 (2018), p. 509 ss.

demonstra a premência do combate a quaisquer tentativas, logradas ou não, de inserir informações falsas no contexto de uma discussão com interesse público, envolvendo figuras públicas⁽⁵⁷⁾.

Com o sufrágio europeu de 2019 no horizonte, foi aprovada a Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2018, sobre a Utilização pela *Cambridge Analytica* de Dados dos Utilizadores do *Facebook* e o Impacto na Proteção de Dados, onde é reforçada a ideia de que a interferência nas eleições constitui um enorme risco para a democracia⁽⁵⁸⁾. De modo consentâneo, a Assembleia da República discutiu, pela primeira vez, o problema, em 6 de março de 2019, tendo sido aprovado, por maioria, o Projeto de Resolução n.º 2018/XIII que recomenda a adoção de medidas para a aplicação, em Portugal, do Plano Europeu de Ação contra a Desinformação⁽⁵⁹⁾.

Se é certo que o método político da desinformação não corresponde a uma estratégia recente, quando as informações falsas surgem associadas a possibilidades de difusão imediata e ampla, adquirem o poder de moldar os acontecimentos sociais, políticos e económicos à escala global, de uma forma que se pode facilmente revelar perigosa para as sociedades democráticas⁽⁶⁰⁾. Além disso, as informações falsas dolosamente divulgadas caracterizam-se por uma natureza sensacionalista e por serem apelativas em termos de popularidade, o que justifica o seu robusto poder de influência⁽⁶¹⁾.

A qualidade da informação obtida através dos novos *media* revela-se fundamental para o esclarecimento da sociedade, assim como para manter a responsabilidade das forças sociais, governamentais, empresariais e industriais. Neste sentido, algumas redes sociais, como o *Facebook* e o *Twitter*, têm vindo a estudar soluções que permitam assegurar a fiabilidade das notícias em circulação, inclusivamente por recurso a métodos de verificação dos factos (*fact checking*),

57 Cf. Lee K. Royster, “Recent development: fake news: potential solutions to the online epidemic”, *North Carolina Law Review*, vol. 96, n.º 1 (2017), p. 270 ss; Annie C. Hundley, “Fake news and the First Amendment: how false political speech kills the marketplace of ideas”, *Tulane Law Review*, vol. 92, n.º 2 (2017), p. 497 ss; Philip M. Napoli, “What if more speech is no longer the solution? First Amendment theory meets fake news and the filter bubble”, *Federal Communications Law Journal*, vol. 70, n.º 1 (2018), p. 55 ss; Erwin Chemerinsky, “Fake news, weaponized defamation and the First Amendment”, *Southwestern Law Review*, vol. 47, n.º 2 (2018), p. 291 ss; Carol Pauli, “Fake news, no news, and the needs of local communities”, *Howard Law Journal*, vol. 61, 2018, p. 563 ss; Alexandra Andorfer, “Spreading like wildfire: solutions for abating the fake news problem on social media via technology controls and government regulation”, *Hastings Law Journal*, vol. 69, n.º 5 (2018), p. 1409 ss; Michael K. Park, “Separating...”, *ob.cit.*, p. 1 ss.

58 *In*: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2018-0433&format=XML&language=PT>. Merece ainda referência a existência de outros documentos internacionais sobre o problema das *fake news* de que é exemplo a *Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e “Notícias Falsas”, Desinformação e Propaganda*, adotada em Genebra/Viena, em 3 de março de 2017, assinada por representantes das Nações Unidas, da OSCE, da Organização dos Estados Americanos e da CADHP – Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos – *in*: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21287&LangID=E>.

59 Em 5 de dezembro de 2018, foi adotada, em Bruxelas, uma *Comunicação Conjunta ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões* – Plano de Ação contra a Desinformação [JOIN(2018) 36 final] – *in*: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/action-plan-against-disinformation>. Neste âmbito, a desinformação é compreendida como “uma informação verificável, falsa ou enganosa, que é criada, apresentada e divulgada para ganho económico ou para enganar intencionalmente o público, e suscetível de causar danos públicos. Os danos públicos incluem ameaças aos processos democráticos, bem como a bens públicos, como a saúde, o ambiente ou a segurança dos cidadãos da União. A desinformação não inclui erros por inadvertência, sátira e paródia, ou notícias e comentários partidários claramente identificados”. *In*: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43498>. Ao contrário de Portugal, países como a França e a Alemanha já legislaram sobre esta matéria.

60 Cf. Dallas Flick, “Combating fake news: alternatives to limiting social media misinformation and rehabilitating quality journalism”, *SMU Science & Technology Law Review*, vol. 20, n.º 2 (2017), p. 375 ss; Ari Ezra Waldman, “The marketplace of fake news”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 20, n.º 4 (2018), p. 845 ss.

61 Cf. Carol Watson, “Information literacy in a fake/false news world: an overview of the characteristics of fake news and its historical development”, *International Journal of Legal Information*, vol. 46, n.º 2 (2018), p. 93 ss.

a algoritmos e a inteligência artificial, que não se livram de ser frequentemente apontados, mesmo à partida, como insuficientes⁽⁶²⁾. De resto, se existe alguma desconfiança em relação à eficácia dos meios de autorregulação, as propostas de heterorregulação revelam-se perigosas, por poderem facilmente desembocar em medidas censórias⁽⁶³⁾.

Nesta linha, há quem propugne que a alternativa melhor deverá passar pelo incremento da literacia mediática dos cidadãos (*media literacy*)⁽⁶⁴⁾. Conforme a Diretiva (UE) 2018/1808 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018, que alterou a Diretiva 2010/13/UE (Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual), a literacia mediática reporta-se às “competências, aos conhecimentos e à compreensão que permitem aos cidadãos utilizar os meios de comunicação social de forma eficaz e segura. A fim de que os cidadãos possam aceder à informação e utilizem, analisem de forma crítica e criem conteúdos mediáticos de forma responsável e segura, deverão possuir elevadas competências de literacia mediática”. Esta não deverá confinar-se a uma aprendizagem centrada em ferramentas e tecnologias, pois, deverá também procurar dotar os cidadãos das competências de pensamento crítico necessárias para emitir juízos, analisar realidades complexas e reconhecer a diferença entre factos e opiniões. Assim, sublinha que é crucial que “tanto os fornecedores de serviços de comunicação social como as plataformas de partilha de vídeos, em cooperação com todas as partes interessadas relevantes, promovam o desenvolvimento da literacia mediática em todos os quadrantes da sociedade, para os cidadãos de todas as faixas etárias e para todos os meios de comunicação social, e que a sua evolução seja acompanhada de perto”⁽⁶⁵⁾.

No entanto, a par de eventuais medidas neste campo, é imperioso reafirmar a importância do jornalismo profissional, tornando-se evidente a necessidade de encontrar formas de reforçar a sua estrutura económica, a liberdade de imprensa, a independência dos meios de comunicação social e a investigação jornalística⁽⁶⁶⁾. De facto, a crise do jornalismo tradicional, assente em fatores como uma acentuada quebra nas vendas das edições em papel, perda de patrocinadores – que se deslocaram, em grande medida, para as redes sociais – ou a precariedade dos vínculos laborais do jornalista, contribui substancialmente para o sucesso da estratégia da desinformação. Se os cidadãos acedem a conteúdos informativos, de forma gratuita, em particular, através de partilhas nas redes sociais, sem verificar a fidedignidade da fonte da notícia, a probabilidade de formarem a sua opinião sobre questões de interesse público com base em informações falsas é exponencial.

62 Cf. Ari Ezra Waldman, “The marketplace of fake news”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 20, n.º 4, 2018, p. 857 ss; Joel Timmer, “Fighting falsity...”, *ob.cit.*, p. 669 ss. Alguns autores norte-americanos alertam também para o perigo de regular as *fake news*, em virtude de poder implicar uma restrição à Primeira Emenda. Cf. Nina I. Brown; Jonathan Peters, “Say this, not that: Government regulation and control of social media”, *Syracuse Law Review*, vol. 68, 2018, p. 521 ss.

63 Cf. Damien Tambini, *Fake News: Public Policy Responses*, London: Media Policy Project, London School of Economics and Political Science, 2017, p. 1-16; Caroline Delmazo; Jonas C. L. Valente, “Fake news nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques”, *Media & Jornalismo*, n.º 32, vol. 18, n.º 1 (2018), p. 166.

64 Cf. Ari Ezra Waldman, “The marketplace...”, *ob.cit.*, p. 845 ss; Joel Timmer, “Fighting falsity...”, *ob.cit.*, p. 669 ss; David Goldberg, “Responding to ‘fake news’: is there an alternative to law and regulation?”, *Southwestern Law Review*, vol. 47, n.º 2 (2018), p. 417 ss.

65 *In*: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1808&qid=1551957202355&from=en>.

66 Cf. Dallas Flick, “Combatting fake news...”, *ob.cit.*, p. 375 ss. Com efeito, as *fake news* fragilizam a própria liberdade de imprensa, na medida em que os cidadãos ficam confundidos sobre o que é ou não verdade, ficando, assim, neutralizada a função de escrutínio dos poderes públicos a cargo dos meios de comunicação social. Cf. Andrea Butler, “Protecting the democratic role of the press: a legal solution to fake news”, *Washington University Law Review*, vol. 96, n.º 2 (2018), p. 419-420.

Por outro lado, se a celeridade e o imediatismo são cruciais em matéria de divulgação de notícias, também é certo que, numa época em que existe muita poluição informativa, é necessário mais tempo para verificar os factos, impondo-se um equilíbrio entre os interesses do imediatismo (e do lucro) e o cumprimento dos deveres deontológicos, de forma a garantir a defesa da veracidade da notícia que é dada em primeira mão, ou seja, ainda que se venha a revelar errada, tem de poder demonstrar-se que houve um cuidado razoável de verificação dos factos.

Aliás, as *fake news* podem ser uma oportunidade para reerguer o jornalismo de referência, comprometido com o cumprimento dos deveres deontológicos e com um princípio de veracidade. Se os cidadãos deixam de ser capazes de discernir o que é verdadeiro ou falso, é a confiança na democracia que fica prejudicada, infligindo um profundo golpe na desejável participação esclarecida na vida cívica. Neste sentido, o jornalismo de qualidade, apostado numa existência cada vez mais digital, pode ser uma das soluções para a *crise de confiança* na veracidade dos conteúdos informativos divulgados⁽⁶⁷⁾.

Na metáfora do livre mercado das ideias, as melhores ideias vencem, enquanto as menos aptas são colocadas de fora, sendo o regular funcionamento do mercado o mais eficaz teste da verdade⁽⁶⁸⁾. Contudo, existem falhas de mercado e as *fake news* são disso exemplo. Isto, sem esquecer o perigo acrescido da *falsidade profunda* (*deep fake*), potenciada pelas possibilidades tecnológicas quase ilimitadas de manipulação da imagem e da palavra até ao ponto de ser impossível refutar a respetiva autenticidade⁽⁶⁹⁾. A sua ascensão, despoletada pela assimetria informativa e pela incapacidade dos consumidores de distinguir as notícias verdadeiras e falsas, compromete o mercado das ideias e a esfera de discurso público⁽⁷⁰⁾. Aliás, a difusão de informações falsas sobre questões de interesse público⁽⁷¹⁾ não é apenas um perigo em si mesma como produz uma espécie de *efeito de irradiação negativo* em relação a informações verdadeiras⁽⁷²⁾.

Se, por um lado, as informações falsas são divulgadas para enganar o cidadão e para deformar a sua opinião pública e a vontade política, por outro lado, quando estão em causa notícias assentes em factos verdadeiros e de interesse público, o cidadão já não atualiza a sua opinião e o seu sentido de voto em termos conformes com um eventual juízo crítico porque admite que, apesar de grave, a notícia pode ser falsa⁽⁷³⁾.

67 Cf. Terry Flew, “Digital communication, the crisis of trust, and the post-global”, *Communication Research and Practice*, vol. 5, n.º1 (2019), p. 4-22; Charlie Beckett, “‘Fake news’: the best thing that’s happened to journalism”, *POLIS: Journalism and Society at the LSE*, 11 Mar 2017, in: <http://eprints.lse.ac.uk/76568/>.

68 Cf., na jurisprudência do Supremo Tribunal norte-americano, *Abrams v. United States*, a opinião dissidente do juiz Oliver Wendell Holmes, 250 U.S. 616, 630 (1919).

69 Cf. Sarah Brayne; Karen Levy; Bryce Clayton Newell, “Visual Data and the Law”, *Law and Social Inquiry*, vol. 43, n.º 4 (2018), p. 1149 ss.

70 Em termos puros, alguns autores defendem que a doutrina do livre mercado das ideias apenas é aplicável a ideias, excluindo os factos e, assim, as *fake news*. Neste sentido, cf. Ari Ezra Waldman, “The marketplace...”, ob.cit., p. 848; Clay Calvert; Stephanie McNeff; Austin Vining; Sebastian Zarate, “Fake news and the First Amendment: reconciling a disconnect between theory and doctrine”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 86, n.º1 (2018), p. 99 ss.

71 Com efeito, o perigo democrático subjacente às *fake news* radica sobretudo em factos de interesse público, pois, informações falsas sobre questões que nada importam à sociedade não são aqui o cerne do problema. Cf. Marc Jonathan Blitz, “Lies, line drawing, and (deep) fake news”, *Oklahoma Law Review*, vol. 71, n.º1 (2018), p. 59 ss.

72 Cf. Andrea Butler, “Protecting...”, ob.cit., p. 419 ss.

73 Tem sido, aliás, esta a estratégia do Presidente Donald Trump sempre que os meios de comunicação social de referência lhe imputam alguma conduta merecedora de um juízo crítico por parte dos cidadãos. A sua administração recorre frequentemente a acusações de *fake news* em relação a notícias veiculadas pela imprensa, assim como se defende com ‘factos alternativos’ quando confrontada com verdades embaraçosas. Cf. Michael K. Park, “Separating...”, ob.cit., p. 1 ss.

Nesta senda, os poderes públicos deixam de ser escrutinados e as instituições públicas, que se querem transparentes, passam a estar envoltas numa cortina negra que esconde, da luz do dia, quaisquer patologias subjacentes ao exercício de cargos públicos e ao funcionamento dos diversos edifícios da sociedade democrática. E, em última instância, é a própria democracia que fica em risco de não sobrevivência. A confiança na relação entre governantes e governados, instituições públicas e entidades privadas e cidadãos em geral de que todas as formas de governo democrático dependem dá lugar à desconfiança generalizada. Neste ambiente de obscurantismo, os cidadãos passam a viver em bolhas de filtro (*filter bubbles*), direcionadas a manobrar a opinião pública, a incitar à polarização política da sociedade e a promover o extremismo violento e o discurso do ódio⁽⁷⁴⁾.

B. DIREITO À HONRA

O direito ao bom nome, à honra, ao crédito e à reputação pretende proteger os indivíduos contra imputações difamatórias que, pela sua falsidade, coloquem em causa a imagem moral externa da pessoa e o seu estatuto social, podendo comprometer a sua capacidade de ação e interação nas esferas da vida social em que ele pretenda movimentar-se⁽⁷⁵⁾. Assim sucede quando essas imputações sujeitam a pessoa visada ao ódio, ao desrespeito ou ao ridículo dos seus concidadãos⁽⁷⁶⁾. Este direito de personalidade tem sido associado ao direito à felicidade pessoal, que pressupõe que o indivíduo deva ser protegido diante de ataques desnecessários ao seu carácter, ao seu estatuto social e ao seu bom nome e reputação⁽⁷⁷⁾ e, nalguns casos, mesmo de elogios e louvores imerecidos, por vezes motivo de forte desconforto⁽⁷⁸⁾.

Justifica-se, sem reticências, a sua tutela penal e civil, estruturadora da respetiva proteção de natureza sancionatória, reparatória e inibitória. Não se pretende proteger *pseudo-reputações*, na medida em que estas, ao protegerem injustificadamente quem delas se pretende prevalecer, podem prejudicar aqueles que com ele interagem, violando os princípios básicos de verdade, boa-fé, igualdade e reciprocidade, materialmente informadoras do tráfico jurídico⁽⁷⁹⁾. O ordenamento jurídico só visa proteger a honra, o crédito e o bom nome que sejam efetivamente merecidos e devidos⁽⁸⁰⁾.

74 Sobre a relação interna entre democracia e confiança, cf. Mark E. Warren (ed.), *Democracy and Trust*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 22 ss., 42 ss., e 88 ss. Sobre a polarização política, cf. Terry Flew, “Digital communication, the crisis of trust, and the post-global”, *Communication Research and Practice*, vol. 5, n.º1 (2019), p. 4-22; <https://www.coe.int/en/web/campaign-free-to-speak-safe-to-learn/dealing-with-propaganda-misinformation-and-fake-news>. Na Índia, a divulgação de informações falsas através do *Whatsapp* já despoletou uma recente onda de violência que comprova o poder nefasto das *fake news* – in: <http://www.forbesindia.com/blog/public-good/to-stop-fake-news-outrage-is-not-enough/>.

75 Cf. J. J. Gomes Canotilho; Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 466 ss.; Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão...*, ob.cit., p. 759 ss.

76 Cf. Roger Armstrong; Mark Lee, “Documentaries, docudramas and dramatic license: crossing the legal minefield”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 8, 2001-2002, p. 23 ss.

77 Cf. Teri Hollander, “Enjoining unauthorized biographies and docudramas”, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, vol. 16, n.º 1 (1995), p. 150 ss.

78 Cf. Andrew Osorio, “Twilight: the fading of false light invasion of privacy”, *New York University Annual Survey of American Law*, vol. 66, n.º1 (2010), p. 198 ss.

79 Cf. Laura Heymann, “The law of reputation and the interest of the audience”, *Boston College Law Review*, vol. 52, n.º 4 (2011), p. 1341 ss.

80 Cf. Jónatas E. M. Machado; Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Difamação...*, ob.cit., p. 12 ss.

As pessoas tomam as suas decisões envolvendo pessoas, empresas, produtos ou serviços com base na respetiva reputação, tendo todo o interesse em basear essas decisões em informação verdadeira⁽⁸¹⁾. Embora este princípio seja geralmente aceite, a sua concretização substantiva e processual conhece, nos vários ordenamentos jurídicos, diferenças substanciais. É o que ocorre, desde logo, com as imputações difamatórias.

Nos Estados Unidos, tradicionalmente conhecidos como defensores de uma conceção assaz alargada de liberdade de expressão, o direito ao bom nome e reputação nem sempre protege contra imputações difamatórias, em particular em relação a figuras públicas, incluindo titulares de cargos políticos e celebridades. Mesmo aí o Supremo Tribunal norte-americano não hesita em reconhecer a legitimidade do recurso a ações judiciais por parte de figuras públicas quando estas logram demonstrar a falsidade das imputações, que foram feitas com o conhecimento da sua falsidade ou com indiferença irresponsável relativamente à sua verdade ou falsidade, daí advindo danos⁽⁸²⁾.

1. Consagração internacional, constitucional e legislativa

No plano internacional, importa salientar, desde logo, a CEDH, que erigiu o direito à honra como um dos bens jurídicos cuja proteção pode, em certas circunstâncias, legitimar uma interferência no direito à liberdade de expressão (artigo 10.º, n.º2). Em sentido convergente, deve ainda trazer-se à colação a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 1.º; artigo 11.º; artigo 53.º, relevando, neste âmbito, a remissão para a CEDH). Além disso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não deixou de consagrar idêntica tutela do bem jurídico (artigo 12.º), o mesmo sucedendo com o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (artigo 19.º, §3, 1). No plano regional, encontramos semelhante consagração em instrumentos normativos internacionais como a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 13.º, n.º2, al. a)) ou a Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança (artigo 10.º).

Sem prejuízo das suas múltiplas vestes na terminologia jurídica – *v.g.* honra, reputação, bom nome, consideração social, crédito – é indubitável a sua elevação à categoria de bem jurídico-constitucional, integrando a constelação de direitos fundamentais. O artigo 26.º, n.º 1, da Lei Fundamental estatui que “[a] todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, *ao bom nome e reputação*, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

Além disso, o bem jurídico é tutelado pelo Direito Civil (artigo 70.º, n.º1; 79.º, n.º3; 484.º CC) e pelo Direito Penal (artigos 180.º e ss, CP). A tutela da honra é ainda evidenciada por legislação avulsa, como a Lei da Imprensa⁽⁸³⁾ (*v.g.* artigo 24.º, n.º1), a Lei da Televisão⁽⁸⁴⁾ (*v.g.* artigo 27.º, n.º1), a Lei da Rádio⁽⁸⁵⁾ (*v.g.* artigo 27.º,

81 Cf. Laura Heymann, “The law...”, *ob.cit.*, p. 1418 ss.

82 Assim é desde o caso fundamental, *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964).

83 Cf. Lei n.º 2/99, de 13/01, alterada pela Lei n.º 18/2003, de 11/06, pela Lei n.º 19/2012, de 08/05 e pela Lei n.º 78/2015, de 29/07.

84 Cf. Lei n.º 27/2007, de 30/07, atualizada pela Lei n.º 8/2011, de 11/04, pela Lei n.º 40/2014, de 09/07 e pela Lei n.º 78/2015, de 29/07.

85 Cf. Lei n.º 54/2010, de 24/12, atualizada pela Lei n.º 38/2014, de 09/07 e pela Lei n.º 78/2015, de 29/07.

n.º1) ou o Estatuto do Jornalista⁽⁸⁶⁾ (v.g. artigo 14.º, n.º2, al. g)). No seu conjunto, estas disposições demonstram que o ordenamento jurídico não se compadece com a disseminação de *fake news* sobre a pessoa e a conduta dos indivíduos.

2. Titularidade: pessoas singulares e coletivas

Enquanto direito fundamental, o direito ao bom nome e reputação encontra-se submetido ao princípio da universalidade, em matéria de titularidade. Com efeito, à luz do artigo 12.º da Constituição, “[t]odos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”. Deste modo, à semelhança do direito à liberdade de expressão, o direito à honra é um direito fundamental de todos os seres humanos, sendo uma decorrência da dignidade da pessoa humana. Nesta esteira, compreende-se que a Lei Fundamental equipare, para estes efeitos, os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal, garantindo-lhes, salvo algumas exceções, os mesmos direitos e submetendo-os aos mesmos deveres impostos ao cidadão português (artigo 15.º).

Contudo, a Constituição não se limita a assegurar o direito ao bom nome e reputação ao indivíduo. Sendo certo que, de um ponto de vista histórico, se trata de um bem jurídico associado às pessoas singulares, dúvidas não existirão do acerto do reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais a pessoas coletivas. Nesta linha, a cartilha constitucional estende a tutela às pessoas coletivas, estatuidando que estas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza (artigo 12.º, n.º 2).

De forma idêntica, o TEDH nunca hesitou em admitir uma interferência legítima no direito à liberdade de expressão em nome da necessidade de proteger o bom nome de uma pessoa coletiva. Contudo, em termos comparativos, é mais amplo o âmbito de tutela do direito à honra de pessoa singular do que de pessoa coletiva, devendo esta diferente natureza ter impacto ao nível da ponderação entre bens jurídicos conflitantes⁽⁸⁷⁾.

3. Dimensões hermenêuticas tuteladas

A honra, o crédito e o bom nome são bens ligados à preservação da dignidade individual em sociedade⁽⁸⁸⁾. A sua razão de ser prende-se, em primeira linha, com a proteção do indivíduo diante de afirmações de facto falsas. Este direito não abarca a proteção de reputações infundadas e imerecidas, suscetíveis de induzir outros em erro e causar danos. Por isso, o direito não assegura tutela contra toda e qualquer imputação que lese a reputação, o crédito e o bom nome⁽⁸⁹⁾.

A defesa destes bens da personalidade deve ser feita num quadro geral de promoção da verdade, do conhecimento, da transparência e da confiança. Por esse motivo, ela não pode restringir de maneira desproporcional a liberdade de expressão e informação colocando em causa a integridade da esfera de discurso

86 Cf. Lei n.º 1/99, de 01/01, atualizada pela Lei n.º 64/2007, de 06/11 e com a retificação n.º 114/2007, de 20/12.

87 A título exemplificativo, *Público - Comunicação Social, S.A. et Autres c. Portugal* (2010), in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

88 Cf. Jónatas E. M. Machado; Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Curso de Direito da Comunicação Social*, Lisboa: Wolters Kluwer, 2013, p. 110 ss.

89 Cf. Jónatas E. M. Machado; Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Difamação...*, ob.cit., p. 12 ss.

público inerente a um Estado de direito democrático⁽⁹⁰⁾. Pelo contrário, o direito à honra, ao crédito e ao bom nome é restringido perante a necessidade de assegurar a difusão e discussão de informação sobre questões de interesse público⁽⁹¹⁾.

Daqui decorre o dever de interpretar as normas legais referentes à tutela da honra, do bom nome e da reputação em conformidade com a Constituição, de forma a colocá-las ao serviço da promoção das finalidades constitucionais substantivas de proteção de uma sociedade livre e democrática, onde as questões de interesse público sejam objeto de informação e discussão livre e aberta.

Semelhante orientação foi, desde há muito, seguida, como se sabe, pelo Supremo Tribunal norte-americano, que, neste domínio, tem tido uma função precursora, salientando a relevância das normas constitucionais no domínio da difamação⁽⁹²⁾. Na sua célebre decisão do caso *New York Times Co. v. Sullivan*⁽⁹³⁾, afirmou que a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, consagradora da liberdade de expressão e de imprensa, estabelece limites ao “*direito da difamação*”, ou seja, à proteção que a ordem jurídica de um Estado democrático pode conceder ao bom nome de uma pessoa individual ou coletiva. No domínio da discussão de relevo político, só quando uma imputação alegadamente difamatória tiver sido proferida com conhecimento da sua falsidade – situação que podemos reconduzir ao dolo – ou com uma indiferença displicente relativamente à sua veracidade – situação que podemos reconduzir ao dolo eventual e à negligência grosseira (*reckless disregard for the truth*).

Posteriormente, este tribunal foi ainda mais longe, sustentando que a liberdade de expressão requer a verificação destes critérios sempre que se esteja perante imputações dirigidas a autoridades públicas (*public officials*) e figuras públicas, entendidas estas como pessoas que tenham assumido papéis de especial proeminência nos assuntos, questões ou negócios da sociedade⁽⁹⁴⁾. Para haver difamação de uma autoridade pública ou de uma figura pública é necessário que um facto objetivamente verificável tenha sido afirmado com conhecimento da sua falsidade ou com indiferença displicente relativamente à sua veracidade. Este critério, que exclui a mera culpa, pretende proteger a liberdade de informação e de discussão das questões de interesse público, mesmo que não estritamente político⁽⁹⁵⁾.

A aplicação de um entendimento aproximado no contexto da ordem jurídica portuguesa é possível se forem adotadas determinadas estratégias hermenêuticas. Daqui resulta que as *afirmações de facto* ou os *juízos valor* que um jornalista, articulista ou normal cidadão faça sobre a conduta de indivíduos ou instituições publicamente relevantes devem ter unicamente como limite a consciência ou a suspeita fundada da falsidade das mesmas ou a falta de quaisquer indícios sérios da sua verdade.

Do ponto de vista do direito constitucional à liberdade de expressão e de informação, deve ser possível exprimir suspeitas – razoavelmente apoiadas, por via

90 Cf. *Lingens v. Austria* (1986), in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

91 Cf. *Oberschlick v. Austria* (n.º 1) (1991), 25-26, 57-59; *Vereinigung Demokratischer Soldaten sterreichs and Gubi v. Austria* (1994), p. 17, 37. In: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

92 Cf. Dwight L. Teeter Jr.; Don R. Le Duc; Bill Loving, *Law of Mass Communications* (9ª ed.), New York: Foundation Press, 1998, p. 206 ss.

93 Cf. 376 U.S. 254 (1964).

94 Cf. *Curtis Publ'g Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 155 (1967)

95 Cf. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 345 (1974); *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, 497 U.S. 1, 19 (1990).

dedutiva, indutiva e abdutiva, em evidências factuais circunstanciais – de que algo vai mal no funcionamento das instituições socialmente relevantes, *latu sensu*, sem que seja exigível que se consiga provar num tribunal, aspeto particularmente relevante naquelas situações da vida pública em que “é irresponsável não especular”.

Quando toma conhecimento da existência de fatores indiciadores de irregularidade, disfunções ou corrupção no funcionamento das instituições, um jornalista ou um cidadão não devem ter que provar completamente a verdade dos factos, mas apenas a plausibilidade racional desses indícios e das inferências ou dos juízos de valor apoiados nos mesmos. Isto, tanto mais quanto é certo que, em muitos casos, os responsáveis pelo irregular funcionamento das instituições políticas e sociais são os primeiros a ocultar as informações necessárias para provar essa irregularidade⁽⁹⁶⁾.

O princípio anticorrupção, inerente à normatividade constitucional, requer efetividade nas soluções, para que o combate às patologias do poder não se torne impossível ou extremamente difícil⁽⁹⁷⁾. O âmbito de tutela do direito à liberdade de expressão deve, assim, ser definido com uma amplitude tão extensa quanto possível, encontrando somente um limite intransponível em condutas graves, de que é exemplo a divulgação consciente de falsidades.

4. Eficácia jurídica, restrições e colisões

À semelhança do que sucede com o direito à liberdade de expressão e com os demais direitos fundamentais, o direito ao bom nome e reputação é diretamente aplicável e vincula entidades públicas e privadas. Isto significa, desde logo, que não necessita de qualquer interposição do legislador para poder ser invocado, decorrendo diretamente da Constituição (*ex constitutione*)⁽⁹⁸⁾. No entanto, a tutela do direito à honra não justifica a desconsideração de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, como o direito à liberdade de expressão, não lhe sendo legítimo neutralizar as funções subjetivas e objetivas que este último direito desempenha numa sociedade democrática. No direito constitucional dos direitos fundamentais, a liberdade é, como vimos, a regra e a restrição à liberdade é a exceção⁽⁹⁹⁾.

Por esse motivo, as restrições estão sujeitas a uma *reserva de lei formal qualificada*, obedecendo a princípios especialmente rigorosos, onde estão inscritos os *limites dos limites*⁽¹⁰⁰⁾. Em primeiro lugar, os fundamentos de restrição de

96 Cf. Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão...*, ob.cit., p. 807. Cf., entre nós, a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, I Secção, Processo nº 941/09.0TVLSB.L1.S1, de 21-10-2014., em cujo sumário se pode ler: “I - A prevalência do direito à honra e ao bom-nome, no confronto com o direito à liberdade de expressão e de informação, relativamente a afirmações lesivas do mesmo, não se compadece com as situações em que aquelas afirmações, embora potencialmente ofensivas, sirvam o fim legítimo do direito à informação e não ultrapassem o que se mostra necessário ao cumprimento da função pública da imprensa. II - O direito do público a ser informado tem como referência a utilidade social da notícia – interesse público –, devendo restringir-se aos factos e acontecimentos que sejam relevantes para a vivência social, apresentados com respeito pela verdade. III - A verdade noticiosa não significa verdade absoluta: o critério de verdade deve ser mitigado com a obrigação que impende sobre qualquer jornalista de um esforço de objetividade e seguindo um critério de crença fundada na verdade.”

97 Cf. Zephyr Teachout, “Constitutional purpose and the anti-corruption principle”, *Northwestern Law Review Colloquy*, vol. 108 (2014), p. 200 ss.

98 Cf. Wilson Steinmetz, “Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais”, in: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22 ss.

99 Cf. J. J. Gomes Canotilho; Jónatas E. M. Machado, “*Reality Shows*” e *Liberdade de Programação*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 10 ss.

100 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 451 ss; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am

direitos devem procurar-se no interior da própria Constituição. Em segundo lugar, as restrições estão sujeitas a um princípio de excepcionalidade e de ponderação proporcional de direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Por serem excepcionais, as limitações aos direitos fundamentais devem ser devidamente fundamentadas e interpretadas restritivamente.

Daqui decorre que as restrições legais de direitos e a resolução administrativa e judicial de colisões de direitos constitucionalmente protegidos estão sujeitas a uma metódica de ponderação de direitos e interesses em presença, de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição do excesso⁽¹⁰¹⁾. No caso das restrições, estas devem ter fundamento constitucional e consistir nos meios menos limitativos que sejam adequados, necessários e proporcionais, em sentido estrito, à sua salvaguarda⁽¹⁰²⁾.

Na resolução de colisões deve procurar-se, numa lógica de proporcionalidade, o ponto ótimo de equilíbrio, que se revele menos oneroso para os direitos em presença, tomando em consideração todas as circunstâncias do caso. A metodologia de ponderação proporcional e harmonização equilibrada é essencial à emergência de um ambiente discursivo globalmente positivo e justo, fundamental à criação de oportunidades comunicativas para os indivíduos e para os grupos¹⁰³. É também a esta metodologia que se deve recorrer quando se opera a interpretação das leis em conformidade com a Constituição⁽¹⁰⁴⁾ e desta em conformidade com os direitos humanos⁽¹⁰⁵⁾.

5. Dignidade humana e direitos de personalidade

A tutela da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade constituem elementos estruturantes do Estado Constitucional. Estes valores postulam a natureza moral e racional do ser humano e a sua autonomia e responsabilidade. Eles incorporam um dever de proteção de determinadas dimensões imateriais da personalidade, como a consciência, a autonomia, o pensamento e a reputação. Nisso se consubstanciam os chamados direitos de personalidade.

Ao mesmo tempo que garante a liberdade de expressão, no artigo 37.º, a Constituição determina, no n.º1 do artigo 26.º, que “[a] todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”. Por que assim é, tanto os direitos que compõem a liberdade de expressão em sentido amplo, como os direitos de personalidade devem ser considerados traves mestras de uma sociedade livre, pluralista e democrática, assente num princípio de dignidade e autonomia⁽¹⁰⁶⁾. Eles complementam-se na afirmação e proteção da dignidade da pessoa humana e na construção de uma sociedade aberta.

Main: Suhrkamp, 1986, 258 ss.

101 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 1236 ss; Robert Alexy, *Theorie...*, ob.cit., p. 143 ss.

102 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 457 ss.

103 Cf. Hannes Rösler, “Dignitarian posthumous personality rights - an analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 26, n.º1 (2008), p. 167.

104 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 1310 ss.

105 Cf. Francesca Bignami, “The case for tolerant constitutional patriotism: the right to privacy before the European Court”, *Cornell International Law Journal*, vol. 41, n.º 2 (2008), p. 218 ss.

106 Cf. Hannes Rösler, “Dignitarian...”, ob.cit., p. 158.

Um nível satisfatório de proteção dos direitos de personalidade pode inclusive encorajar uma maior participação na esfera pública, ao abrigo da liberdade de expressão, na medida em que confere aos indivíduos uma maior confiança na proteção da sua individualidade⁽¹⁰⁷⁾. Daqui decorre uma importante consequência hermenêutica. A liberdade de expressão em sentido amplo e os direitos de personalidade não podem ser dissociados por uma leitura do texto constitucional apostado em identificar, radicalizar e explorar antinomias, antagonismos e contradições, reais ou hipotéticos. Antes devem ser alvo de uma leitura sinóptica e de uma interpretação sistemática, consentânea com o princípio da *unidade da Constituição*⁽¹⁰⁸⁾.

6. O caso das figuras públicas: conceito, limites e tipologia

A distinção entre figuras públicas e figuras privadas reveste-se de valor dogmático estruturante na conceitualização do âmbito de proteção da liberdade de expressão e de informação. Ela é um lugar-comum na doutrina que se dedica ao estudo deste direito fundamental do ponto de vista do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos. Mas não se trata apenas de uma construção doutrinal. Essa diferenciação já se encontra incorporada e consolidada na jurisprudência constitucional dos mais variados quadrantes e, em termos especialmente relevantes para o direito português, na jurisprudência do TEDH.

Uma conceção da liberdade de expressão com um âmbito normativo alargado conduz, compreensivelmente, a um conceito relativamente amplo de figura pública. Na doutrina e na jurisprudência germânica, fala-se de *personas da história do tempo* (*Person der Zeitgeschichte*), em sentido absoluto e relativo, embora com o significado de pessoa da história contemporânea⁽¹⁰⁹⁾. Trata-se de um conceito amplo, que se estende para além da esfera estritamente política, para as esferas económica, social e cultural, admitindo, por isso, uma grande diversidade de concretizações⁽¹¹⁰⁾.

Na jurisprudência norte-americana existe igualmente o conceito de figura pública⁽¹¹¹⁾. Aí a taxonomia das figuras públicas tem sido procurada a partir de diferentes binómios, distinguindo entre figuras públicas voluntárias e involuntárias, definitivas e temporárias, ilimitadas e limitadas. Através desta metodologia o conceito de figura pública é densificado a partir do seu interior. O bordo exterior do conceito é delimitado por contraposição com a figura privada⁽¹¹²⁾.

Embora o conceito norte-americano de figura pública surja associado às *nuances* do respetivo direito da responsabilidade (*v.g. torts, liability*), ele cruza-se frequentemente com a construção dogmática alemã. A respetiva densificação é particularmente sugestiva, na medida em que evidencia a complexidade da interação dos indivíduos com a esfera pública⁽¹¹³⁾. Vale a pena olhar o conceito mais de perto.

107 Cf. Jónatas E. M. Machado; Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Difamação...*, ob.cit., p. 34 ss.

108 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 1223 ss.

109 Cf. Frank Fechner, *Medienrecht* (10. Auf.), Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 2009, p. 77 ss; Axel Beater, *Medienrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 518 ss.

110 Cf. Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão...*, ob.cit., p. 803 ss.

111 Cf. Scott Schackelford, "Fragile merchandise: a comparative analysis of the privacy rights for public figures", *American Business Law Journal*, vol. 49, n.º1 (2012), p. 125 ss.

112 Cf. Iolanda A. S. Rodrigues de Brito, *Liberdade de Expressão...*, ob.cit., p. 44-46.

113 Sobre o conceito de figura pública, cf. Idem, *Ibidem*, p. 44 ss.

São *figuras públicas voluntárias* as pessoas que, deliberadamente, procuraram a fama e a notoriedade, em virtude da sua profissão, modo de vida, realizações ou vocação, tendo decidido assumir um maior protagonismo e uma maior visibilidade junto do público em geral (v.g. políticos, atores, atletas profissionais), atraindo sobre si a respetiva atenção. Em causa podem estar pessoas que se dedicaram a atividades públicas, que assumiram um papel proeminente em instituições ou atividades de interesse político, económico, social e cultural, ou que submeteram o seu trabalho à publicidade crítica.

A noção de voluntariedade reveste-se do maior relevo, tendo sobretudo em conta que ela expressa uma deliberada assunção do *risco de exposição*. Estas figuras públicas têm menor margem para se queixarem se a publicidade que procuraram não serve os seus interesses exatamente do modo e na medida em que esperavam. As mesmas gravitam numa órbita de interesse e escrutínio público, em que o *interesse informativo*, ou a *dignidade noticiosa* (*newsworthiness*), se confunde com a mera curiosidade pública, com a conivência de uma boa parte da doutrina e da jurisprudência⁽¹¹⁴⁾.

Já as *figuras públicas involuntárias* são aquelas que, também em virtude da sua vocação, da sua profissão ou dos seus feitos, acabaram por adquirir um estatuto de notoriedade sem ou contra a sua vontade, suscitando um legítimo interesse do público sobre a sua vida e atividade⁽¹¹⁵⁾. Trata-se de um conceito indeterminado, vocacionado para abarcar aquelas situações em que, de um modo ou de outro, uma pessoa atrai sobre si a atenção pública.

Alguns, tornam-se figuras públicas por “pouca sorte”, i.e., por estarem no sítio errado e à hora errada (v.g. um controlador de tráfego aéreo na altura de um acidente de avião). Outros, assumem claramente os riscos inerentes à publicidade (v.g. cirurgião plástico de celebridades), em virtude das suas ações e omissões. Nesta categoria podem incluir-se, nomeadamente, pessoas que surgem associadas a um evento com interesse informativo, ou dignidade noticiosa, tais como as vítimas de crimes ou de acidentes, os suspeitos ou acusados de crimes, pessoas que se destacaram por atos heróicos ou cuja informação, colocada nas redes sociais, suscitou grande interesse do público.

Em certos casos, é difícil a distinção desta categoria relativamente à das figuras públicas voluntárias, porque, ao aceitar espontaneamente determinadas posições ou ocupações (v.g. jogador ou árbitro de futebol), presume-se que o indivíduo aceita voluntariamente o risco de publicidade que lhes está associado. Igualmente reconduzíveis a esta categoria são familiares, amigos, sócios ou funcionários de figuras públicas voluntárias. O caso das crianças é mais problemático, dada a sua especial vulnerabilidade⁽¹¹⁶⁾. As figuras públicas involuntárias dificilmente poderão recuperar o seu estatuto privado enquanto forem alvo de interesse informativo. Ainda

114 Cf. Darby Green, “Almost famous”, *Vanderbilt Journal of Entertainment Law & Practice*, vol. 6, n.º1 (2003), p. 98 ss.

115 Cf. *Ann-Margret v. High Society Magazine, Inc.*, 498 F. Supp. 401, 407 (S.D.N.Y. 1980); Darby Green, “Almost...”, ob.cit., p. 98 ss.

116 Cf. Francesca Bignami, “The case...”, ob.cit., p. 241 ss; Axel Beater, *Medienrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 519.

assim, as compressões dos seus direitos de personalidade devem limitar-se ao estritamente necessário para a apresentação de informação de interesse público⁽¹¹⁷⁾.

São *figuras públicas permanentes* as pessoas que, de uma forma ou de outra, definitivamente se radicaram na história do tempo. A história universal conhece muitas figuras que se tornaram uma parte integrante da história universal. Mesmo nos nossos dias, ninguém disputaria esse estatuto a Churchill, Roosevelt, Estaline, Hitler, Ghandi ou Mandela.

São *figuras públicas temporárias* as pessoas que conhecem um estatuto de celebridade apenas por algum tempo, tendo vindo a perdê-lo em virtude das circunstâncias, da simples passagem do tempo ou por decisão voluntária de recuperar um estilo de vida de maior recato e discrição. Nestes casos, pode haver lugar a um tratamento diferenciado das informações relativas à fase pública e à fase privada da vida das pessoas em causa. Como quer que seja, a maior ou menor permanência do estatuto de figura pública poderá depender menos do estilo de vida do visado, do que da permanência do interesse público nos factos da sua vida pessoal⁽¹¹⁸⁾.

Consideram-se *figuras públicas ilimitadas*, aquelas pessoas que atingem uma notoriedade alargada aos vários domínios da vida social, ou seja, em todos os contextos e para todos os efeitos (*all-purpose public figures*)⁽¹¹⁹⁾. Aos mais variados assuntos surgem sempre associadas as mais variadas pessoas, compreendendo-se que seja impossível discutir assuntos sem discutir pessoas. Algumas delas tornam-se verdadeiras figuras públicas, ainda que de alcance variável. Elas correspondem, em larga medida, às pessoas absolutas da história contemporânea (*absolute Personen der Zeitgeschichte*).

Alguns exemplos, propositadamente formulados de maneira algo repetitiva, permitirão sublinhar este ponto. Como já foi salientado noutra sede, é totalmente impossível discutir religião sem examinar as vidas de Jesus Cristo, Maomé, Buda, Lutero ou Torquemada. É impossível discutir filosofia sem discutir as vidas de Sócrates, Platão, Immanuel Kant, Martin Heidegger ou Jean Paul Sartre. É impossível discutir política sem atentar para as vidas de Alexandre o Grande, Júlio César, Cícero, César e Lucrecia Bórgia, George Washington, Robespierre, Napoleão, Hitler ou Churchill⁽¹²⁰⁾.

Algumas destas pessoas são especialmente notórias pelos seus feitos históricos, mais do que pelas suas ideias. Outras revelam-se ou expõem-se na crónica dos acontecimentos humanos com um temperamento intrincado e complexo e uma estrutura intelectual, emocional, moral e ética falível e contraditória, como de resto é próprio do ser humano⁽¹²¹⁾. Como quer que seja, casos há em que a vida, a

117 Cf. Darby Green, "Almost...", ob.cit., p. 98 ss.

118 Cf. Idem, *Ibidem*, p. 104.

119 Neste sentido se pronunciou o Supremo Tribunal norte-americano no caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 341 (1974).

120 Cf. J.J. Gomes Canotilho; Jónatas E.M. Machado; António Pereira Gaio Júnior, *Biografia Não Autorizada Versus Liberdade de Expressão* (2ª ed.), Revista e Atualizada, Lisboa: Juruá, 2015, p. 48. Seria muito fácil continuar os exemplos, mas não queremos sobrecarregar o texto com eles. Mas é igualmente impossível discutir Direito, sem mencionar Moisés, Sólon, Justiniano, Hugo Grócio, ou Hans Kelsen. É impossível falar de ciência sem discutir as vidas de Pitágoras, Euclides, Isaac Newton, Charles Darwin ou Albert Einstein. É impossível discutir economia sem falar da vida de Adam Smith, Karl Marx ou John Maynard Keynes. É impossível discutir cultura e arte sem falar da vida de Leonardo da Vinci, Miguel Ângelo, Wolfgang Amadeus Mozart ou Picasso. É impossível falar de desporto sem falar de Mohamed Ali, Pelé, Maradona ou Michael Jordan. Finalmente, é impossível discutir sociabilidade sem falar de Florence Nightingale, Hellen Keller ou Madre Teresa de Calcutá.

121 Cf. Edward C. Chang; Lawrence J. Sanna, *Virtue, Vice, and Personality: The Complexity of Behavior*, Washington DC: American Psychological Association (APA), 2003, p. 1 ss.

obra e os feitos de algumas pessoas pode acabar por ter relevo, não apenas para um, mas para alguns ou até para todos os domínios da vida social, dada a íntima conexão entre todos eles.

Em sentido oposto, o conceito de *figuras públicas limitadas* abrange aquelas pessoas que atingem o estatuto de figura pública com alcance diminuto e temporário. Num certo sentido, trata-se aqui das *relative Personen der Zeitgeschichte* referidas pela doutrina alemã⁽¹²²⁾. Em muitos casos estamos diante de figuras públicas involuntárias, ligadas a um determinado evento (v.g. controlador de tráfego aéreo no caso de acidente de aviação). Noutros, pode tratar-se de pessoas apanhadas no meio de uma determinada controvérsia (v.g. advogado ligado a um processo judicial envolvendo figuras públicas; manifestante de uma causa social) ou que voluntariamente decidiram tomar parte numa determinada controvérsia de interesse público. Ponto é que assumam um protagonismo central na informação ou discussão pública acerca de um determinado evento ou tema, de alcance restrito.

Em princípio, o estatuto de figura pública limitado tenderá a decair naturalmente com a passagem do tempo. Pode dar-se o caso, porém, de as mesmas permanecerem figuras públicas *ratione materiae*, isto é, sempre que se voltar a falar sobre a questão de relevante interesse público a que as mesmas surjam associadas. Em todo o caso, é clara a proximidade entre este tipo de figuras públicas e as chamadas figuras privadas⁽¹²³⁾.

A delimitação do conceito de figura pública não estaria completa sem uma referência à *figura privada*. Esta caracteriza-se por não ter procurado a visibilidade pública ou desejado participar ativamente na discussão de um tema de relevante interesse público. Por esse motivo, ela não dispõe de facilidade de acesso aos meios de comunicação, o que a priva de capacidade de resposta e retaliação, tornando-a, por isso, mais vulnerável. Porque assim é, o interesse público na proteção das figuras privadas mostra-se mais acentuado. Uma secretária de um político, um cientista de investigação com fundos federais ou uma pessoa publicamente acusada da prática de um crime, têm sido consideradas figuras privadas distintas das figuras públicas, mesmo quando limitadas e temporárias, e por isso com uma maior dignidade de proteção dos seus direitos de personalidade⁽¹²⁴⁾.

Da taxonomia e delimitação exterior do conceito de figura pública podem extrair-se várias conclusões. Importa, em primeiro lugar, ter presente a natureza meramente tendencial do conceito de figura pública e das categorias em que se desdobra. As possibilidades de combinação dos vários binómios são múltiplas, com as consequências jurídicas daí resultantes. Em segundo lugar, o conceito de figura pública adquiriu uma grande amplitude de forma a abarcar todas as pessoas cujo protagonismo lhes permite, numa medida razoável, conformar positivamente os acontecimentos em áreas de interesse social geral ou específico. Em terceiro lugar, pode ser difícil, nalguns casos, distinguir uma figura pública temporária e limitada de uma pessoa privada. Assim é, além do mais, em virtude de vários fatores, re-

122 Cf. Axel Beater, *Medienrecht*, ob.cit., p. 520.

123 Cf. Darby Green, "Almost...", ob.cit., p. 101 ss.

124 Cf. Idem, *Ibidem*, p. 94 ss.

lacionados com a recente evolução mediática e das tecnologias da comunicação, que têm conduzido ao progressivo alargamento do conceito de figura pública (v.g. *reality shows*, redes sociais) e ao correspondente esbatimento da distinção entre figuras públicas e figuras privadas⁽¹²⁵⁾.

Pelo seu protagonismo social, as figuras públicas gozam de uma maior capacidade de influenciar os meios em que projetam a sua identidade e desenvolvem a sua atividade e por vezes os próprios poderes sociais. O espaço/tempo tende a curvar-se, com intensidade variável, diante da massa e energia que emana das figuras públicas. Por esse motivo, são-lhes assacadas maiores responsabilidades de natureza política, económica, social e cultural. Graças ao interesse que suscitam junto do público, as mesmas tendem a beneficiar de maiores possibilidades de acesso aos meios de comunicação social.

De um modo geral, as figuras públicas gravitam numa órbita de interesse e escrutínio público, em que o interesse informativo e a dignidade de notícia se manifestam com maior intensidade. Os limites da crítica aceitável são mais elevados quando se esteja diante de titulares de cargos políticos ou de outras figuras públicas e privadas envolvidas em transações com instituições públicas em que sejam movimentados recursos públicos⁽¹²⁶⁾. Estas devem esperar um escrutínio mais intenso e críticas mais duras por parte da comunicação social e do público em geral⁽¹²⁷⁾.

A relevância social da sua conduta pode ter um impacto sobre um conjunto significativo de pessoas e distorcer o normal funcionamento dos sistemas político, jurídico, económico e social. Daí a importância de as sujeitar a uma adequada vigilância por parte da publicidade crítica. Não se pode razoavelmente esperar que o exercício de uma crítica dura, contundente e incisiva, dirigida a pessoas e a instituições de relevância pública e baseada em factos comprovados ou em suspeitas razoavelmente fundadas em indícios sérios de condutas ilícitas ou antisociais, não venha a produzir quaisquer consequências políticas, sociais ou económicas nos visados.

Pelo contrário, o exercício do direito de crítica não pretende ser indiferente, inócuo ou inofensivo. Ele pretende, precisamente, levar as instituições competentes e o público em geral a desconfiar das pessoas com uma reputação imerecida e entidades objeto da crítica e a persuadi-los da necessidade de tomar medidas de reação e mudança diante da realidade dos factos subjacentes a essas críticas. A crítica visa afetar a estima da pessoa, com uma reputação enganadora, junto da comunidade, dissuadindo os outros de se relacionarem com ela nos mesmos termos. A crítica parte do princípio de que, tratando-se de factos verdadeiros de significativo relevo público, esse efeito é socialmente útil e necessário.

Numa ordem constitucional democrática e de Estado de direito, o exercício do direito de crítica tem frequentemente como consequência a perda de eleições, a não realização de negócios, a invalidação de transações já efetuadas, a desvalorização da cotação em bolsa, a perda de clientela e a deslegitimação social de indivíduos, empresas e instituições políticas e sociais. Na verdade, é esse o seu efeito pretendido, o que é inteiramente legítimo quando esteja em causa a denúncia

125 Cf. Idem, *Ibidem*, p. 101 ss.

126 Nesse sentido se pronunciou o TEDH no caso *Lingens v. Austria* (1986), in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.

127 Cf. *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967).

factualmente sustentável de condutas ilícitas ou antissociais, assentes em factos verdadeiros. A defesa do direito de crítica supõe, necessariamente, a defesa dos efeitos políticos, sociais e económicos que dela resultam. Isto, sem prejuízo da obrigação de cuidado e objetividade, tanto maior quanto mais lesivas forem, previsivelmente, as consequências das imputações.

C. PRINCÍPIO DA JUSTIÇA MATERIAL

A República Portuguesa funda-se na dignidade da pessoa humana, estando comprometida com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Os valores da liberdade e da justiça encontram-se radicados no Estado de direito democrático, empenhado, nomeadamente no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais (artigo 1.º e 2.º da Constituição). A justiça material não pode deixar de fazer parte da própria ideia de direito, radicada na proclamação da dignidade humana, na tutela da liberdade e do desenvolvimento da personalidade e na garantia da realização da igualdade. Um Estado de justiça é, em sentido estrito, perspectivado como aquele em que se consagram, respeitam e protegem os direitos, impondo-se uma distribuição equitativa entre os direitos e os deveres fundamentais⁽¹²⁸⁾.

E não pode haver justiça material sem verdade material, sendo que ambas pressupõem que existe "realidade" para além das palavras e que ela desempenha um papel central no discurso político, jurídico e social, que os observadores são geralmente capazes de determinar e descrevê-la de alguma forma adequada e que é possível e desejável distinguir entre verdade e falsidade. As instituições políticas, legislativas, administrativas e jurisdicionais só estarão em condições de realizar a justiça individual e social, nos planos distributivo, comutativo ou retributivo a partir de uma descrição verdadeira da realidade dos factos⁽¹²⁹⁾.

D. PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO

A *função de Estado de direito* atribuída também à liberdade de expressão apresenta-se intimamente relacionada com a noção de autodeterminação democrática da comunidade política, consubstanciando uma exigência de controlo democrático do comportamento dos poderes públicos, tendo em vista a sua conformidade com as decisões democraticamente tomadas pelos órgãos representativos dos cidadãos⁽¹³⁰⁾.

Verificando-se uma conexão interna entre o princípio democrático e o princípio do Estado de direito, compreende-se que a *função de fiscalização* e o *valor de controlo* da atividade governativa realizada pela liberdade de expressão possam e devam ser compreendidos também por referência a este princípio. As liberdades da comunicação constituem mecanismos fundamentais de crítica e controlo do exercício dos poderes públicos⁽¹³¹⁾.

128 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 245 ss.

129 Cf. Ralph Grunewald, "Comparing injustices: truth, justice, and the system", *Albany Law Review*, vol. 77, n.º 3 (2013/2014), p. 1139 ss.

130 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 254 ss.

131 Cf. Rudolf Streinz, "Der Einfluss der Verfassungsrechtsprechung auf die Pressefreiheit", *AFP, Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, 28, 1997, p. 857 ss. e 868 ss.

No quadro desta função de controlo, não é apenas o poder político que está submetido à publicidade crítica democrática, mas todos os poderes sociais, especialmente aqueles que, pelo seu relevo, protagonismo e notoriedade, conseguem conferir às suas atividades ramificações políticas, administrativas, económicas, sociais e culturais suscetíveis de influenciar ou perturbar o regular funcionamento do sistema social⁽¹³²⁾, como quando são imputados factos conscientemente falsos, aproveitando esse contexto para manipular o sentido de voto dos cidadãos.

E. PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

A doutrina constitucional sublinha que o princípio democrático tem como subprincípio a *democracia comunicativa*, estruturado em torno das noções de opinião pública e comunicação cívica e política democrática⁽¹³³⁾. A existência, no seio da comunidade política, de uma *opinião pública autónoma* funciona como *garantia substantiva da democracia*, a nível nacional, regional e local. Para poder funcionar, uma democracia necessita de todo o tipo de informação sobre as mais variadas questões. Mas a informação sobre o funcionamento das instituições públicas reveste-se de especial importância, na medida em que são estas que procedem à recolha, priorização, alocação e gestão dos recursos públicos.

A garantia da liberdade de expressão é indispensável ao regular funcionamento do sistema político democrático. É de fundamental interesse público assegurar o livre debate sobre questões políticas, económicas, sociais e culturais, contanto que a informação disseminada se encontre comprometida com um princípio de veracidade, que garante a tutela quer de imputações verdadeiras, quer de imputações erróneas, que, embora falsas, foram divulgadas com a consciência da veracidade, cumprido o dever de informação. É hoje uma verdade constitucional incontornável que a liberdade de expressão constitui uma pré-condição do funcionamento democrático do sistema político, assumindo um papel insubstituível na formação de uma opinião pública livre e esclarecida e da vontade política⁽¹³⁴⁾.

A democracia comunicativa, indissociável dos ideais de democracia participativa e deliberativa, aponta para a centralidade democrática dos direitos da comunicação, consagrados nos artigos 37.º e 38.º da Constituição, como sejam, a liberdade de expressão, a liberdade de informação – abrangendo os direitos de informar, de se informar e de ser informado, os direitos dos jornalistas, a liberdade de imprensa, a liberdade de radiodifusão, a liberdade de programação. O mesmo vale, naturalmente, para a sua concretização legislativa, designadamente através da Lei de Imprensa⁽¹³⁵⁾ ou do Estatuto do Jornalista⁽¹³⁶⁾.

132 Cf. James Gobert; Maurice Punch, “Whistleblowers, the public interest, and the public interest disclosure Act 1998”, *The Modern Law Review*, vol. 63, n.º 1 (2000), p. 25 ss.

133 Cf. Bodo Klein, *Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten, Verfassungsfragen des Wettbewerbs im Pressewesen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1990, p. 134 ss.; Peter Schwacke; Eberhard Stolz; Guido Schmidt, *Staatsrecht* (3. Auf.), Köln: Dt. Gemeindeverlag, 1993, p. 92 ss. e 264; Jean L. Cohen, “The public sphere, the media and civil society”, in: Andrés Sajó; Monroe Price (eds.), *Rights of Access to The Media*, The Hague: Kluwer Law International, 1996, p. 37 ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, ob.cit., p. 287 ss.

134 Cf. Ronald D. Rotunda; John E. Nowack, *Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure*, 3ª ed., IV, St. Paul, Minn.: West Group, 1999, p. 257, afirmando que “speech is part of the legislative process itself; restriction of speech alters the democratic process and undercuts the basis for deferring to the legislation that emerges. Additionally, the restraint of speech may often be seen as a short range aid to societal programs by insulating the current government from criticism caused by debate”.

135 Cf. Lei n.º 2/99, de 13/01, alterada pela Lei n.º 18/2003, de 11/06, pela Lei n.º 19/2012, de 08/05 e pela Lei n.º 78/2015, de 29/07.

136 Cf. Lei n.º 1/99, de 01/01, atualizada pela Lei n.º 64/2007, de 06/11 e com a retificação n.º 114/2007, de 20/12.

Estes e outros instrumentos concretizadores ou limitadores da liberdade de expressão em sentido amplo têm que ser interpretados em conformidade com a Constituição e com o direito internacional dos direitos humanos. Eles estão ao serviço dos princípios constitucionais da democracia, do Estado de direito, da separação e controlo recíproco dos poderes públicos e privados, da transparência e da boa governação.

Nesta linha, a liberdade de expressão pode (e deve) ser esticada para acolher condutas caracterizadas pela antipatia, inimizade, hostilidade e até mesmo pela natureza ofensiva, mas não concede a sua tutela a imputações de factos dolosos falsos e desonrosos, independentemente de poder invocar-se um debate de interesse público e o estatuto público do visado.

A disseminação de falsidades na esfera de discurso público põe em causa o livre mercado das ideias e impede a procura da verdade, desencadeando a desinformação da opinião pública e comprometendo a vontade política dos cidadãos. Certamente dúvidas não remanescem sobre a gravidade do perigo que representa para as sociedades democráticas, impondo-se tolerância zero para quaisquer formas de pretensão exercício da liberdade de expressão que, de forma sub-reptícia, almejam a subversão dos princípios do Estado de direito democrático.

III. CONCLUSÃO

Numa ordem constitucional fundada nos valores da liberdade, da justiça, do Estado de direito e da democracia, a proclamação e garantia efetiva do direito à liberdade de expressão, amplamente compreendido, devem ser acompanhadas do reconhecimento da existência de limites imprescindíveis à tutela de outros bens jurídicos. Numa sociedade democrática, caracterizada, desde logo, pela tutela de uma esfera de discurso público desinibida, robusta e amplamente aberta, em que as questões de interesse público devem poder ser discutidas com tenacidade e plena intensidade retórica, é inevitável uma fricção permanente entre, por um lado, o direito à liberdade de expressão e, por outro lado, o direito à honra de pessoas singulares, em particular se se tratar de figuras públicas. Aliás, o desenlace concretamente concedido para cada conflito individual constitui um indicador eficaz do nível de qualidade de qualquer democracia, impondo-se, em uníssono, garantir as liberdades e assegurar a justiça material.

A liberdade de expressão (artigos 37.º e ss. da Constituição) e a honra (artigo 26.º, n.º1, da Constituição) são bens jurídicos com idêntica valência constitucional, merecendo o estatuto de direitos fundamentais integrados no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, o que implica, nomeadamente, a sua aplicabilidade direta, vinculando entidades públicas e privadas e a submissão das eventuais restrições aos princípios da reserva de lei formal qualificada e da proporcionalidade em sentido amplo ou proibição do excesso (artigo 18.º, da Constituição).

Perante uma colisão entre direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e a honra, impõe-se carrear, primeiramente, os arrimos constitucionais pertinentes, ou seja, os princípios da ponderação entre bens jurídicos, da concordância prática ou da harmonização, da preferência concreta, da proporcionalidade em sentido amplo, da salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais

e ainda da interpretação das normas em conformidade com a Constituição e com a CEDH.

Com efeito, em caso de conflito, o julgador, colocado perante o dever de administrar justiça, deve tentar harmonizar os dois bens jurídicos, em busca do ponto ótimo de tutela, de modo a que possam ambos realizar-se. Contudo, por vezes, essa tarefa revela-se infrutífera, o que obriga o julgador a encontrar o bem jurídico que deve prevalecer no caso concreto, solução que apenas será válida se a restrição for considerada proporcional, nas suas várias dimensões, e ainda se estiver salvaguardado o núcleo essencial do direito concretamente preterido. Por outro lado, na resolução do caso por apelo às normas civis e, eventualmente, penais, é imperioso que o julgador esteja comprometido com a busca dos sentidos interpretativos mais conformes com a Constituição e com a CEDH, compreendida à luz da jurisprudência do TEDH.

Na verdade, uma desconsideração ponderativa por parte do julgador dos critérios que o TEDH vem aplicando, a propósito do conflito entre a liberdade de expressão e a honra, colocaria o Estado português numa situação de perigo de responsabilização internacional, o que, inclusivamente, ajuda a explicar o crescente número de condenações de Portugal na instância jurisdicional de Estrasburgo. Neste sentido, na interpretação e aplicação das normas pertinentes em função do caso, o julgador deve convocar os princípios consistentemente aplicados pelo TEDH, na densificação interpretativa do artigo 10.º da CEDH⁽¹³⁷⁾. Neste âmbito, releva, desde logo, a qualificação da pessoa visada por uma determinada conduta expressiva de índole ofensiva, considerando o TEDH que a liberdade de expressão tem um âmbito de proteção reforçado quando o visado é uma figura pública, em comparação com a tutela que lhe é concedida perante ofensas a uma figura privada.

A distinção entre factos e juízos de valor revela-se de uma importância igualmente crucial na ponderação, porquanto são aplicáveis critérios diversos consoante a conduta expressiva em causa se possa reconduzir a uma imputação de factos ou à formulação de juízos de valor ofensivos. Em matéria de imputação de factos, o julgador deve analisar a existência de um interesse público, a verdade do facto e/ou a boa-fé, aferida pelo cumprimento dos deveres e responsabilidades subjacentes ao exercício do direito à liberdade de expressão.

Em relação aos juízos de valor, por estar em causa a liberdade de opinião, a proteção garantida pela CEDH é mais robusta, em particular quando está em causa um debate de interesse público e os envolvidos são figuras públicas, mas, por não se tratar de um direito absoluto, impõe-se, mesmo nesse contexto, a verificação dos critérios ajustados à especificidade dos juízos de valor: o interesse público; a existência de uma base factual suficiente; a boa-fé.

137 Este entendimento vem sendo sufragado pelos tribunais superiores, desde o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, II Secção, Processo n.º 1272/04.7TBBCL.G1.S1, de 30-06-2011, que teve o mérito de, pela primeira vez, estabelecer a existência de implicações jurídicas decorrentes do paradigma europeu dos direitos humanos. Mais recentemente, podemos destacar também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, I Secção, Processo n.º 1454/09.5TVLSB.L1.S1, de 30-01-2017, onde se pode ler: “[a] resolução concreta do conflito entre a liberdade de expressão e a honra das figuras públicas, no contexto jurídico europeu, onde nos inserimos, decorre sob a influência do paradigma jurisprudencial europeu dos direitos humanos”; o “TEDH, interpretando e aplicando a CEDH, tem defendido e desenvolvido uma doutrina de protecção reforçada da liberdade de expressão, designadamente quando o visado pelas imputações de factos e pelas formulações de juízos de valor desonrosos é uma figura pública e está em causa uma questão de interesse político ou público em geral”; “[p]erante uma orientação jurisprudencial estabilizada junto do TEDH, como acontece em casos como o dos autos, os tribunais portugueses não poderão deixar de se influenciar pelo paradigma europeu dos direitos humanos”. In: www.dgsi.pt.

Com efeito, sendo certo que é fundamental tomar em consideração, no processo ponderativo, a circunstância de o visado ser uma figura política – fator que reforça o peso da liberdade de expressão no confronto com o valor da honra – também não pode ser escamoteado, sob pena de se incorrer numa resolução jurídico-concreta desequilibrada, que o estatuto público da pessoa tem de ser analisado conjuntamente com outros critérios igualmente relevantes: o interesse público, a verdade ou falsidade do facto; a boa-fé. Do mesmo modo, a qualidade de pessoa singular concede uma proteção reforçada ao direito à honra, em comparação com aquela que é atribuível a pessoas coletivas.

Em todo o caso, se procedermos a uma leitura transversal da jurisprudência do TEDH, em matéria de liberdade de expressão, compreendemos que pode ser justificada uma interferência no direito à liberdade de expressão, mesmo no contexto de um debate de interesse público e a envolver uma figura política ou pública em geral, se estiver em causa a imputação de factos falsos, com a consciência da sua falsidade. Deste modo, sempre que se constate a existência de uma imputação de factos falsos, ostensivamente graves, com a consciência da falsidade, deve considerar-se que, embora se possa afirmar eventualmente, o interesse público da questão e o estatuto de figura política, falham as exigências da verdade do facto e da boa-fé, que, se se verificassem poderia lograr a exclusão da ilicitude.

Com efeito, a contaminação propositada da esfera de discurso público com falsidades, compromete a procura da verdade, fazendo com que a liberdade de expressão repudie do seu âmbito de tutela esse género de condutas. Embora se postule uma conceção ampla de liberdade de expressão, de modo a garantir uma proteção reforçada do maior número de condutas expressivas possível, sobretudo no contexto de um debate de interesse público e a envolver figuras públicas, não pode esticar-se a liberdade de expressão de forma a abrigar conteúdos expressivos que ponham em causa as suas próprias finalidades substantivas.

Num Estado de direito democrático, o princípio da liberdade tem de caminhar, impreterivelmente, de mãos dadas com o princípio da justiça material. Se a esfera de discurso público estiver imbuída de informação falsa que é apresentada com a aparência de notícia, a distinção entre verdade e falsidade é desvanecida. Nesta linha, a propagação de quantidades massivas de falsidades desemboca numa espécie de *insegurança informativa* e numa *crise de confiança*, com evidentes implicações para a democracia e a paz social. Com efeito, se os cidadãos se sentirem compelidos a desconfiar constantemente da fidedignidade dos conteúdos noticiosos a que, direta ou indiretamente, acedem, ficam impossibilitados de adotar decisões esclarecidas, ficam na dúvida sobre quais as melhores políticas para o seu país e sobre os melhores candidatos para os representar.

A democracia carece da existência de uma esfera de discurso público construtivo, robusto, amplo e desinibido, ao mesmo tempo que necessita de cidadãos bem informados sobre as questões de interesse público. Se o eleitorado deixa de conseguir discernir o verdadeiro e o falso, o bom e o mau, em quem deve ou não confiar, que ideias deve ou não apoiar, fica neutralizado o autogoverno democrático e o sentido de voto deixa de poder afirmar-se como livre, pois, torna-se manipulável⁽¹³⁸⁾.

¹³⁸ Cf. Michael K. Park, “Separating...”, ob.cit., p. 14-15.

NEW TECHNOLOGIES AND ELECTIONS: SHOULD THE STATE PLAY ANY ROLE IN COMBATING MISINFORMATION?¹

CONTROLE DE CONTEÚDO E FOMENTO: HAVERIA UM DEVER ESTATAL DE COMBATE À DESINFORMAÇÃO NAS ELEIÇÕES

Marilda de Paula Silveira *

RESUMO

Diante da mudança de paradigma provocada pelas novas tecnologias, o Estado deve desenvolver algum papel no combate à desinformação nas eleições? Como pressuposto, entende-se necessário analisar como a desinformação foi tratada no processo eleitoral até o surgimento das novas tecnologias, o que se fará por meio de pesquisa jurisprudencial. A hipótese, após pesquisa preliminar na base jurisprudencial do TSE e dos vinte e sete tribunais regionais eleitorais, é de que a desinformação não foi tratada como objeto relevante voltado à proteção da liberdade do voto. A exceção ficaria por conta de alguns julgados que cuidam do uso indevido dos meios de comunicação. A restrição à divulgação de fatos sabidamente inverídicos ou propaganda falsa voltava-se mais à proteção de direitos individuais (como no direito de resposta, a imagem e a honra) que à liberdade do voto. A partir dessa análise, verificar-se-á como as novas tecnologias têm potencial de influenciar a liberdade do voto a partir de levantamento bibliográfico que deu tratamento às mídias tradicionais. Avalia-se o que se apresenta como alternativa para lidar com esse novo cenário de desinformação e se o Estado tem outro papel além da função jurisdicional e do dever de desenvolver uma política pública de educação.

Palavras-chave: Desinformação. Eleições. Juiz da verdade. Liberdade do voto. Tecnologia.

ABSTRACT

Given the paradigm shift caused by new technologies, should the State play any role in combating misinformation in elections? This is the question to be addressed in the research that will lead to the scientific article. Assuming that it is necessary to gauge how far misinformation has been tackled in the electoral process

¹ Published work at the Faculty ... of India.

* Master of administrative law and Ph.D. in public law from the Federal University of Minas Gerais. Coordinator of the graduate programs in electoral law at the School of Law of Brasília - EDB / IDP. Professor of the undergraduate program in administrative and electoral law of the School of Law of Brasília - EDB / IDP. Professor of the master's degree program in the of research Constitution and Society of the School of Law of Brasília - EDB / IDP. Leader in Network Research on Campaign Financing and Constitution. Founding member of ABRADep (Brazilian Academy of Electoral and Political Law) and director of IBRADE (Brazilian Institute of Electoral Law). Partner of Silveira e Unes Advogados Associados and Regional Coordinator of the NGO Transparencia Electoral.

with the emergence of new technologies through jurisprudential research. After preliminary research into the Superior electoral Court (Tribunal Superior Eleitoral -TSE) case-law and into the twenty-seven regional electoral courts, the hypothesis is that misinformation was not addressed as a relevant object aimed at protecting the freedom of voting. The exception would derive from decisions on the improper use of media (article 22 of LC 64/90). Restricting the disclosure of facts that are knowingly untrue or false advertising was more concerned with the protection of individual rights (such as the right of reply, image and honor) than with freedom of voting. From this analysis, we will try to understand how new technologies may potentially influence the freedom of voting based on how previous bibliographical research assessed the impact of misinformation brought by traditional media. Given the result, we propose to assess what has been presented as an alternative to deal with this new scenario of misinformation and whether the State has another role in this task beyond the jurisdictional and executive functions in public education policies. One possible approach would be the strategy of incentivizing actions by stakeholders aimed at broadening the voters' capacity to dialogue with all information they receive. Without searching an actor to stand as judge of truth.

Keywords: Misinformation. Election. Judge of truth. Freedom of voting. Technology.

INTRODUCTION

The key question that drove the research of this article was the shift occurred in the past two years, to the treatment of the impact of misinformation not only in Brazil, but throughout the world. This change is attributed to new communication technologies that are undoubtedly a disruptive factor in the access to knowledge and lead to the following questions: 1) how to define what misinformation is; 2) is misinformation confused with lies or fake news? 3) does the control of informational content deserve differential treatment during the elections? 4) is there a duty to combat misinformation? 5) whose duty is it? 6) is it necessary to define a judge of truth in this fight?

Faced with the perplexity imposed by the theme, the first challenge was to separate the wheat from the tare, giving specificity to the object of the analysis. The initial cut was made by centralizing the analysis specifically in the electoral process. Although some concepts and conclusions may be broadened to other decision environments, the methodological approach plays the important role in trying to prevent the analysis from ending up skewed.

Since the object of study was limited to the Brazilian electoral democracy, it was necessary to define the theoretical framework on which the work is supported. Given the understanding of the elements that make up democracy is not uniform, especially in the role of equality and freedom, it was necessary to establish the assumptions that will support the analysis.

Based on some consensus that decisions are legitimized by equality and freedom of choice, the way in which the will is formed becomes a key element in the quality of democracy. At this point we tried to evaluate to what extent misinfor-

mation interferes with the formation of the will. In order to do so, it was necessary to subdivide the elements of communication that may lead to this impact so that different issues are not treated indifferently.

Given the definition that the claim to control misinformation is within the universe of content control, it was necessary to ascertain how misinformation has been handled by the control bodies so far in the electoral process.

From these data, it was possible to point out and propose – with no pretension to exhaust them – some instruments that would reduce the negative impact that misinformation produces in the decision-making process that stems from the formation of the voter’s will, reducing the freedom of voting and, in effect, the quality of democracy.

1. THE FORMATION OF THE WILL AS A CENTRAL ELEMENT OF DEMOCRACY

The definition of the elements that guarantee the highest quality of democracy is not consensus among scholars. The divergence runs through the very concept of democratic state³, the extension of the guarantees of freedom and equality⁴ and the forms of implementation.⁵

By putting together some consensus, Robert Dahl⁶ points out indispensable factors for forming a Democracy: the existence of elected representatives in free, fair and frequent elections; freedom of expression; the existence of alternative sources of information; autonomy to associate citizens in the search for the exercise of Political Power and the inclusion of all adult members of the body politic in the process.

From Dahl, despite all differences surrounding the debates on democracy, it is possible to find a certain unity in the conclusion that is sought with as much equality and freedom as possible, the will of the citizens in decisions that impact on life in society⁷. In representative democracies, these choices define less the decisions and more the decision-makers.

3 DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília, DF: Editora UnB, 2001; SARTORI, Giovanni. *The Theory of Democracy Revisited*. Part two: the classical issues. Chatham: Chatham House Publishers, 1987.

4 Since Aristotle that gives prevalence to equality summarizing the characteristics common to all democracies as being: “Choice of high officials for all and among all; government of each for all and among all; government of each one for all and for each one in turn; choose by lot for all public functions, or for all those who do not require experience; abolition of qualification for possessions for the exercise of public functions; or its reduction at a very low level; prohibition of the exercise of public office for the second time, or more than a few times, by the same person, with few exceptions, except for military functions; exercise of public functions for short periods ...; the exercise of judicial functions by all citizens, that is to say, persons chosen from all, and in all, or most, serious and important matters; [...] payment for the exercise of public functions, preferably in all of them”. (ARISTÓTELES. *Política*. Brasília: Editora UnB, 1985. v. 6. p. 1317a-1318b).

5 DAHL, 2001; *Participatory democracy*, identified with an American movement in the 1960s, condemns the distance between governors and the governed, insisting on the centrality of civic participation. Deliberative democracy, founded in the 1990s, fuses deliberation with public opinion and proposes that elections should not be the central point in the exercise of democracy - with the choice of representation - but that the participation of civil society is fundamental. (PATEMANN, Carole. *Participation and democratic theory*. London: Cambridge University Press, 1970; SINTOMER, Yves. *Démocratie participative, démocratie délibérative: deux catégories émergentes*. In: BACQUÉ, Marie-Hélène; SINTOMER, Yves (Dir.). *Démocratie participative: histoire et généalogie*. Paris: La Découverte, 2011).

6 DAHL, Robert. *On political equality*. New Haven: Yale University Press, 2006.

7 Even for the defenders of the lottery as a democratic instrument par excellence there is concern about the representative sample. For all, Yves Sintomer explains as a third thesis of his work “The power of the people: citizens’ juries, lottery and participatory democracy” that “referring to the meaning of the current return of the lottery in politics, also seems to be subject to a response and centered on the notion representative sample. Random selection, as it now appears in politics, is inseparable from this concept. It makes it possible to constitute a “minipublic” and a counterfactual public opinion that differs from the public opinion of elected politicians, but also from the public opinion in general. This is clearly perceptible in the way James Fishkin, the inventor of deliberative research, presents the logic of this mechanism. In this way, the reference to Athens, based on the draw and the face-to-face discussion, seems more problematic than initially” (SINTOMER, Yves. *O poder do povo: júris de cidadãos, sorteio e democracia participativa*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 183).

The legitimacy of decisions by equality and freedom of choice is the factor conveyed in democratic theories⁸. Freedom and equality ensure that the strength of the majority does not become an autonomous element that ends up oppressing minorities⁹.

In this perspective, the way in which the will is formed becomes a key element in the quality of democracy.

2. INFORMATION AND THE CENTRAL ELEMENT OF DEMOCRATIC WILL: FAKE NEWS AS A FACTOR WITHIN THE CONTENT CONTROL

The will of a citizen is formed by a complexity of factors¹⁰ that are not always rational. As it is so in private life, it would not be different when it finds its democratic role. When it comes to the freedom of vote, the question is whether misinformation is capable of impacting on the autonomy of the will.

It is not questioned which affective and emotional factors are relevant in the formation of choices, especially when inserted in the electoral process¹¹. What is investigated in this study, however, does not contrast with this assumption: it seeks to evaluate to what extent information is also relevant and how misinformation acts in the formation of the will.

In fact, the recognition that the will is formed by a rational and emotional process is complementary in this investigation. After all, an occasional misinformation network may serve as a tool to foster the deepening of emotions that may interfere, maliciously and orchestratedly, in the formation of the will.

As Diogo Rais¹² points out, this concern is not new and was the subject of debates in the nineteenth century when “the cheapening of paper and the technological advancement of printing presses allowed partisan newspapers to expand their reach”¹³ and, in the twentieth century, when radio and TV dominated the communication process, there was a risk whether “favoring a kind of manipulation

8 This does not exclude criticism, such as that of Yves Sintomer in the sense that “the election embodies an aristocratic principle” while “the lottery is a democratic instrument par excellence” (SINTOMER, 2010, p. 181).

9 For Hans Kelsen, “if one tries to derive the principle of majority only from the idea of equality, it would inevitably have that mechanical and absurd character which the autocracy’s supporters reproach him for. It would be only the poorly formalized expression of the experience that the many are stronger than the few, and the proposition ‘the raw force over the Law’ could only be overcome by making itself a legal proposition. “ In the face of the controversy he proposes that “only the idea that they should be free, if not all, should at least as many men as possible - that is, that as few men as possible should be in the situation that their will is in contradiction with the general will of the social order - leads in a reasonable way to the majority principle” (KELSEN, Hans. *De la esencia y valor de la democracia*. Tradução Juan Luis Requejo Pagés. 2. ed. Oviedo: KKK Ediciones, 2009. p. 51-52).

10 (ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. *Journal of Economic Perspectives*, v. 31, n. 2, p. 211-236, spring 2017. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/44235006?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 20 fev. 2018.; RAIS, Diogo; FALCÃO, Daniel; GIACHETTA, André; MENEGUETTI, Pâmela; RAIS, Diogo (coord.). *Direito Eleitoral Digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; FIGUEIREDO, Marcus. *A decisão do voto: democracia e racionalidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008).

11 In this direction, Jónatas Machado states that “traditional Cartesian epistemology, structured around ideas of rationality, objectivity, neutrality and universality, has undergone a procedure of critical deconstruction and complemented, if not substituted, by perspectives open to the ideas of emotion, subjectivity, commitment and contextuality”. (MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 242).

12 RAIS, Diogo. Fake News e eleições. [Entrevista cedida a] Pedro Canário. *Conjur*, São Paulo, 12 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/entrevista-diogo-rais-professor-direito-eleitoral>. Acesso em: 1.1.2020.

13 ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 16.

of the electorate in the behalf of media-fostered candidates, instead of candidates best fit for office, would end up choosing the most televised ones”¹⁴.

In traditional media, the impact of the media on the formation of voters’ will is recognized as a factor of relevant interference in the freedom of vote¹⁵. For no other reason, the Brazilian legal system described the abusive use of the media as an unlawful act capable of corrupting the legitimacy of the polls. Although the focus was not on misinformation, a conviction for the practice of such an offense leads to the annulment of the registration, diploma or term of the beneficiary or liable person (article 22 of LC 64/90). Why would it be different in the new media that have much more sophisticated and complex tools for reaching specific groups?

Whatever the means of communication, information is presented through language (spoken, written or in image). The format in which it is presented stems from the strength with which the information impacts on the recipient. The power of traditional media was not only in the oligopoly of the platform and content producers [what has become diffused with technology], but in the ability to shape words, images, and symbols¹⁶. In the ability to present the facts from its point of view, coincidental or not with most or even with the actor who sees his or her story told.

The narrator seeks to convince his recipient. Misinformation, especially when maliciously produced, does not escape the even deeper goal of convincing its recipients of the content it conveys. The pretense of convincing the recipient involves the most diverse strategies, including projecting an image of power and influence of those who produce the content.

The practice is not new even in everyday life, but it has been sophisticated in the new communication platforms. In a bid to restore the reliability of the platform, Twitter announced in July 2018 that it will begin removing tens of millions of suspicious accounts. The overhaul seeks to reduce the widespread form of fraud by which many users incite their followers with automated or fake accounts, floating the idea of social influence to reinforce their political activism, business ventures, or entertainment careers¹⁷.

It seems clear that the new technologies add momentum to the scenario of misinformation which is produced by players everywhere who, with tools of low cost and easy access, manipulate images with great fidelity; establish interest groups and reach the universe of the user’s preferences; they disseminate false or manipulated information anonymously with the use of robots. All this intensifies the inability of the information recipient to dialogue with its content¹⁸.

Likewise, Facebook has initiated a more aggressive policy of combating “coordinated networks that are hidden by the use of fake accounts, hiding from

14 Ibid.

15 A recent survey by the Reuters Institute (commissioned by Oxford University) placed Brazil in second place in the world’s public confidence index in relation to the media. No less than 60% of the respondents said they trust the media content, which is only surpassed by Finland. Disponível em: <http://www.digitalnewsreport.org/>. Acesso em 25 fev. 2018.

16 URIARTE, 2010, p. 50, apud ALVIM, 2018, ratifies the position, adding that the element that characterizes ideological power is the possession of knowledge or, above all, the ability to manipulate words, concepts and symbols, re-signifying them to shape them to a particular interest. The Spanish scientist points out that if ideological power manifests primarily through the word, journalists exercise great control over it, since most intellectuals operate primarily through the means of communication.

17 CONFESSORE, Nicholas; DANCE, Gabriel. Battling fake accounts, Twitter to slash millions of followers. *The New York Times*, New York, 11 jul. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/07/11/technology/twitter-fake-followers.html>. Acesso em: 20 jul. 2018.

18 Idem.

people the nature and source of their content with the intent of generating division and spreading misinformation”.¹⁹ This model of strengthening credibility involves a kind of *information laundering*²⁰ seeking to circumvent the Facebook algorithm.

As if that weren't enough, in this digital age, the concerns are even more diffuse. The so-called “echo chambers” or “digital bubbles” are a relevant factor that would isolate groups little permeable to the debate and eager for the reaffirmation of their points of view, which would benefit from the ocean of available information. It is also noteworthy the power of social media - once typical of radio and TV – on platforms that turn any user into a content producer without any significant filtering and with audience reach exceeding traditional media means of communication.

Considering the relevant universe of citizens accessing the internet in Brazil²¹ and the interaction of users with each other and with the content itself – way broader than in traditional media – it seems difficult, if not impossible, to argue that this universe of information has no potential to impact on the formation of the will of the citizen in general and, above all, the voter who goes through an extremely short and regulated electoral process in Brazil.

The force of the impact caused by misinformation published in the new (social) networks led Sri Lanka to temporarily suspend Facebook. Posts falsely stating that Muslims in Sri Lanka were poisoning the food given to Buddhists were removed after an investigation of the very platform, but nevertheless led to various attacks and deaths of Muslims²².

That is why it is so important the debate of how this interference occurs and how to react to the instances when it is damaging. After all, just as access to

¹⁹ About this: GONÇALVES, Gêssica Brandino; RESENDE, Sarah Mota. Facebook retira rede de páginas e perfis do ar e atinge MBL. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 25. jul. 2018. Online. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/facebook-retira-rede-de-paginas-e-perfis-do-ar-e-atinge-mbl.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2018.; MOSSERI, Adam. *Working to stop misinformation and false news*. United States, 6 apr. 2017. Facebook: VP, news feed. Disponível em: <https://www.facebook.com/facebookmedia/blog/working-to-stop-misinformation-and-false-news>. Acesso em: 20 jul. 2018.

²⁰ How it works? Little tanned news [which amounts to saying little certified] only appear organically at a low percentage of the friends of the public. The more tanned the publication has - because it also favors Facebook's commercial interests for ad sales - plus the percentage of organic exposure in the news feed increases. This is because the algorithm understands that it is a certified and therefore reliable information. Aware of this, certain users create fake accounts and form a network of friendship. In this network, all of the friends, which promotes a confidence wash in the reading of the algorithm. This increases the organic reach of the publication, the potential for sharing by other users, and possible impetus through professional pages that take care only of “replicating” the news. (BOLAND, Brian. *Alcance orgânico do Facebook: suas dúvidas respondidas*. [S. l.], 5 jun. 2014. Facebook: para empresas. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/business/news/BR-Alcance-organico-no-Facebook-suas-duvidas-respondidas>. Acesso: em 05 jul. 2018.)

It is estimated that there are about 139 million users, among whom 90% use the Internet daily. Half of the Brazilian population accesses the Internet through mobile devices and remains connected, on average, 8:56 a day, with 3h43 in social networks. 122 million are active users of social media. (DIGITAL in 2017 Global Overview. We are social Singapore, 24 jan. 2017. LinkedIn Corporation. Disponível em: <https://www.slideshare.net/wearesocialsg/digital-in-2017-global-overview>. Acesso em: 30 jul. 2018.)

SAFI, Michael; PERERA, Amantha. Sri Lanka blocks social media as deadly violence continues. *The Guardian*, [Colombo], 7 mar. 2018. World. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2018/mar/07/sri-lanka-blocks-social-media-as-publications-are-tanned-by-100-of-the-friends-which-promotes-a-confidence-wash-in-the-reading-of-the-algorithm>. This increases the organic reach of the publication, the potential for sharing by other users, and possible impetus through professional pages that take care only of “replicating” the news. (BOLAND, Brian. *Alcance orgânico do Facebook: suas dúvidas respondidas*. [S. l.], 5 jun. 2014. Facebook: para empresas. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/business/news/BR-Alcance-organico-no-Facebook-suas-duvidas-respondidas>. Acesso: em 05 jul. 2018.)

²¹ It is estimated that there are about 139 million users, among whom 90% use the Internet daily. Half of the Brazilian population accesses the Internet through mobile devices and remains connected, on average, 8:56 a day, with 3h43 in social networks. 122 million are active users of social media. (DIGITAL in 2017 Global Overview. We are social Singapore, 24 jan. 2017. LinkedIn Corporation. Disponível em: <https://www.slideshare.net/wearesocialsg/digital-in-2017-global-overview>. Acesso em: 30 jul. 2018.)

²² SAFI, Michael; PERERA, Amantha. Sri Lanka blocks social media as deadly violence continues. *The Guardian*, [Colombo], 7 mar. 2018. World. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2018/mar/07/sri-lanka-blocks-social-media-as-deadly-violence-continues-buddhist-temple-anti-muslim-riots-kandy>. Acesso em: 22 jul. 2018.

information ensures greater autonomy, misinformation is able to reduce the degree of equality among users of these platforms and the freedom with which the will is formed.

This is the extent to which misinformation becomes a major problem in democracy. As in the democratic regime, it is essential to ensure that the will of the citizen is formed with the greatest degree of equality and freedom, democratic legitimacy depends on the free expression of will.

3. THE SIX DIMENSIONS OF MISINFORMATION AND A SNAPSHOT OF THE CONTENT CONTROL

As we have seen, the discussion about the impact of misinformation on democratic regimes traces back a long way. There has always been such content production (by the press, by the scientific community, by companies and by citizens individually), but its large-scale dissemination was subordinated to oligopolized communication platforms.

Back then, there were no shortages of debates about the limits imposed on content control: the criminalization of lying in electoral campaigns²³, restrictions on freedom of expression in the electoral and pre-electoral period²⁴, the definition and prohibition of hate speech, the prohibition of disclosing information in certain time and form²⁵, the impact of Photoshop on the understanding of reality, truncation and montage to produce humor about characters of political life etc²⁶.

The study of the theme, however, gained another dimension in the face of new technologies. The modification of the scenario of dissemination and access to information brought the discussion to another level. We are faced with the creation of new communication platforms (Twitter, Facebook, Instagram, YouTube etc), the expansion of technologies that allow us to conceal the truth with perfection (for example the Deep Fake News), the proliferation of content producers (any individual creates profiles and publishes content freely), the perpetuation of information (which can be retrieved by any individual or re-circulated at any time), the creation of new content-driven forces (bots, individuals with millions of followers, organic sharing).

At this point, the study seems to propose a first challenge: to systematize the points of analysis and where the intent of control of what is conventionally called Fake News, but is rather referred to as misinformation²⁷.

It seems that the impact of information on the citizen's will does not only have one dimension. Considering the elements that have the potential to reduce

23 Art. 323, Lei 4.737/65 (Electoral Code).

24 Art. 36 et seqs., and art. 36-A da Lei 9.504/97

25 Idem.

26 This discussion can be verified, for example, in the Federal Supreme Court's judgment of ADI 4451. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451/DF. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 21 de junho de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 06 mar. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284451%2ENUME%2E+OU+4451%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hpebxtb>. Acesso em: 17 ago. 2018.)

27 As Diogo Rais warns "The polysemy applied to the expression fake news further confuses its meaning and scope, sometimes indicating as if it were false news, sometimes as if it were fraudulent news, or as if it were a report deficient or partial or even an aggression towards someone or to some ideology ... The great difficulty in conceptualizing fake news to meet all expectations was one of the reasons why the High Level Group - HLEG (High Level Independent Group on false news and online disinformation) of the European Union has recommended that the term Fake News be abandoned because it has been "misused and misused by powerful participants to disregard reports that are not in their best interests" (RAIS, 2018, no prelo).

the freedom of the voter, impacting on his or her autonomy of will by means of (mis) informative content, we proposed to segment the theme into six (6) elements: i) the sender of the (mis) information; ii) the person responsible for the production of (mis) informative content; iii) the (mis) informative content itself; iv) the platform or means by which the (mis) informative content is made available; v) the moment in which the (mis) information is made available; and vi) the receiver of the (mis) informative content.

Each requires specific analysis and could be the subject of a research of its own. As discussed earlier, this study is devoted to the item related to the content of information (iii), specifically to cases in which the disseminated content is misinformation and may impact on the electoral process. It is at this point that the debate on the control of so-called Fake News in the elections lies.

4. THE ELECTORAL PROCESS AS A SPECIFIC AREA OF CHOICE: THE TREATMENT OF THE ISSUE BY THE ELECTORAL PROCESS CONTROL BODIES AND THE CHALLENGE OF BALANCING FREEDOM AND CONTROL

The first question that arises from what has been seen is whether the control of informational content deserves differential treatment during elections.

As seen, the debate about the dissemination of misinformation comprises a universe of old discussions about content control renewed by the creation of technologies that modified the information issuers, the content producers, the quality of the information, the platforms of diffusion and the time of court hearing.

It is undeniable that this new scenario defies daily life, but presents itself even more challenging in the electoral process. Difficulties are compounded in Brazil not only by the short-term electoral process – which challenges candidates and their supporters to reach the voter with their information – but also by the extensive regulation²⁸ that limits the disclosure of content, making the task even more difficult to ensure that the voter knows the candidates, the parties and their platforms.

The debate on the intent to differentiate the content control regime in the electoral process is, therefore, reaffirmed – as, incidentally, it is already characteristic of the Brazilian electoral system. It is then necessary to evaluate how the Electoral Justice – body that controls the information that reaches the electoral process – has been addressing the matter.

This analysis will allow us to face the fact that although some debates about control of information content are old, it is necessary to assess whether the technological changes that bring greater capacity to weaken the freedom of voting do not require some institutes to be rethought.

²⁸ There are innumerable limitations of content and form, which would require a study of its own. But as an illustration, the rule that defines not only the dimensions, but the material and the place of placement of electoral propaganda, in private property, during the electoral process is valid.

Art. 37 da Lei 9.504/97 [Writing provided by Law nº 13.488, de 2017]:

§ 2º The broadcasting of electoral propaganda material in public or private property, except for:

I - flags along public roads, provided that they are mobile and do not impede the smooth movement of people and vehicles;

II - plastic adhesives on automobiles, trucks, bicycles, motorcycles and residential windows, provided they do not exceed 0.5 m² (half a square meter).

The regulation of parties, candidates and voters activities to guarantee freedom of voting, has a broad spectrum which can be summarized as follows: i) reduction of the influence of economic power in elections (prohibition of abuse of economic power, vote buying, unlawful campaign spending and fund raising); ii) reduction of the use of political power as a factor of influence in the will of the voter (prohibition of the abuse of political power and unlawful behavior); iii) barring the media from being misused so as not to interfere with the will of the voter (banning of corruption and fraud).

Thenceforth, the major concern of the legislation was with the manipulation of information by the holders of mass media means. Nevertheless, there was no relevant concern with a general duty to combat misinformation:

Mass journalism, which reaches and is capable of mobilizing or demobilizing people, is currently under the control of few people. It is remarkable the influence of television and of so few people in the country. In Brazil, it is striking the clout of television and of the press in the choice of presidents and in the construction and destruction of idols. The fact is that today we live in a society in which between the reality and the individual lies the media, especially, television.²⁹

The regulation of this sector and the protection of freedom of the press and of freedom of expression was meant to guarantee the pluralism of diverse sources so that citizens were not easily manipulated by a single point of view. Freedom of expression and freedom of the press have fulfilled – and they play a very important role in this scenario.

In this context, we sought to understand how the Superior Electoral had faced, until then, the question of misinformation. Taking into account the 2018 general elections, the research aimed at the period prior to the electoral process. The information presented addressed rulings up to August 7, 2018. The research does not reach decisions made within the 2018 election which had not yet been fully concluded and deserve further analysis.

Survey on the websites of the Superior Electoral Court (TSE) and of the Regional Electoral Courts (TREs) of the 27 (twenty-seven) states of Brazil confirms this conclusion. After conducting a search with the term “desinforma\$”³⁰ (misinformation) in the TSE case-law and at 27 (twenty-seven) TREs only six (6) results were

29 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O Poder Municipal: paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 88-89.

30 The \$ operator in the jurisprudential search replaces any part of the desired word, ie, prefix, radical, or suffix. Therefore, research with the expression disinformation \$ would return any of the words misinform, uninformed, disinformation, misinformation, etc.

yielded: 1 (one) TRE-AC decision³¹, 1 (one) TRE-AM decision³², 1 (one) TRE-MS decision³³, one (1) TRE-RJ decision³⁴, one (1) TRE-RS decision³⁵ and one (1) TRE-SC decision³⁶.

The survey revealed that there was no debate³⁷ at the Superior Electoral Court regarding the issue of misinformation. In the regional courts, only two (2) referred to the misinformation in the context of content control. One of them (TRE-RJ) analyzes the perspective of the abuse of economic power and the other (TRE-AC) considers irregular advertisement interview broadcast by a medium favoring a candidate because it would contain aggression, deformation, misinformation.

The result of search in unilateral decisions of the Superior Electoral Court is no different. The search for the same expression “desinforma\$” on TSE’s own link³⁸ yielded only two (2)³⁹ results that were not related to content control.

In turn, when searching for decisions with the entry Fake News on the TSE jurisprudential search link⁴⁰ and on the 27 (twenty seven) TREs’, there was only

31 TRE-AC, RE 18, Acórdão 16/2000, Rel. David Pardo, DOE 10.8.2000: 1. The transmission by television station, in the form of a journalistic interview, of a program in which the interviewees are candidates for mayor and deputy mayor is prohibited, especially when privileged treatment is characterized to said candidates (article 45, subsections I and IV of Law 9,504 / 97). It is only allowed to hold debates on the majority elections, with the participation of all the candidates in the same elective position, or in groups of at least three candidates (article 46, paragraph I, items a and b, of Law 9.504 / 97). [...] 5. In addition, freedom of journalistic information corresponds to the right of citizens to have access to the right information. Those who use media to gain political-electoral advantage, misinforming, issuing contrary opinion to candidate and giving privileged treatment to others, is not exercising the freedom of journalistic information, as it is not informing correctly. The Federal Constitution does not protect the exercise of the freedom of aggression, deformation, disinformation, conduct that must be repressed, for the legitimacy (equality) and normality (smoothness) of the electoral process. 6. Configuration of irregular electoral propaganda, in its positive and negative forms, justifying the application of a fine by the Electoral Judge. [...]

32 TRE-AM, PA 492000, Acórdão 134/2000, Rel. Divaldo Martins da Costa, DOE 8.8.2000: does not relate to the content control theme. It deals with “the conduct of the applicant, if it infers only disinformation regarding the electoral rules concerning electoral domicile and application for registration of candidate, dispatches the consignment of pieces to the First Electoral Public Prosecutor, for the purposes of art. 40 of the CPP.”

33 TRE-MS, RE 116, Acórdão 3782/2000, Rel. Julizar Trindade, DJ 19.12.2000: does not relate to the content control theme. It deals with non-communication (misinformation) about the condition of a public good occupied by private individuals.

34 TRE-RJ, RE 7330, Acórdão 52.232/2010, Rel. Leonardo Antonelli, DJERJ 1.10.2010: “Electoral recourse. Action to challenge an elective term. Abuse of economic power. Illegal capture of suffrage. 1 - The sentence is not null and void, which is duly substantiated and covers all the necessary points to substantiate the conviction of the judge. 2 - *Maintenance of social centers in needy areas that constitutes abuse of economic power, due to the undeniable imbalance of the electoral process in favor of the candidate who appears as benefactor in the eyes of the needy and uninformed voter.* 3 - Illegal capture of suffrage typified by the evidence in the records of requirement to fill application support forms as a requirement to use the services offered by the social center. 4 - Documentary and oral evidence that are sufficiently robust to support a condemnatory decree. 5 - Welfare practice in exchange of votes that compromises the salubrity of the institutions supporting the Democratic State of Law, thus deserving the repudiation of the Judiciary. Appeal dismissed.”

35 TRE-RS, RE 133, Acórdão 10.5.2012, Rel. Maria Lúcia Luz Leiria, DEJERS 16.5.2012: does not relate to the content control theme. It deals with “reality of the small municipalities that suffer with disinformation and unprepared of the municipal organs of the parties.”

36 TRE-SC, AGREG 3157, Acórdão 29365/2014, Rel. Bárbara Thomaselli: “INEXISTANCE OF THE CHARACTERIZING ELEMENTS OF ANTICIPATED ELECTORAL PROPAGANDA - DUTY OF PUBLICITY OF ART. 37, § 1, OF THE FEDERAL CONSTITUTION, WHICH IS NOT CONFUSED WITH EXTERNAL ELECTION PROPAGANDA - IMPAIRMENT OF REPRESENTATION. [Precedentes TRES. Ac. n. 28.155, de 24.4.2013, Rel. Juiz Luiz Antônio Zanini Fornerolli; Ac. 28.440, de 7.8.2013, Rel. Juiz Luiz Henrique Martins Portelinha; Ac. n. 28.524, de 26.8.2013, Rel. Juiz Ivori Luis da Silva Scheffer; Ac. n. 27.764, de 25.10.2012, Rel. Designado Juiz Marcelo Ramos Peregrino Ferreira; Ac. n. 27.802, de 8.11.2012, Rel. Juiz Nelson Maia Peixoto; Ac. n. 27.803, de 8.11.2012, Rel. Juiz Nelson Maia Peixoto].” The term disinformation appears only in the defeated vote: “Lying advertisements, ostensibly false like these, are not educational, socially oriented or informative, repeating the almost naive terms of the Constitution. The purpose is unique. We want to spread, even subliminally, the message of a responsible, efficient and efficient government. You want electoral advantages. Advertising misleads, disinform and discourages.”

37 Until access date: 30 jul. 2018.

38 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Link de pesquisas jurisprudenciais em decisões monocráticas: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoese/monocraticas-do-tse>

39 TSE, AI 1706491, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe 11.06.2012- nº 108 -p. 44-52; e TSE, Respe 3934297, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe 04.08.2010, p. 120-131.

40 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Link de pesquisas jurisprudenciais <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoese/jurisprudencia>

a single result. A recent TRE-RJ ruling mentions collaterally and *en passant* the expression to highlight its importance in the *current context*⁴¹. As per the search of unilateral decisions, the same expression yields six (6) results: all in 2018, analyzing applications for preliminary injunctions⁴², but there was only one⁴³ taking care of con-

41 TRE-RJ, ED-RE 170594, Acórdão 21.2.2018, Rel. Antonio Duarte, DJERJ 26.2.2018: “As regards the use of journalistic material in the judgment and the difference between public fact and published fact, this issue is, in fact, very important in the current electoral context in which the so-called” fake news “are propagated. However, Pedro Paulo’s pre-application to the City Hall, at the time of hiring the consultant to prepare the Strategic Plan, was, at the time, a public and notorious fact, and reference was made in the judgment to a report published by the Revista Time in order to better demonstrate such an issue.”

42 1 e 2) TSE, Rp 060007991, Rel. Min. Sergio Silveira Banhos, DJe 06.02.2018 e TSE, ED na Rp 060007991, Rel. Min. Sergio Silveira Banhos, DJe 02.03.18; 3 e 4) TSE, Rp 060008161, Rel. Min. Carlos Bastide Horbach, DJe 15.02.2018 “Representation - the representative’s claim that those represented be required to include in their opinion polls the name of Levy Fidelix as a candidate in the election for President of the Republic”. Representative alleged that “spreading inaccurate news also called ‘FAKE NEWS’ as they do not properly inform the public all the options they will have to choose in the upcoming elections” (ID. 189220); TSE, ED na Rp 060008161, Rel. Min. Carlos Bastide Horbach, DJe 06.03.2018; 5) TSE, AI 170594, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 14.05.2018. The decision only mentions the term fake news collaterally when citing the regional menu. The Rel. Min. Jorge Mussi granted a provisional injunction, but the decision does not refer to the subject of control of information content, but refers to the following: “It is extracted from the factual frame of the TRE / RJ edges that the condemnation of the aggravating parties - by a tight majority of four votes to three - was solely due to the fact that Pedro Paulo attached to his application for registration of candidacy in the 2016 Election government plan that had as pillars aspects contained in the strategic plan “Vision Rio 500”, launched under the management of Eduardo Paes in front of the City Hall of Rio de Janeiro / RJ.”

43 TSE, RP 060054670, Rel. Min. Sérgio Banhos, DJe 08.06.2018: “There is an inescapable commitment on the agenda of the contemporary world: to ensure that the electoral process takes place on a regular basis, observing the constitutional balances, so that effectively legitimate candidates are those chosen in the 2018 elections. This is even more important in times of today, when social media has multiplied the speed of communication. Any information without foundation can be disastrous. The use of the Internet as a weapon of manipulation of the electoral process gives instead to the unlimited use of fake news calls. The practice of fake news is not recent. It is the old electoral strategy of those who make politics. As the reception of content by humans is selective and disinformation reverberates more than the truth, the use of fake news is an ancient and effective mechanism for raising the reach of information and, as a consequence, weakening applications. The significant difference in the contemporary world is that, with social networks, the spread of this malicious information became faster, easier, cheaper and exponential. It is the epoch of Post Truth - a word chosen as the word of the year 2016 by the Oxford Dictionary - in which, according to the journalist Matthew D’Ancona”. (D’ANCONA, Matthew. *Post Truth – the new war on truth and how to fight back*. London: Ebury Press, 2017.). Certainty prevails over facts, visceral over rational, deceptively simple over honestly complex.” Our time undoubtedly prefers “the image to the thing, the copy to the original, the representation to reality. Anyway: the appearance to be “. This is because the deepest human truth is emotional, subjective and dispenses with the facts. Distorted news with a strong ideological bias, brought by social media, more often than not, receive more attention than the reports made by the traditional press. False, tabloid material tends to be easily passed on, to become more virulent, to become trend topics faster than those produced by zealous journalists practicing the facts. It is the force of lies overcoming the real events, which stimulate excessive political polarization, generating fertile ground for voter misinformation. We live in liquid times. According to the Polish philosopher Zygmunt Bauman, our world is full of uncertainties: everything around us is precarious; everything becomes more and more rapid. Our reality is therefore liquid. Nothing is meant to last, to be solid. It is a world of uncertainties. (BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. São Paulo: Zahar Editora, 2007). And all this, all this reality, tends to generate the manipulation of the political debate in social networks. The high price of campaigns on the streets, in an election that will be marked by the limitation of financial resources due to the prohibition of donation by legal entities, will bring a situation never before faced. These are times of transition, which impose us double caution. In this new trajectory, we must have as allies the ancient weapons of humanity: common sense, the notion of ethics, respect for others, fraternity and prestige to the rules of the game. The 2018 elections have the potential to represent a turning point in our democracy. That is why it must be a commitment of all the actors involved to promote the regular course of the electoral process, a necessary and indispensable condition for the legitimacy of the elect. We must be willing and engaged in making these elections a fair dispute, with unconditional respect for the rules of the electoral contest, demonstrating loyalty to the institutions and the democratic regime. In this area, the intervention of the Electoral Justice, even by the importance of social media in these elections of 2018, must be firm, but surgical. It is to know how to establish the counterpoint between the right to freedom of expression enshrined in the Federal Constitution of 1988 and the right also constitutional and sacred to exercise active citizenship, in order to guarantee everyone the right to vote consciously, from conceptions based on the truth of the facts, seeking the adhesion of the electoral result to the real will of the voters. It is about citizenship and legitimacy that this is about. The “Anti-PT Party” profile often posts inflammatory and sensationalist news, often political in content, often containing data of questionable veracity or unverified information. In the present case, the representatives denounce the existence of several publications containing untruthful information about the pre-candidate Marina Silva. The headlines, exaggerated and effusive, state that the representative is “negligent and opportunistic, negligent and conniving” with corruption and associate it with Operation Lava jet and receiving tip. The aforementioned criticisms and news were published anonymously, that is, both the publications and the links contained therein do not indicate the authors of the texts. The Facebook profile, in its statement of authorship, states that it is “a page dedicated to the more than 84 million Brazilians who are against this corrupt, lying and incompetent government (...)”. Although freedom of expression constitutes a fundamental guarantee of constitutional stature, its protection does not extend to anonymous manifestation (article 5, section IV, of the CF). The absence of identification of news authors, therefore, indicates the need to remove publications from the public profile. Even if this were not the case, I note that the information is unproven and

tent control of disclosed information. In this case, the Rapporteur judge notes that “any unfounded information can be disastrous. The use of the Internet as a weapon of manipulation of the electoral process allows the unlimited use of the so-called fake news. The practice of fake news is not recent. It is an old electoral strategy for those who make politics.” And he points out that, in this case, the posting profile had more than 1.7 million followers, which strengthens the Fake News’ viralization.

The granting of this preliminary injunction was widely reported⁴⁴ as the first decision of the Superior Electoral Court in the fight against Fake News. So far, it seems to have been the first and only one.

In fact, the protection of the citizen against misinformation – or the guarantee that he or she is able to dialogue with false content was not the object of the electoral justice. Until then, this duty to combat misinformation – and the benefit derived from information asymmetry – was thought of as a result of the state’s role of providing general information and formal education.

The protection of the candidate [and indirectly of the voter] against false information during the electoral period has always been subject to more specific protection only in the right of reply. Currently, art. 58 of Law 9,504/97 provides that “from the choice of candidates in convention it is guaranteed the right of reply to a candidate, party or coalition affected, albeit indirectly, by concept, image or affirmation that is slanderous, defamatory, libelous or knowingly untrue, broadcast by any means of social media.” To this end, it is considered a knowingly untrue fact the one that does not demand investigation, outright⁴⁵.

There are also criminal provisions that criminalize the disclosure of untruthful facts in electoral propaganda (article 323 of the Electoral Code); slander, libel and defamation in electoral propaganda (Articles 324, 325 and 326 of the Electoral Code); the turning into no use, alteration or disruption of lawful electoral propaganda (article 331 of the Electoral Code); impeding the exercise of electoral propaganda

merely states facts that are devoid of source or reference, for the sole purpose of creating a commotion about the person of the pre-candidate. In fact, the stylistic conformation of the posts can also indicate, indicially, the existence of false content. Although it can not be said that all fake news are written in the same way, recent research already indicates the existence of a relatively common pattern in this type of publication, even identifiable by artificial intelligence. Common traits include the sensationalist headline, the prevalence of the first person in the text, errors in grammar and cohesion, and the use of words of judgment and extremism (MUSSKOPF, Irio. A ciência da detecção de fake news: como pesquisadores têm usado inteligência artificial para detectar notícias falsas em inglês, sob o contexto político dos EUA. *Medium*, [s.l.], 18 sep. 2017. Disponível em: <https://medium.com/data-science-brigade/a-ci%C3%Aancia-da-detecc%C3%A7%C3%A3o-de-fake-news-d4faef2281aa>. Acesso em: 06 jun. 2018.). Moreover, it is undeniable that such postings could lead to serious losses in the particular case. The “Anti-PT Party” profile has more than 1.7 million followers, which strengthens the aforementioned viralization of fake news. Therefore, considering the precautionary assumptions, I understand that it must be granted to the injunction in order for the proxy to remove the URLs indicated by the representatives within 48 hours, pursuant to art. 33, § 3, of Res.-TSE nº 23.551 / 2017.”

44 As an example, the following reports are quoted: TAVARES, Joelmir. Em favor de Marina, TSE, toma 1ª decisão contra ‘fake news’ na eleição. *Valor Econômico*, São Paulo, 08 jun. 2018. Política. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/5580559/em-favor-de-marina-tse-toma-1-decisao-contra-fake-news-na-eleicao>. Acesso em: 16 ago. 2018; TSE aplica pela primeira vez norma que coíbe notícias falsas na internet. *Tribunal Superior Eleitoral*, Brasília, DF, 07 jun. 2018. Notícias. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/tse-aplica-pela-primeira-vez-norma-que-coibe-noticias-falsas-na-internet>. Acesso em: 16 ago. 2018; RITCHER, André. Pela primeira vez, TSE manda retirar fake news da internet. *Agência Brasil*, Brasília, DF, 07 jun. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-06/pela-primeira-vez-tse-manda-retirar-fake-news-da-internet>. Acesso em: 16 ago. 2018; FALCÃO, Márcio. Pela 1ª vez, TSE determina exclusão de fake news contra presidencial. *Jota*, Brasília, DF, 07 jun. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/eleicoes-2018/tse-determina-exclusao-fake-news-marina-silva-07062018>. Acesso em: 16 ago. 2018.

45 This understanding was adopted by the Superior Electoral Court in the following precedents: TSE, Rp nº 139448, Acórdão, Rel. Min. Admar Gonzaga Neto, Publicado em sessão em 02.10.2014 and, TSE, Rp nº 120133, Acórdão, Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, Publicado em sessão em 23.09.2014.

(article 332 of the Electoral Code); use of symbols, phrases or images of public entities in electoral propaganda (article 40 of Law 9,504 / 1997); fraudulent search (Article 33, §4, of Law 9,504 / 1997)⁴⁶.

This theme gained strength in the 2018 elections, after questionings related to Brexit and the US and French elections.

It took some time to realize that rules designed for a world of communication that worked from one to one/few or from an oligopoly to many do not work in the diffused communication from anyone to many. Especially when this “*anyone*” is random and can be boosted with technological and financial resources.

It may be that in the future, with the deepening of the internet of things, individuals will access and absorb all knowledge in a uniform and equitable way. However, until a disruptive innovation promotes such a change, one does not even consider a utopian ideal in which voters are not affected by the effects of information asymmetry. It is precisely using the asymmetry between what the voter knows and what content producer disseminates that the effects of misinformation germinate, reducing the degree of freedom that governs the decision to be made at the time of voting.

For all the above, a possible partial conclusion is that the electoral process, inserted in a democracy as an instrument of egalitarian and free will manifestation, must have specific treatment in the fight against misinformation. The participation of citizens through the manifestation of will in a democratic rule-of-law state is a constant element and materializes in the most diverse forms⁴⁷. However, in the *modern democracies*⁴⁸, the act of voting is not only relevant and punctual, it is not usually practiced to decide, but to elect who should decide for long years.

It means to say that misinformation, as an influence capable of impacting on the autonomy of the will leading to the selection of leaders for a relatively long period, must be addressed more rigorously than in daily life. As a decision-making tool, the degree of freedom of voting greatly defines, to a large extent, the quality of democracy.

These premises ultimately lead us to the following questions: what kind of Regulatory interference the claim to guarantee the freedom of voting, considering the relevance of this decision, concentrated in time, which is dated and whose effects extend for years would justify? Does the current model account for the technological disruption and interference in the voter’s manifestation of will?

5. IS THERE A DUTY TO COMBAT MISINFORMATION AND WHO WOULD BE ITS RECIPIENT OR THE JUDGE OF TRUTH?

Based on the consideration that misinformation causes significant restrictions on voters’ freedom of voting and interferes with the autonomy of their will, it seems clear that in a regime that is intended to be democratic, there is a general duty to combat misinformation. The question that arises immediately is how to instrumentalize it.

⁴⁶ These crimes were the object of Fernando Gaspar Neisser’s dissertation (NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e mentira na política*. Belo Horizonte: Fórum, 2016).

⁴⁷ Examples include popular initiative in bills, public hearings and consultations, parity in executive bodies, oversight and in the judiciary itself, participatory budgeting, petition rights and public ombudsmen.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 371.

This instrumentalization must consider, as already stated, that the very regulation of the electoral process still favors misinformation. As Aline Osório points out⁴⁹, “the contempt for the freedom of expression in Brazil has a very problematic face. It manifests itself, above all, when the free circulation of information and opinions is more important: in the elections.”

The counterpoint does not resist a systemic analysis of the rules that – aiming at restricting abuse, especially economic power – end up limiting voter access to the electoral process and its actors, to the ideological content of the campaign and the candidates as well as a frank open and in-depth dialogue with themes that should guide the decision-making process.

In view of the relevance of this point, some of the issues are reaffirmed: restriction of advertising before August 15 of the election year (article 36 of Law 9,504/97)⁵⁰ as opposed to overexposure of current and former rulers (underscored by constitutional authorization for reelection); extremely shortened electoral period; countless limitations of content and of form in the dissemination of electoral propaganda (in the period of the very campaign), public funding that reaches candidates filtered by party autonomy that is not based on internal democracy (art 17 of the CR/88); prohibition of financing of legal entities; Countless restrictions on fundraising and spending, even with the definition of a spending cap; re-election to the head of the executive branch for a subsequent term and without limitations to the legislative branch of power (article 14, § 5 of CR/88).

In the current Brazilian system, the instrumentalization of mechanisms to combat misinformation ends up, to a large extent, at the Electoral Justice. As described by Fernando Neisser,

[...] voters must be given the opportunity to know everything, to know what each option represents, the benefits and losses that may arise. One should be given the power to stipulate limits to this free circulation of ideas, with the protection of the electorate against the influences considered illegitimate in the formation of its will. In Brazil, this Herculean task, is attributed to the Electoral Justice, with constitutional and legal delineations.⁵¹

Evidently, the Electoral Justice is subject to the rules to play this role.

We have already pointed out some norms and the position that the Electoral Justice has adopted, in general, regarding misinformation in the electoral process so far. With the emergence of the internet and, more recently, with social networks, the legislation has tried to present mechanisms of contention to the dissemination of content that it considers capable of misinformation.

That said, the electoral legislation does not fall short of rules. It guarantees the right of reply against the disclosure of facts “known to be untrue or offensive”

49 OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 43.

50 Although enlivened by new positioning formed in AgRg 9-24 / SP and REspe 43-46 / BA in which the TSE decided based on the previous Buckley vs.. Valeo, of the Supreme Court, that only the explicit request for votes characterizes the performance of irregular early advertisement. Order identified in so-called “magic words” (magic words): (i) vote in (vote for); (ii) elect; (iii) support; (iv) mark your ballot (cast yourballot for); (v) So-and-so for Congress (Smith for Congress); (vi) vote against; (vii) defeat (defeat); and (viii) reject. In addition, it defined that (i) voters are indifferent to personal promotion messages that are not related to the election, and (ii) personal promotions once considered advertisements - related to the electoral process - must comply with the restrictions of form and content anticipated at the time of the elections.

51 NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e mentira na política*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 52.

(article 58 of Law 9,504 / 97). It typifies as a crime: “to divulge, in advertising, facts that are untrue, in relation to parties or candidates and capable of exercising influence before the electorate” (article 323 of the Electoral Code) and also the “direct or indirect hiring of people with the specific purpose of sending messages or comments on the Internet to offend the honor or denigrate the image of a candidate, party or coalition” (Article 57-H, §1 of Law 9,504 / 97); crime attributable to whom is hired and not to whom hires (article 57-H, §2 of Law 9,504 / 97). It establishes a fine for those who “carry out electoral propaganda on the Internet, improperly assigning its authorship to a third party, including a candidate, party or coalition” (Article 57-H of Law 9,504 / 97) and for those who convey “electoral content through registration of internet application user with the intention of falsifying identity” (article 57-B, § 2 of Law 9,504 / 97).

Considering the recent experiences of other countries⁵², there is great fear that these instruments will not be sufficient to combat malicious practices that seek to misinform voters to interfere fraudulently with their freedom to vote. In view of this, some discussions have been put forward on the best ways to ensure that the quality of democracy, in terms of freedom of voting, is not reduced by the impact of misinformation and negatively affected by new technologies.

In the first moment, it is pointed out that the responsibility for the investigation of the information would be of its recipient. We point out that leaving the debate open in the broad *market of ideas* would be the most effective way of guaranteeing freedom and equality in the democratic state. Thus, freedom of expression, freedom of the press and scientific freedom open to dialogue and public debate, would clarify the electorate to the extent of misinformation. It would *only* be necessary to enable citizens to be able to dialogue with this new universe and thus be able to critically evaluate false information or even a network of misinformation⁵³.

This is the position defended by professor and researcher Diogo Rais⁵⁵ when he says that “facing the second axis of possible solutions (those aimed at empowering individuals to assess fake news) that there are better opportunities to solve the misinformation problem”. It clarifies that even in the face of voluntary norms and determinations to combat an environment of misinformation “in the scenario of misinformation, the search to find the effective ‘remedy’ to fight it must lie in the information. The less information we have, the more vulnerable to fake news we will be”⁵⁶.

In the same vein, is Justice Luís Roberto Barroso when pointing out in the foreword of the book *Electoral law and freedom of expression*, that:

as usual, freedom of expression is not a guarantee of truth or justice. It is a guarantee of democracy. To defend freedom of expression may mean having to live with injustice and even with untruth. It's the price. This should be especially true for

52 Especially in the French and United States elections, which discusses the potential or effective impact of the misinformation on the new media brought to the elections.

53 VOSOUGH; ROY; ARAL, 2018 apud RAIS, 2018, in press point to two categories of interventions: (i) structural changes that hinder the primary exposure of individuals to fake news, and (ii) available.

54 As for the point, see: MIT. The Spread Of True And False News. Online. Disponível em: <http://ide.mit.edu/sites/default/files/publications/2017%20IDE%20Research%20Brief%20False%20News.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2018.

55 RAIS, 2018, in press.

56 Idem.

candidates and politicians in general. Who does not like criticism, should not go into the public space. This should be especially true for candidates and politicians in general. Those who do not like criticism should not go to public space.⁵⁷

In this perspective of strengthening the recipient of the message, the instrument that would complement the importance of the fight against misinformation would be the data journalism made by the traditional press or by agencies of content checking or fact-checking. Every day there is an increase in the number of virtual sites that show their intent of carrying out this task, many of them are linked to means of the traditional press⁵⁸.

On the other hand, there are those who argue that this duty of checking would not only be of the user's, but it should be attributed to the platforms of content distribution. One possible approach would be to classify the reliability of information. Experience in this sense, however, was tested by Facebook by placing a red-flag icon near some publications considered fake news, according to the criteria of fact-checking.

However, although the method of analysis or the details of the results have not been made public, Facebook has announced that "research suggests that the 'red flag' approach actually means "deeply rooted ingrained beliefs." Facebook's Tessa Lyons in a blog post said that "Academic research on correcting misinformation has shown that putting a strong image, like a red flag, next to an article may actually entrench deeply held beliefs – the opposite effect to what we intended".⁵⁹ That is why Facebook has decided to change the practice for the publication of *related articles* – which dialogue with challenged content - alongside the news that would deserve the alert.

A complementary alternative would be to display a warning to the link with the news that shows the other point of view (checked) when the user intended to share the news. Facebook claims to have tested the approach and discovered that despite not having reduced the number of times the disputed articles were clicked, this led to them being shared less often.⁶⁰

Another path that has been debated, amidst major controversies, would be to find ways to prevent misinformation from reaching the user. The fundamental issue that assumes this initiative is the intention to deepen the judgment of the contents produced and disseminated comprehensively. And from that, to define who would be the judge of truth.

In Brazil, there are two potential actors of this initiative: the very administrators of the platform and the Judiciary branch.

On one hand, by contractual provision, displayed on its use policy, the administrators of the digital platforms as Facebook, Twitter and Instagram would have the power to judge the content published by its users and to suppress what is

57 BARROSO, 2017 apud OSORIO, 2017, p. 21.

58 For exemple Agência Lupa (Uol), Fato ou Fake (Seção do Valor Econômico), É ou não é (G1) e as Agências Independentes Agência Pública e Aos Fatos.

59 FACEBOOK ditches fake news warning flag. *BBC News*, London, 21 dez. 2017. Technology. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-42438750>. Acesso em: 29 jul. 2018.

60 Idem.

at odds with its terms of use. This is a practice already being carried out by some platforms and there is a lack of discussions about it.

Facebook has implemented a new policy of reviewing inaccurate or misleading posts, being created or shared with the intent to cause violence or physical harm. The platform clarifies that posts will be reviewed in partnership with local organizations, including threat intelligence agencies, which, according to Facebook, are in a better position to assess the issues. Posts covered by the policy include manipulated images as well as texts. In the face of the episode that led to the death of Muslims in Sri Lanka, Facebook stated that “there are certain forms of misinformation that have contributed to physical harm, and we are making a policy change that will allow us to remove such content”.⁶¹

In April 2018, Mark Zuckerberg was heard before the Senate’s Commerce and Judiciary committees and the House of Representatives Committee on Energy and Commerce. The summon derived from concerns about the company’s power over how it has used and made available the data it collects, and how other actors, including the Russian government, take advantage of the platform’s reach to achieve political goals.⁶² It also discusses whether the policy of suppression of content put in practice by Facebook – and intensified recently – does not constitute a violation of freedom of expression.

On the other hand, as it is characteristic of the Brazilian constitutional system, content analysis is the responsibility of the Judiciary branch. At this point, the fundamentals surrounding the guarantees of freedom of expression are even stronger. Here again, we open the debate on the possibility of exercising the Police Power assigned to electoral judges in art. 41, paragraph 2 of Law 9,504/97.⁶³ In these terms, the electoral court in the administrative sphere – without making a claim or filing a suit – could suppress propaganda content.

61 SHABAN, Hanza. Facebook says it will start removing posts that may lead to violence. *The Washington Post*, Washington D.C., 19 jul. 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2018/07/19/facebook-says-it-will-start-removing-posts-that-may-lead-to-violence/?noredirect=on>. Acesso em: 17 ago. 2018.

62 Reports from the American newspaper The New York Times and Britain’s The Observer revealed that Cambridge Analytica, a UK-based political consultancy working in the pro-Brexit and Trump campaigns, had collected Facebook and infringed company rules on data of 87 million people, mainly Americans. Information on the irregular collection of data had already been revealed in 2015 by the British newspaper The Guardian, which owns the Observer. But the most recent reports included details: a first-hand account and documents provided by former Cambridge Analytica developer Christopher Wylie. They show that data capture took place as follows: Russian-American researcher Aleksandr Kogan, linked to the University of Cambridge in Great Britain, and St. Petersburg, Russia, obtained permission from Facebook to collect user profile data by middle of an application called “thisismydigitalife”, which applied a personality quiz. To take the quiz, the participants agreed to provide both your profile information and the profiles of your friends on the network. This made it possible for a much larger number of people than those who did the quiz to be reached. In the agreement between Kogan and Facebook, the data should be used only for academic purposes. Kogan sold them, however, to Cambridge Analytica. (ROSEMBERG, Matthew. Helping Cambridge Analytica Harvest Facebook Data. *The New York Times*, New York, 22 abr. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/04/22/business/media/cambridge-analytica-aleksandr-kogan.html>. Acesso em: 17 ago. 2018; HERN, Alex; CADWALLADR, Carole. Revealed: Aleksandr Kogan collected Facebook users’ direct messages. *The Guardian*, New York, 13 abr. 2018. News. Disponível em: <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/apr/13/revealed-aleksandr-kogan-collected-facebook-users-direct-messages>. Acesso em: 17 ago. 2018.).

63 Law 9.504/97, art. 41. “Advertising carried out under the terms of electoral legislation shall not be subject to a fine or to any restriction on the grounds of the exercise of police power or violation of a municipal position, in which case it shall proceed in the manner set forth in art. 40. §1 The police power over electoral propaganda shall be exercised by electoral judges and by judges appointed by the Regional Electoral Courts. Paragraph 2 Police power is restricted to the measures necessary to inhibit illegal practices, previous censorship of the content of programs to be displayed on television, radio or on the internet is prohibited.”

According to Diogo Rais, based on the assumption of contentious judicial action, “the judiciary should only enter into the matter when there is damage, or damage and deceit”⁶⁴.

This stance takes into account that the interference of the judiciary in the content of any information limits to a greater or lesser extent the free expression of thought, freedom of expression and freedom of the press. And, in fact, it is not an easy task to balance freedom of expression with other individual rights, such as freedom of the vote, when so many atrocities arising from prejudice and racial discrimination are propagated with support on its foundation.

There are instances when misinformation will be intentionally propagated and with obvious manipulation of images or data, in hypothetical situations that do not defy the limit of freedom of expression. In many other situations, however, the debate of ideas or positions that form the so-called *difficult cases* will be on the agenda.

In an in-depth study on freedom of expression, Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz ⁶⁵ concludes that

in a democratic society, consensus must be built through debate. Thus, although we do not agree with the proliferation of racist and discriminatory ideas, if democracy demands freedom of expression, then we must learn to live with these manifestations, and strive to change them and to make society accept the value of the difference.

This reflection gains importance when we assess the role of the state in this task, a little further ahead.

At the other end, in the world of technology, engineers argue that “technology is fought with technology” and that this new face of combating misinformation would depend on the development of a tool capable of automating the suppression of malicious content. Just like what happened with the anti-spam system for emails. Some tools have already been developed as a *web-browser plug-in* that identifies whether the image of a video is real or assembled from *deep fake news*⁶⁶.

It is worth mentioning, however, that the developers of the solution are the same creators of technology capable of leveraging misinformation. In addition, it should be remembered that this mechanism also involves the judgement of content from the perspective of defining what would be true.

Finally, it would be fitting to inquire whether the State would have a specific duty to combat misinformation beyond its jurisdictional competence and the implemented public policies of formal education. This seems to be a possible and necessary path.

This proposal is not meant to educate people in the search for a truth, arising from an actor who defines the correct news (be it the state, the digital platform or the

64 RAIS, 2018, in press.

65 KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez Discursos Ofensivos e de Incitação ao ódio: Limites à Liberdade de Expressão? Dissertação UFRJ, 2007. p.16.

66 On the subject, see: FAKE videos of real people – and how to spot them. In: YouTube: TED Talks. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o2DDU4g0PRo&feature=youtu.be>. Acesso em: 17 ago. 2018.

fact-checking). It requires knowledge for dialogue⁶⁷ and a form of education in the news. Not just to be skeptical or find tools to question the stories told. How useful are these skills in a world where many believe that trust in institutions, including news media, is extremely low?

The dialogue with information – whether it is journalistic, scientific or personal – depends on openness to the arguments and understanding of how they are made, who does it, how the data is selected and how they are funded.

Under this duty it would be up to the state to engage in the task of promoting awareness of the importance of *dialoguing with the information that is available or received*. And prompting actors who devote time and money to this task. Far from restricting the manifestation of thought or of deepening the definition of a judgment of truth, its role would be to reposition the function of the dialogue with information.

Timely the statement by Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz who, although was not analyzing the prospect of misinformation, it is well suit in concluding on the limits of freedom of expression:

In our view, the best way to minimize intolerance is by arguing, shedding light on the irrationality of their theses, and presenting their advocates so that public opinion can know, criticize, and morally repudiate them. We need to dialogue with these people, face their arguments, not because they deserve it, but to demonstrate to the other listeners the misconceptions of the positions they stand for. The solution to the minimization of these social ills is therefore to adopt public educational policies aimed at the inclusion of minorities and the adoption of cultural diversity and mutual respect for the differences of our pluralistic and multicultural society. An interesting example that can be given, in this sense, is the children's book *What I Like About Me*, written by Allia Zobel-Nolan, published by Caramelo, which seeks to teach children to live with the difference of race, creed, physical characteristics, etc. Such initiatives should be encouraged by the public authorities in all spheres.⁶⁸

So it is not just a question of encouraging checking agencies or promoting self-checking. After all, the check also goes through a judgment of what would be the truth about certain facts. In this regard, it is not irrelevant the discussion on the bias that checking agencies are also capable of propagating. Much has been discussed – and is still being discussed – in traditional media. There were no few occasions when – long before the Internet – candidates were fined and even banned (from running) for abusive use of the media.

What is least relevant in this proposal is the one-sided choice of history with the definition of what would be false or true. Misinformation cannot be a point of view that we consider to be wrong or something that is in the sphere of debate. Nor does

⁶⁷ An analysis of the perspective of Ronald Dworkin's work, but one that will be dealt with in another work, is timely: "Understanding what types of concepts they are and what kind of arguments we need will help us to construct and test the conceptions of judicial accountability, life, moral obligation, human rights, freedom, equality, democracy and law" (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 172).

⁶⁸ KOATZ, 2017, p.16.

it correspond to the search for an absolute truth to reveal an authoritarian thinking.⁶⁹

The key point is to deliver (or give back) citizens the capacity and instrumentality necessary for them to be able to consider another version of the facts, to analyze them and to make their own judgement. Far from a judge of truth, be it public, private or owner of one of the communication platforms.

The challenge of our time, therefore, is how to exploit this pretension of making the practice of dialogue in contradiction with the information increasingly disseminated. Seeking current tools that are capable of assisting in this task, it is questioned whether the state fomentation would not be an instrument capable of creating incentive models.

Fomentation is one of the institutes of Administrative Law without a single conceptualization and that suffers of little doctrinal attention in Brazil. Generally, it would be the “*administrative activity to encourage private initiative of public utility*”⁷⁰, with state “aid” or “support” being one of the pillars of the institute, directed towards a private activity⁷¹.

Some significant points seem to point to the adequacy of the institute in a question so sensitive to state interference. Through it, the Public Power induces the execution of an activity of public relief with a private individual. Therefore, Luis Jordana de Pozas⁷² establishes a cut-off between the development and, for example, public services, given that in public services the Public Power would act “*directly and with its own means the ends pursued*”, while, in the fomentation, its purpose would be to “encourage individuals” to develop an activity of interest to the Administration.

Moreover, the fomentation, is voluntary, not mandatory, which would serve to differentiate it from the power of administrative police: “while it prevents and represses, the fomentation protects and promotes without making use of coercion”⁷³.

Another relevant aspect about the institute lies in *the public interest* present in the activities supported by the State. These activities should generate beneficial effects on citizens, even to justify the support or aid given by State.

Apparently, faced with this menu of alternatives, there would not be a single and unique means capable of solving the challenge of misinformation. All efforts must work together to meet this challenge of the new era, with and without the participation of the State.

69 The search for absolute truth usually leads to authoritarian governments, as Jay Martin warns: “for ironically, truth-telling can under certain circumstances be a weapon of the powerful, while lying is a tactic of the weak. And the politician who doggedly follows his moral convictions, embracing what Weber famously called a *Gesinnungsethik* (ethic of ultimate ends), may ultimately do more harm than one who practices a *Verantwortungsethik* (ethic of responsibility). Convictions, after all, is an ambivalent virtue when compromise and flexibility may better serve the common good. For it may be fueled more by the desire – dare we call it self-serving? – to save one’s soul than to save the world. This is not a brief for cynicism or immorality nor a justification of winning ‘by any means necessary’, let alone an exhortation to give up entirely the desire to know what is the truth (at least to the extent politics include that quest). It is just a sober recognition that politics, however we choose to define its essence and limit its contours, will never be an entirely fib-free zone of authenticity, sincerity, integrity, and righteousness. And maybe, I hope it will be clear by now, that’s ultimately a good thing too” (MARTIN, 2010. p. 180 *apud* NEISSER, 2016. p. 38).

70 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.87.

71 SILVA, 2018, in press.

72 POZAS, Luis Jordana de. Ensaio de uma teoria del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, [s.l.], n. 48, 1949. p. 46.

73 Thus, in the final analysis, Pozas defines the promotion as: “la acción de la Administración encaminada a proteger y promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos” (Idem, p. 46).

CONCLUSION

To answer whether the paradigm shift caused by the new technologies attracts some new or reaffirms the somewhat old role of the State in the fight against misinformation, especially in the elections, is not a simple task.

The research revealed that, without the claim to exhaust the subject, misinformation was not treated as a central object of concern in the electoral process, despite the prohibitions on the dissemination of untrue facts until the emergence of new technologies.

The data tend to reveal that on the subject of misinformation, the attention of the control was focused on the protection of individual rights. The restriction on the disclosure of facts that were known to be untruthful or false propaganda tended more to the right of reply, to the protection of image and honor than to freedom of vote.

The freedom of the vote had, as a focus of protection, the fight against the abusive use of the media, the abuse of political power and economic power (in all its aspects).

In spite of the will of the voter to be formed by a universe of complexities, it cannot be denied that new technologies have the potential to influence the freedom of voting, just as traditional media have always had. And the centrality of the electoral process used by the vote leads to the conclusion that the autonomy of the will, in this sphere, cannot be treated under the same parameters of daily life. The new instruments, it seems, tend to deepen this damage, considering the dissemantion of platforms, content producers and the speed of information circulation.

Given the result, the alternatives to deal with this new scenario of misinformation must be conjugated. And in this challenge, the state must reposition its role beyond the jurisdictional function and the duty to develop a public education policy. It also has the duty to instrumentalize the pretension of making everyday practice and the practice of dialogue in contradiction with the increasingly disseminated information that reaches the voter.

One approach proposed in this article would be to use an old tool of Public Administration that was not the subject of major studies (at least in Brazil): the fomentation. Through the fomentation, the State would encourage actions aimed at expanding voter's capacity for dialogue with all the information it receives, without giving any actor the role of absolute judge of truth.

REFERENCES

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. *Journal of Economic Perspectives*, v. 31, n. 2, p. 211-236, spring 2017. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/44235006?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 20 fev. 2018.

ALVIM, Frederico Franco. *Cobertura política e integridade eleitoral: efeitos da mídia sobre as eleições*. Florianópolis: Habitus, 2018.

ARISTÓTELES. Política. Brasília: Editora UnB, 1985. v. 6.

BAUMAN, Zygmunt. Tempos Líquidos. São Paulo: Zahar Editora, 2007.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOLAND, Brian. Alcance orgânico do Facebook: suas dúvidas respondidas. [S. l.], 5 jun. 2014. Facebook: para empresas. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/business/news/BR-Alcance-organico-no-Facebook-suas-duvidas-respondidas>. Acesso: em 05 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, [1965]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm. Acesso em: 17 ago. 2018.

_____. Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm. Acesso em: 17 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451/DF. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 21 de junho de 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 06 mar. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284451%2EENUME%2E+OU+4451%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hpebxtb>. Acesso em: 17 ago. 2018.

CONFESSORE, Nicholas; DANCE, Gabriel. Battling fake accounts, Twitter to slash millions of followers. The New York Times, New York, 11 jul. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/07/11/technology/twitter-fake-followers.html>. Acesso em: 20 jul 2018.

D'ANCONA, Matthew. Post Truth – the new war on truth and how to fight back. London: Ebury Press, 2017.

DAHL, Robert. Sobre a democracia. Tradução Beatriz Sidou. Brasília, DF: Editora UnB, 2001.

DAHL, Robert. On political equality. New Haven: Yale University Press, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito administrativo. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIGITAL in 2017 Global Overview. We are social Singapore, 24 jan. 2017. LinkedIn Corporation. Disponível em: <https://www.slideshare.net/wearesocialsg/digital-in-2017-global-overview>. Acesso em: 30 jul. 2018.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACEBOOK ditches fake news warning flag. BBC News, London, 21 dez. 2017. Technology. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-42438750>. Acesso em: 29 jul. 2018.

FALCÃO, Márcio. Pela 1ª vez, TSE determina exclusão de fake news contra presidencialível. Jota, Brasília, DF, 07 jun. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/eleicoes-2018/tse-determina-exclusao-fake-news-marina-silva-07062018>. Acesso em 16 ago. 2018.

FIGUEIREDO, Marcus. A decisão do voto: democracia e racionalidade. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

GONÇALVES, Géssica Brandino; RESENDE, Sarah Mota. Facebook retira rede de páginas e perfis do ar e atinge MBL. Folha de S. Paulo, São Paulo, 25. jul. 2018. Online. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/facebook-retira-rede-de-paginas-e-perfis-do-ar-e-atinge-mbl.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2018.

HERN, Alex; CADWALLADR, Carole. Revealed: Aleksandr Kogan collected Facebook users's direct messages. The Guardian, New York, 13 abr. 2018. News. Disponível em: <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/apr/13/revealed-aleksandr-kogan-collected-facebook-users-direct-messages>. Acesso em: 17 ago. 2018.

JAY, Martin. The virtues of mendacity: on lying in politics. Charlottesville: University of Virginia Press, 2010.

KELSEN, Hans. De la esencia y valor de la democracia. Tradução Juan Luis Requejo Pagés. 2. ed. Oviedo: KRK Ediciones, 2009.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. Discursos Ofensivos e de Incitação ao ódio: Limites à Liberdade de Expressão? Dissertação UFRJ, 2007. p.16.

MACHADO, Jónatas. Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O Poder Municipal: paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MOSSERI, Adam. Working to stop misinformation and false news. United States, 6 apr. 2017. Facebook: VP, news feed. Disponível em: <https://www.facebook.com/facebookmedia/blog/working-to-stop-misinformation-and-false-news>. Acesso em: 20 jul. 2018.

NEISSER, Fernando Gaspar. Crime e mentira na política. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OSÓRIO, Aline. Direito eleitoral e liberdade de expressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PATEMANN, Carole. Participation and democratic theory. London: Cambridge University Press, 1970.

POZAS, Luis Jordana de. Ensaio de uma teoria del fomento en el derecho administrativo. Revista de Estudios Políticos, [s.l.], n. 48, 1949. p. 46.

RAIS, Diogo; FALCÃO, Daniel; GIACHETTA, André; MENEGUETTI, Pâmela; RAIS, Diogo (coord.). Direito Eleitoral Digital. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. Fake News e eleições. [Entrevista cedida a] Pedro Canário. Conjur, São Paulo, 12 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/entrevista-diogo-rais-professor-direito-eleitoral>. Acesso em: 1.1.2020.

RITCHER, André. Pela primeira vez, TSE manda retirar fake news da internet. Agência Brasil, Brasília, DF, 07 jun. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-06/pela-primeira-vez-tse-manda-retirar-fake-news-da-internet>. Acesso em: 16 ago. 2018.

ROSEMBERG, Matthew. Helping Cambridge Analytica Harvest Facebook Data. The New York Times, New York, 22 abr. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/04/22/business/media/cambridge-analytica-aleksandr-kogan.html>. Acesso em: 17 ago. 2018.

SAFI, Michael; PERERA, Amantha. Sri Lanka blocks social media as deadly violence continues. The Guardian, [Colombo], 7 mar. 2018. World. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2018/mar/07/sri-lanka-blocks-social-media-as-deadly-violence-continues-buddhist-temple-anti-muslim-riots-kandy>. Acesso em: 22 jul. 2018.

SARTORI, Giovanni. The Theory of Democracy Revisited. Part two: the classical issues. Chatham: Chatham House Publishers, 1987.

SHABAN, Hanza. Facebook says it will start removing posts that may lead to violence. The Washington Post, Washington D.C., 19 jul. 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2018/07/19/facebook-says-it-will-start-removing-posts-that-may-lead-violence/?noredirect=on>. Acesso em: 17 ago. 2018.

SILVA, Marco Aurélio Barcelos. Das concessões de fomento no Brasil: proposta de regulação consentida da atividade econômica para o fim dos serviços públicos. 2018. No prelo.

SINTOMER, Yves. O poder do povo: júris de cidadãos, sorteio e democracia participativa. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

_____. Démocratie participative, démocratie délibérative: deux catégories émergentes. In: BACQUÉ, Marie-Hélène; SINTOMER, Yves (Dir.). Démocratie participative: histoire et généalogie. Paris: La Découverte, 2011.

TAVARES, Joelmir. Em favor de Marina, TSE, toma 1ª decisão contra 'fake news' na eleição. Valor Econômico, São Paulo, 08 jun. 2018. Política. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/5580559/em-favor-de-marina-tse-toma-1-decisao-contra-fake-news-na-eleicao>. Acesso em: 16 ago. 2018.



Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Memória

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

AS PRIMEIRAS ELEIÇÕES CONSTITUINTES NO BRASIL (1821)*

THE FIRST CONSTITUENT ELECTIONS IN BRAZIL (1821)

Vital Moreira**

José Domingues***

RESUMO

O primordial propósito da Revolução Liberal portuguesa de 1820 foi o de pôr termo ao regime absolutista e convocar umas Cortes constituintes, encarregadas de preparar uma constituição para o País. No entanto, segundo o novo paradigma de representação política nacional, impunha-se que também fossem chamados ao magno Congresso os representantes eleitos dos territórios ultramarinos do “império lusitano”. O Brasil, que desde 1815 integrava o Reino Unido de Portugal e do Brasil e Algarves, revelou-se um caso particularmente intrincado, por diversos motivos, nomeadamente a migração do poder político (rei e corte) para o Rio de Janeiro em 1808 e a demora na adesão brasileira à revolução constitucionalista do Porto. Neste trabalho analisamos algumas dessas dificuldades que, em finais de 1820 e no ano de 1821, se sentiram para juntar os portugueses de “*ambos os hemisférios*” num único parlamento constituinte pluricontinental (as Cortes de Lisboa de 1821/22) e as vicissitudes por que passou o sistema eleitoral nas várias províncias do Brasil.

Palavras-chave: Liberalismo; Cortes Constituintes; Eleições 1821; Deputados do Brasil.

ABSTRACT

The main purpose of the Portuguese Liberal Revolution of 1820 was to abolish absolutism and to convene constituent Cortes, in order to draft the first written constitution for the country. However, according to the new paradigm of national political representation, it was also required that the great Congress should include elected representatives in the overseas territories of the Portuguese empire. Brazil, which, since 1815, was part of the United Kingdom of Portugal and Brazil and the Algarves, proved to be a particularly intricate case, due to several motives, namely the migration of the political power (king and court) from Lisbon to Rio de Janeiro in 1808 and the delay of Brasil to join the liberal revolution of Oporto. In this paper

*Artigo originariamente publicado em: Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 216, p. 61-78, fev. 2019

**Professor catedrático da Universidade de Coimbra (jubilado) e da Universidade Lusíada – Norte; Presidente do *Ius Gentium Conimbrigae* / Centro de Direitos Humanos (IGC) e do Centro de Estudos de Direitos Público e Regulação (CEDIPRE) da Universidade de Coimbra. Investigador do CEJEA. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0454-2638>. Email vital.moreira@ci.uc.pt.

***Professor auxiliar da Faculdade de Direito, na Universidade Lusíada – Norte; membro do International Advisory Board das revistas *Glossae: European Journal of Legal History* e da *Initium: Revista Catalana d’Historia del Dret*. Investigador do CEJEA. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7072-3680>. (jdominguesul@hotmail.com)

we analyse some of these difficulties that were felt, in late 1820 and 1821, to bring together the Portuguese of “both hemispheres” in a single pluricontinental constituent parliament (the Lisbon Cortes of 1821/22) and the vicissitudes that challenged the Portuguese electoral system in the various provinces of Brazil.

Key-words: Liberalism; Constituent Cortes; Elections 1821; Brazilian MPs.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A inicial exclusão do Brasil; 3. A extensão das eleições constituintes ao Brasil; 3.1. O Reino Unido e os “portugueses de ambos os hemisférios”; 3.2. A tentativa fracassada de oposição régia à revolução; 4. As eleições no Brasil para as Cortes constituintes; 4.1. A questão da base jurídica; 4.2. O regime eleitoral; 4.3. Alargamento da base eleitoral; 4.3.1. A comissão Preparatória e Consultiva das eleições na Bahia; 4.3.2. O parecer de Manuel Inácio de Melo e Sousa; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO⁴.

No final de 1807, o rei de Portugal, D. João VI, junto com a corte de Lisboa, foi obrigado a partir para o Brasil, por causa da primeira invasão francesa. Por isso, desde janeiro de 1808, o Rio de Janeiro passou a ser a sede oficial da monarquia portuguesa e o centro político do “império lusitano”, um fenómeno de migração do poder sem paralelo na colonização europeia.

Apesar da cessação da ameaça francesa na Península Ibérica desde 1810, o rei foi-se demorando no Brasil, sem data de regresso à Europa, ficando o governo de Portugal entregue a uma regência, em Lisboa, em nome do rei. Aliás, em 1815, D. João VI elevava o Brasil à condição de reino e estabelecia o Reino Unido de Portugal e do Brasil e Algarves.

A ausência prolongada do rei e da Corte, tornando Portugal dependente da sua principal colónia, constitui uma das causas que vieram atear o pavio impulsor para a Revolução Liberal portuguesa, doze anos depois. No primeiro dia da Revolução triunfante, 24 de agosto de 1820, em vereação extraordinária da Câmara da cidade do Porto foi instituída uma Junta Provisional do Governo Supremo do Reino para governar o País em nome do rei – “*que esta Junta governará em nome do senhor Rei o senhor D. João VI*” –, com o propósito capital de convocar as Cortes, que seriam encarregadas de aprovar um texto constitucional para o País⁵.

⁴ Este trabalho é financiado por Fundos Nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do Projeto UID/DIR/04053/2016.

⁵ *Diário Nacional do Porto: com permissão da Junta do Supremo Governo Provisório do Reino, Porto, na tipografia da viúva Alvarez Ribeiro e filhos, n.º 1, de sábado 26 de agosto de 1820 e n.º 2, de segunda-feira 28 de agosto de 1820; Gazeta de Lisboa, n.º 231, Lisboa, Impressão Régia, Segunda feira 25 de setembro de 1820; José Maria Xavier de ARAÚJO, Revelações e Memórias para a História da Revolução de 24 de Agosto de 1820 e de 15 de Setembro do Mesmo Anno, Lisboa, Tipografia Rolandiana, 1846, pp. 88-94; Clemente José dos SANTOS, Documentos para a História das Cortes Geraes da Nação Portuguesa, coordenação autorizada pela Camara dos Senhores Deputados, Tomo I: 1820-1825, Lisboa, Imprensa Nacional, 1883, pp. 7-9; Simão José da Luz SORIANO, História da Guerra Civil e do Estabelecimento do Governo Parlamentar em Portugal, Terceira Época, vol. VII, Lisboa, Imprensa Nacional, 1887, doc. 49-A, pp. 221-224.*

Sendo certo que as Cortes portuguesas não eram convocadas há mais de um século – a última reunião tinha ocorrido em 1697/98 –, o desafio de voltar a reunir em assembleia a representação política da Nação portuguesa deu azo às mais inflamadas controvérsias políticas do “vintismo”, em torno de três questões: *(i)* a legitimidade ou competência para convocar as Cortes, que foi disputada entre a Regência sediada em Lisboa e o novo poder revolucionário, autoinstituído em poder político provisório na cidade do Porto; *(ii)* a forma a adotar para a convocação e a formação das Cortes, que ditaria o tipo de representação política pretendida⁶; *(iii)* o propósito de juntar em Lisboa os deputados que representassem toda a Nação portuguesa, *i. e.*, os portugueses “*de ambos os hemisférios*”, para formar umas Cortes constituintes pluricontinentais. A terceira polémica, que só foi solucionada com as Cortes já em pleno funcionamento, constitui o objeto imediato deste estudo (limitado apenas ao Brasil e deixando de lado os restantes territórios portugueses de além-mar).

Ao contrário de Portugal – que tinha tido uma das mais antigas tradições de representatividade política da Europa, com a participação de representantes do povo, a par dos representantes do clero e da nobreza, desde as Cortes de Leiria de 1254 –, o Brasil-colônia carecia de experiências próprias de representatividade política – ressalvada a eleição das vereações municipais –, sendo muito incipiente e tardia a sua participação nas Cortes da metrópole, enquanto estas reuniram. Pedro Cardim refere que “*nas assembleias realizadas após 1640 há representantes de câmaras municipais da cidade de Goa, bem como da América Portuguesa*”, exemplificando com o caso de Jerónimo de Sousa Paiva, que aparece nas Cortes de Lisboa de 1653 como procurador do Brasil⁷.

Esta dificuldade surge reconhecida num documento coetâneo, ao lado de uma série de outras enunciadas, em particular, para as eleições paroquiais:

“atentas as dificuldades que a nossa população apresenta pela diversidade dos indivíduos de que em grande parte é composta, pelos distantes intervalos a que se acha dispersa e pela falta de comunicações frequentes e não interrompidas, que obstam ainda mais aos efeitos da pequena instrução pública, que até agora se nos têm concedido: e que, por outra parte, o nenhum uso de ajuntamentos eleitorais e de assembleias votantes, principalmente nas freguesias remotas do Sertão, onde mais sensíveis se fazem todos estes inconvenientes, daria ocasião a embaraços, confusões e, talvez, distúrbios na convocação das juntas de paróquia”⁸

6 Sobre a problemática gerada em torno da convocação das Cortes vintistas, *cf.* José DOMINGUES e Vital MOREIRA, “Nas Origens do Constitucionalismo em Portugal: o Parecer de J. J. Ferreira Gordo sobre a convocação das Cortes constituintes em 1820”, in *e-Legal History Review* 28, junho de 2018, pp. 1-39 [Disponível em: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?z=5&id=15 (consultado no dia 2 de julho de 2018)] e Vital MOREIRA e José DOMINGUES, “A primeira polémica política da Revolução de 1820”, in *História: Jornal de Notícias* 13, abril de 2018, pp. 44-53.

7 Pedro CARDIM, “Entre o centro e as periferias. A assembleia de Cortes e a dinâmica política da época moderna”, in Mafalda Soares da CUNHA e Teresa FONSECA (dir.), *Os Municípios no Portugal Moderno: Dos Forais Manuelinos às Reformas Liberais*, Évora, Publicações do CIDEHUS, 2005, pp. 167-242 [Disponível em: <http://books.openedition.org/cidehus/1121> (consultado no dia 31 de maio de 2018)].

8 Lisboa, AHP – Secção I/II, Cx. 56, doc. 15.

Ter-se-á em conta, entretanto, que a partir da carta de lei de 16 de dezembro de 1815, como já se referiu, o Brasil deixa de ser uma mera colônia ou “conquista” de Portugal e assume a categoria de reino, o que, *prima facie*, lhe dava a prerrogativa de uma representação em eventuais Cortes. Com efeito, nessa carta de lei, outorgada por D. João VI, o Brasil foi elevado à categoria de reino – “*desde a publicação desta carta de lei o Estado do Brasil seja elevado à dignidade, preeminência e denominação de reino do Brasil*” –, passando a fazer parte integrante do novo corpo político que passou a designar-se Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves – “*Que os meus reinos de Portugal, Algarves e Brasil formem de ora em diante um só e único reino debaixo do título Reino Unido de Portugal e do Brasil e Algarves*”⁹.

2. A INICIAL EXCLUSÃO DO BRASIL.

No entanto, na realidade, após a revolução liberal de 1820, o Governo provisório de Lisboa decidiu formar uma representação política da Nação limitada ao território que tinha aderido à revolução, pelo que, nas Cortes eleitas no final de 1820 e inauguradas a 26 de janeiro de 1821, em Lisboa, não havia qualquer deputado ultramarino (nem tampouco dos Açores e da Madeira). A Junta Provisional do Governo Supremo do Reino, no dia 22 de novembro de 1820, tinha publicado as *Instruções* eleitorais definitivas – adaptadas a partir do capítulo eleitoral da Constituição espanhola de 1812 – para servirem de suporte legal às eleições, que se viriam a realizar pacificamente no continente do reino entre o dia 10 e o dia 30 de dezembro de 1820¹⁰.

Nestes termos, os territórios ultramarinos, incluindo o Brasil, foram inicialmente excluídos das eleições às Cortes que se realizaram em Portugal no mês de dezembro de 1820. As *Instruções eleitorais* de 22 de novembro de 1820, que revogaram as de 31 de outubro e serviram de substrato legal às eleições na metrópole, afastavam o que a este propósito vinha proposto na Constituição de Cádiz de 1812 (que serviu de base às ditas *Instruções*), com sucessivos aditamentos que excluíam expressamente a aplicação dos preceitos para os domínios ultramarinos.

Torna-se evidente, sem embargo, que a dispensa da representação ultramarina foi provisória e justificável, por duas razões: **(i)** pela urgência que a Junta Provisional governativa tinha em convocar as Cortes, a fim de legitimar a revolução, e **(ii)** porque os territórios ultramarinos ainda não tinham manifestado a adesão à causa constitucionalista.

⁹ *Gazeta de Lisboa*, n.º 98, quinta-feira 25 de abril de 1816; *O Investigador Portuguez em Inglaterra ou Jornal Literario, Político, etc.*, Londres, Impresso por T. C. Hansard, março 1816, pp. 68-70; António Delgado da SILVA, *Collecção da Legislação Portuguesa desde a ultima compilação das Ordenações, oferecida a El-Rei Nosso Senhor, Legislação de 1811 a 1820*, Lisboa, Typografia Maigrense, 1825, pp. 378-379; *Collecção das Leis do Brazil de 1815*, vol. I, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1890, pp. 62-63. ¹⁰ Sobre as eleições portuguesas de 1820, cf. Vital MOREIRA e José DOMINGUES, “Quando o País Votou pela Liberdade Nacional”, in *História do Jornal de Notícias* 12, fevereiro de 2018, pp. 40-55; e José DOMINGUES e Manuel MONTEIRO, “Sistemas Eleitorais e Democracia Representativa no Limiar do Constitucionalismo Português”, in *Historia Constitucional* 19, 2018, pp. 593-639 [Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com> (consultado no dia 20 de dezembro de 2018)].

Depois dos vários atrasos causados pelas polémicas geradas em torno da convocação das Cortes¹¹, as *Instruções eleitorais* de 31 de outubro estabeleciam um prazo perentório para o início dos trabalhos: “os deputados devem infalivelmente achar-se reunidos em Lisboa no dia seis de janeiro de mil e oitocentos e vinte e um” (art. 37º). Mas a contestação que de imediato foi movida a estas *Instruções* atrasou ainda mais o processo eleitoral. Por isso, ao manter a abertura das Cortes para o dia 6 de janeiro de 1821 – “o lugar para a reunião dos deputados das Cortes é a capital, como já se acha decidido, e o dia desta reunião é o mesmo dia 6 de janeiro de 1821, como também se achava decidido e indicado nas primeiras *Instruções*”¹² –, as *Instruções* de 22 de novembro resolveram adiar as eleições ultramarinas para depois da convocação das Cortes. No ofício que encabeçava o envio das *Instruções eleitorais* de 22 de novembro, Manuel Fernandes Tomás deixou bem claro e garantido que:

*“os artigos relativos aos domínios ultramarinos, que agora não são aplicáveis, o serão logo que os seus habitantes queiram espontaneamente aceder aos votos gerais do povo português; e para não fazer confusão foi que nesta parte se fizeram as declarações notadas à margem”*¹³

3. A EXTENSÃO DAS ELEIÇÕES CONSTITUINTES AO BRASIL.

3.1. O REINO UNIDO E OS “PORTUGUESES DE AMBOS OS HEMISFÉRIOS”.

Resumidamente, o Brasil tinha sido elevado à categoria de reino e o Rio de Janeiro era a capital da monarquia portuguesa; Portugal tinha aderido ao sistema constitucional de governo representativo, realizando eleições e convocando as Cortes para aprovar uma constituição escrita; porém, por continuar sob controlo do rei, o Brasil tinha sido afastado dessas eleições e não tinha elegido quaisquer deputados para as Cortes portuguesas; no entanto, a Nação portuguesa pressupunha a “*união de todos os portugueses de ambos os hemisférios*”, à semelhança do que vinha consagrado na Constituição espanhola de Cádiz (1812). Assim sendo,

“se a revolução em Portugal era tendente a melhorar o estado da monarquia, sem dúvida, a primeira consideração devia ser a preservação de toda a mesma monarquia e conservação da sua integridade; e o tentar fazer uma constituição para toda ela por

11 Cf. José DOMINGUES e Vital MOREIRA, “*Nas Origens do Constitucionalismo em Portugal: o Parecer de J. J. Ferreira Gordo sobre a convocação das Cortes constituintes em 1820*”, in *e-Legal History Review* 28, junho de 2018, pp. 1-39; e Vital MOREIRA e José DOMINGUES, “*A primeira polémica política da Revolução de 1820*”, in *História: Jornal de Notícias* 13, abril de 2018, pp. 44-53.

12 Por várias circunstâncias, não foi possível cumprir esta data e a primeira reunião das Cortes gerais extraordinárias e constituintes ocorreu no dia 24 de janeiro de 1821.

13 *Instruções para as Eleições dos deputados das Cortes segundo o método estabelecido na Constituição espanhola e adotado para o Reino de Portugal*, (Junta Provisional do Governo Supremo do Reino, 22 de Novembro de 1820): *Diário do Governo*, Suplemento ao n.º 34, quinta-feira 23 de novembro de 1820; *Gazeta de Lisboa*, n.º 285 e 286, segunda-feira 27 de novembro de 1820 e terça-feira 28 de novembro de 1820; *Collecção de Leis, Decretos, Alvarás, Ordens Régias e Editais que se publicarão desde o Anno de 1817 até 1820*, Lisboa; Clemente José dos SANTOS, *Documentos para a Historia das Cortes Geraes da Nação Portuguesa*, coordenação autorizada pela Camara dos Senhores Deputados, Tomo I: 1820-1825, Lisboa, Imprensa Nacional, 1883, pp. 107-115; Pedro Tavares de ALMEIDA, *Legislação Eleitoral Portuguesa 1820-1926*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1998, pp. 19-30; Maria NAMORADO e Alexandre Sousa PINHEIRO, *Legislação eleitoral portuguesa: textos históricos (1820-1974)*, Tomo 1, Lisboa, Comissão Nacional de Eleições, 1998, pp. 30-38.

meio de deputados só de uma parte é lançar os fundamentos à mais justificada desunião; e se o povo de Portugal assenta que, como povo, tem o direito de escolher para si a constituição que quiser e não a que outrem lhe imponha, seguramente, deve convir que não tem direito de impor essa constituição que fizer ao povo do Brasil, que nela não teve parte”¹⁴.

Numa palavra, foi a evolução da conjuntura política – concretamente a posterior adesão à revolução – que deu azo a que, mais tarde, em 1821, se viessem a convocar as primeiras eleições gerais no Brasil para designação dos deputados às Cortes extraordinárias e constituintes de Lisboa. Estava em causa um dos parâmetros meridianos do novo constitucionalismo, o poder do povo de fazer a sua própria constituição. Se isto era válido para Portugal, também teria de o ser para o Brasil, como parte do Reino Unido que ambos integravam.

Tudo indica que, desde o primeiro momento, os liberais portugueses de 1820 tiveram em mente convocar os representantes dos territórios de além-mar às Cortes constituintes. Desde logo, pelo exemplo proporcionado pela vizinha Espanha, que tinha formado Cortes (1810-1812) com deputados de Espanha e da América espanhola, os quais tinham aprovado uma Constituição (1812), onde, a abrir o articulado, ficou expressamente estabelecido o princípio de que *“la Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios”* (art. 1º)¹⁵. Mas, sobretudo, porque as primeiras *Instruções eleitorais* portuguesas de 31 de outubro de 1820 assim o tinham determinado – *“as presentes instruções são aplicáveis às ilhas adjacentes, Brasil e domínios ultramarinos”* (art. 38º)¹⁶ –, prestando um esclarecimento adicional na *Proclamação* que lhe foi anexada, que vale a pena deixar reproduzido aqui:

“A Junta Provisional do Governo Supremo remata as suas Instruções aplicando-as, em geral, às ilhas adjacentes, ao Brasil e aos domínios ultramarinos. A estreiteza do tempo, a urgência do estado presente dos negócios, a distância imensa dos lugares e outras considerações de peso superior, fáceis de se penetrarem, não lhe permitiu que ela desenvolvesse particularidades mais positivas e circunstanciadas. Limita-se a rogar a seus irmãos ultramarinos, em nome da Pátria, de tão íntimas e sagradas relações que nos ligam na mesma família; em nome de hábitos, que a uns e a outros nos são caros; em nome, finalmente, dos mútuos e recíprocos interesses que nos prendem, não tardem

15 La Constitución española de 1812, in Biblioteca Virtual Cervantes [Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/portales/constitucion_1812/ (consultado no dia 1 de junho de 2018)].

16 *Instruções que devem regular as eleições dos Deputados que vão a formar as Cortes Extraordinárias Constituintes no ano de 1821* (Junta Provisional Preparatória das Cortes, 31 de Outubro de 1820); *Diário do Governo*, n.º 23, de 10 de novembro de 1820; *Gazeta de Lisboa*, n.º 272 e 273, sábado 11 de novembro de 1820 e segunda-feira 13 de novembro de 1820; *Correio do Porto*, n.º 42, terça-feira 14 de novembro de 1820; Clemente José dos SANTOS, *Documentos para a História das Cortes Gerais da Nação Portuguesa*, coordenação autorizada pela Câmara dos Senhores Deputados, Tomo I: 1820-1825, Lisboa, Imprensa Nacional, 1883, pp. 84-94; original avulso da Biblioteca do Senado Federal do Brasil [Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/518744> (consultado no dia 1 de junho de 2018)]; Pedro Tavares de ALMEIDA, *Legislação Eleitoral Portuguesa 1820-1926*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1998, pp. 3-17; Maria NAMORADO e Alexandre Sousa PINHEIRO, *Legislação eleitoral portuguesa: textos históricos (1820-1974)*, Tomo 1, Lisboa, Comissão Nacional de Eleições, 1998, pp. 19-29.

em vir cooperar connosco, em um mesmo Congresso, na regeneração imortal do império lusitano. Extinto para sempre o injurioso apelido de colónias, não queremos todos outro nome que o título generoso de concidadãos da mesma Pátria. Quanto nos deprimiu a uns e a outros a mesma escravidão, tanto nos exaltará a comum liberdade. E entre o europeu, o americano, asiático e africano não restará outra distinção que a porfiada competência de nos excedermos e avantajarmos por mais entranhável fraternidade, por mais heroico patriotismo e pelos mais denodados sacrifícios”¹⁷

Poucos dias antes, o P.^e José Agostinho de Macedo, em parecer enviado à Junta Provisional Preparatória das Cortes no dia 13 de outubro de 1820, ainda ponderou a convocação de deputados da Madeira e dos Açores, mas, inserindo-se o seu juízo na linhagem tradicional de convocação dos três “estados” do reino (clero, nobreza e povo), manteve-se silente em relação aos representantes do Brasil e dos outros territórios ultramarinos:

“Com o método exposto não passarão de 240 a 250 todos os deputados do povo, clero e nobreza do reino, que poderão ser aumentados com 5 deputados da ilha da Madeira e 10 dos Açores, na mesma proporção”¹⁸

Numa perspetiva mais liberal e abrangente, Manuel Borges Carneiro – em parecer enviado à mesma Junta Preparatória das Cortes, em idênticas circunstâncias e no mesmo dia 13 de outubro de 1820 – sugeriu que, tal como já se tinha feito em Espanha em 1810¹⁹, se elessemos “*tácitos ou presuntivos procuradores*” para o Brasil de entre os seus naturais residentes em Portugal:

“Tem-se duvidado se a América portuguesa deve ser representada nestas Cortes. Eu diria que o deve ser, elegendo de entre si, os brasileiros residentes neste reino, o competente número de deputados, como se fez na Espanha, e dando-se deste passo mui especial conta a el-rei nosso senhor. Ou o Brasil quer depois aceitar esta constituição ou não. Se quer, acederá a uma constituição que terá sido feita com o concurso dos seus naturais, como tácitos ou presuntivos procuradores da sua pátria. Se não quer, nada se terá perdido nisso mais do

¹⁷ *Proclamação sobre a convocação das Cortes*, Junta Provisional do Governo Supremo do Reino, a 31 de outubro de 1820 [Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242806> (consultado no dia 5 de junho de 2018)]; *Gazeta de Lisboa*, n.º 271, sexta-feira 10 de novembro de 1820, Lisboa, na Imprensa Régia; *Collecção de Leis, Decretos, e Alvarás, Ordens Regias, e Editaes, que se publicarão desde o Anno de 1817 até 1820*, Lisboa, na Imprensa Régia, 1820, pp. 384-385v; Joaquim José Ferreira de FREITAS, *O Padre Amaro ou Sovela Política, Histórica e Literária. Periódico Mensal Dedicado a Todos os Portugueses de Ambos os Mundos*, Tomo II, Londres, Impresso por R. Greenlaw, dezembro de 1820, pp. 610-620; Clemente José dos SANTOS, *Documentos para a Historia das Cortes Geraes da Nação Portuguesa*, coordenação autorizada pela Camara dos Senhores Deputados, Tomo I: 1820-1825, Lisboa, Imprensa Nacional, 1883, pp. 80-83 [Disponível em: <http://pur1.pt/12101> (consultado no dia 4 de julho de 2018)].

¹⁸ José Agostinho de MACEDO, *Parecer sobre a maneira mais fácil, simples e exequível da convocação das Cortes geraes do Reino no actual systema político da Monarchia representativa e constitucional*, Lisboa, na Tipografia Lacerdina, 1820, p. 31.

¹⁹ Cf. Quintí CASALS BERGÉS, “Proceso Electoral y Prosopografía de los Diputados de las Cortes Extraordinarias de Cádiz (1810-1813)”, in *Historia Constitucional* 13, 2012, p. 216 [Disponível em: www.historiaconstitucional.com (consultado no dia 1 de junho de 2018)].

*que um pequeno trabalho, que se arriscou para conservar um grande interesse*²⁰

Com as Cortes já em pleno funcionamento, desde o dia 26 de janeiro de 1821, foi retomada a temática da representação política do Ultramar. Em sessão de 30 de janeiro e 3 de fevereiro de 1821, o deputado Pereira do Carmo apresentou à discussão um projeto de decreto eleitoral para os territórios ultramarinos, fundamentado em duas memórias, com o propósito de se “*concentrar neste agosto recinto a representação nacional portuguesa de ambos os mundos, para que todos os portugueses concorram à formação da Lei Fundamental que deve ligar a todos*”²¹.

O projeto legislativo propunha: **(i)** que a Regência apresentasse às Cortes, no prazo máximo de 30 dias, uma lista dos naturais dos domínios portugueses do ultramar a residir em Portugal; **(ii)** com base nessa listagem, em Cortes, proceder-se-ia à escolha dos deputados “substitutos”, eleitos à pluralidade absoluta de votos; **(iii)** este decreto seria de imediato comunicado ao rei, para que se procedesse à eleição *in loco* dos respetivos deputados “proprietários”; **(iv)** estas eleições dever-se-iam regular pelas *Instruções eleitorais* de 22 de novembro de 1820; **(v)** os deputados “substitutos” deixariam o assento parlamentar logo que os deputados “proprietários” se apresentassem às Cortes²².

Não faltou o consenso parlamentar em torno dos propósitos unificadores apresentados pelo deputado Pereira do Carmo, nomeadamente: **(i)** “*conservar a integridade do império lusitano em ambos os hemisférios*”; **(ii)** “*estreitar os vínculos do sangue e dos interesses que mutuamente ligam todos os portugueses das quatro partes do globo*”; e **(iii)** “*evitar os desastres de uma revolução que pode muito bem rebentar em nossas possessões ultramarinas*”²³. No entanto, não foi aprovada a sua proposta de cooptação provisória de deputados ultramarinos, pelas próprias Cortes, de entre os residentes em Portugal. Tal imposição unilateral de deputados “substitutos” poderia ser mal interpretada e dar azo a que o Brasil se rebelasse e estabelecesse uma constituição independente – o exemplo dos Estados Unidos da América ainda estava bem presente na memória coletiva e até foi chamado à colação. Os discursos argumentativos apresentados pelos deputados Castelo Branco e Soares Franco foram suficientemente elucidativos. O primeiro asseverou que:

“nos convém mais evitar qualquer ação que, mal entendida pelos ministros do Rio de Janeiro, lhe pudesse dar armas contra nós. Acostumados na linguagem ministerial a qualificar de revolução os louváveis esforços que os povos fazem para recobrar sua legítima liberdade dirão que, não contentes com revolucionar Portugal, pretendemos ainda revolucionar o Brasil, que obedece pacífico ao seu soberano. Isto, que será fácil de persuadir ao rei, o obrigará a desconfiar de nossas intenções, e levantará entre nós e o Brasil uma barreira que tornará mais

20 Manuel Borges CARNEIRO, *Portugal Regenerado em 1820*, 3.ª edição, Lisboa, Typografia Lacerdina, 1820, pp. 80-81. Cf. Vital MOREIRA e José DOMINGUES, “Os votos de além-mar na revolução vintista”, in *História: Jornal de Notícias* 14, junho de 2018, pp. 39-40.

21 *Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa*, n.º 3, sessão de 30 de janeiro de 1821, pp. 9-10.

22 Cf. Vital MOREIRA e José DOMINGUES, “votos de além-mar na revolução vintista”, in *História: Jornal de Notícias* 14, junho de 2018, p. 40.

23 *Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa*, n.º 3, sessão de 30 de janeiro de 1821, p. 23.

*difícil a união desejada, qual devemos antes esperar de relações pacíficas e amigáveis, que procedimentos que podem ali ser considerados como verdadeiras hostilidades*²⁴

Em alternativa, o deputado aconselhou que se seguisse a via diplomática e conciliatória e se estabelecessem contactos harmoniosos entre as Cortes e o rei, para que este se convencesse que a constituição que estava a ser preparada em Portugal seria o melhor para o bem dos povos da América, para a sua dignidade real e para a sua augusta família. Concomitantemente, os “irmãos da América” deviam ser devidamente informados e ficar bem cientes das boas intenções das Cortes, que adotavam para base da sua constituição política o princípio jusfundamental da igualdade jurídica entre os territórios ultramarinos e o metropolitano – “a Nação portuguesa se compõe dos portugueses de ambos os hemisférios”²⁵. Este princípio, originário da Constituição espanhola de 1812 (art. 1º), viria a ser efetivamente inserido no articulado das Bases da Constituição de 1821 (art. 16º) e posteriormente trasladado para a Constituição de 1822 (art. 20º).

O deputado Soares Franco também se manifestou contra a proposta do deputado Pereira do Carmo – embora concordasse com o seu substrato unificador – e reforçou a premência de unir o império debaixo da mesma constituição escrita, propondo a elaboração imediata das Bases da Constituição e o seu envio ao monarca:

*“contudo, não é conveniente fazer já esta união por meio de deputados substitutos, eleitos em Portugal sem procuração bastante e sem legalidade. E quem nos diz que uma tal medida não ia excitar no Brasil concussões políticas de que ninguém pode calcular o termo. É muito mais conveniente que se fação com brevidade as Bases da Constituição e que se mandem a sua majestade. E como nela se hão de conciliar o decoro de sua real pessoa com a liberdade dos indivíduos e a prosperidade da Nação, podemos estar seguros que a aceitará. (...) Só a Constituição pode reunir atualmente os seus membros espalhados pelas quatro partes do mundo; só ela pode dar o vigor da mocidade às molas entorpecidas e caducas da antiga administração”*²⁶

Cerca de um mês depois, as Bases da Constituição Política da Monarquia Portuguesa – aprovadas pelas Cortes a 9 de março de 1821, sem a presença de qualquer deputado das ilhas adjacentes, nem do Brasil e demais territórios ultramarinos – reforçavam o conceito de Nação pluricontinental, com o poder constituinte de fazer a nova constituição (procedimento constituinte democrático), deixando aberto o caminho à liberdade dos povos ultramarinos para elegerem os seus legítimos representantes:

“Somente à Nação pertence fazer a sua constituição ou lei fundamental, por meio de seus representantes legitimamente eleitos. Esta lei fundamental obrigará, por ora, somente aos

²⁴ *Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa*, n.º 6, sessão de 3 de fevereiro de 1821, p. 25.

²⁵ *Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa*, n.º 6, sessão de 3 de fevereiro de 1821, p. 25.

²⁶ *Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa*, n.º 6, sessão de 3 de fevereiro de 1821, p. 26.

portugueses residentes nos reinos de Portugal e Algarves, que estão legalmente representados nas presentes Cortes. Quanto aos que residem nas outras três partes do mundo, ela se lhes tornará comum, logo que pelos seus legítimos representantes declarem ser esta a sua vontade” (art. 21º).

Finalmente, em sessão do dia 18 de abril de 1821, as Cortes, “considerando a obrigação que têm de estreitar cada vez mais a união dos portugueses de ambos os hemisférios por meio dos seus interesses políticos”, aprovaram o decreto eleitoral que declarou legítimos os governos estabelecidos e que viessem a estabelecer-se nos Estados portugueses do Ultramar, para abraçarem a causa da Regeneração política, e mandou proceder à eleição dos deputados às Cortes. O diploma legal visou colmatar dois propósitos distintos: (i) regulamentar as eleições ultramarinas, que deviam seguir as *Instruções eleitorais* de 22 de novembro de 1820, ajustadas “às circunstâncias locais de cada província”; e (ii) impedir que os delegados enviados pelos recém-constituídos governos provisionais nos territórios ultramarinos, partidários da causa constitucional, tomassem assento como deputados²⁷, preconizando que “nenhum cidadão pode adquirir o sublime caráter de deputado de Cortes sem que este lhe seja conferido pelos votos de seus constituintes, nos quais a soberania essencialmente reside”²⁸.

Os deputados constituintes agiram de forma cautelosa, ficando a aguardar pela adesão espontânea das províncias do Brasil – tal como tinha pressagiado Fernandes Tomás, a 22 de novembro de 1820 –, pelo assentimento expresso do rei à causa constitucional portuguesa – como vaticinado pelos deputados Castelo Branco e Soares Franco, a 3 de fevereiro de 1821 – e pela determinação de regresso do rei e da Corte a Portugal – como os liberais desejavam, desde o dia 24 de agosto de 1820. O que fez com que a ilha da Madeira se lhe adiantasse, realizando as eleições dos seus deputados no dia 26 de março²⁹, assim como o Brasil, onde o rei mandou proceder à eleição de deputados às Cortes por decreto do dia 7 de março de 1821. Como veremos, apesar de ambos mandarem aplicar a mesma lei eleitoral (*Instruções* de 22 de novembro de 1820), foi com base no decreto régio e não com base no decreto parlamentar que se realizaram as eleições no Brasil.

27 O caso mais paradigmático foi o de Filipe Alberto Patroni Martins Maciel Parente, que ficou conhecido como “o primeiro americano a falar perante as Cortes” (5 de abril de 1821), nas quais se apresentou como representante da província de Grão-Pará, mas que não foi admitido como deputado por falta de legitimidade eleitoral.

28 Decreto eleitoral de 18 de abril de 1821: *Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa*, n.º 61; *Diário da Regência*, n.º 123, sexta-feira 25 de maio de 1821; *Gazeta do Rio de Janeiro*, n.º 52, sábado 30 de junho de 1821; *Correio Braziliense*, junho de 1821, in *Correio Braziliense ou Armazem Literario*, vol. 26, Londres, Impresso por R. Greenlaw, 1821, pp. 595-597; *Collecção das Cartas de Lei, Decretos, etc. das Cortes Geraes, Extraordinarias e Constituintes da Nação Portuguesa*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1822, n.º 62, pp. 62-64; *Collecção dos Decretos, Resoluções e Ordens das Cortes Geraes Extraordinarias e Constituintes da Nação Portuguesa, desde a sua instalação em 26 de janeiro de 1821, comprehendendo não só o que diz respeito em geral à Nação, mas também a alguma classe della ou em particular em objecto mais notável; com o Reportorio ao Diário das mesmas Cortes, que mostra onde se acham as Sessões, Projectos, Indicações, Propostas, Pareceres, Debates e Deliberações que motivarão a Legislação inserta nesta Collecção*, Parte I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1822, doc. 76, p. 49; *Collecção da Legislação Moderna Portuguesa: da installação das Cortes Extraordinarias e Constituintes em diante*, Tomo I: Legislação de 1821, Lisboa, Typographia Maigrense, 1823, pp. 48-50; *Collecção da Legislação Portuguesa desde a última compilação das Ordenações: Legislação de 1821 a 1823*, vol. 7, Tipografia Maigrense, 1825, doc. 62, pp. 34-35; *Collecção de Legislação das Cortes de 1821 a 1823*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1843, n.º 62, pp. 24-25; J. M. Pereira da SILVA, *História da Fundação do Império Brasileiro*, Tomo V, Rio de Janeiro, B. L. Garnier Editor, 1865, n.º 6, pp. 316-318; *Collecção das Leis do Brazil de 1821*, Parte I, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889, pp. 9-10.

29 Uma vez que as Instruções eleitorais de 22 de novembro de 1820 se não applicavam ao Ultramar e as Cortes ainda não tinham aprovado o Decreto eleitoral, levantou-se a questão de saber “por que lei se governaram as eleições na Madeira”? – *Correio Braziliense ou Armazem Literario*, vol. 26, Lodres, Impresso por R. Greenlaw, março de 1821, p. 343.

3.2. A TENTATIVA FRACASSADA DE OPOSIÇÃO RÉGIA À REVOLUÇÃO.

A adesão brasileira à causa constitucional portuguesa foi rápida e espontânea, mas não foi tão linear e sem qualquer obstáculo, como à primeira vista pode parecer³⁰. Por isso, abrimos aqui um breve parêntesis para dar conta da tentativa de oposição à revolução portuguesa esboçada por D. João VI, de finais de 1820 ao início de 1821³¹, aconselhado pelo conde de Palmela, que tinha acabado de chegar ao Brasil, vindo de Londres, e tendo passado por Portugal nos momentos acesos da Revolução. A estratégia de Palmela assentava em dois pilares fundamentais: *(i)* a outorga imediata de uma carta constitucional por parte do monarca; e *(ii)* a convocação dos três “estados” do reino (clero, nobreza e povo) a Cortes.

O ministro Palmela pugnou intensamente para que D. João VI outorgasse a Portugal uma carta constitucional idêntica à outorgada por Luís XVIII à França, em 1814³². O próprio Palmela terá confessado a Fr. Francisco de S. Luís, quando passou por Lisboa em 1820, que a sua vontade “*era que Portugal viesse a gozar de uma liberdade moderada, sob a forma da monarquia representativa, com um código constitucional outorgado pelo soberano e não conquistado pela insurreição*”³³. Em carta dirigida ao rei, no dia 5 de janeiro de 1821, aconselha-o a promulgar uma carta constitucional, tentando impedir que os revolucionários portugueses legissem “*sem freio e sem receio*”³⁴. Ideia que reiterou em outra missiva dirigida ao rei, no dia 19 de fevereiro de 1821: “*dite Vossa Majestade a Carta Constitucional que concede aos seus povos, sem esperar que estes lhe ditem revolucionariamente a Lei*”³⁵.

Em número coevo do *Correio Brasiliense* foi noticiado que “*é corrente na Europa que o conde de Palmela levou para o Rio de Janeiro uma constituição já talhada e feita para apresentar a el-rei, com o nome de constituição popular, mas de facto adaptada a satisfazer a ambição dos nobres*”³⁶. De tal “*constituição já talhada e feita*” conhece-se apenas um esboço de seis artigos, feitos pelo punho de Palmela para servir de base à dita carta constitucional³⁷.

Durante a sua passagem por Lisboa, Palmela esteve presente na reunião do dia 1 de setembro de 1820, convocada pela Regência do reino para a casa do cardeal patriarca de Lisboa (D. Carlos da Cunha e Meneses). Aí aconselhou os governadores do reino a convocarem de imediato as Cortes tradicionais – contrariando a posição que estes haviam tomado, poucos dias antes, de que as Cortes “*sempre seriam ilegais quando não fossem chamadas pelo soberano*”³⁸ – para

30 Para a província do Pernambuco, v. g., Cláudia Maria das Graças CHAVES e Andréa SLEMIAN, “‘Memorial’ às Cortes de Lisboa de Manoel Luís da Veiga (1821). Constitucionalismo e Formas de Governo no Brasil”, in *Análise Social* 218, 2016, pp. 122-144 [Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732016000100005-&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt (consultado no dia 28 de junho de 2018)].

31 Alexandre José de Melo MORAIS, *História do Brasil-Reino e Brasil-Império*, Tomo I, Rio de Janeiro, 1871, pp. 20-22.

32 António Bernardo de Costa CABRAL, *Apontamentos Históricos I: Notas aos Apontamentos Históricos*, Lisboa, Tipografia da Silva, 1844, p. 257.

33 *Despachos e Correspondência do Duque de Palmela, Tomo I: desde 9 de abril de 1817 até 15 de janeiro de 1825*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1851, p. X.

34 *Despachos e Correspondência do Duque de Palmela, Tomo I: desde 9 de abril de 1817 até 15 de janeiro de 1825*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1851, p. 148.

35 *Despachos e Correspondência do Duque de Palmela, Tomo I: desde 9 de abril de 1817 até 15 de janeiro de 1825*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1851, p. 167.

36 *Correio Brasiliense ou Armazem Literario*, vol. 26, Londres, Impresso por R. Greenlaw, março de 1821, p. 345.

37 *Despachos e Correspondência do Duque de Palmela, Tomo I: desde 9 de abril de 1817 até 15 de janeiro de 1825*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1851, pp. 163-164.

38 José Maria Xavier de ARAÚJO, *Revelações e Memórias para a História da Revolução de 24 de Agosto de 1820 e de 15 de*

fazerem frente à revolução portuense. No seu entendimento e da façção maioritária dessa reunião: tendo em conta que a Regência era o governo legítimo do reino, que as circunstâncias extraordinárias assim o justificavam, que se tratava de uma “*medida conforme às leis e usos da monarquia*”, não se poderia considerar uma ofensa à soberania régia convocar as Cortes em nome do rei; até porque, esta seria a decisão de sua majestade se “*tivéssemos a honra de o ter presente e de estarmos a seus reais pés, neste reino*”³⁹.

Em panfleto impresso no mesmo dia 1 de setembro de 1820 – tributado à autoria de Palmela – circulou a decisão tomada pelos governadores do reino de, “*em nome de el-rei nosso senhor, convocar Cortes, nomeando imediatamente uma comissão destinada a proceder aos trabalhos necessários para a pronta reunião das mesmas Cortes*”⁴⁰. A Junta Preparatória de Cortes foi criada e ainda se fizeram diligências para a convocação das Cortes, mas estas nunca chegaram a reunir⁴¹. Para este estudo, o que importa é que Palmela defendia a convocação das Cortes tradicionais, que reunissem em assembleia os representantes do clero, nobreza e povo. E foi este o modelo de Cortes que tentou de novo impor a partir do Brasil, junto de D. João VI.

Em missiva dirigida ao rei no dia 27 de janeiro de 1821, Palmela colocou a hipótese de o rei, quando chegasse a Lisboa, se lá achasse disposições favoráveis, “*dissolver essas Cortes ilegais e convocar outras fundadas sobre a base da representação dos três estados*”⁴².

No dia 19 de fevereiro desse ano aconselha o monarca a tomar as rédeas da revolução, combatendo-a nas províncias brasileiras onde ela germinava. A propósito das Cortes, lamentava que a decisão de convocar as Cortes, tomada pela Regência em Portugal no dia 1 de setembro de 1820, não tivesse emanado do próprio rei, porque “*teria provavelmente evitado o mal que todos atualmente lastimamos*”; e aconselhou o monarca a enviar o príncipe D. Pedro a Portugal para, se as circunstâncias lho permitissem, dissolver as Cortes eleitas no mês de

Setembro do Mesmo Anno, Lisboa, Tipografia Rolandiana, 1846, pp. 145-149; Clemente José dos SANTOS, *Documentos para a História das Cortes Gerais da Nação Portuguesa*, coordenação autorizada pela Camara dos Senhores Deputados, Tomo I: 1820-1825, Lisboa, Imprensa Nacional, 1883, pp. 16-17; José de ARRIAGA, *História da Revolução Portuguesa de 1820*, Volume 2, Porto, Livraria Portuense Lopes e C.^a – editores, 1887, pp. 53-54.

39 Clemente José dos SANTOS, *Documentos para a História das Cortes Gerais da Nação Portuguesa*, coordenação autorizada pela Camara dos Senhores Deputados, Tomo I: 1820-1825, Lisboa, Imprensa Nacional, 1883, p. 28.

40 Esta *Proclamação* circulou em impresso avulso e foi publicada in: *Gazeta Extraordinária de Lisboa*, n.º 209, sábado 2 de setembro de 1820; *O Campeão Português ou o amigo do rei e do povo. Jornal político publicado mensalmente para advogar a causa e interesses de Portugal*, Londres, impresso por L. Thompson, 16 de outubro de 1820, pp. 226-227; Joaquim José Ferreira de FREITAS, *O Padre Amaro ou Soveia Política, Histórica e Literária. Periódico Mensal Dedicado a Todos os Portugueses de Ambos os Mundos*, Tomo II, Londres, Impresso por L. Thompson, outubro de 1820, pp. 275-276; Clemente José dos SANTOS, *Documentos para a História das Cortes Gerais da Nação Portuguesa*, coordenação autorizada pela Camara dos Senhores Deputados, Tomo I: 1820-1825, Lisboa, Imprensa Nacional, 1883, pp. 19-20; Simão José da Luz SORIANO, *História da Guerra Civil e do Estabelecimento do Governo Parlamentar em Portugal*, Terceira Época, vol. VI, Lisboa, Imprensa Nacional, 1887, doc. 56, pp. 241-242; José de ARRIAGA, *História da Revolução Portuguesa de 1820*, Volume 2, Porto, Livraria Portuense Lopes e C.^a – editores, 1887, pp. 55-56.

41 Cf. José DOMINGUES e Vital MOREIRA, “*Nas Origens do Constitucionalismo em Portugal: o Parecer de J. J. Ferreira Gordo sobre a convocação das Cortes constituintes em 1820*”, in *e-Legal History Review* 28, junho de 2018, pp. 6-14 [Disponível em: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?z=5&id=15 (consultado no dia 4 de julho de 2018)].

42 *Despachos e Correspondência do Duque de Palmela, Tomo I: desde 9 de abril de 1817 até 15 de janeiro de 1825*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1851, p. 159.

dezembro e convocá-las de novo, “segundo os antigos usos da monarquia, para que estas determinem legalmente o modo de convocação das que hão de reformar a Constituição”⁴³.

Em simultâneo, aconselhou o monarca a reunir na corte do Rio de Janeiro, no prazo de seis meses, “representantes eleitos pelas câmaras” para decidir sobre a constituição que se preparava em Portugal⁴⁴. Esta iniciativa faz lembrar a antiga forma consuetudinária de convocar os representantes dos concelhos às Cortes, seguida em Portugal até aos finais do século XVII.

As sugestões de Palmela repercutiram-se num decreto antedatado⁴⁵ para o dia 18 de fevereiro desse ano, no qual D. João VI decidiu que D. Pedro devia viajar para Portugal – “a fim de restabelecer a tranquilidade geral naquele reino, para ouvir as representações e queixas dos povos e para estabelecer as reformas e melhoramentos e as leis que possam consolidar a constituição portuguesa” – e convocou à corte do Rio de Janeiro “os procuradores que as câmaras das cidades e vilas principais que têm juizes letrados, tanto do reino do Brasil, como das ilhas dos Açores, Madeira e Cabo Verde, elegerem”, para deliberarem sobre as questões constitucionais que se discutiam nas Cortes de Lisboa⁴⁶. A respetiva Junta Preparatória das Cortes foi constituída por decreto de 23 de fevereiro⁴⁷.

Esta foi a primeira tentativa para se formar uma assembleia constituinte no Brasil, composta pelos representantes concelhios do reino do Brasil e das ilhas dos Açores, Madeira e Cabo Verde. É surpreendente a intenção de D. João VI de criar umas Cortes constituintes no Rio de Janeiro (presididas pelo próprio rei), que funcionariam em paralelo e em sintonia com as Cortes constituintes de Lisboa (presididas pelo príncipe regente D. Pedro). O principal escopo seria o de uniformizar o sistema constitucional de toda a monarquia, através do diálogo entre as duas constituintes, separadas pelo oceano Atlântico e dirigidas pelo poder régio.

A ideia de uma constituição e duas constituintes era sedutora e bastante arrojada. Mas de imediato se levantou objeção à primeira constituinte brasileira, porque, ao contrário da portuguesa, excluía da representação política as terras que não tivessem juiz letrado e, sobretudo, porque careceria da autoridade deliberativa das Cortes de Lisboa. Sendo equiparadas às tradicionais Cortes portuguesas, as Cortes constituintes brasileiras – segundo a conceção da época – não passariam de órgão consultivo do poder real⁴⁸. Por isso, esta tardia resistência à revolução

43 *Despachos e Correspondência do Duque de Palmela, Tomo I: desde 9 de abril de 1817 até 15 de janeiro de 1825*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1851, pp. 167-172.

44 *Despachos e Correspondência do Duque de Palmela, Tomo I: desde 9 de abril de 1817 até 15 de janeiro de 1825*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1851, p. 148.

45 *Correio Braziliense ou Armazem Literario*, vol. 26, Londres, Impresso por R. Greenlaw, maio de 1821, p. 562: “esta antedata foi o último subterfúgio dos pérfidos conselheiros de el-rei, os quais, vendo arrebentar a revolução, sem que já houvesse remédio algum, ainda assim, fizeram que o soberano passasse um decreto evasivo e datado do dia 18, posto que fosse do dia 24, em que el-rei dizia ter determinado que o príncipe real passasse a Portugal, a fim de tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da tranquilidade, reforma de abusos e consolidação da constituição”.

46 Original impresso da Biblioteca Brasileira Mindlin [Disponível em: <https://digital.bbm.usp.br/handle/bbm/2402> (consultado no dia 13 de junho de 2018)]; Joaquim José Ferreira de FREITAS, *O Padre Amaro ou Soveia Política, Histórica e Literária. Periódico Mensal Dedicado a Todos os Portugueses de Ambos os Mundos*, Tomo III, Londres, Impresso por L. Thompson, maio de 1821, pp. 297-299.

47 Joaquim José Ferreira de FREITAS, *O Padre Amaro ou Soveia Política, Histórica e Literária. Periódico Mensal Dedicado a Todos os Portugueses de Ambos os Mundos*, Tomo III, Londres, Impresso por L. Thompson, maio de 1821, pp. 299-301;

48 Cf. Manuel Emílio Gomes de CARVALHO, *Os Deputados Brasileiros nas Cortes Gerais de 1821*, Brasília, 2003, pp. 46-48 [Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/1083> (consultado no dia 18 de junho de 2018)].

liberal falhou redondamente quando, no dia seguinte, o monarca se viu forçado a jurar a constituição portuguesa em preparação em Lisboa. Repare-se, no entanto, que no decreto régio do juramento D. João VI não deixou de ressaltar que tinha “*dado todas as providências para ligar a constituição que se estava fazendo em Lisboa com o que é conveniente no Brasil*”⁴⁹ –, o que só pode ser uma alusão à tentativa falhada de convocar uma constituinte paralela no Rio de Janeiro.

Em sentido contrário ao desta malograda tentativa de resistência, os territórios ultramarinos, incluindo províncias brasileiras, iam aderindo paulatina e voluntariamente à revolução oriunda de Portugal, constituindo juntas governativas provisionais e prestando juramento às Cortes lisboetas e à constituição que elas viessem a aprovar. No Recife (província de Pernambuco), logo em finais de novembro de 1820, chegou a preparar-se uma revolta para aderir ao movimento revolucionário-constitucional português, mas sem qualquer êxito. Esta é considerada uma das “*primeiras manifestações de adesão ao movimento constitucional iniciado em Portugal em 1820*”⁵⁰.

O ano de 1821 começou com a primeira adesão brasileira, do Grão-Pará, ao sistema constitucional vintista, no dia 1 de janeiro⁵¹. De destacar o papel preponderante desempenhado nesta província por Filipe Alberto Patroni Martins Maciel Parente, estudante de Coimbra que regressara à sua terra natal, Belém do Pará, para dar conta dos acontecimentos iniciados com a Revolução liberal do Porto. Regressando de novo a Portugal e apresentando-se nas Cortes, as comissões da Constituição e de Verificação de Poderes – em parecer do dia 4 de abril de 1821 – não o consideraram “*reputado deputado da Nação*”, por falta de legitimidade eleitoral, mas concederam-lhe “*a honra de ser apresentado ao Augusto Congresso*”⁵². No dia seguinte, 5 de abril, perante os deputados, leu um discurso inflamado, tendo ficado conhecido como “*o primeiro americano a falar perante as Cortes*”⁵³.

A segunda província brasileira a aderir foi a Bahia, no dia 10 de fevereiro de 1821⁵⁴, depois do arquipélago da Madeira, que tinha aderido no dia 28 de janeiro

49 Decreto régio de 24 de fevereiro de 1821, exemplar da Biblioteca Brasileira Mindlin [Disponível em: <https://digital.bbm.usp.br/handle/bbm/2411> (consultado no dia 18 de março de 2018)]; *Gazeta do Rio de Janeiro*, n.º 17, de quarta-feira 28 de fevereiro de 1821, p. 2 [Disponível em: http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_periodicos/gazeta_rj/gazeta.htm (consultado no dia 22 de março de 2018)]; *Diário da Regência*, Suplemento ao n.º 99, sexta-feira 27 de abril de 1821; *Correio Braziliense ou Armazem Literario*, vol. 26, Londres, Impresso por R. Greenlaw, maio de 1821, pp. 518-519; Joaquim José Ferreira de FREITAS, *O Padre Amaro ou Sovela Política, Histórica e Literária. Periódico Mensal Dedicado a Todos os Portugueses de Ambos os Mundos*, Tomo III, Londres, Impresso por L. Thompson, maio de 1821, pp. 301-302; *Despachos e Correspondência do Duque de Palmela, Tomo I: desde 9 de abril de 1817 até 15 de janeiro de 1825*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1851, pp. 181-182; Denis Antônio de Mendonça BERNARDES, *O Patriotismo Constitucional: Pernambuco 1820-1822*, São Paulo-Recife, 2007, p. 297.

50 Flávio José Gomes CABRAL, “Uma Sedição Abortada em 1820: contestação e política repressiva em Pernambuco às vésperas da independência”, in *XXXIII Simpósio Nacional de História – História Guerra e Paz*, Anais, Londrina: ANPUH, 2005; Flávio José Gomes CABRAL, “‘Vozes Públicas’: as ruas e os embates políticos em Pernambuco na crise do Antigo Regime português (1820-1821)”, in *Saeculum: Revista de História* 13, jul./dez. 2005, pp. 66-68 [Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/srh/article/view/11329> (consultado no dia 4 de julho de 2018)].

51 Daniel Garção de MELO, *Peças Interessantes Relativas à Revolução Efeituada no Pará, a fim de se unir à sagrada causa da Regeneração portuguesa*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1821 [Disponível em: <http://purl.pt/24793> (consultado no dia 16 de junho de 2018)].

52 O mesmo deferimento se tinha adotado em relação à deputação da Madeira, recebida pelas Cortes no dia 17 de fevereiro de 1821.

53 *Discurso pronunciado nas cortes pelo senhor Felipe Alberto Patroni Maciel Martins Parente, membro da deputação do Pará* [Disponível em: <https://digital.bbm.usp.br/handle/bbm/1529> (consultado no dia 5 de junho de 2018)]; *Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa*, n.º 51, sessão de 5 de abril de 1821, pp. 481-484; Daniel Garção de MELO, *Peças Interessantes Relativas à Revolução Efeituada no Pará, a fim de se unir à sagrada causa da Regeneração portuguesa*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1821, pp. 19-41.

54 “*Bahia: Relação dos acontecimentos do dia 10 de fevereiro*”, in Joaquim José Ferreira de FREITAS, *O Padre Amaro ou Sovela Política, Histórica e Literária. Periódico Mensal Dedicado a Todos os Portugueses de Ambos os Mundos*, Tomo III, Londres,

desse ano⁵⁵. A província do Rio de Janeiro aderiu definitivamente à causa liberal no dia 26 de fevereiro⁵⁶. As manifestações ocorridas na capital brasileira dissiparam quaisquer dúvidas “quanto à decisão dos brasileiros de buscarem espaço e assento nas Cortes lisboetas”⁵⁷ e deitaram por terra o intento efêmero de “uma constituição e duas constituintes”, congeminado por Palmela junto de D. João VI.

No enfiamento dos acontecimentos, que deixam a corte isolada na sua oposição à revolução liberal e às cortes constituintes, D. João VI acabou por ceder, tendo decidido, por decreto do dia 24 de fevereiro desse ano, aprovar a Constituição que se estava a fazer em Lisboa e recebê-la formalmente no reino do Brasil e demais domínios da coroa portuguesa: “*hei por bem, desde já, aprovar a constituição que ali [em Lisboa] se está fazendo e recebê-la no meu reino do Brasil e nos mais domínios da minha coroa*”⁵⁸. De imediato e para que não entrasse em dúvida o juramento e a sanção prestada por D. João VI neste decreto, no dia 26 de fevereiro, também o príncipe D. Pedro de Alcântara, herdeiro da coroa, prestou juramento, em nome de el-rei D. João VI e em seu próprio nome, à futura constituição “*tal qual se fizer em Portugal, pelas Cortes*”⁵⁹.

A partir desse dia estava definitivamente instalado no Brasil o moderno sistema constitucional-representativo, que tinha sido iniciado sete meses antes na cidade do Porto, em Portugal. O desafio que se seguiu foi o de formar uma representação política legítima que representasse o Brasil nas Cortes de Lisboa.

4. AS ELEIÇÕES NO BRASIL PARA AS CORTES CONSTITUINTES.

4.1. A QUESTÃO DA BASE JURÍDICA.

Apesar da imensa bibliografia sobre as eleições constituintes de 1821 no Brasil⁶⁰, as preocupações têm-se cingido praticamente à sua normativa e à iden-

Impresso por L. Thompson, maio de 1821, pp. 310-315. No dia 11 de fevereiro de 1821, a Junta Provisional do Governo da Bahia publicou um manifesto avalizando que os habitantes da Bahia, “*seguindo o exemplo de seus irmãos de Portugal*”, tinham jurado fidelidade ao rei e à sua dinastia e “*obediência à constituição de Portugal*”.

55 Cf. *Noticias Officiaes Recebidas da Ilha da Madeira*, Lisboa, na Imprensa Nacional, 1821 [Disponível em: <http://purl.pt/16717> (consultado no dia 4 de junho de 2018)]; e o discurso apresentado pela “deputação” madeirense em sessão do dia 17 de fevereiro de 1821, in *Diario das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa*, n.º 17, p. 112.

56 *Gazeta do Rio de Janeiro*, n.º 17 e suplemento, quarta-feira 28 de fevereiro de 1821 [Disponível em: http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_periodicos/gazeta_rj/gazeta_rj_1821/gazeta_rj_1821.htm (consultado no dia 14 de junho de 2018)]; “*Relação dos acontecimentos que tiveram lugar no Rio de Janeiro a 26 de fevereiro de 1821*”, in Joaquim José Ferreira de FREITAS, *O Padre Amaro ou Sovela Política, Histórica e Literária. Periódico Mensal Dedicado a Todos os Portugueses de Ambos os Mundos*, Tomo III, Londres, Impresso por L. Thompson, maio de 1821 pp. 306-310.

57 Caio BOSCHI, “Os deputados brasileiros às Cortes de 1821 (introdução aos seus dados biográficos)”, in *Dicionário do Vintismo e do primeiro Cartismo (1821-1823 e 1826-1828)*, vol. I, Zília Osório de CASTRO (dir), Isabel CLUNY e Sara Marques PEREIRA (coord.), Coleção Parlamento, Lisboa, Edições Afrontamento, 2002, p. 15.

58 Cf. as fontes *supra* citadas.

59 Lisboa, AHP – Documentos do Cofre, Cód. Ref.º PT-AHP/DC/D6. *Gazeta do Rio de Janeiro*, n.º 17, de quarta-feira 28 de fevereiro de 1821, p. 2 [Disponível em: http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_periodicos/gazeta_rj/gazeta.htm (consultado no dia 22 de março de 2018)]; *Diário da Regência*, Suplemento ao n.º 99, sexta-feira 27 de abril de 1821; *Correio Braziliense ou Armazem Literario*, vol. 26, Londres, Impresso por R. Greenlaw, maio de 1821, p. 519; Joaquim José Ferreira de FREITAS, *O Padre Amaro ou Sovela Política, Histórica e Literária. Periódico Mensal Dedicado a Todos os Portugueses de Ambos os Mundos*, Tomo III, Londres, Impresso por L. Thompson, maio de 1821, p. 303.

60 V. g. Márcia Regina BERBEL, “Deputados do Brasil nas Cortes Portuguesas de 1821-22”, in *Novos Estudos* 51, 1998, pp. 189-202 [Disponível em: http://novosestudios.org.br/v1/files/uploads/contents/85/20080627_deputados_do_brasil.pdf (consultado no dia 18 de junho de 2018)]; Caio BOSCHI, “Os deputados brasileiros às Cortes de 1821 (introdução aos seus dados biográficos)”, in *Dicionário do Vintismo e do primeiro Cartismo (1821-1823 e 1826-1828)*, vol. I, Zília Osório de CASTRO (dir), Isabel CLUNY e Sara Marques PEREIRA (coord.), Coleção Parlamento, Lisboa, Edições Afrontamento, 2002, pp. 11-23; Néli Pereira de BARROS, *Os Deputados Brasileiros nas Primeiras Constituintes e a Ilha da Madeira (1821-1823): Subsídios para a História das Constituintes*

tificação dos deputados eleitos, deixando no olvido os mais elementares dados sobre a *praxis* eleitoral adotada – “*pouco se sabe acerca de como se procederam essas eleições nas diversas províncias do Brasil*”⁶¹ –, desde a escolha dos com-promissários na freguesia (1.º grau eleitoral) até à eleição definitiva dos deputados de província (4.º grau eleitoral) e aos eventuais incidentes ocorridos.

Também não é este o local adequado, nem nos sobeja o espaço, para podermos entrar em pormenores sobre o procedimento eleitoral brasileiro de 1821. No entanto, há uma questão pertinente para a qual aduzimos alguns argumentos, mas que deixamos aqui em aberto. Partindo do pressuposto de que a base legal das eleições brasileiras foram as *Instruções eleitorais* portuguesas de 22 de novembro de 1820, que, por sua vez, se fundavam no capítulo das eleições da Constituição espanhola de 1812, a questão é a seguinte: os deputados do Brasil às Cortes portuguesas de Lisboa foram eleitos por força do decreto das Cortes ou por força do decreto do rei?

Já acima ficou referido o decreto das Cortes de 18 de abril de 1821, que mandava proceder à eleição dos deputados ultramarinos, segundo as *Instruções eleitorais* de 22 de novembro de 1820. Com mais de um mês de antecedência, no Brasil, o rei tinha tomado uma determinação idêntica. Por decreto de 7 de março de 1821 mandou proceder, no reino do Brasil e domínios ultramarinos, à eleição de deputados às Cortes portuguesas, na forma das *Instruções eleitorais* de 22 de novembro de 1820:

*“cumprindo que de todos os Estados deste Reino Unido concorra um proporcional número de deputados a completar a representação nacional, hei por bem ordenar que neste reino do Brasil e domínios ultramarinos se proceda, desde logo, à nomeação dos respetivos deputados, na forma das Instruções que para o mesmo efeito foram adotadas no reino de Portugal e que com este decreto baixam”*⁶²

Noutro decreto régio do mesmo dia (7 de março de 1821), depois de salientar o juramento à constituição (feito em decreto de 24 de fevereiro), tendo em conta que era “*dever o soberano assentar a sua residência no lugar onde se ajuntarem as Cortes*”, ficou decidido que a corte se transferiria de novo para Lisboa, “*antiga sede e berço original da monarquia*”, deixando o governo provisório do Brasil confiado ao príncipe D. Pedro (futuro D. Pedro I, imperador do Brasil, e D. Pedro IV,

de 1822, Funchal, Centro de Estudos de História do Atlântico, 2003; Manuel Emílio Gomes de CARVALHO, *Os Deputados Brasileiros nas Cortes Gerais de 1821*, Brasília, 2003; Wagner Silveira FELONIUK, *A Constituição de Cádiz: Influência no Brasil*, Porto Alegre, Editora DM, 2015; Wagner Silveira FELONIUK, “Eleições Gerais de 1821: as normas e a movimentação político-social”, in *História do Direito*, Gustavo Silveira Siqueira, António Carlos Wolkmer (coord.s), Zélia Luiza Pierdoná (org.), Florianópolis, CONPEDI/UFS, 2015, pp. 278-306.

61 Tomás Brandão de MACEDO, *Perspectivas Políticas e Jurídicas acerca do Brasil nas Cortes Constituintes de 1821-1822*, Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de Coimbra, 2015, p. 21 [Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/35062> (consultado no dia 16 de junho de 2018)].

62 Decreto régio de 7 de março de 1821, exemplar da Biblioteca Brasileira Mindlin [Disponível em: <https://digital.bbm.usp.br/handle/bbm/2410> (consultado no dia 18 de junho de 2018)]; *Gazeta do Rio de Janeiro*, n.º 22, sábado 17 de março de 1821 [Disponível em: http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_periodicos/gazeta_rj/gazeta_rj_1821/gazeta_rj_1821.htm (consultado no dia 14 de junho de 2018)]; *Legislação Eleitoral no Brasil: do século XVI aos nossos dias*, Nelson JOBIM e Walter Costa PORTO (org.), Brasília, Senado Federal -Subsecretaria de Bibliotecas, 1996, p. 25; Wagner Silveira FELONIUK, *A Constituição de Cádiz: Influência no Brasil*, Porto Alegre, Editora DM, 2015, pp. 50-51.

rei de Portugal). O decreto régio reiterou a necessidade da eleição imediata dos deputados no Brasil:

“E para que os povos do reino do Brasil possam quanto antes participar das vantagens da representação nacional, enviando proporcionado número de deputados procuradores às Cortes gerais do Reino Unido, em outro decreto da data deste, tenho dado as precisas determinações para que, desde logo, se comece a proceder em todas as províncias à eleição dos mesmos deputados, na forma das Instruções que no reino de Portugal se adotaram para esse mesmo efeito”⁶³

O decreto que nos interessa para esta lição é particularmente o primeiro, que foi enviado às províncias do Brasil com as *Instruções eleitorais* portuguesas publicadas em anexo. Existiam, portanto, dois decretos que mandavam realizar as eleições dos deputados ultramarinos segundo as *Instruções eleitorais* de 22 de novembro: o decreto de D. João VI (7 de março) e o decreto das Cortes constituintes (18 de abril). Houve, no entanto, territórios ultramarinos que prepararam a eleição dos seus deputados ainda antes da publicação desses decretos eleitorais, v. g., o caso da Bahia e da ilha da Madeira.

Efetivamente, na cidade da Bahia começaram-se a preparar as eleições para toda a província muito antes da publicação de qualquer dos decretos eleitorais (do rei ou das Cortes), plausivelmente ao abrigo da *supra* referida “cláusula aberta” deixada por Fernandes Tomás no ofício que acompanhava a remessa das *Instruções eleitorais* de 22 de novembro, por força da qual, os artigos das *Instruções* relativos aos domínios ultramarinos aplicar-se-iam logo que os habitantes destes domínios aderissem espontaneamente ao sistema constitucional português. Só assim se compreende que a Comissão Preparatória e Consultiva para a Eleição dos Deputados da Província às Cortes de Portugal – entre o dia 28 de fevereiro (1.^a sessão) e o dia 17 de abril de 1821 (8.^a sessão) – tenha preparado e remetido à Junta Provisional umas *Instruções eleitorais* próprias e adequadas às eleições da província baiana, tendo por base a Constituição espanhola de 1812 e as *Instruções eleitorais* portuguesas de 22 de novembro de 1820⁶⁴.

Na província do Rio de Janeiro, sem dúvida, seguiram-se as ditas *Instruções* de 22 de novembro, por força do decreto de D. João VI. A propósito das eleições de província – realizadas no dia 20 de maio de 1821, na cidade do Rio – ficou explícito que se tiveram por base as *Instruções eleitorais* de 22 de novembro de 1820, “a este respeito autorizadas pelo decreto de 7 de março do corrente ano”; o secretário da Junta Eleitoral leu “os quatro capítulos das *Instruções publicadas com o decreto de 7 de março deste ano*”, chegando a ser identificadas como “*Instruções de 7 de março deste ano*”⁶⁵.

63 Decreto régio de 7 de março de 1821, exemplar da Biblioteca Brasileira Mindlin [Disponível em: <https://digital.bbm.usp.br/handle/bbm/2412> (consultado no dia 18 de junho de 2018)]; *Gazeta do Rio de Janeiro*, n.º 21, quarta-feira 14 de março de 1821 [Disponível em: http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_periodicos/gazeta_rj/gazeta_rj_1821/gazeta_rj_1821.htm (consultado no dia 14 de junho de 2018)]; Alexandre José de Melo MORAIS, *História do Brasil-Reino e Brasil-Império*, Tomo I, Rio de Janeiro, 1871, pp. 41-42; Wagner Silveira FELONIUK, *A Constituição de Cádiz: Influência no Brasil*, Porto Alegre, Editora DM, 2015, pp. 48-50.

64 Lisboa, AHP – Secção I/II, Cx. 56, doc. 15.

65 *Gazeta do Rio de Janeiro*, n.º 41, quarta-feira 23 de maio de 1821.

A província de Minas Gerais seguiu a mesma cartilha. Por exemplo, o juiz de fora de Vila Rica (atual cidade de Ouro Preto), em ofício de 8 de maio de 1821, acusa ao ouvidor interino da comarca a receção das *“Instruções para as eleições dos deputados das Cortes, segundo o método estabelecido na Constituição espanhola e adotado para o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, a que se refere o decreto de 7 de março do corrente ano”*⁶⁶.

Assim sendo, para se apurar quem terá levado a melhor neste particular embate político, terá de se averiguar o que aconteceu noutras latitudes, tanto em províncias brasileiras como noutros territórios de além-mar. Em suma, colocam-se três alternativas viáveis quanto à fonte legal utilizada: *(i)* a “cláusula aberta” consignada no ofício anexo às *Instruções eleitorais* portuguesas de 22 de novembro de 1820 (Bahia); *(ii)* o decreto de D. João VI de 7 de março de 1821 (Rio de Janeiro e Minas Gerais); e *(iii)* o decreto de 18 de abril de 1821 das Cortes de Lisboa. Num momento em que a soberania do rei era posta em questão, acabando por ser suplantada pela soberania da Nação, cuja titularidade era reivindicada para as Cortes gerais, estes pequenos pormenores da liça travada nos bastidores políticos não são de somenos importância. Fica a lide a aguardar por novos indícios que permitam tomar uma posição mais assertiva.

4.2. O REGIME ELEITORAL.

A Junta Provisional do Governo da Bahia foi a primeira a reconhecer, em portaria de 25 de fevereiro de 1821, as dificuldades de aplicar o método de eleições que estava consagrado pela Constituição espanhola e tinha sido adaptado a Portugal pelas *Instruções eleitorais* de 22 de novembro de 1820:

*“sendo a eleição dos deputados desta província às Cortes de Portugal um dos primeiros e mais importantes objetos e deveres deste Governo Provisional e sendo, por outra parte, difícil de conciliar neste país o método prescrito para aquelas eleições na Constituição espanhola e adotado e seguido em Portugal, com as circunstâncias peculiares ao mesmo país e particularmente a esta província, cuja população, além de ser rara e de classes encontradas, está espalhada sobre uma superfície assaz extensa”*⁶⁷

Para fazer face a essa dificuldade, foi criada, pela mesma portaria, uma Comissão Preparatória e Consultiva para a Eleição dos Deputados da Província da Bahia às Cortes de Portugal⁶⁸. Espelhando a decisão que tinha sido tomada no dia 6 de outubro de 1820, em Portugal, pela Junta Provisional Preparatória das

66 Arquivo Público Mineiro (Brasil) – Secretaria de Governo da Capitania, cx. 120, doc. 68 (SG-CX.120-DOC.68) [Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/brtacervo/brtacervo.php?cid=7931> (consultado no dia 19 de junho de 2018)].

67 Joaquim José Ferreira de FREITAS, *O Padre Amaro ou Soveia Política, Histórica e Literária. Periódico Mensal Dedicado a Todos os Portugueses de Ambos os Mundos*, Tomo III, Londres, Impresso por L. Thompson, maio de 1821, pp. 313-314.

68 A Comissão era composta pelos seguintes membros: José Joaquim Nabuco de Araújo (presidente), desembargador do Paço e chanceler da Relação desta cidade; os desembargadores Francisco Lourenço de Almeida, Francisco Carneiro de Campos, António Augusto da Silva e António José Duarte Gondim; e os reverendos José Ribeiro Soares da Rocha, Marcos António de Sousa, Manuel Tomás Peixoto e Diogo Soares da Silva Bivar.

Cortes⁶⁹, a Comissão baiana ficou “*autorizada para poder convocar e ouvir o parecer daquelas pessoas que por suas luzes, conhecimento do País e amor ao bem da Pátria possam ministrar instruções úteis ao objeto e fim da mesma Comissão*”⁷⁰.

Em todo o caso, a lei eleitoral a aplicar eram as referidas *Instruções eleitorais* da Junta Provisional do Governo Supremo do Reino, que tinham regido as eleições em Portugal e estabeleciam um procedimento eleitoral dividido em quatro graus:

- 1.º grau (*freguesia*): em cada paróquia, os cidadãos reunidos em assembleia plenária dos homens com mais de 25 anos (seculares ou eclesiásticos seculares) elegem os seus compromissários – na eleição dos compromissários podem votar todos os homens da freguesia com mais de 25 anos, mas ninguém podia votar em si mesmo, sob pena de perder o direito de voto; o voto é semi-secreto, uma vez que cada um dos cidadãos transmite oralmente à mesa os nomes dos “compromissários” em que vota (11 se a freguesia elege 1 eleitor; 21 se elege dois eleitores; e 31 se elege três ou mais eleitores), que são registados em listas individuais; no final, a mesa verificará todas as listas e os compromissários são eleitos à pluralidade de votos – *i. e.*, por maioria relativa – e os seus nomes publicados em alta voz pelo presidente da mesa; a freguesia na casa dos 20 fogos elege um compromissário, a freguesia que tiver de 30 a 40 fogos elege dois, a de 50 a 60 fogos elege três e assim progressivamente; as freguesias com menos de 20 fogos estavam obrigadas a unir-se às imediatamente mais próximas;

- 2.º grau (*ainda na freguesia*): a junta eleitoral dos compromissários vai eleger os eleitores de cada paróquia – os eleitores de paróquia são eleitos pela pluralidade absoluta dos votos, *i. e.*, por maioria absoluta; as freguesias que tenham, pelo menos, 150 fogos e não cheguem aos 200 elegem 1 eleitor; as que tenham mais de 300 fogos, mas não cheguem aos 400, elegem 2 eleitores; as que excedam os 500 fogos, ainda que não cheguem aos 600, elegem 3 eleitores, e assim progressivamente; as freguesias com menos de 150 fogos estavam obrigadas a unir-se às freguesias imediatas;

- 3.º grau (*comarca*): os eleitores de paróquia reunidos em junta de comarca elegem os eleitores de comarca – as juntas eleitorais de comarca, reunidas na cabeça de cada comarca, vão eleger os eleitores de comarca, um depois do outro, *i. e.*, por votações sucessivas; o número dos eleitores de comarca será o triplo dos deputados a eleger (num total de 300 eleitores / 100 deputados); o voto é secreto, feito por meio de bilhetes nos quais seja escrito o nome da pessoa que cada um elege; apurados os votos, será eleito o que tiver, pelo menos, metade dos votos e mais um, *i. e.*, maioria absoluta; no caso de nenhum atingir a maioria absoluta, faz-se uma segunda volta com os dois candidatos mais votados; em caso de empate, a eleição é decidida pela sorte;

- 4.º grau (*província*): os eleitores de comarca reunidos em junta eleitoral de província, na cidade capital de cada província, vão eleger os deputados (“proprie

69 Lisboa, IAN/TT – Ministérios dos Negócios Eclesiásticos e de Justiça, maço 105, doc. 2, fl. 126; *Gazeta de Lisboa*, n.º 242, sábado 7 de outubro de 1820; *Génio Constitucional*, n.º 9, quarta-feira 11 de outubro de 1820; Clemente José dos SANTOS, *Documentos para a História das Cortes Gerais da Nação Portuguesa*, coordenação autorizada pela Camara dos Senhores Deputados, Tomo I: 1820-1825, Lisboa, Imprensa Nacional, 1883, p. 76; José DOMINGUES e Vital MOREIRA, “Nas Origens do Constitucionalismo em Portugal: o Parecer de J. J. Ferreira Gordo sobre a convocação das Cortes constituintes em 1820”, in *e-Legal History Review* 28, junho de 2018, pp. 17-18.

70 Joaquim José Ferreira de FREITAS, *O Padre Amaro ou Soveia Política, Histórica e Literária. Periódico Mensal Dedicado a Todos os Portugueses de Ambos os Mundos*, Tomo III, Londres, Impresso por L. Thompson, maio de 1821, pp. 313-314.

tários” e substitutos) às Cortes constituintes – os deputados às Cortes constituintes são eleitos um após outro – *i. e.*, por votações sucessivas – ficando designado o candidato que tiver, pelo menos, metade dos votos e mais um, *i. e.*, maioria absoluta; no caso de nenhum atingir a pluralidade absoluta de votos, faz-se uma segunda volta com os dois candidatos mais votados; em caso de empate, a eleição é decidida pela sorte; o voto é semi-secreto, uma vez que cada um dos eleitores transmite oralmente à mesa o nome do elegível em que vota; eleitos os deputados proprietários, proceder-se-á à eleição dos deputados substitutos, na proporção de um terço dos deputados eleitos⁷¹.

Em Portugal, as *Instruções para as Eleições dos deputados das Cortes segundo o método estabelecido na Constituição espanhola e adotado para o Reino de Portugal* foram submetidas a adaptações conjunturais, por exemplo: (i) para eleição dos “compromissários”, nas freguesias mais populosas, o voto deixou de ser transmitido de forma oral à mesa, por cada um dos votantes, e passou a ser feito por lista escrita que cada um dos votantes preparava previamente e entregava na respetiva mesa de voto⁷²; (ii) na junta eleitoral da comarca de Coimbra o ato eleitoral foi dividido em dois graus, selecionando-se primeiro os elegíveis através de uma votação por lista e maioria relativa e só depois se procedeu à eleição definitiva dos eleitores de comarca, por maioria absoluta, um após o outro, por meio de bilhetes com o nome escrito da pessoa que cada um elege, “conforme o art. 73º das Instruções, tendo o presidente o cuidado de convidar os eleitores a votar sobre um determinado daqueles indivíduos”⁷³.

71 *Instruções para as Eleições dos deputados das Cortes segundo o método estabelecido na Constituição espanhola e adotado para o Reino de Portugal*, (Junta Provisional do Governo Supremo do Reino, 22 de Novembro de 1820): *Diário do Governo*, Suplemento ao n.º 34, quinta-feira 23 de novembro de 1820; *Gazeta de Lisboa*, n.º 285 e 286, segunda-feira 27 de novembro de 1820 e terça-feira 28 de novembro de 1820; *Collecção de Leis, Decretos, Alvarás, Ordens Régias e Editais que se publicarão desde o Anno de 1817 até 1820*, Lisboa; *Gazeta do Rio de Janeiro*, n.º 22, sábado 17 de março de 1821 [Disponível em: http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_periodicos/gazeta_rj/gazeta_rj_1821/gazeta_rj_1821.htm (consultado no dia 14 de junho de 2018)]; Clemente José dos SANTOS, *Documentos para a Historia das Cortes Geraes da Nação Portuguesa*, coordenação autorizada pela Camara dos Senhores Deputados, Tomo I: 1820-1825, Lisboa, Imprensa Nacional, 1883, pp. 107-115; *Legislação Eleitoral no Brasil: do século XVI aos nossos dias*, Nelson JOBIM e Walter Costa PORTO (org.), Brasília, Senado Federal -Subsecretaria de Bibliotecas, 1996, pp. 25-33; Pedro TAVARES de ALMEIDA, *Legislação Eleitoral Portuguesa 1820-1926*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1998, pp. 19-30; Maria NAMORADO e Alexandre Sousa PINHEIRO, *Legislação eleitoral portuguesa: textos históricos (1820-1974)*, Tomo 1, Lisboa, Comissão Nacional de Eleições, 1998, pp. 30-38.

72 Para a eleição dos “compromissários” nas freguesias de maior população – onde cada eleitor tinha que ditar à mesa os nomes de 11, 21 ou 31 compromissários –, em alternativa ao voto oral a ditar à mesa, sugeriu-se que: “(i) cada eleitor levasse uma lista com os respetivos nomes, ordenados por ordem alfabética, e moradas dos “compromissários” em que votava; (ii) o secretário receberia as listas assinadas e o pároco confirmaria a identificação e residência do eleitor; (iii) a lista seria numerada, por ordem de entrega, registada em livro próprio com o nome do votante e enfiada num cordel. Deste modo, ficaria «reduzido a 1/11, 1/21 e 1/31 o tempo que seria preciso para fazer a operação das eleições dos compromissários». O escrutínio também ficaria facilitado, passando a seguir-se o método tradicional de (iv) colocar uma linha em frente de cada elegível e tracinhos conforme o seu nome fosse aparecendo nas listas. Estas listas tinham, ainda, as vantagens de evitar erros de escrita da mesa e «de servirem para, a todo o tempo, mostrar em que sujeitos votou esta ou aquela pessoa, para evitar fraude, se acaso se suspeitar” – cf. Vital MOREIRA e José DOMINGUES, “Quando o País votou pela Liberdade Nacional”, in *História Jornal de Notícias* 12, fevereiro de 2018, pp. 40-55; *Gazeta de Lisboa*, n.º 295, sexta-feira 8 de dezembro de 1820. Este método alternativo de eleger os compromissários por lista foi seguido, pelo menos, na freguesia de Vitória, da cidade do Porto – *Génio Constitucional*, n.º 69, de quarta-feira 20 de dezembro de 1820 – e em Coimbra, segundo o testemunho de Trigo de Aragão Morato: “no dia 10 de dezembro, que foi o das eleições paroquiais, concorri de manhã à igreja para entregar a minha lista” – Francisco Manuel Trigo de Aragão MORATO, *Memórias de Francisco Manuel Trigo de Aragão Morato: Começadas a escrever por ele mesmo em princípios de Janeiro de 1824 e terminadas em 15 de julho de 1835, revistas e coordenadas por Ernesto de Campos de Andrada*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1933, p. 107.

73 Cf. José de ARRIAGA, *História da Revolução Portuguesa de 1820*, vol. II, Porto, Livraria Portuense, 1887, pp. 479-480; Vital MOREIRA e José DOMINGUES, “Quando o País votou pela Liberdade Nacional”, in *História: Jornal de Notícias* 12, fevereiro de 2018, p. 48.

Não conseguimos apurar se estes ajustes pontuais, que foram forjados em Portugal no âmbito do procedimento eleitoral de 1820, tiveram alguma repercussão no Brasil. O que neste momento podemos garantir é que a Comissão Preparatória e Consultiva baiana, na preparação das *Instruções eleitorais* para a província da Bahia, teve em consideração a portaria interpretativa da Junta Provisional do Governo de Lisboa, datada de 4 de dezembro de 1820, sobre o sentido a dar à expressão “*funcionários públicos*” do art. 97º. Mediante uma proposta de “moção” feita pelo vogal António José Duarte Gondim, a Comissão deliberou o seguinte:

“que achando-se a significação da palavra =funcionário público= assaz determinada no mesmo artigo noventa e sete e que havendo-se já restringido em Portugal aos funcionários públicos com jurisdição civil ou criminal, por mais graves e ponderosas que reconheça algumas das circunstâncias particulares do País, não tinha, contudo, lugar fazerem-se novas modificações neste artigo. E, portanto, foi a moção rejeitada à pluralidade”⁷⁴

Mas o Brasil também não seguiu integralmente o texto originário das *Instruções* de 22 de novembro de 1820. Desde logo, por força das circunstâncias, na província do Rio de Janeiro foi suprimido um grau eleitoral (3.º grau, em que os eleitores de paróquia designariam os eleitores de comarca), por efeito da coincidência da junta eleitoral de comarca com a junta eleitoral de província⁷⁵. Foram, por isso, os eleitores paroquiais que, nos dias 14 e 15 de maio de 1821, na sala grande do Real Teatro de S. João, designaram diretamente os eleitores da província do Rio de Janeiro⁷⁶.

As eleições dos deputados por esta província ficaram marcadas por um tumulto antecedente, ocorrido no dia 20 de abril, na Praça do Comércio do Rio de Janeiro. Aproximando-se a partida da Corte para Portugal,

“por um decreto pouco refletido, determinou el-rei que na tarde do dia 20 de abril de 1821, sábado da aleluia, se procedesse à reunião dos eleitores de paróquia na Praça do Comércio, a fim de elegerem os eleitores de comarca e estes os deputados para a constituinte de Lisboa”⁷⁷.

Este ato eleitoral acabou por ser invalidado porque o povo se amotinou contra os ministros nomeados pelo rei para a regência que, em seu nome, passaria a governar o Brasil. No seguimento desta sublevação, por decreto de 21 de abril, o monarca viu-se obrigado a colocar em vigor a Constituição espanhola, enquanto as Cortes de Lisboa não ultimassem a constituição prometida. Mas a Constituição

74 Lisboa, AHP – Secção I/II, Cx. 56, doc. 15.

75 “No dia domingo 20 do corrente maio, concorrendo às 9 horas da manhã no consistório da Ordem Terceira de N. S. do Carmo desta Corte, por não haver Paço do Concelho, os eleitores de comarca, que formam a Junta Eleitoral desta Província (visto não haver mais que uma comarca)” – *Gazeta do Rio de Janeiro*, n.º 41, quarta-feira 23 de maio de 1821 [Disponível em: http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_periodicos/gazeta_rj/gazeta_rj_1821/gazeta_rj_1821.htm (consultado no dia 14 de junho de 2018)].

76 *Gazeta do Rio de Janeiro*, n.º 40, sábado 19 de maio de 1821 [Disponível em: http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_periodicos/gazeta_rj/gazeta_rj_1821/gazeta_rj_1821.htm (consultado no dia 14 de junho de 2018)].

77 Alexandre José de Melo MORAIS, *História do Brasil-Reino e Brasil-Império*, Tomo I, Rio de Janeiro, 1871, pp. 45-.

espanhola esteve apenas um dia em vigor, porque a decisão régia foi revogada no dia seguinte, por decreto de 22 de abril⁷⁸.

A propósito das eleições dos deputados da província do Pernambuco, presididas pelo próprio governador Luís do Rego Barreto, em parecer da Comissão da Constituição, apresentado em sessão de 28 de agosto de 1821, ficou registado que foram “*alteradas as Instruções e a lei*”⁷⁹. Mas ainda não temos informação precisa sobre tais alterações.

4.3. ALARGAMENTO DA BASE ELEITORAL.

A dificuldade de maior relevância para as eleições brasileiras de 1821 foi, sem dúvida, a base eleitoral em que se deviam assentar, tendo em conta a condição dos ameríndios e dos africanos e afrodescendentes.

Quanto aos ameríndios, importa assinalar, por um lado, que a *lei da liberdade dos índios*, outorgada por D. Pedro II a 1 de abril de 1680, tinha abolido por completo o cativo e restituído os índios à liberdade de pessoas, bens e comércio, tendo esta lei sido transcrita e confirmada por D. José I, a 6 de junho de 1755; e que, por outro lado, a Constituição gaditana tinha convertido a povoação indígena súbdita em cidadã, embora com certas restrições⁸⁰. Mesmo assim, terá que se indagar, província a província, qual a condição de voto que lhe foi atribuída nas eleições brasileiras de 1821.

Quanto à população de origem africana, a Constituição gaditana tinha, praticamente, excluído da cidadania e do direito de sufrágio os africanos e seus descendentes residentes na América espanhola, mesmo não sendo escravos (cf. art.º 22º e 29º). Nas *Instruções* portuguesas sobre as eleições na metrópole nem sequer foi incluído o art. 22º e nada se aditou ao art. 29º dessa Constituição, o que se compreende, tendo em conta que, *ex vi* da lei de 16 de janeiro de 1773 (primeiro grande passo para abolição da escravatura em Portugal), seria muito escassa a população de ex-escravos libertos que existiria em Portugal. No entanto, não podia ser despreciada a grande massa populacional de origem africana que, em 1821, habitava no Brasil.

Para esta questão meridiana, chamamos à colação a análise de dois coevos monumentos escritos: **(i)** as atas da Comissão Preparatória e Consultiva para a Eleição dos Deputados da Província da Bahia às Cortes de Portugal (28 de fevereiro a 17 de abril de 1821); e **(ii)** o parecer de Manuel Inácio de Melo e Sousa, dirigido a D. Manuel de Portugal e Castro, governador da província de Minas Gerais (21 de abril de 1821).

78 Wagner Silveira FELONIUK, “Violência na Praça do Comercio em 21 de Abril de 1821”, in Cybele Crossetti de Almeida; Alfredo de Jesus Dal Molin Flores; Wagner Silveira Feloniuk; Gerhard Lubich; Anderson Zalewski Vargas (Org.s), *Violência e Poder: reflexões brasileiras e alemãs sobre o medievo e a contemporaneidade*, Porto Alegre, 2017, p. 225-247.

79 Documento publicado por Cecília HONÓRIO, *Manuel Fernandes Tomás: 1771-1822*, Lisboa, Assembleia da República, 2009 (anexo final).

80 Gloria de los Ángeles ZARZA RONDÓN, “El largo camino hacia la ciudadanía: la población indígena en la Constitución de 1812”, in *Actas del XIV Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica*, Santiago de Compostela, 2010, pp. 2639-2650.

a) A Comissão Preparatória e Consultiva das eleições na Bahia⁸¹.

O primeiro quesito formulado no seio da Comissão Preparatória e Consultiva da Bahia estava, precisamente, relacionado com esta matéria e foi o seguinte: “*se para o cálculo ou censo da população, de que trata o artigo vinte e nove da Constituição espanhola, interinamente adotado, se deve atender neste País assim aos ingénuos como aos libertos, indistintamente*”? A resposta foi perentória, entendendo a Comissão por unanimidade de votos que “*no cálculo da população e, por conseguinte, para se regular a representação nacional se deviam contemplar tanto os ingénuos como os libertos, indistintamente*”.

Mas o facto de os “*ingénuos e libertos*” serem admitidos no censo populacional da província ainda não lhes dava a capacidade eleitoral e o direito de, em primeira instância, fazerem parte das juntas eleitorais de freguesia. *Ex vi* do art. 35º da Constituição espanhola de 1812, adaptado a Portugal pelas *Instruções* de 22 de novembro, as juntas eleitorais de freguesia seriam compostas de “*todos os cidadãos domiciliados e residentes no território da respetiva freguesia*”, maiores de 25 anos, incluindo os eclesiásticos seculares. Apesar de não se formularem quaisquer limitações capacitárias (de literacia) ou censitárias (de propriedade ou rendimentos), a verdade é que, segundo esses textos jusfundamentais, a esmagadora maioria dos negros e pardos não eram considerados cidadãos. Só eram considerados cidadãos os “*africanos*” ou homens de cor que estivessem habilitados com a respetiva “*carta de cidadania*” concedida pelas Cortes, por terem prestado “*serviços qualificados à Pátria*” ou por “*se distinguirem por seu talento, aplicação e conduta*”, exigindo-se cumulativamente “*a condição de que sejam filhos de legítimo matrimónio de pais livres e que estejam casados com mulher livre, domiciliados nos domínios das Espanhas [adapte-se, de Portugal] e que exerçam alguma profissão, ofício ou indústria útil, com um capital próprio*” (art. 22º).

Assim sendo, ficava excluída das juntas eleitorais de paróquia – e, obviamente, das eleições em geral – uma considerável parte dos habitantes do Brasil que “*nele se acham estabelecidos e arreigados, gozando da representação civil*”.

Tendo em linha de conta a real condição social desta classe de pessoas – **(i)** que tem sido atendida e privilegiada pelos reis portugueses; **(ii)** que tem sido efetivamente empregada neste País e se acha no livre exercício de seus direitos, gozando de todas as atribuições, honras e liberdades inerentes aos cargos e empregos, tanto civis como militares e eclesiásticos, para que é indistintamente chamada; **(iii)** que sendo já reputada neste País como uma importante parte da sociedade a que pertence, achando-se ligada a certos deveres e encargos para com a mesma sociedade, assim deve participar dos comandos e vantagens que ela oferece; e que da sua exclusão, **(iv)** resultariam implacáveis ódios, ciúmes e intrigas sempre funestas à boa ordem, paz e harmonia – a Comissão Preparatória determinou que o art. 35º não podia ser aplicável em toda a sua extensão, consequentemente:

“deviam ser admitidos às juntas eleitorais de paróquia todos os homens livres, naturais dos domínios portugueses de ambos os hemisférios, residentes na freguesia e nela domiciliados e arreigados por bens, emprego, ofícios ou modo de vida honesta e legal, compreendidos os eclesiásticos seculares”.

⁸¹ Lisboa, AHP – Secção I/II, Cx. 56, doc. 15.

Para além da questão da capacidade eleitoral dos “*ingênuos e libertos*”, a Comissão deliberou, quanto à presidência das juntas eleitorais nas diversas freguesias, que “*nos lugares onde não houver juiz de fora ou ordinário ou os vereadores não possam sem grandes inconvenientes e delongas a eles transportar-se, presida o capitão das ordenanças da freguesia, como autoridade civil a mais imediata, a suprir a falta dos que são considerados no sobredito artigo quarenta e seis e sua aplicação em Portugal*”. No caso de existirem dois ou mais capitães de ordenanças, presidiria o capitão de ordenanças mais antigo. E na eventualidade de ausência, moléstia ou lugar vago do capitão de ordenanças, presidiria o oficial que estivesse fazendo as suas vezes. E sugeriu, ainda, a supressão de alguns artigos que considerou não aplicáveis ao País (art.s 33º, 37º, 43º, 64º, 80º, 83º, 92º e 93º).

b) O parecer de Manuel Inácio de Melo e Sousa⁸².

Manuel Inácio de Melo e Sousa (1771-1859) foi solicitado pelo governador, D. Manuel de Portugal e Castro, para emitir um parecer sobre a aplicabilidade ou não da Constituição espanhola e das *Instruções* portuguesas às futuras eleições dos deputados na província de Minas Gerais às Cortes de Lisboa. Segundo o parecer deste jurista, natural dos Arcos de Valdevez (norte de Portugal), o texto constitucional originário (1812), com os aditamentos da Junta Provisional portuguesa (1820), excluía da representação nacional “*os pardos ou os oriundos por uma linha de portugueses e por outra de africanos*”.

No seu douto entendimento, a exclusão era completamente inaceitável, desde logo, porque a população parda era em número superior à dos brancos e oriundos de portugueses nas duas linhas. Mas, sobretudo, porque os pardos tinham propriedades e negócios próprios, contribuindo com os seus impostos e tributos para as despesas do Estado; e, também, porque ocupavam cargos militares de oficiais e oficiais superiores e tinham outros empregos em que gozavam de grandes privilégios e isenções. Por isso, não fazia qualquer sentido que

“tivessem representação para satisfazer os encargos de cidadão no pagamento dos impostos e negar-lha na fruição dos privilégios e na concorrência da administração e eleição dos administradores e representantes da Nação”.

Além da ofensa à correspondência entre contribuinte e eleitor (*no taxation without representation*), a exclusão desta classe de pessoas da eleição dos deputados à constituinte de Lisboa poderia dar azo a “*escandalosas intrigas*” e ameaças à segurança pública. Os próprios brancos poderiam considerar-se alvo de injúria quando fossem instados a provar a sua qualidade de cidadão e a legitimidade da sua descendência. Para Melo e Sousa só os mendigos e equiparados deviam ser excluídos de participar na eleição dos deputados às Cortes, por não possuírem propriedade ou rendimentos e não se poder esperar deles o “*conhecimentos, educação e incorruptibilidade*” para entrarem na representação política.

⁸² Arquivo Público Mineiro – Secretaria do Governo e da Capitania, Secção Colonial, Cx. 121, Doc. 22 (SG-CX.121-DOC.22) [Disponível em <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/brtacervo/brtacervo.php?cid=7971> (consultado no dia 25 de junho de 2018)].

No entanto, em contrapartida, partindo do pressuposto de que “a terra e propriedade fazem a base física e política da Nação e do Estado”, aconselhou a adoção do voto censitário (não previsto na lei e muito antes de este ter sido, pela primeira vez, constitucionalizado na Lei Fundamental brasileira de 1824). Consciente da dificuldade de, em tão curto espaço de tempo, se definir “o valor e quantidade da propriedade suficiente para se reputar qualquer cidadão com representação política”, propôs o reconhecimento da cidadania e respetivo direito de sufrágio nas eleições de 1821: *(i)* ao fazendeiro que pagar anualmente à Real Fazenda 20\$000 réis de dízimos da sua lavoura, *(ii)* ao proprietário de cinco escravos empregados na mineração ou outro serviço interessante e *(iii)* ao negociante que pagar anualmente a dobra para o fundo do Banco do Brasil.

Em relação ao art. 41º sugeriu que se reduzisse o número de “compromissários” por freguesia, limitando “o número de onze a cinco, o de vinte e um a nove e o de trinta e um a treze compromissários”. Para tal, invocou a falta de pessoas idóneas suficientes para o cargo, mormente nas aldeias e arraiais, e o conseqüente receio de eventuais subornos nas eleições que os “compromissários” estavam obrigados a fazer para os eleitores de paróquia. No seu entendimento, as eleições de freguesia mereciam particular cuidado porque a eleição final de bons deputados estaria dependente da reputada eleição que, *a priori*, se fizesse nos “compromissários”.

Afortunadamente, podemos comprovar que pelo menos em algumas freguesias da província de Minas Gerais foram seguidas as instruções sugeridas por Manuel Inácio de Melo e Sousa. Colacionamos apenas dois exemplos ilustrativos. Quanto às pessoas com capacidade eleitoral passiva, na freguesia de Mariana (comarca de Vila Rica, atual Ouro Preto), por exemplo, consta que estiveram presentes para eleger os respetivos comissários, no dia 8 de julho de 1821, “os cidadãos domiciliados e residentes no território da mesma freguesia, compreendidos os eclesiásticos seculares e todas as pessoas de representação por privilégio e propriedade” – no entanto, foram eleitos 31 compromissários, o que quer dizer que, nesta freguesia, não houve qualquer redução⁸³. Nas eleições realizadas no dia 29 de junho de 1821, na freguesia de Antônio Pereira (termo da cidade de Mariana e comarca de Vila Rica) reitera-se que estiveram presentes “os cidadãos domiciliados e residentes no território dela, compreendidos os eclesiásticos seculares, na conformidade das Instruções de sete de março do corrente ano, mandadas observar por decreto da mesma data, e todas as pessoas de representação por privilégios e por propriedade, na forma da deliberação tomada pelo ilustríssimo e excelentíssimo governador e capitão-general, ouvindo a pessoas doudas, como lhe foi facultado por aviso régio de vinte e três do dito mês de março”; foram eleitos apenas nove compromissários, o que quer dizer que, nesta freguesia, foi reduzido o correspondente número de vinte e um “compromissários”⁸⁴.

83 Arquivo Público Mineiro (Brasil) – Câmara Municipal de Ouro Preto, Cx. 85, Doc. 10 [Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/cmop/brtacervo.php?cid=5678> (consultado no dia 5 de julho de 2018)].

84 Arquivo Público Mineiro (Brasil) – Câmara Municipal de Ouro Preto, Cx. 85, Doc. 23 [Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/cmop/brtacervo.php?cid=5691> (consultado no dia 5 de julho de 2018)].

5. CONCLUSÃO.

É notório e genuíno o esforço desenvolvido pelos revolucionários portugueses, antes e depois de reunidas as Cortes constituintes em Lisboa, para manter a união do império português e alcançar a representação dos portugueses de “*ambos os hemisférios*”. No entanto, a urgência em convocar as Cortes e a expectativa de adesão dos domínios ultramarinos à causa constitucional portuguesa levaram a Junta Provisional do Governo Supremo do Reino a afastar, temporariamente, o Brasil e os restantes territórios de além-mar da representação política da Nação nas novas Cortes. O facto de o rei e a corte terem migrado para o Rio de Janeiro (onde permaneciam desde o início de 1808), deslocando para lá a sede do poder político do reino, comprometia seriamente os propósitos revolucionários e unificadores dos liberais da metrópole.

A célere adesão das províncias brasileiras – Grão-Pará, Bahia e Rio de Janeiro – à causa constitucional e aos ideais de governo representativo obstou à incipiente tentativa do poder régio de se opor à revolução portuguesa e abriu caminho a eleições para as Cortes de Lisboa. O rei acabou por se sentir obrigado a jurar a constituição que estava a ser preparada pelas Cortes constituintes e, concomitantemente, aceitou regressar a Lisboa. Consequentemente, por decreto do dia 7 de março de 1821 convocou eleições nos territórios ultramarinos para se elegerem os deputados à constituinte pluricontinental de Lisboa. As Cortes viriam a tomar a mesma iniciativa por decreto do dia 18 de abril desse ano.

A normativa-base adotada para as primeiras eleições constituintes brasileiras foi o capítulo eleitoral da Constituição espanhola de 1812, que tinha sido adaptado às eleições constituintes portuguesas pelas *Instruções eleitorais* de 22 de novembro de 1820. A adaptação destas leis eleitorais ao Brasil fez com que se fizessem algumas alterações substanciais ao texto originário, nomeadamente quanto ao âmbito do sufrágio. Neste trabalho analisamos em especial as inovações introduzidas na província da Bahia, pela Comissão Preparatória e Consultiva para a Eleição dos Deputados da Província da Bahia às Cortes de Portugal, e na província de Minas Gerais, pelo parecer de Manuel Inácio de Melo e Sousa.

Em ambas as províncias alargou-se substancialmente a base eleitoral, através do reconhecimento da capacidade eleitoral à população parda. Os documentos enunciam múltiplos fundamentos, mas, na realidade, o alargamento da massa de eleitores também permitia que fossem eleitos mais procuradores às Cortes, pois o aditamento ao art. 31º estabelecia um critério numérico de atribuição dos deputados: “*para cada trinta mil almas, um deputado*”. Quanto mais eleitores, mais deputados.

No entanto, a província de Minas Gerais também serviu de forja experimental para o sufrágio censitário, que se irá repercutir nos posteriores textos constitucionais luso-brasileiros de índole outorgada ou autocrática – v. g., a Constituição brasileira de 1824 (art. 92º, § 5, art. 94º, § 1 e art. 95º, § 1) e a Carta Constitucional portuguesa de 1826 (art. 65º, § 5, art. 67º, § 1 e art. 68º, § 1).

Falta averiguar se as “instruções” eleitorais da Bahia e de Minas Gerais se repercutiram noutras províncias, se houve mais inovações eleitorais e, sobretudo, qual foi a *praxis* eleitoral seguida no Brasil em 1821. Eis o que terá de ficar para ulterior pesquisa.

ELEIÇÕES ULTRAMARINAS DAS CORTES CONSTITUINTES DE 1821-1822*

Vital Moreira*

José Domingues***

Embora fazendo parte do Reino – que nessa altura era o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, instituído em 1815 –, os territórios portugueses de além-mar – nomeadamente, Madeira, Açores, Cabo Verde, Angola, Brasil, Goa e Timor – foram deliberadamente excluídos da convocação das eleições de 1820 para as Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes⁴.

É certo que as primeiras *Instruções Eleitorais*, de 31 de outubro de 1820, estabeleciam que «as presentes instruções são aplicáveis às ilhas adjacentes, Brasil e domínios ultramarinos» (art. 38º). Mas essa solução foi rejeitada nas novas *Instruções Eleitorais* de 22 de novembro de 1820, que vingaram. Afastando o que a este propósito vinha proposto na Constituição de Cádiz de 1812 para os «domínios ultramarinos», as últimas referidas *Instruções* aditaram que «este artigo não tem por agora aplicação».

As razões dessa exclusão deviam-se seguramente à urgência em convocar as Cortes e ao facto de nessa altura nenhum desses territórios ter aderido à revolução de 24 de agosto.

PROPOSTAS FALHADAS

O Padre José Agostinho de Macedo, em parecer enviado à Junta de Cortes no dia 13 de outubro de 1820, considerou que o limite máximo de 240/250 deputados dos três “estados” às Cortes ainda pudesse ser aumentado «com 5 deputados da ilha da Madeira e 10 dos Açores». O vintista Manuel Borges Carneiro sugeriu que se elessem «tácitos ou presuntivos procuradores» para o Brasil de entre os seus naturais residentes em Portugal: «Tem-se duvidado se a América portuguesa deve ser representada nestas Cortes. *Eu diria que o deve ser, elegendo de entre si, os brasileiros residentes neste reino, o competente número de deputados, como se fez na Espanha, e dando-se deste passo mui especial conta a el-rei nosso senhor. Ou o Brasil quer depois aceitar esta constituição ou não. Se quer, acederá a uma constituição que terá sido feita com o concurso dos seus naturais, como tácitos ou presuntivos procuradores da sua pátria. Se não quer, nada se terá perdido nisso mais do que um pequeno trabalho, que se arriscou para conservar um grande interesse.*»

*MOREIRA, Vital e DOMINGUES, José – *No bicentenário da Revolução Liberal I – Da Revolução à Constituição (1820-1822)*, Lisboa, Porto Editora, 2020, Cap. IV (originariamente publicado em *JN História*, n.º 14, pp. 38-47).

2 Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC) e Professor da Universidade Lusíada Norte (Porto). Ex-Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional de Portugal (1983-1989). Foi membro da “Comissão de Veneza” do Conselho da Europa (1999-2003). É membro do Conselho do *European Master’s Degree in Human Rights and Democratization* (Veneza), organizado por um consórcio de universidades europeias, e presidente do *Jus Gentium Conimbrigae* e do *Centro de Estudos de Direito Público e Regulação* (CEDIPRE), centros de investigação e ensino pós-graduado sediados na FDUC. Foi deputado à Assembleia Constituinte, à Assembleia da República e ao Parlamento Europeu, ocupando neste a presidência da Comissão de Comércio Internacional.

***Professor auxiliar da Faculdade de Direito, na Universidade Lusíada – Norte; membro do International Advisory Board das revistas *Glossae: European Journal of Legal History* e da *Initium: Revista Catalana d’Historia del Dret*. Investigador do CEJEA. 4 Sobre estas eleições, ver o segundo artigo desta série, n.º 12 da *JN História*; ora cap. II deste livro.

Mas nenhuma dessas propostas foi por diante. As Cortes Constituintes iniciam os seus trabalhos a 26 de janeiro de 1821 e aprovam as Bases da Constituição futura sem a presença de qualquer deputado das ilhas adjacentes, nem do Brasil e demais territórios ultramarinos.

No entanto, o assunto não morreu aí, até porque, entretanto, esses territórios começaram a aderir à revolução e a própria corte no Rio de Janeiro se rendeu à nova situação política.

Logo no início dos trabalhos das Cortes, em sessão de 30 de janeiro e 3 de fevereiro de 1821, o deputado Pereira do Carmo apresentou à discussão as memórias e um projeto de decreto para se «conservar a integridade do império lusitano» e «concentrar neste augusto recinto a representação nacional portuguesa de ambos os mundos, para que todos os *Portugueses concorram à formação da Lei Fundamental que deve ligar a todos*». O projeto legislativo propunha: (i) que a Regência apresentasse às Cortes, no prazo máximo de trinta dias, uma lista dos naturais dos domínios portugueses do Ultramar a residir em Portugal; (ii) com base nessa listagem, em Cortes, proceder-se-ia à escolha dos deputados «substitutos», eleitos à pluralidade absoluta de votos; (iii) este decreto seria de imediato comunicado ao Rei, para que se procedesse à eleição *in loco* dos respetivos deputados «proprietários»; (iv) estas eleições dever-se-iam regular pelas *Instruções Eleitorais* de 22 de novembro de 1820; (v) os deputados «substitutos» deixariam o assento parlamentar logo que os deputados «proprietários» se apresentassem às Cortes.

Apesar de patentear «o desejo das Cortes de reunir com Portugal, no sistema constitucional, as outras partes da monarquia», esta proposta de cooptação provisória de deputados ultramarinos pelas próprias Cortes de entre os residentes em Portugal foi considerada demasiado prematura, correndo-se o risco de ser mal interpretada no Brasil. Entendeu-se, por isso, que o caminho mais seguro para a conciliação dos dois hemisférios portugueses seria através do Rei e das bases da Constituição que se estavam a preparar por via do estabelecimento de interesses recíprocos, e não através de uma imposição unilateral de deputados «substitutos» escolhidos entre os residentes ultramarinos em Portugal.

Borges Carneiro concordou com as objeções e, mudando de opinião, propôs que se convocassem às Cortes apenas os representantes das ilhas adjacentes. Em sessão do dia 5 de fevereiro, apresentou à discussão nas Cortes o seguinte projeto: (i) que se reunissem na Câmara de Lisboa os naturais das ilhas, maiores de 25 anos e a residir no continente, para que, entre si, elegessem deputados interinos às Cortes; (ii) essas eleições, com as devidas adaptações, pautar-se-iam pelas *Instruções Eleitorais* de 22 de novembro; (iii) *a posteriori* realizar-se-iam segundas eleições, de acordo com as mesmas *Instruções*, no território das respetivas ilhas, para se elegerem os deputados definitivos; (iv) os deputados definitivos podiam ser tomados dos que tivessem sido eleitos em primeiro sufrágio, em Lisboa; (v) não sendo o caso, logo que os deputados definitivos se apresentassem ao Congresso e prestassem o devido juramento, cessariam as funções dos deputados interinos. Esta ideia também não vingou.

O ALARGAMENTO DAS CORTES AOS TERRITÓRIOS ULTRAMARINOS

Ambas as propostas não passaram do projeto e o expresso consentimento parlamentar da representação ultramarina teve que esperar pelo decreto das Cortes de 18 de abril de 1821, aprovado com dois propósitos distintos: (i) regulamentar as eleições ultramarinas, que deviam seguir as *Instruções Eleitorais* de 22 de novembro de 1820, ajustadas «às circunstâncias locais de cada província»; e (ii) impedir que os delegados enviados pelos recém-constituídos governos provisionais, partidários do novo sistema constitucional português, tomassem assento como deputados, determinando que «nenhum cidadão pode adquirir o sublime caráter de deputado de Cortes sem que este lhe seja conferido pelos votos de seus constituintes, nos quais a soberania essencialmente reside». O caso mais paradigmático foi o de Filipe Alberto Patroni Martins Maciel Parente (estudante brasileiro da Universidade de Coimbra), que ficou conhecido como «o primeiro americano a falar perante as Cortes» (5 de abril de 1821), nas quais se apresentou como representante da província de Grão-Pará, mas que não foi admitido como deputado por falta de legitimidade eleitoral.

O Grão-Pará, por ação e influência do referido Maciel Parente, foi a primeira província brasileira a aderir pacificamente à revolução portuguesa. No dia 1 de janeiro de 1821, nomeou um Governo Provisional alinhado com os princípios constitucionais decretados em Portugal. A ilha da Madeira foi o segundo território de além-mar a aderir ao novo sistema constitucional, no dia 28 de janeiro de 1821. A Bahia foi a segunda província brasileira – terceira de além-mar – a aderir ao sistema constitucional vintista, no dia 10 de fevereiro de 1821. Em sessão da Câmara de Salvador da Bahia desse dia, jurou-se «a constituição que estabelecerem as Cortes de Portugal» e formou-se uma Junta Provisional para governar a província. O Maranhão abraçou o sistema constitucional no dia 6 de abril de 1821, mas não procedeu à nomeação de qualquer Junta Provisional, tendo mantido o governador da antiga capitania, Luís do Rego Barreto, à frente do governo da província.

Essas adesões abriram o caminho à realização de eleições de mais deputados às Cortes de Lisboa. As primeiras eleições ultramarinas realizaram-se na Madeira, no dia 26 de março de 1821. No Brasil, as primeiras eleições realizaram-se no Rio de Janeiro, em menos um grau do que o previsto pelas *Instruções* de 22 de novembro, uma vez que a província formava uma comarca única: nos dias 14 e 15 de maio, reuniram os eleitores de paróquia, na sala grande do Real Teatro de S. João, para nomearem os 15 eleitores de província; e estes reuniram nos dias 20 e 21 de maio, no consistório da Ordem Terceira de Nossa Senhora do Carmo, por não haver paço do concelho, para eleger os cinco deputados ordinários e dois substitutos.

O CASO SINGULAR DAS ELEIÇÕES NO BRASIL

Por carta de lei de 16 de dezembro de 1815, D. João VI tinha elevado o Brasil à categoria de reino, passando este a fazer parte integrante do novo corpo político transcontinental, que passou a designar-se Reino Unido de Portugal, Bra-

sil e Algarves. Embora efêmera, porque não chegou a completar os sete anos de existência, esta solução permaneceu até à independência do Brasil, no dia 7 de setembro de 1822.

A primeira querela do Brasil contra a revolução de 1820 – que terá aberto o caminho para a independência – foi gerada pela tardia e insuficiente representação política nas Cortes. Como se argumentou na altura: «*Se a revolução em Portugal era tendente a melhorar o estado da monarquia, sem dúvida, a primeira consideração devia ser a preservação de toda a mesma monarquia e conservação da sua integridade; e o tentar fazer uma constituição para toda ela por meio de deputados só de uma parte é lançar os fundamentos à mais justificada desunião; e se o povo de Portugal assenta que, como povo, tem o direito de escolher para si a constituição que quiser e não a que outrem lhe imponha, seguramente, deve convir que não tem direito de impor essa constituição que fizer ao povo do Brasil, que nela não teve parte*».

O Brasil, que tinha passado de colônia a sede da coroa do Reino Unido, era um caso muito delicado, que exigia particular cuidado por parte dos revolucionários de 1820. Num primeiro momento, D. João VI e a Regência de Lisboa ainda tentaram atalhar, sem sucesso, à Revolução do Porto, convocando os três “estados” do Reino às Cortes e/ou outorgando uma Carta Constitucional. A tentativa da Regência de Lisboa de convocar as Cortes tradicionais fracassou logo no início de setembro de 1820 (como se viu em anterior capítulo). No dia 19 de fevereiro de 1821, o ministro Palmela aconselhou o monarca a enviar o príncipe D. Pedro a Portugal e, se as circunstâncias lho permitissem, dissolver as Cortes eleitas no mês de dezembro e convocá-las de novo, «segundo os antigos usos da monarquia, para que estas determinem legalmente o modo de convocação das que hão de reformar a Constituição». No seu entendimento, o Rei devia outorgar de imediato uma Carta Constitucional ao Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves.

Em data muito próxima, por decreto de 18 de fevereiro de 1821 (este diploma foi antedatado, pois a data de emissão será o dia 24 de fevereiro), o Rei mandou convocar à Corte (Rio de Janeiro) «os procuradores que as câmaras das cidades e vilas principais que têm juizes letrados, tanto do reino do Brasil, como das ilhas dos Açores, Madeira e Cabo Verde, elegerem», para deliberarem sobre as leis constitucionais que se discutiam nas Cortes de Lisboa. Esta convocatória faz lembrar a antiga forma consuetudinária de convocar os representantes dos concelhos às Cortes. O decreto para se criar uma Comissão Preparatória das Cortes foi emitido no dia 21 de fevereiro.

Mas a adesão das províncias do Grão-Pará (1 de janeiro), da Bahia (10 de fevereiro) e do Rio de Janeiro (26 de fevereiro) à Revolução constitucional em Portugal forçou o monarca a uma mudança de rumo político. No dia 24, cedendo às instâncias de Lisboa, D. João VI aprovou a Constituição que se estava a fazer em Lisboa, invocando a «conveniência *no Brasil*», e no dia 26 assinou o respetivo auto de juramento.

No dia 7 de março seguinte, o Rei determinou que «no reino do Brasil e domínios ultramarinos se proceda, desde logo, à nomeação dos respetivos deputados» às Cortes, na forma das *Instruções Eleitorais* de 22 de novembro de 1820 (em anexo ao decreto). Noutro decreto régio do mesmo dia 7 – mais

desenvolvido, com um discurso em perfeita sintonia com as Cortes de Lisboa e a Constituição que se estava a preparar –, ficou decidido que a corte se transferiria de novo para Lisboa, «antiga sede e berço original da monarquia», ficando o governo provisório do Brasil confiado ao príncipe D. Pedro (futuro D. Pedro I, imperador do Brasil, e D. Pedro IV, Rei de Portugal). O decreto régio reiterou a necessidade da eleição dos deputados no Brasil, «para que os povos do reino do Brasil possam quanto antes participar das vantagens da representação nacional, enviando proporcionado número de deputados procuradores às Cortes gerais do Reino Unido; em outro decreto da data deste, tenho dado as precisas determinações para que, desde logo, se comece a proceder em todas as províncias à eleição dos mesmos deputados, na forma das Instruções que no reino de Portugal se adotaram para esse mesmo efeito».

Todavia, adaptar as *Instruções Eleitorais* de 22 de novembro de 1820 – trasladadas da Constituição espanhola de Cádiz 1812 – ao Brasil não era uma tarefa fácil. Por isso, a Junta Provisional do Governo da Bahia, por decreto de 25 de fevereiro, criou uma Comissão Preparatória e Consultiva para a Eleição dos Deputados da Província da Bahia às Cortes de Portugal, que ficou «autorizada para poder convocar e ouvir o parecer daquelas pessoas que por suas luzes, conhecimento do País e amor ao bem da pátria *possam ministrar instruções úteis ao objeto e fim da mesma Comissão*». Ao que parece, nas eleições dos deputados do Pernambuco às Cortes, presididas pelo governador Luís do Rego Barreto, foram «alteradas as Instruções e a lei».

As eleições dos deputados brasileiros às Cortes realizaram-se em momentos bastante desfasados, implicando que a sua chegada a Lisboa se prolongasse por mais de um ano, em qualquer caso já numa fase adiantada dos trabalhos do Congresso Constituinte. Os primeiros a tomar posse foram os deputados pernambucanos (29 de agosto de 1821); seguem-se os deputados do Rio de Janeiro (10 de setembro), do Maranhão (6 de novembro), de Santa Catarina (19 de novembro), da Bahia (15 de dezembro), de Alagoas (15 de dezembro), de São Paulo (11 de fevereiro, 27 de abril e 2 de julho de 1822), do Pará (1 de abril e 2 de julho de 1822), do Espírito Santo (16 de abril), de Goiás (16 de abril), do Ceará (9 de maio), da Paraíba (fevereiro a agosto), do Piauí (julho e agosto) e do Rio Negro [nessa altura, esta província estava separada do Pará] (agosto e outubro de 1822). José Cavalcanti de Albuquerque (Rio Negro) foi o último deputado brasileiro a ser admitido: foi-lhe aprovado o diploma a 10 de outubro de 1822 e prestou juramento no dia 12, curiosamente, já depois da aprovação (23 de setembro) e juramento real (1 de outubro) da Constituição.

No entanto, dos deputados brasileiros eleitos não compareceram pelo menos 23 deles. Além disso, alguns deputados da Bahia (Cipriano Almeida, Francisco Gomes e José Coutinho) e de São Paulo (António Machado e Silva, António Bueno, Diogo Feijó e José Ricardo Andrade) deixaram Lisboa, sem licença das Cortes nem passaporte, a 6 de outubro desse ano, em protesto contra o estatuto do Brasil na recém-aprovada Constituição. Outros deputados da Bahia (Alexandre Gomes Ferrão, Domingos Borges de Barros e Pedro Rodrigues Bandeira) permaneceram em Portugal e integraram depois as Cortes ordinárias (eleitas em agosto e setembro de 1822), mercê de uma disposição transitória da lei eleitoral, mas no dia 18 de

março de 1823 apresentaram um requerimento às Cortes para que os autorizasse a voltar ao Brasil, visto a sua nomeação para o Congresso em Portugal ter ficado «sem efeito», certamente em virtude da independência do Brasil. O pedido foi deferido por parecer da Comissão de Procuраções do dia 23 de março de 1823.

AS ELEIÇÕES NA MADEIRA E NOS AÇORES

A ilha da Madeira foi o segundo território de além-mar a aderir ao sistema constitucional português, no dia 28 de janeiro de 1821. Nesse dia, foi constituído um Governo Provisional, que enviou às Cortes uma deputação composta por António Ribeiro Palhares (brigadeiro), por parte do Governo, João José de Bettencourt de Freitas e Menezes (comendador), por parte da Câmara do Funchal, e João Agostinho de Albuquerque Figueiroa (capitão de milícias), por parte do povo. A deputação madeirense chegou a Lisboa no dia 15 de fevereiro.

No dia 26 de março de 1821, realizaram-se na Madeira as eleições para os deputados às Cortes. Uma vez que as *Instruções* de 22 de novembro de 1820 tinham excluído as eleições ultramarinas, levantou-se a seguinte questão: «por que *lei se governaram as eleições na Madeira*»? O mais provável é que o decreto régio de 7 de março de 1821 lhe tenha servido de suporte legal, pois, como se viu acima, o decreto das Cortes para as eleições ultramarinas só foi aprovado a 18 de abril deste último ano. Os primeiros deputados de além-mar a chegar ao magno congresso de Lisboa foram os da Madeira, a 30 de abril de 1821.

Quanto aos Açores: no dia 1 de março ocorreu a adesão de São Miguel à Revolução constitucional; no dia 30 de março, é comunicado às Cortes que o major José de Medeiros da Costa e Albuquerque se encontrava em Lisboa para anunciar formalmente a adesão açoriana à causa constitucional de Portugal; e no dia 2 de abril deu-se a mudança constitucional de Angra. Mas a adesão do arquipélago, por ação do governador Francisco de Borja Garção Stockler, não foi pacífica, pelo contrário, encontrando resistência ativa. Stockler só aceitou submeter-se ao novo sistema constitucional a 24 de abril, depois da cedência de D. João VI no Rio de Janeiro, tendo então jurado as Bases da Constituição a 15 de maio de 1821.

O arquipélago dos Açores elegeu seis deputados. Dois pela ilha de São Miguel, com aprovação do diploma da eleição e juramento a 10 de julho de 1821; dois pelas ilhas do Pico e Faial, com aprovação do diploma e juramento a 2 de outubro de 1821; e dois «pelos Açores», com aprovação do diploma a 13 e juramento a 15 de outubro de 1821.

AS ELEIÇÕES EM CABO VERDE, ANGOLA E GOA

Cabo Verde elegeu dois deputados às Cortes: um apresentou-se a 20 de março e o outro a 31 de julho de 1822.

Dos três deputados eleitos por Angola, só um compareceu às Cortes Constituintes, a 30 de agosto de 1822.

Goa não chegou a estar representada nas Cortes Constituintes, só tendo eleito deputados ao primeiro parlamento pós-constitucional, e apenas em 1823.

Os demais territórios ultramarinos portugueses, incluindo Moçambique, também não tiveram representação nas Cortes, provavelmente pela escassez da população de origem europeia nessa época.

UMA ASSEMBLEIA REPRESENTATIVA PLURICONTINENTAL

A intenção dos vintistas nunca foi a de prescindir da representação dos domínios portugueses de além-mar, a começar pelas ilhas adjacentes. Antes pelo contrário, a sua ideia de representação nacional exigia a representação de todo o País, nomeadamente do Brasil, onde aliás se encontrava o Rei. As eleições no Ultramar só não se terão realizado de imediato, por um lado, por escassez de tempo e urgência em convocar as Cortes e, por outro lado, pelo atraso desses territórios e da Corte do Rio de Janeiro em aderirem à nova situação política decorrente da Revolução Liberal do Porto.

Depois de superados esses obstáculos, as eleições acabaram por ter lugar e as Cortes foram sendo alargadas com a chegada dos novos deputados, em especial do Brasil. Assim, a primeira assembleia constituinte em Portugal representou o conjunto pluricontinental da monarquia portuguesa da época, através de deputados eleitos, em princípio nos mesmos termos que os deputados de Portugal, embora não haja informação sobre a base eleitoral e o processo eleitoral.

Se bem que a interpretação nem sempre tenha sido esta, as Cortes, numa tentativa de manter a unidade do império lusitano, enveredaram pela via do respeito do direito de representação nas Cortes Constituintes dos povos de além-mar, que de forma espontânea acabaram por aderir à causa constitucional e elegeram os seus próprios deputados que, paulatinamente, foram chegando (os que efetivamente vieram!) às Cortes de Lisboa, com a demora que as comunicações e os transportes marítimos da época e a alegada falta de recursos para o pagamento das despesas de viagem impunham.

A representação territorial ultramarina nas Cortes de 1821-1822 foi a seguinte:

Madeira - 2 deputados

Açores - 6 deputados

Brasil:

Alagoas - 3 deputados

Bahia - 8 deputados

Ceará - 4 deputados

Espírito Santo - 1 deputado

Goiás - 1 deputado

Grão-Pará - 2 deputados

Maranhão - 2 deputados

Paraíba - 2 deputados

Pernambuco - 8 deputados

Piauí - 2 deputados

Rio de Janeiro - 5 deputados

Rio Negro - 2 deputados

São Paulo - 6 deputados
 Santa Catarina - 1 deputado
 Cabo Verde - 2 deputados
 Angola - 1 deputado

No entanto, o caso do Brasil revelou-se assaz problemático, dado o seu peso económico e demográfico e o seu lugar político no Reino Unido de Portugal e do Brasil. Ora, o atraso na eleição e na chegada dos deputados brasileiros a Lisboa (muitos deles não chegaram a partir) e o facto de terem sido confrontados com decisões consumadas sobre o estatuto constitucional do Brasil, tudo isso constituiu motivo de desagrado e de revolta no outro lado do Atlântico, contribuindo para a declaração unilateral de independência, poucos dias antes da aprovação final da Constituição em Lisboa. Consagrando ainda o Reino Unido entre os dois países, a Constituição de 1822 nascia à partida desfasada da realidade política do País.

ANEXO

Lista dos deputados ultramarinos às Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes de Lisboa (1821-1822).

Deputados da Madeira	
Francisco João Moniz	Aprovação do diploma e juramento a 30 de abril de 1821
Maurício José Castelo Branco Manuel	
António João Rodrigues Garcez	Faleceu antes de serem verificados os seus poderes, declarando-se a vacatura a 5 de maio de 1821
João José de Freitas Aragão	Eleito substituto, foi chamado para preencher a vaga de António João Rodrigues Garcez, que tinha falecido. Aprovação do diploma e juramento a 7 de maio de 1821
Deputados dos Açores	
Manuel Inácio Martins Pamplona Corte Real	Aprovação do diploma a 13 e juramento a 15 de outubro de 1821

Roberto Luís de Mesquita Pimentel	Aprovação do diploma e juramento a 13 de outubro de 1821
Deputados dos Açores (Faial e Pico)	
Felisberto José de Sequeira	Aprovação do diploma e juramento a 2 de outubro de 1821
Manuel José de Arriaga Brum da Silveira	
Deputados dos Açores (São Miguel)	
André da Ponte de Quental da Câmara e Sousa	Aprovação do diploma e juramento a 10 de julho de 1821
João Bento de Medeiros Mântua	
Deputados do Brasil (Alagoas)	
Francisco de Assis Barbosa	Aprovação dos diplomas a 15 e juramento a 17 de dezembro de 1821
Francisco Manuel Martins Ramos	
Manuel Marques Grangeiro	
Deputados do Brasil (Bahia)	
Alexandre Gomes Ferrão	Aprovação dos diplomas a 15 e juramento a 17 de dezembro de 1821
Cipriano José Barata de Almeida	
Domingos Borges de Barros	
Francisco Agostinho Gomes	
José Lino Coutinho	
Luís Paulino de Oliveira Pinto da França	
Marcos António de Sousa	
Pedro Rodrigues Bandeira	Não compareceu nem enviou o diploma
Manuel António Galvão	
Deputados do Brasil (Grão-Pará)	
D. Romualdo de Sousa Coelho (bispo do Pará)	Aprovação do diploma a 27 de março e juramento a 1 de abril de 1822
Francisco de Sousa Moreira	Aprovação do diploma e juramento a 2 de julho de 1822
Deputados do Brasil (Ceará)	

António José Moreira	Aprovação dos diplomas e juramento a 9 de maio de 1822
Manuel Filipe Gonçalves	
Manuel do Nascimento Castro e Silva	
José Inácio Gomes Parente	Foi-lhe concedida escusa por impossibilidade física, quando se verificaram os seus poderes a 9 de maio de 1822
José Martiniano de Alencar	Eleito primeiro substituto, foi chamado para preencher a vaga de José Inácio Gomes Parente, que obteve escusa. Aprovação do diploma e juramento a 10 de maio de 1822
Pedro José da Costa Barros	Não compareceu nem enviou o diploma
Deputados do Brasil (Espírito Santo)	
João Fortunato Ramos dos Santos	Aprovação do diploma a 16 e juramento a 18 de abril de 1822
Deputados do Brasil (Goiás)	
Joaquim Teotónio Segurado	Aprovação do diploma a 16 e juramento a 18 de abril de 1822
Luís António da Silva e Sousa	Não compareceu nem enviou o diploma
Plácido Moreira de Carvalho	Eleito substituto, foi chamado para preencher a vaga de Luís António da Silva e Sousa, mas só na legislatura ordinária mandou um requerimento para o dispensarem por motivo de moléstia, que o impossibilitava de dirigir-se a Lisboa, pretensão diferida a 5 de fevereiro de 1823, sob parecer de 20 de janeiro
Deputados do Brasil (Maranhão)	

Joaquim António Vieira Belford	Aprovação do diploma a 6 e juramento a 8 de novembro de 1821
Raimundo de Brito Magalhães e Cunha	A 31 de outubro de 1821 apresentou pedido de escusa por doença e foi-lhe concedida a 6 de novembro do mesmo ano
José João Beckman e Caldas	Eleito substituto, foi chamado para preencher a vaga de Raimundo de Brito Magalhães e Cunha, que obteve escusa
Deputados do Brasil (Minas Gerais)	
António Teixeira da Costa	Não compareceram nem enviaram os diplomas
Belchior Pinheiro de Oliveira	
Domingos Alves Maciel	
Francisco de Paula Pereira Duarte	A 23 de julho de 1822 remeteu-se à Comissão de Poderes uma representação na qual se queixava da falta de credenciais, que obstavam a tomar assento em Cortes, como já a 17 de junho fora participado a seu pedido
José Eloy Ottoni	A 29 de julho de 1822 leu-se um ofício dele acusando a interceção do diploma e fazendo os seus protestos de amor à pátria
Jacinto Furtado de Mendonça	Não compareceram nem enviaram os diplomas
João Gomes da Silveira	
José Cesário de Miranda Ribeiro	
José Custódio Dias	
José de Resende Costa	
Lucas António Monteiro de Barros	
Lúcio José Soares	
Manuel José Veloso	
José Joaquim da Rocha (suplente)	
Deputados do Brasil (Paraíba)	

Francisco da Arruda Câmara	Não compareceu nem enviou diploma
Francisco Xavier Monteiro da Franca	Aprovação do diploma e juramento a 4 de fevereiro de 1822
João da Costa Cirne	Eleito substituto, a 11 de julho de 1822 resolveu-se, sob parecer da respetiva comissão, que tomasse assento por não terem ainda comparecido dois dos deputados proprietários, reservando as Cortes deliberar se deveria ou não sair do Congresso quando se apresentasse o último daqueles. Aprovação do diploma a 11 e juramento a 15 do dito mês
Virgínio Rodrigues Campelo	Aprovação do diploma a 14 de agosto de 1822. Pediu escusa, mas as Cortes, sob parecer da comissão de poderes, resolveram, a 19 de outubro do dito ano, que devia tomar assento antes de tratar-se dela ou de licença. A 25 do mesmo mês participou a impossibilidade de comparecer
Deputados do Brasil (Pernambuco)	
Domingos Malaquias de Aguiar Pires Ferreira	Esta foi a primeira deputação brasileira a tomar posse nas Cortes, com aprovação dos diplomas e juramento a 29 de agosto de 1821
Félix José Tavares Lira	
Francisco Moniz Tavares	
Inácio Pinto de Almeida e Castro	
João Ferreira da Silva	
Manuel Zeferino dos Santos	
Pedro de Araújo Lima	

Manuel Félix de Veras	Eleito substituto pela comarca do Sertão (província de Pernambuco), foi chamado para preencher a vaga de Serafim de Sousa Pereira, que faleceu. Aprovação do diploma a 14 e juramento a 16 de agosto de 1822
Serafim de Sousa Pereira	Eleito pela comarca do Sertão (província de Pernambuco), faleceu antes de verificados os seus poderes
Teodoro Cordeiro	Eleito pela comarca do Sertão (província de Pernambuco), não compareceu nem enviou o diploma
Deputados do Brasil (Piauí)	
Domingos da Conceição	Eleito substituto, foi chamado a tomar assento em Cortes, sob condição de se retirar quando viessem os deputados proprietários, não comparecendo, porém, um deles (Ovídio Saraiva de Carvalho e Silva) conservou-se em exercício até 2 de junho de 1823. Aprovação do diploma e juramento a 8 de julho de 1822
Miguel de Sousa Borges Leal	Aprovação do diploma a 30 de julho e juramento a 1 de agosto de 1822
Ovídio Saraiva de Carvalho e Silva	A Junta Provisória do respetivo Governo remeteu à deputação permanente uma carta que ele lhe enviara do Rio de Janeiro, escusando-se de vir ao Congresso, para, em consequência disso, ser admitido o substituto
Deputados do Brasil (Rio de Janeiro)	
João Soares de Lemos Brandão	Aprovação dos diplomas e juramento a 10 de setembro de 1821
Luís Martins Bastos	
Luís Nicolau Fagundes Varela	

D. Francisco de Lemos Faria Pereira Coutinho (bispo de Coimbra)	Em ofício de 8 de outubro de 1821, pediu escusa por avançada idade e incômodos provenientes dela e foi-lhe concedida a 13 do mesmo mês
D. José Joaquim da Cunha de Azevedo Coutinho (bispo titular de Elvas)	Faleceu a 12 de setembro de 1821
Custódio Gonçalves Ledo	Eleito primeiro substituto, foi chamado para preencher a vaga do bispo titular de Elvas, que faleceu. Aprovação do diploma e juramento a 17 de setembro de 1821
Francisco Vilela Barbosa	Eleito substituto, foi chamado para preencher a vaga do bispo de Coimbra, que obteve escusa. Aprovação do diploma e juramento a 16 de outubro de 1821
Deputados do Brasil (Rio Grande do Norte)	
Afonso de Albuquerque Maranhão	Não compareceu
Antônio de Albuquerque Montenegro	Aprovação do diploma a 16 de agosto de 1822. Em carta lida no Congresso a 19 de outubro, pediu escusa, mas resolveu-se a 25 do mesmo mês, sob parecer da Comissão de Poderes, que devia tomar assento em Cortes antes de tratar-se da escusa ou de licença. Não compareceu

Deputados do Brasil (Rio Negro)	
João Lopes da Cunha	Eleito substituto, foi admitido com a cláusula de retirar-se quando comparecesse o deputado proprietário, o que se efetuou por deliberação de 10 de outubro de 1822. Aprovação do diploma a 27 e juramento a 29 de agosto do dito ano
José Cavalcanti de Albuquerque	Aprovação do diploma a 10 e juramento a 12 de outubro de 1822, depois de a Constituição ter sido aprovada e jurada
Deputados do Brasil (São Paulo)	
Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva	Aprovação do diploma e juramento a 11 de fevereiro de 1822
Antônio Manuel da Silva Bueno	Eleito primeiro substituto, foi chamado para preencher a vaga de Francisco de Paula Sousa e Melo, que obteve escusa. Aprovação do diploma e juramento a 25 de fevereiro de 1822
Diogo Antônio Feijó	Aprovação do diploma e juramento a 11 de fevereiro de 1822. A 2 de setembro, pediu licença para ausentar-se do Congresso, e a 2 do mês seguinte leu-se o respetivo parecer, que ficou adiado. Deixou de comparecer, alegando doença, desde 12 de agosto
Francisco de Paula Sousa e Melo	Não compareceu, mas oficiou da vila de Itu, a 8 de outubro de 1821, pedindo escusa, que lhe foi concedida a 20 de fevereiro de 1822
José Feliciano Fernandes Pinheiro	Aprovação do diploma e juramento a 27 de abril de 1822

José Ricardo da Costa Aguiar e Andrade	Aprovação do diploma e juramento a 2 de julho de 1822
Nicolau Pereira de Campos Vergueiro	Aprovação do diploma e juramento a 11 de fevereiro de 1822
Deputados do Brasil (Santa Catarina)	
Lourenço Rodrigues de Andrade	Aprovação do diploma e juramento a 19 de novembro de 1821
Deputados de Cabo Verde	
José Lourenço da Silva	Aprovação do diploma a 20 e juramento a 21 de março de 1822
Manuel António Martins	Aprovação do diploma a 31 de julho e juramento a 2 de agosto de 1822
Deputados de Angola	
Manuel Patrício Correia de Castro	Aprovação do diploma a 30 e juramento a 31 de agosto de 1822
Eusébio de Queiroz Coutinho	Não compareceu nem enviou o diploma
Fernando Martins do Amaral Gorgel e Silva	Não compareceu nem enviou diploma, mas a 31 de dezembro de 1822 apresentou-se uma representação na qual pedia ser escuso de tomar assento e assim se diferiu a 4 de janeiro do seguinte ano, sob parecer da mesma data
Deputados de Goa	
António José de Lima Leitão	Somente se apresentaram na legislatura ordinária
Bernardo Peres da Silva	

ADENDA

Sobre esta temática, é de referir o seguinte trabalho dos autores:

Vital MOREIRA e José DOMINGUES – «As primeiras eleições constituintes no Brasil (1821)», in *Fórum Administrativo*, n.º 216, Belo Horizonte, 2019, pp. 61-78.



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



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 | eje@tre-ba.jus.br
55 71 3373-7445