

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação/Faculdade de Direito da UFMG
Linha de Pesquisa: Poder, cidadania e desenvolvimento no Estado Democrático de Direito
Área de Estudo: Direito Político

**MORALISMO E PATERNALISMO COMO FUNDAMENTO PARA A
HIPERTROFIA DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA E TENDÊNCIA
ANTIDEMOCRÁTICA**

Andreia Aparecida Batista

Belo Horizonte
2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação/Faculdade de Direito da UFMG
Linha de Pesquisa: Poder, cidadania e desenvolvimento no Estado Democrático de Direito
Área de Estudo: Direito Político

Andreia Aparecida Batista

**MORALISMO E PATERNALISMO COMO FUNDAMENTO PARA A
HIPERTROFIA DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA E TENDÊNCIA
ANTIDEMOCRÁTICA**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, na linha de pesquisa: “Poder, cidadania e desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”. Área de estudo: Direito Político como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre, sob orientação do Prof. Dr. Rodolfo Viana Pereira.

Belo Horizonte
2019

B333m Batista, Andreia Aparecida
Moralismo e paternalismo como fundamento para a hipertrofia da
justiça eleitoral brasileira e tendência antidemocrática / Andreia
Aparecida Batista. – 2019.

Orientador: Rodolfo Viana Pereira.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito eleitoral – Teses 2. Paternalismo – Teses 3. Justiça eleitoral
– Teses 4. Sistema eleitoral – Teses 5. Direitos políticos – Teses I. Título

CDU 342.8(81)

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação/Faculdade de Direito da UFMG

A dissertação intitulada **“MORALISMO E PATERNALISMO COMO FUNDAMENTO PARA A HIPERTROFIA DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA E TENDÊNCIA ANTIDEMOCRÁTICA”** de autoria de Andreia Aparecida Batista foi considerada _____ pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Professor Doutor Rodolfo Viana Pereira – UFMG (Orientador)

Professor Doutor Fernando Gaspar Neisser – USP (Banca examinadora)

Professor Doutor Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes – UFMG (Banca
examinadora)

Professor Doutor Marcio Luis de Oliveira – UFMG (Suplente)

Marcelo Campos Galuppo – UFMG (Suplente)

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2019.

A Deus.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Ao Professor Rodolfo Viana Pereira.

“O Estado deve tratar todos os cidadãos como adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou “constitutivo” de uma política justa.”

Ronald Dworkin

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIJE	Ação de Investigação Judicial Eleitoral
AIME	Ação de Impugnação a Mandato Eletivo
AIRC	Ação de Impugnação de Registro de Candidatura
CE	Código Eleitoral
CR	Constituição da República
LC	Lei Complementar
LE	Lei das Eleições
RCED	Recurso Contra Expedição de Diploma
RRC	Requerimento de Registro de Candidatura
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

RESUMO

A dissertação problematiza a atuação da Justiça Eleitoral brasileira a partir da análise das funções que lhe foram conferidas. Questiona as inovações provenientes da construção normativa e jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral que acaba por transgredir essas funções e torná-lo hipertrófico. Analisa o comportamento da Justiça Eleitoral a partir de suas Resoluções e julgados e, com sustentação em traços históricos, considera que ela se apresenta moralista e paternalista, sendo essa a justificativa para a hipertrofia da Corte. Com base nessas constatações, problematiza o alcance da atuação da Justiça Eleitoral, em particular no controle dos direitos políticos, suas implicações no contexto democrático e sua contribuição para o desenvolvimento do sistema eleitoral brasileiro. Através de uma pesquisa crítico-metodológica dentro da vertente jurídico-sociológica, comprova a hipótese de que o moralismo e o paternalismo fundamentam a hipertrofia da Justiça Eleitoral, atestando os efeitos prejudiciais à democracia, aos candidatos e ao eleitor que é mantido em constante infantilização e estado de hipossuficiência.

Palavras chave: Moralismo. Paternalismo. Hipertrofia. Justiça Eleitoral. Tribunal Superior Eleitoral. Democracia.

ABSTRACT

RESUMEN

La disertación problematiza la actuación de la Justicia Electoral brasileña a partir del análisis de las funciones que le fueron conferidas. Cuestiona las innovaciones provenientes de la construcción normativa y jurisprudencial del Tribunal Superior Electoral que acaba por transgredir esas funciones y hacerle hipertrófico. El análisis del comportamiento de la Justicia Electoral a partir de sus Resoluciones y juzgados y, con sustentación en rasgos históricos, considera que ella se presenta moralista y paternalista, siendo esa la justificación para la hipertrofia de la Corte. Con base en esas constataciones, problematiza el alcance de la actuación de la Justicia Electoral, en particular en el control de los derechos políticos, sus implicaciones en el contexto democrático y su contribución al desarrollo del sistema electoral brasileño. A través de una investigación crítico-metodológica dentro de la vertiente jurídico-sociológica, comprueba la hipótesis de que el moralismo y el paternalismo fundamentan la hipertrofia de la Justicia Electoral, atestando los efectos perjudiciales a la democracia, a los candidatos y al elector que se mantiene en constante infantilización y estado de hiposuficiencia.

Palabras clave: Moralismo. Paternalismo. Hipertrofia. Justicia Electoral. Tribunal Superior Electoral. Democracia.

SUMÁRIO

1. JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA E ELEIÇÕES NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO	17
2. FUNÇÕES DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA VERSUS COMPORTAMENTO DA CORTE ELEITORAL.....	22
2.1. <i>Alargamento das Funções da Justiça Eleitoral: Constatação de uma Atuação Hipertrofiada</i>	<i>27</i>
2.1.1. <i>Abuso do poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral: os limites impostos à edição de resoluções pelo Tribunal Superior Eleitoral e as implicações da sua não observância</i>	<i>27</i>
2.1.1.1. <i>Perda de mandato por infidelidade partidária: a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 22.610/2007.....</i>	<i>34</i>
2.1.1.2. <i>A impossibilidade de obter quitação eleitoral em decorrência da rejeição das contas prestadas: Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 23.376/2012</i>	<i>40</i>
2.1.1.3. <i>Alteração no número de representantes da Câmara dos Deputados e Assembleia Legislativa pela Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 23.389/2013</i>	<i>44</i>
2.1.1.4. <i>A supressão do marco temporal para comprovação do pagamento ou parcelamento de dívida junto à Justiça Eleitoral: Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 23.405/2014.....</i>	<i>47</i>
2.1.2. <i>Judicialização das Eleições: hipertrofia da função jurisdicional da Justiça Eleitoral</i>	<i>49</i>
2.2. <i>A atuação hipertrofiada da Justiça Eleitoral brasileira: há segurança jurídica?</i>	<i>53</i>
3. MORALISMO NA JUSTIÇA ELEITORAL.....	61
3.1. <i>Vestígios do moralismo no Brasil: uma perspectiva sociológica.....</i>	<i>61</i>
3.2. <i>Moralismo como fundamento para o exercício hipertrofiado das funções da Justiça Eleitoral.....</i>	<i>71</i>
4. PATERNALISMO: CONTROLE E INTERVENÇÃO NA FORMAÇÃO DA VONTADE DO ELEITOR	87
4.1. <i>Paternalismo no controle da propaganda política.....</i>	<i>94</i>
4.2. <i>O Controle das Fake News pela Justiça Eleitoral como potencial comportamento paternalista.....</i>	<i>100</i>
4.3. <i>Eleitor: o fiscal não legitimado</i>	<i>109</i>
CONSIDERAÇÕES FINAIS	116
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	119

INTRODUÇÃO

O presente trabalho emerge da inquietação e constantes questionamentos acerca do desenvolvimento do sistema eleitoral diante da atuação da Justiça Eleitoral, em particular no controle dos direitos políticos.

O crescente protagonismo do Poder Judiciário eleitoral traz a reflexão de que, se por um lado a sua atuação indica maior segurança no processo político, propiciando equilíbrio ao sistema de freios e contrapesos da separação de poderes, por outro, questiona-se um possível abuso de poder. De forma exemplificativa, as resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, sob o pretexto de defesa da moralidade pública, impõem restrições ao sufrágio passivo que acabam por confrontar os preceitos de um Estado Democrático de Direito, como é o caso das condições de registrabilidade e condições implícitas de elegibilidade¹.

Essas condições exigidas para a habilitação de uma candidatura além de fazer refletir sobre a atuação do Poder Judiciário na esfera legislativa, levam também a refletir sobre a existência de uma carga moralizadora, ou seja, do emprego de valores subjetivos tanto nas normas quanto na jurisprudência construída a partir da aplicação dessas.

Soma-se a isso, uma tendência a crer que o eleitorado é formado por pessoas incapazes de escolher seus próprios representantes, de decidir, ele mesmo, o que é bom ou ruim, o que levaria à necessidade de impor normas que façam esse papel de filtrar os candidatos e apresentar aos eleitores somente aqueles que podem assumir mandatos, pois estariam limpos e aptos para tanto. Essas duas ideias, aplicação de valores subjetivos e infantilização do eleitorado, são tratadas pela presente pesquisa como moralismo e paternalismo, que serão identificados a partir da análise comportamental da Justiça Eleitoral.

¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Condições de Registrabilidade e Condições Implícitas de Elegibilidade*: esses obscuros objetos do desejo. In SANTANO, Ana Cláudia e SALGADO, Eneida Desiree (orgs.). *Direito Eleitoral: debates ibero-americanos*. Curitiba: Ithala, 2014.

E são essas duas características que ensejam e fundamentam a atividade hipertrofiada da Justiça Eleitoral, pois para satisfazer esses anseios, a Corte Eleitoral legisla, usurpando as atividades típicas do Poder Executivo, assume uma função jurisdicional que ultrapassa sua competência e altera sua jurisprudência comprometendo a observância do princípio da segurança jurídica.

A partir disso, a pesquisa problematiza uma possível fragilização da democracia tendo em vista que referidas interferências, reduzem o direito do cidadão de escolher seus representantes, bem como excluem o candidato do pleito eleitoral, infringindo o direito constitucional de participar da vida política de seu país figurando entre os possíveis representantes.

Assim, indaga-se: qual a contribuição de normas elaboradas sob uma visão moralista e paternalista e suas respectivas aplicações pelos Tribunais para o desenvolvimento do sistema eleitoral? Conseqüentemente, quais as implicações do emprego dessas perspectivas para a democracia? Quais as implicações do alargamento das funções da Justiça Eleitoral?

Para tanto, este trabalho foi dividido em quatro capítulos, ocupando-se, o primeiro deles, a localizar a Justiça Eleitoral brasileira e as eleições no contexto democrático. O segundo apresenta as funções da Justiça Eleitoral analisando o seu comportamento no exercício das suas funções normativa e jurisdicional, donde reflete sobre a sua atuação com base em determinadas resoluções já editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral. O terceiro capítulo cuida de refletir sobre a existência de um comportamento moralista da Justiça Eleitoral, ocasião em que investiga as origens do moralismo no Brasil e o seu desenvolvimento. Por fim, o quarto capítulo segue refletindo sobre o comportamento paternalista da Justiça eleitoral, oportunidade em que problematiza o controle e a intervenção na formação da vontade do eleitor e faz ponderações acerca das implicações advindas desse comportamento.

1. JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA E ELEIÇÕES NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO

Embora seja prática de algumas produções acadêmicas, da área do Direito, dissertar sobre os conceitos de democracia, retomando sua conjuntura histórica, suas raízes e as influências que exercem hodiernamente, até mesmo com o intuito de esclarecer o interlocutor acerca das relações estabelecidas entre determinada temática e a democracia, não é pretensão deste trabalho reproduzir referida praxe.

É tarefa árdua dar corpo a uma obra cujo cenário é a democracia sem dela tratar. Contudo, considerando suas raízes, as diversas abordagens pelas quais já passou, sua trajetória e peculiaridades históricas da sua aplicação, fazer essa retomada talvez implicasse na elaboração de um tratado de vários volumes, ainda assim, sem a garantia de esgotamento do tema. Dessa forma, para o objetivo que esta pesquisa pretende alcançar, partir-se-á de uma concepção pré-definida do que seja democracia dentro do contexto aqui tratado.

Considerando que as reflexões trazidas no escopo deste trabalho, leva em conta a participação ampla nas eleições, tanto na qualidade passiva quanto na qualidade ativa, além de refletir sobre os aspectos negativos do desenvolvimento hipertrófico do Poder Judiciário Eleitoral, capaz de minimizar a participação e as escolhas do cidadão e sobrepor suas decisões às do eleitorado, cujo aspecto negativo é acentuado por um caráter paternalista e moralista identificados na atuação da Justiça Eleitoral, democracia, para este trabalho, será compreendida como a garantia de participação ativa, em todas as fases do processo eleitoral, do cidadão brasileiro, que cumpra os requisitos legais para participar do sufrágio passivo e ativo, podendo votar e ser votado, com a devida observância ao cumprimento das condições específicas para a ocupação de cada cargo em mandato eletivo, a escolha livre do candidato que lhe represente, através de eleições livres e periódicas, assegurada a igualdade na competição, o debate público permanente, a promoção de um sistema eleitoral confiável, dotado de técnicas seguras e instrumentos

eficazes, aptos a captar com imparcialidade a vontade popular, que garanta segurança e legitimidade às eleições e aos mandatos². Engloba a democracia, a atuação imparcial da Justiça Eleitoral, que deve exercer seu papel a partir da necessária observância das competências que lhe foram conferidas.

Assim, para que uma eleição possa ser considerada democrática, ela deve reunir uma série de garantias, dentre elas, a ampla participação dos interessados nas condições ativa e passiva e o exercício livre do voto, como forma de efetivação da cidadania e da participação política, já previstas na Constituição.

Neste aspecto, é de grande valia observar que a Constituição da República de 1988 constrói o sentido da democracia conferindo especial relevo às garantias de liberdade e igualdade, unidas à imprescindível soberania popular e pluralismo político. Denominada Constituição Cidadã, defere que o protagonista é o cidadão que deve ser o detentor das decisões tomadas por meio de representantes democraticamente eleitos. Para a realização desse ideal a CR/88 garante o sufrágio universal e a participação direta nas eleições.

A participação, na condição ativa, não só deve possibilitar o exercício do voto, mas também a participação dos sujeitos em todas as etapas do escrutínio, o que significa facultar a ele a liberdade de expressar suas opiniões, debater, questionar, fiscalizar e cobrar. Ampla participação é não promover restrições senão aquelas já expostas em lei, como a que determina idade mínima para o exercício do voto.

Carlos Santiago Nino, em sua obra *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*³, problematiza a questão da democracia como expressão da soberania popular e apresenta aplicações distintas do termo “povo” a fim de enquadrar sua noção na formulação ideal de soberania popular. Esta soberania estaria diretamente ligada ao exercício de um governo representativo, onde é observada a decisão da maioria. Ao longo da obra, Nino traça importantes considerações acerca da participação democrática e questiona qual é a relação entre a democracia e o discurso moral, sugerindo, como

² GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 40.

³ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*. 2ª ed. ampl. y rev. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 371-387.

hipótese, que a democracia seria substituído para qualquer juízo valorativo que abriga o discurso moral.

Partindo dessas considerações, a reflexão que se faz necessária diz respeito à observância da democracia no âmbito eleitoral, mais especificamente pela Justiça Eleitoral. Para tanto, se faz necessário assegurar que as garantias constitucionais sejam observadas.

A liberdade é um importante pressuposto para uma efetiva e sadia democracia, pois engloba a ampla e irrestrita participação nas discussões e tomadas de decisão. Na sua configuração individual abrange a liberdade de expressão, opinião e também a liberdade religiosa. Está intimamente ligada à garantia de igualdade, pois todas essas liberdades devem ser preservadas de forma isonômica, incluindo aí a igualdade na disputa eleitoral.

A garantia da liberdade deve ser observada sob diversos aspectos. Eneida Desiree Salgado⁴ aponta como um dos princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral brasileiro o respeito à liberdade que o mandatário deve ter para atuar. Embora essa atuação não estabeleça vínculo jurídico entre o eleitor e o detentor do mandato, deve haver o necessário respeito às regras constitucionais e ao interesse público, de modo a satisfazer as pretensões do ordenamento jurídico e a proporcionar uma atuação sem amarras. Por óbvio, o mandato não é exercido indiscriminadamente, há limites objetivos estabelecidos pela Constituição e garantidos por sanções ao mandatário transgressor, mas a sua atuação não deve ser vinculada, podendo o representante expressar-se politicamente, posicionar-se e formar seu convencimento para as deliberações necessárias.

Mas há também a liberdade que deve ser conferida ao voto, que deve ser compreendida como um bem jurídico supraindividual⁵, que juntamente com a proteção à formação de vontade do eleitor possui relevância constitucional.⁶ E essa é de grande importância para o contexto aqui analisado.

⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral*, 2010. 356f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 53.

⁵ NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e Mentira na Política*. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p. 148.

⁶ *Ibidem*. 164.

Vale citar que Joaquim José Gomes Canotilho⁷, elenca seis princípios materiais do sufrágio: o princípio da imediaticidade do voto; o princípio da universalidade do sufrágio; o princípio da liberdade de voto; o princípio do sufrágio secreto; o princípio da igualdade de sufrágio e o princípio da periodicidade do sufrágio.

Considerando que o escopo último de todo o procedimento eleitoral é a nomeação de um representante, o princípio da imediaticidade⁸ significa que o voto tem que resultar imediatamente da vontade do cidadão ativo, sem qualquer tipo de intervenção alheia à vontade daquele votante, sendo dele a primeira e a última palavra. Ingressa nessa corrente, o princípio da universalidade do sufrágio⁹ que atinge a todos os cidadãos com capacidade ativa.

Já o princípio da liberdade de voto¹⁰ preza pela garantia que o eleitor deve ter de um voto formado sem qualquer espécie de coação, seja física ou psíquica. Neste aspecto acresce-se, ainda, que o voto deve ser livre de coação moral ou qualquer tipo de opressão que induza o eleitor a manifestar um voto diverso de suas convicções. Vale lembrar, conforme leciona Fernando Neisser, que voto livre é aquele que se dá sem amarras físicas ou psíquicas, refletindo, com a maior precisão possível, o processo interno de decisão do eleitor¹¹, sendo, portanto, o direito ao voto livre, um bem jurídico supraindividual a ser protegido pelo Direito.

O princípio do sufrágio secreto¹² preconiza a não identificação do eleitor com o voto emitido por ele. Se bem observar, esse princípio encontra margem no princípio da liberdade de voto que prega a manifestação da vontade sem qualquer tipo de imposição. O sufrágio secreto também prima pela pessoalidade do voto, indesejando que ele seja dado por qualquer tipo de procuração ou representação de terceiros.

⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 398.

⁸ *Ibidem*. p. 433.

⁹ *Ibidem*. p. 432.

¹⁰ *Ibidem*. p. 434.

¹¹ NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e Mentira na Política*. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p. 153.

¹² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 434.

A exigência de que todos os votos guardem a mesma importância entre eles é proveniente do princípio da igualdade de sufrágio¹³, e o princípio da periodicidade do sufrágio¹⁴ determina que haja eleições periódicas, a fim de promover a renovação dos cargos políticos, oportunizando diferentes ideologias representativas, proporcionando a rotatividade do poder e evitando que um mandato se perpetue.

Todo esse conjunto de princípios democráticos, embora não tenham sido concebidos com base na Constituição Brasileira, é inegável que possuem forte ligação com a concepção de democracia adotada neste trabalho, pois acredita-se que deveria ser este o escopo da atuação do poder judiciário eleitoral, mais especificamente, da Justiça Eleitoral brasileira.

Observa-se que os princípios pregam o respeito das decisões do eleitorado, protegendo suas convicções e a manifestação de sua vontade. Contudo, não tem sido esse o comportamento deflagrado na atuação dos Tribunais, já que suas decisões têm se mostrado, muitas das vezes contramajoritárias às decisões do eleitorado, e suas frequentes viradas jurisprudenciais afetam a segurança jurídica que deveria ter a Justiça Eleitoral, causando uma série de prejuízos à democracia, conforme adiante será abordado.

Assim, para que se possa compreender melhor e considerar que determinado comportamento da Justiça Eleitoral representa perigo à democracia, importante analisar quais são as funções que lhe foram conferidas e como tem sido sua atuação.

¹³ *Ibidem*. p. 435.

¹⁴ *Ibidem*. p. 436.

2. FUNÇÕES DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA *VERSUS* COMPORTAMENTO DA CORTE ELEITORAL

A proposta de um Código Eleitoral, capaz de promover uma democracia verdadeira e inclusiva, emerge no Brasil em 1932, durante o chamado Governo Provisório¹⁵ que, a partir do Decreto nº 21.076, criou a Justiça Eleitoral com a incumbência de organizar o processo de escolha daqueles sujeitos que, em obediência ao art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁶, iriam exercer, em nome do povo, o Poder Político.

Ficou estabelecido naquela legislação que a Justiça Eleitoral, dotada de funções contenciosas e administrativas, teria como órgãos o Tribunal Superior, os Tribunais Regionais e os juízes eleitorais¹⁷. Estabeleceu-se que seria de competência da Justiça Eleitoral, no âmbito de cada órgão, elaborar o regimento do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais, organizar suas secretarias, fixar normas uniformes para a aplicação das leis e regulamentos eleitorais, expedindo instruções que entenda necessárias, além de viabilizar o alistamento dos eleitores, expedir os respectivos títulos, registrar candidatos, providenciar as cédulas de votação, preparar as eleições e executá-las, realizar a apuração dos sufrágios e a proclamação dos eleitos de cada escrutínio, decidir os processos eleitorais, processar e julgar os crimes eleitorais.¹⁸

Dois anos mais tarde, a Constituição de 1934 estabeleceu a Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário¹⁹, mantendo o mesmo modelo nas Constituições seguintes, com

¹⁵ Governo Provisório foi o período compreendido entre 1930 a 1934 em que Getúlio Vargas governou o Brasil, logo após a Revolução de 1930 que destituiu Washington Luís. Em 1934 Vargas foi reeleito Presidente em eleições indiretas e deu início ao chamado Governo Constitucional.

¹⁶ Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁷ Art. 5º do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. É instituída a Justiça Eleitoral, com funções contenciosas e administrativas. Parágrafo único. São órgãos da Justiça Eleitoral: 1º) um Tribunal Superior, na Capital da República; 2º) um Tribunal Regional, na Capital de cada Estado, no Distrito Federal, e na sede do Governo do Território do Acre; 3º) juízes eleitorais nas comarcas, distritos ou termos judiciários. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2107>> Acesso em: 18 mai. 2018.

¹⁸ Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 que decreta o Código Eleitoral.

¹⁹ A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho de 1934, fazia a seguinte previsão: Art. 82 - A Justiça Eleitoral terá por órgãos: o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, na Capital da República; um Tribunal Regional na Capital de cada Estado, na do Território do Acre e no Distrito Federal; e Juízes singulares nas sedes e com as atribuições que a lei designar, além das Juntas especiais admitidas no art. 83, §

exceção da Constituição de 1937, em que o ainda governo Getúlio Vargas extinguiu a Justiça Eleitoral na era autoritária do Governo Novo. Após, a Justiça Eleitoral somente retomou suas atividades em 1945 com o Decreto Presidencial nº 7.586, de 28 de maio de 1945.

Posteriormente, a Constituição da República de 1988²⁰ estabeleceu que a Justiça Eleitoral, como órgão do Poder Judiciário da União, possuía jurisdição especializada apta a processar e julgar os crimes eleitorais tipificados no Código Eleitoral, bem como os crimes conexos, em conformidade com o art. 35, inciso II do Código Eleitoral²¹, ou em leis esparsas que tratassem sobre matéria eleitoral, de modo a promover o controle dos atos provenientes das fases do processo eleitoral.

À Justiça Eleitoral coube, portanto, com exclusividade, o papel de organizar e executar as eleições, desde o alistamento dos eleitores, inscrevendo-os e expedindo seus títulos, a transferência de domicílio eleitoral, definindo os locais de votação, passando pela fiscalização do processo eleitoral, pelo controle de propaganda, pela prestação de contas, até a proclamação e diplomação dos eleitos, perfazendo, então, sua função administrativa. Em todo esse processo a Justiça Eleitoral ainda tem a missão de garantir a lisura do pleito, o (discutível) equilíbrio entre os candidatos, a legitimidade da representação política e o resguardo da democracia brasileira, o respeito à soberania popular e à cidadania, tudo com fundamento no art. 1º da Constituição da República de 1988. A princípio, a função administrativa da Justiça Eleitoral é a mesma que outros órgãos do poder Judiciário recebem (providenciar concursos, licitações, licença de seus servidores), a diferença é que os órgãos da Justiça Eleitoral adquirem o plus de administrar o processo eleitoral.

3º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm Acesso em: 15 ago. 2018.

²⁰ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

[...]

V - Os Tribunais e Juízes Eleitorais; Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 15 ago. 2018.

²¹ Art. 35. Compete aos juízes:

[...]

II - Processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais; Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 que instituiu o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm Acesso em: 18 ago. 2018.

Alocada no âmbito do Poder Judiciário, a Justiça Eleitoral exerce sua função jurisdicional em duas ocasiões: a primeira delas é quando atua na solução de conflitos, tais como a interposição de Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, a chamada AIRC, disposta no artigo 3º, caput, da Lei Complementar 64/90²², o ajuizamento de Ação de Investigação Judicial Eleitoral, a denominada AIJE, permitida pelo artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90²³, também quando ocorre o ajuizamento de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, a chamada AIME, prevista no artigo 14, parágrafos 10 e 11 da Constituição da República de 1988²⁴, o Recurso Contra Expedição de Diploma, o RCED, previsto pelo art. 262 do Código Eleitoral, possui cabimento somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade. Por fim, a Justiça Eleitoral atua quando é demandada nas representações por propaganda eleitoral irregular, perfazendo a organização e controle do processo de seleção dos candidatos a mandatos eletivos. Um fato importante a ser observado é que o eleitor, cidadão comum, não possui legitimidade ativa para o ajuizamento de tais ações, sendo legitimados para tanto, somente o Ministério Público Eleitoral, os partidos políticos, as coligações e os candidatos. Essa falta de legitimidade é questionada, pois o cidadão, detentor da soberania, é o principal fiscal das eleições e da cidadania, e interessado nos resultados e consequências advindas do pleito.

A segunda ocasião em que a Justiça Eleitoral exerce sua função jurisdicional é quando surgem conflitos em procedimentos administrativos, como por exemplo, quando a mudança de domicílio eleitoral, procedimento administrativo, é contestada sob o

²² Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.

²³ Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito [...].

²⁴ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

[...]

argumento de que o requerente não possui domicílio na circunscrição para a qual quer transferir-se. Nesse caso, a demanda deixa de ser analisada na esfera administrativa para ser tratada na esfera jurisdicional²⁵. Por fim, diferentemente do modo como exerce sua função administrativa, para que a Justiça Eleitoral exerça sua função jurisdicional ela necessita ser demandada, devendo o magistrado agir por provocação. Neste aspecto, a crítica que este trabalho faz à atuação jurisdicional da Justiça Eleitoral é o risco que se corre de que a política seja judicializada e padeça sob uma crença de que ela, a política, só se legitima quando for discutida nessa arena. E o que reafirma o receio de tal ocorrência é o protagonismo que a Justiça Eleitoral tem assumido, como restará demonstrado neste trabalho.

No elenco das funções atípicas conferidas à Justiça Eleitoral, encontra-se o seu caráter consultivo, conforme artigo 23, inciso XII, e artigo 30, inciso VIII, ambos da Lei nº 4.737/65²⁶ (Código Eleitoral), que permite que a Justiça Eleitoral se pronuncie a respeito de questões que lhe são apresentadas envolvendo situações abstratas e impessoais, sem que a esse posicionamento seja conferido natureza de decisão judicial. O consulente precisa possuir legitimidade, conforme inciso VIII do art. 30 e não estar relacionado à nenhum caso concreto, Eis, portanto uma função peculiar da Justiça Eleitoral, considerando que o Poder Judiciário não é, por natureza, órgão de consulta.

Em obediência ao art. 1º do Código Eleitoral é autorizado à Justiça Eleitoral expedir as instruções necessárias para a sua fiel execução²⁷, ou seja, a Justiça Eleitoral recebe o poder normativo que lhe permite publicar instruções a fim de viabilizar que o

²⁵ GOMES. José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 69.

²⁶ Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

[...]

XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político;

[...]

Art. 30. Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais:

[...]

VIII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político;

²⁷ Art. 1º Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução.

conteúdo do Código Eleitoral seja cumprido²⁸. Eis, mais uma função tida por atípica. E justamente por isso a função normativa da Justiça Eleitoral deve ser vista com ressalvas.

As instruções normativas são regras gerais, abstratas e impessoais, de caráter prático²⁹ que norteiam a atuação da administração pública, sendo essa a única finalidade que esse instrumento poderia alcançar no âmbito da competência normativa da Justiça Eleitoral. Uma atuação para além dessa utilidade estaria a romper com as barreiras impostas constitucionalmente.³⁰ Assim, as resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral não podem promover regras de caráter legislativo, regulando diretamente as normas constitucionais, pois essa tarefa é de competência do Poder Legislativo. Contudo, conforme reflete essa pesquisa, a Justiça Eleitoral não vem dispondo desse caráter normativo dentro dos contornos que lhe foram conferidos, e termina por extrapolar as funções que lhe competem, oferecendo sérios riscos aos direitos políticos e, conseqüentemente, à democracia.

E por reunir competências típicas de execução, a Justiça Eleitoral recebe ainda, o Poder de Polícia para atuar em relação à propaganda eleitoral, de acordo com o art. 41, parágrafo 1º, da Lei nº 9.504/97.

Em síntese, à Justiça Eleitoral coube o papel de organizar e conduzir o processo de escolha dos representantes políticos propiciando desde o registro de candidatura até a diplomação dos eleitos, controlando o processo de escolha dos candidatos, cuidando, ainda, de processar e julgar as lides surgidas ao longo do período.

Contudo, as competências administrativa, jurisdicional, consultiva e normativa delegadas à Justiça Eleitoral perfazem atribuições cumulativas que transcendem as funções típicas de um órgão do Poder Judiciário, conforme se verá à frente.

²⁸ Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

[...]

IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código.

²⁹ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral*, 2010. 356f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 302.

³⁰ *Ibidem*. p. 302.

2.1. ALARGAMENTO DAS FUNÇÕES DA JUSTIÇA ELEITORAL: CONSTATAÇÃO DE UMA ATUAÇÃO HIPERTROFIADA

Conforme anteriormente tratado, a Justiça Eleitoral desempenha funções que vão além da mera administração das eleições. E, nessa expansão, o Tribunal Superior Eleitoral tem inovado em matéria eleitoral e o faz em flagrante transgressão de suas atribuições.

O comportamento moralista e paternalista discutido neste trabalho está presente em todas as funções da Justiça Eleitoral, o que a torna indubitavelmente hipertrofiada. E, para que se compreenda como a Justiça Eleitoral tem agido de forma ampliada e promovido a hipertrofia das suas próprias funções, é necessário que se entenda como essas atividades são executadas.

No próximo tópico analisar-se-á como as resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral deveriam servir à concretização da democracia e como, efetivamente, elas vêm contribuindo.

2.1.1. Abuso do poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral: os limites impostos à edição de resoluções pelo Tribunal Superior Eleitoral e as implicações da sua não observância

Conforme defendem alguns autores e seguindo o que já foi decidido pelo próprio Tribunal em diversas ocasiões, as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral possuem força de lei ordinária.

José Jairo Gomes³¹ defende que as resoluções do TSE são atos normativos emanados do Órgão Pleno do Tribunal, sendo que possuem natureza de *ato-regra*, por criar situações gerais e abstratas. Guardando essa característica, as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral possuem força de lei, mas apenas no sentido de gozar do mesmo prestígio. Assim, é certo que esses normativos não podem contrariar uma lei ordinária.

³¹ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 25.

O artigo 105 da Lei nº 9.504/97, a chamada Lei das Eleições, é o responsável por fixar os limites a serem observados nessa espécie normativa. José Jairo Gomes alerta para o fato de que, embora as resoluções possuam força de lei não podem restringir direitos nem estabelecer sanções distintas das previstas em lei, já que possuem caráter meramente regulamentar. Lembra o autor que as resoluções pertinentes às eleições devem ser publicadas até o dia 5 de março do ano do pleito.

Alguns autores consideram que as resoluções são de grande importância, principalmente prática, para a comunidade jurídica que atua no âmbito do Direito Eleitoral, para os partidos políticos e candidatos, porque elas consolidam a legislação em vigor, agrupando-a por assunto.³² Além de definirem o que pode conter em uma propaganda eleitoral, por exemplo, ou como deve ocorrer a escolha dos candidatos ao pleito pelos partidos, essas resoluções muitas vezes dispõem sobre o funcionamento da Justiça Eleitoral durante as eleições, bem como estabelecerem determinações técnicas quanto ao trabalho executado pelos Cartórios Eleitorais.

Edson Resende Castro considera que ao editar uma resolução para regular o registro de candidatos, por exemplo, o TSE não repete as normas contidas no Código Eleitoral que já estão superadas diante do que dispõem a Lei nº 9.504/97 e a Lei Complementar 64/90.³³ E o que ocorre, na verdade, é que o Tribunal transforma em dispositivo de resolução a sua jurisprudência dominante, mesmo que, sobre o assunto, não haja texto expresso em lei. Assim, possuiria o condão de constituir documento de orientação para os envolvidos no certame eleitoral. Entretanto, considerando as limitações do poder normativo conferido à Justiça Eleitoral, esse posicionamento merece ser ponderado, sob o risco de legitimar uma atuação desenfreada e desconjecturada de seu mister.

Isso porque, em que pese a expedição dessas resoluções pelo TSE seja autorizada pelo Código Eleitoral, é necessário observar que elas estão sujeitas a limites, quais sejam: limite temporal, neste caso, a observância da aplicação somente após um ano de sua

³² CASTRO, Edson Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 6ª ed. Revista e Atualizada. Del Rey. Belo Horizonte: 2012. p. 13.

³³ *Ibidem*. p. 14.

vigência; limite formal, que se caracteriza pelo fato dessas resoluções serem instrutivas, conforme a norma inserta no art. 23, IX do Código Eleitoral; e limite material, que se caracteriza pela impossibilidade de as resoluções inovarem, criarem ou extrapolarem o conteúdo das leis.

Sabendo-se que o poder normativo da Justiça Eleitoral está condicionado à obediência desses limites, pondera-se que: se por um lado a função normativa do TSE apresenta-se como instrumento facilitador para os operadores do Direito Eleitoral e para partidos políticos e candidatos, uma vez que acaba por consolidar toda a legislação pertinente ao prélio eleitoral, conforme defende Edson Resende Castro³⁴, por outro, questiona-se se agindo dessa forma não há um alargamento de suas funções que, como integrante do Poder Judiciário, passa a assumir função típica pertencente ao Poder Legislativo, ultrapassando os limites de seu poder normativo e criando restrições a direitos políticos sem previsão constitucional.

Fala-se em limite porque, até aqui, entende-se que a prerrogativa conferida ao Tribunal Superior Eleitoral resume-se na definição de regras com finalidade regulamentar, que possuem o condão de abrir caminho para a aplicação das normas postas pelo Código Eleitoral. Não se está falando em uma simultaneidade, de modo que os regramentos das resoluções possam criar novas leis da mesma forma que a Constituição, mas possam, tão somente, organizar, administrar e viabilizar o acontecimento das eleições, criando regras e orientações para que as leis eleitorais, essas sim, sejam executadas. A função normativa do Tribunal Superior Eleitoral, órgão do Poder Judiciário, sempre foi expedir instruções para a aplicação das leis eleitorais com caráter único e exclusivo regulamentar.

E, levando em conta o histórico de atuação da Justiça Eleitoral, nem sempre esses limites são observados. No que se refere ao limite temporal, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal já realizou, oportunamente, o controle abstrato de constitucionalidade de resoluções do Tribunal Superior Eleitoral em duas ocasiões, nas Ações Diretas de

³⁴ CASTRO, Edson Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 6ª ed. Revista e Atualizada. Del Rey. Belo Horizonte: 2012. p. 47.

Inconstitucionalidade nº 2628³⁵ que além de alegar a inobservância do princípio da anualidade defendeu que estava-se diante de um prejuízo para a autonomia partidária; e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3345³⁶ que discutiu o número de vereadores por meio de resolução.

As duas ADIs, tinham como objeto a possível modificação do processo eleitoral, ferindo o preceito estabelecido no art. 16 da CR/88, ou seja, passando por cima do princípio da anualidade eleitoral.

A partir disso, se feita uma análise da hierarquia das leis, observar-se-á que o Direito Eleitoral possui um vasto conjunto de tipos de normas, aplicáveis em momentos e ocasiões diversas. Neste contexto atesta-se que as resoluções são abarcadas por esse conjunto de normas e estão devidamente enquadradas no princípio da hierarquia e obedecem ao preceito da competência.

Considerando a escala de hierarquia das leis, em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inserida no Estado Democrático de Direito, é suprema e é a base para as normas supervenientes, conclui-se que as resoluções devem se pautar em normas e princípios estabelecidos por ela. Considerando, ainda, que a CR/88 deve ser a fonte das normas jurídicas dela advindas e que toda ela deve se embasar nos princípios constitucionais, é lógico concluir que as demais figuras normativas devem ter suas competências e limites estabelecidos pela Constituição.

Pois bem. A competência de regulamentação que o TSE possui não está elencada na Constituição de 1988, mas tão somente no art. 1 e 23, IX do Código Eleitoral e no art.

³⁵ A ADI 2628 foi proposta pelo Partido da Frente Liberal, o PFL, e tratou sobre a verticalização das coligações partidárias para as eleições de 2002. Argumentou-se que foram ofendidos os princípios constitucionais da segurança jurídica, da anualidade aplicada ao processo eleitoral e da autonomia partidária. Outra alegação é a de que o Tribunal Superior Eleitoral teria extrapolado sua competência ao instituir regras que só poderiam ser impostas por lei de competência da União.

³⁶ A ADI 3345, proposta pelo Partido Progressista, PP, foi julgada em 2005 pelo Supremo Tribunal Federal, contra a Resolução nº 21.702/04, do Tribunal Superior Eleitoral, que fixou o número de vereadores de maneira proporcional à população dos municípios e versou sobre o conceito de processo eleitoral. O partido argumentou que a Resolução ofendia a Constituição em três artigos, o 2º, que estabelece o princípio da harmonia e independência dos Poderes; o 16, que define prazo para a eficácia de lei que alterar o processo eleitoral, no caso, um ano após a publicação da norma; e o 29, "caput" e inciso IV. Esse último dispositivo define que o Município será autônomo, regido por uma Lei Orgânica, e determinará o número de seus vereadores proporcionalmente a sua população. Além disso, um dos argumentos utilizados foi a ampliação do art. 16 que, no caso da resolução não foi atendido, já que alterou o processo eleitoral para ser aplicado 6 meses antes do pleito.

105 da Lei das Eleições. É justamente pelo fato dessa competência normativa não ser proveniente do texto constitucional que se justifica o impedimento de as resoluções inovarem, criarem ou extrapolarem o conteúdo das leis. Eis, portanto, a justificativa para a obediência ao limite material.

Consequentemente, pode-se aferir que as resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral pertencem às normas secundárias. Dessa lógica decorre, portanto, a conclusão de que as resoluções do TSE jamais podem alterar o processo eleitoral, uma vez que elas não têm o poder de acrescentar ou modificar as normas das eleições. Se elas não podem, entende-se que a elas não se aplica o princípio da anualidade estabelecido pelo art. 16 da CR/88 que, relembra-se, dispõe: “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

No que se refere aos limites temporais a serem observados ao editar uma resolução questiona-se se as resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral devem ou não passar pelo crivo o art. 16 da CR/88, pois, por um lado, tem-se que, a sua instituição não provém de uma forma primária e sim secundária, haja vista que a competência regulamentar do TSE não está elencada na Constituição de 1988, mas tão somente nos artigos 1º e 23, inciso IX, do Código Eleitoral e no art. 105 da Lei das Eleições, não podendo as resoluções modificar o processo eleitoral e assim sendo não está sujeito ao princípio da anualidade contido no art. 16 da CR/88. Por outro lado, se essa hipertrofia da função normativa do TSE acaba por influenciar demasiadamente no processo eleitoral a ponto de modificá-lo, seria prudente aplicar às resoluções o princípio da anualidade contido no art. 16 da CR/88.

Tomemos por exemplo a Resolução do TSE nº 23.463 de 15 de dezembro de 2015. Tal resolução dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições de 2016. A grosso modo, podemos afirmar que a resolução regulamenta os artigos 17 a 32 da Lei nº 9.504/97, a chamada Lei das Eleições. Teoricamente, partindo-se do marco Kelseniano, tratar-se-ia de uma norma secundária, destinada a explicitar o conteúdo de uma norma primária, essa sim apta a

impor sanção a uma conduta ilícita e hierarquicamente superior (e, portanto, sujeita ao princípio da anualidade eleitoral).

Ocorre que a resolução, repise-se, publicada em dezembro de 2015, há menos de um ano e um dia das eleições de 2016, inovou em relação aos pleitos municipais ao determinar, em seu artigo 41, parágrafo 6º, a obrigatoriedade da constituição de advogado para a prestação de contas. Considerando que a Lei nº 9.504/97 não faz tal previsão, deparamo-nos então com a extrapolação do conteúdo da norma por parte do Tribunal Superior Eleitoral. E ainda que tal artigo pareça inofensivo, parece-nos a clara a possibilidade de limitação dos direitos políticos do candidato que não obedeça ao comando inserto na norma supracitada, senão vejamos o artigo 68, inciso IV, alínea “b” da Resolução do TSE nº 23.463/2015 dispõe que

Apresentado o parecer do Ministério Público e observado o disposto no parágrafo único do artigo 66, a Justiça Eleitoral verificará a regularidade das contas decidindo:

(...)

IV - pela não prestação, quando, observado o disposto no § 1º:

(...)

b) não forem apresentados os documentos e as informações de que trata o art. 48, ou o responsável deixar de atender às diligências determinadas para suprir a ausência que impeça a análise da movimentação dos seus recursos financeiros.

Dentre os documentos elencados no art. 48 da resolução, o inciso II, alínea “f” determina que a prestação de contas deve ser composta pelo instrumento de mandato para constituição de advogado para a prestação de contas. Nesta enseada, em caso de ausência do instrumento de mandato, ou seja, caso não constitua advogado, o candidato tem suas contas julgadas como não prestadas e conseqüente impedimento de obtenção de certidão de quitação eleitoral até o final da legislatura.³⁷ A obtenção de certidão de quitação eleitoral é condição indispensável para o registro de candidatura, donde conclui-se que, fruto da competência regulamentadora do TSE, a Resolução nº 23.463/2015, ao inovar no que diz respeito ao conteúdo referente à prestação de contas de campanha e, mais ainda, estabelecer comando limitador aos direitos políticos, que são direitos fundamentais, traz conteúdo de norma primária e, portanto, sujeito ao princípio da anualidade eleitoral. E

³⁷ Artigo 73, inciso I da Resolução-TSE nº 23.464/2015.

mais, tolhe o direito do cidadão de participar amplamente das eleições na sua condição passiva. São vários os erros e prejuízos advindos dessa resolução.

Nessa complexa questão, outro fator deve ser apreciado: a garantia e proteção da segurança jurídica. Sendo a segurança jurídica não apenas um valor supremo, mas uma meta a ser atingida pelo Estado Democrático de Direito, conforme anteriormente explicitado, tal princípio não pode ser sopesado ou relativizado. Para que não se impere o caos, é necessário que seja dada a devida estabilidade e clareza às relações, mais ainda quando estão diretamente ligadas ao exercício do sufrágio, pilar da nossa democracia.

Desta forma, ainda que, em teoria, as resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral tratem-se de normas de conteúdo secundário e, desta feita, não sujeitas ao princípio da anualidade eleitoral, impõe-se profunda análise sobre seu conteúdo, sob o lume do princípio da segurança jurídica e, mais especificamente o princípio da anualidade eleitoral, para que se garanta a estabilidade, previsibilidade e certeza das regras do jogo, antes que ele propriamente comece. Caso contrário, ou seja, na hipótese da resolução vir a inovar o conteúdo normativo vigente, em prazo inferior a um dia e um ano antes das eleições, sua aplicação para o pleito correspondente encontra-se prejudicada, já que não há que se falar em relativização.

A proatividade da Justiça Eleitoral pode ser vista no vasto elenco de condições impostas por meio de resoluções que, quando não observadas, acarretam o indeferimento do pedido de registro de candidatura. Indevidamente, pois criam impedimentos ou requisitos novos aos direitos políticos quando esses só poderiam advir de norma constitucional. Neste aspecto, é imprescindível lembrar que as condições de

elegibilidade³⁸ só podem ser criadas por norma constitucional, cabendo ao legislador ordinário apenas o seu detalhamento³⁹.

A seguir pretende-se demonstrar como esse comportamento hipertrofiado da Justiça Eleitoral é identificado na edição de resoluções, capaz de afetar diretamente a plenitude do gozo dos direitos políticos.

2.1.1.1. Perda de mandato por infidelidade partidária: a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 22.610/2007

A Resolução do TSE de nº 22.610/2007⁴⁰ é um claro exemplo de resolução capaz de restringir direitos fundamentais, ao determinar sanção não prevista na Constituição, configurada na perda de mandato eletivo ao político que comete infidelidade partidária.

A filiação partidária é, no nosso sistema, condição de elegibilidade, de acordo com o art. 14, parágrafo 3º, inciso V, da Constituição da República de 1988⁴¹. Significa dizer que, para que um cidadão se habilite como candidato, deve ter a filiação deferida pelo partido seis meses antes do pleito, desde que o estatuto partidário não estabeleça prazo maior⁴². Assim, considerando que no Brasil não existe a figura da candidatura avulsa⁴³, somente os filiados, dentro do prazo estabelecido, que tiverem sido escolhidos em convenção partidária, podem concorrer a cargos eletivos.

³⁸ Neste aspecto, vale trazer breve reflexão acerca da criação das condições de elegibilidade. O art. 14, parágrafo 3º da CR/88 traz o elenco dos requisitos a serem observadas para que o candidato seja elegível, quais sejam: a nacionalidade brasileira; o pleno exercício dos direitos políticos; o alistamento eleitoral; o domicílio eleitoral na circunscrição; a filiação partidária e a idade mínima para cada cargo. Para muitos doutrinadores, e para o TSE em alguns julgados, a criação de condições de elegibilidade por lei ordinária é permitida pelo próprio parágrafo terceiro que abre margem para que lei ordinária disponha sobre o exercício de tal direito.

³⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Condições de Registrabilidade e Condições Implícitas de Elegibilidade*: esses obscuros objetos do desejo. In SANTANO, Ana Cláudia e SALGADO, Eneida Desiree (orgs.). *Direito Eleitoral: debates ibero-americanos*. Curitiba: Ithala, 2014, p. 279

⁴⁰ Resolução do Tribunal Superior Eleitoral publicada em 30/10/2007, disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária. Prevê as hipóteses de justificação para a desfiliação do partido pelo qual fora eleito o mandatário, estabelecendo a perda de mandato para aqueles que se desfiliam sem justa causa. Dispõe sobre o rito a ser observado e quem são os legitimados para tanto, apontando o prazo de 30 (trinta) dias para o partido formular o pedido de desfiliação.

⁴¹ Art. 14. [...] §3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: [...] V - a filiação partidária; [...].

⁴² Art. 9º da Lei nº 9.504/97.

⁴³ Em conformidade com o art. 11, parágrafo 14 da Lei nº 9.504/97, que determina ser vedado o registro de candidatura avulsa, ainda que o requerente tenha filiação partidária.

Esse vínculo estabelecido entre o partido e o filiado eleito determina a fidelidade partidária, princípio expressamente adotado na Constituição da República de 1988, em seu art. 17, parágrafo 1º⁴⁴. Essa fidelidade se dá não no sentido de mera obediência ou submissão e sim no sentido de exigir acatamento às normas doutrinárias e programáticas e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção do partido, nos termos do estatuto daquele.

Ekkehart Stein⁴⁵, na obra *Derecho Politico*, em que trata da liberdade dos partidos políticos e sua missão pública, sustenta que os partidos políticos constituem o pressuposto necessário para que os indivíduos possam participar da vida do Estado, concretizando uma democracia justa e participativa. Ao longo da obra, o autor faz apontamentos que demonstram que nas relações com os partidos políticos o Estado não pode impor sua vontade de forma abusiva, mas sim permitir que os partidos cumpram sua missão auxiliar de atender as demandas do povo de forma representativa.

A fidelidade partidária tem um sentido de ser. A ideologia de um partido político é a sua principal característica e, se um mandatário eleito pelo sistema proporcional se beneficia dos votos obtidos pela legenda partidária, é importante que este vínculo seja resistente, a ponto de ser mantido enquanto o mandato subsistir. Com base nisso é que se diz que o mandato pertence ao partido pelo qual aquele candidato se elegeu, e não ao próprio candidato. E isso já foi objeto de decisão por parte do Tribunal Superior Eleitoral em diversas ocasiões⁴⁶.

⁴⁴ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: Regulamento [...] §1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 97, de 2017).

⁴⁵ STEIN, Ekkehart. *Derecho politico*. Trad. Fernando Sainz Moreno. Madrid: Aguilar, 1973.

⁴⁶ Uma delas foi a resposta à consulta de nº 1398/DF feita pelo, à época, Partido da Frente Liberal, o PFL, atual Democratas (DEM), que questionava se os partidos e coligações tinham o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando houvesse pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda. O Tribunal Superior Eleitoral entendeu, por maioria de 6 votos contra 1, que os mandatos obtidos nas eleições de sistema proporcional pertenceriam ao partido político e que haveria a perda do mandato caso determinado candidato mudasse de legenda. O Ministro César Peluso se manifestou no sentido de que a filiação partidária seria requisito essencial à elegibilidade do candidato, de modo

Entretanto, nem a Lei Geral das Eleições nem a Constituição disciplinaram qualquer tipo de sanção para o mandatário infiel. Como pondera Fávila Ribeiro⁴⁷, a Constituição da República de 1988 dispôs sobre a fidelidade partidária no parágrafo 1º do art. 17, mas deixou para os partidos políticos a prerrogativa de estabelecer em seus estatutos as sanções advindas da infidelidade ao partido. Assim, por ser matéria da específica responsabilidade dos partidos, não deveria, absolutamente, deixar de ser contemplada em seus estatutos.

A questão deveria ser enfrentada única e exclusivamente pelos próprios partidos políticos em seus estatutos e não por nenhum outro meio, de modo que sendo a matéria tratada em resolução do Tribunal Superior Eleitoral, por meio da resolução do TSE de nº 22.610/2007, há uma evidente usurpação de competência por parte do Tribunal.

A Constituição da República de 1988 dispõe sobre a autonomia dos Partidos Políticos, protegendo a liberdade de “criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”. Quando parágrafo 1º do art. 17, prevê a necessidade de “seus estatutos estabelecerem normas de disciplina e fidelidade partidária” está protegendo a autonomia e a liberdade de exercício da atividade político partidária.

Assim, não é crível que uma resolução, como ato normativo editado pelo Tribunal Superior Eleitoral, apenas com o objetivo de regulamentar, organizar e executar o processo eleitoral discipline o processo de perda de cargo eletivo que, de acordo com a CR/88, é matéria a ser prevista no estatuto de cada partido.

que o cancelamento da filiação ou a transferência para outra legenda teria por efeito a preservação da vaga ao partido, não tendo o mandatário nenhum poder sobre ela, indicando que o mandato não seria do parlamentar, e sim do partido, que teria direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional. O Ministro Relator, Cesar Asfor Rocha, proferiu seu voto com as seguintes considerações: “Por conseguinte, parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito, pois isso equivaleria a dizer que ele, o candidato eleito, se teria tornado senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular, não apenas transformando-a em propriedade sua, porém mesmo sobre ela podendo exercer, à moda do exercício de uma prerrogativa privatística, todos os poderes inerentes ao seu domínio, inclusive o de dele dispor”. Consulta. Eleições Proporcionais. Candidato Eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa (Consulta nº 1398, Resolução nº 22526 de 27.03.2007, Rel. Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, Publicação: DJ, v. 1, p. 143, 08 maio 2007). Desse entendimento foram impetrados três Mandados de Segurança (MS nº 26.602, 26.603, 26.604) perante o STF que confirmou a decisão proferida pelo TSE de que o mandato pertence ao partido, devendo o suplente do partido assumir a vaga surgida.

⁴⁷ RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 331.

O que se presencia diante dessa iniciativa é uma invasão à competência do Poder Legislativo, pois, ao dispor sobre sanção decorrente da infidelidade praticada, o TSE está legislando e criando norma desprovida de força constitucional, já que não há previsão neste sentido pela CR/88. A matéria deveria ser disciplinada por emenda constitucional, e ser aprovada por 3/5 de cada casa legislativa⁴⁸, conforme previsão constitucional.

Mais grave ainda quando uma nova competência é agregada: a de processar e julgar os processos daqueles mandatários que tenham sido infiéis com seus respectivos partidos, estabelecendo os prazos e os ritos que a demanda vai seguir, o que contraria veementemente o art. 121 da CR/88⁴⁹.

Enfim, a Resolução nº 22.610/2007 está eivada de vícios tanto ao adentrar em matéria *interna corporis*, propondo normas que seriam de competência dos partidos políticos fazê-lo, quanto ao legislar, em incontestável usurpação da competência destinada ao Legislativo.

Nem o indubitável descrédito e inércia do Congresso, conforme Adriano Soares da Costa⁵⁰ afirma estar, justifica essa imissão do Tribunal Superior Eleitoral em duas esferas alheias às suas competências. Para o autor, é um tanto impróprio que a análise da justa causa para a mudança de partido político seja feita pela Justiça Eleitoral, tarefa que deveria ser executada pela casa legislativa. Da forma como está ocorrendo acontece uma sobreposição do poder Judiciário criando o que o autor define como um superpoder togado

(...) o TSE passou a disciplinar por meio de resolução matéria de processo civil eleitoral, criando inclusive o rito pelo qual os mandatos poderiam ser cassados. Não apenas, porém. Recentemente, o presidente Carlos Ayres Britto manifestou-se criticamente sobre o mérito da reforma eleitoral tramitando no Congresso, não sem antes afirmar que não via ali nenhum artigo inconstitucional. Ora, se o juízo que lhe cabia institucionalmente era justamente o de jaez jurídico, por que ingressar em opiniões políticas que não são afetas à função da Justiça Eleitoral? Justamente em

⁴⁸ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

⁴⁹ Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

⁵⁰ COSTA, Adriano Soares. *Fidelidade partidária e hipertrofia do Judiciário*. Disponível em: <http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com/2009/08/fidelidade-partidaria-e-hipertrofia-do.html> Acesso em: 10 mai. 2018.

razão da sua hipertrofia, desenvolvida ao longo do período democrático, que precisa urgentemente ser revista, conforme tenho aqui constantemente me manifestado.⁵¹

Essas excessivas intercessões mostram o quão hipertrófico está a atuação da Justiça Eleitoral. E não é algo novo, se se observar que a Resolução nº 22.610 foi publicada em 2007.

De forma mais maleável, o Ministro Luís Roberto Barroso⁵² acredita que a avocação dessa competência pelo Judiciário não é de todo ruim, pois, embora exponha os problemas do Poder Legislativo, o Judiciário está a atender uma demanda social que o parlamento não deu conta de tratar, e elenca as regras eleitorais como uma delas.

Por outro lado, o Ministro não deixa de reconhecer que os membros do Poder Judiciário, assim compreendendo, juízes, desembargadores e Ministros, não são agentes públicos eleitos e, embora tenham aceitação popular, podem invalidar atos dos outros dois poderes, perfazendo uma dificuldade contramajoritária, já que aniquila milhares de votos que elegeram os representantes aptos a praticarem atos no exercício de seus mandatos⁵³. Juízes e tribunais não podem presumir subjetivamente, impondo suas escolhas, suas preferências e sua vontade e só atuam, legitimamente, quando são capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.⁵⁴

Vale observar que a composição do Tribunal Superior Eleitoral é bastante peculiar, pois embora integre o Poder Judiciário como justiça especializada federal, não tem juízes próprios. A Corte é composta por sete magistrados, sendo três deles advindos do Supremo Tribunal Federal e dois do Superior Tribunal de Justiça, os quais são escolhidos por votação secreta. Outros dois juízes são juristas indicados pelo Presidente da República através de uma lista tríplice, para exercerem um mandato de dois anos. Diferente dos

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*, publicado pelo Boletim de notícias online Consultor Jurídico, Conjur, em 22 dez. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=5 Acesso em 19 mai. de 2018.

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*, publicado pelo Boletim de notícias online Consultor Jurídico, Conjur, em 22 dez. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=5 Acesso em 19 mai. de 2018.

demais membros que exercem, necessariamente, um mandato de dois anos, aos integrantes provenientes da classe de advogados, é possível a recondução por igual período. Ocupam os cargos de presidente e vice-presidente, necessariamente, os magistrados advindos do Supremo Tribunal Federal, já para a função de corregedor-geral, o Tribunal Superior Eleitoral o elege dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça. Atua perante a Corte, ainda, o procurador-geral Eleitoral que é o procurador-geral da República. E para cada Ministro efetivo, é eleito um substituto escolhido pelo mesmo processo.

É interessante observar que o Supremo Tribunal Federal pode receber recursos das decisões concedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral e, se considerarmos que o órgão tem entre seus membros três que também atuam no órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, reflete-se se estariam a decidir duas vezes.⁵⁵ Cada estado e o Distrito Federal possui um Tribunal Regional Eleitoral, composto por Juízes de Direito indicados pelo Tribunal de Justiça do respectivo estado e cumprem a tarefa por dois anos.

Eis, portanto, uma estrutura formada por integrantes temporários que não contempla a especialização de seus membros, já que permanecem, em regra, dois anos em suas funções, dando ensejo a uma grande rotatividade. Esse formato, obviamente, tem suas consequências, e uma delas reflete diretamente na segurança jurídica das decisões proferidas pelo Tribunal.

A jurisprudência da Justiça Eleitoral se altera na mesma proporção da alternância de seus membros, além disso, há de se considerar um ponto bastante relevante que é a atuação original desses Magistrados: a maioria deles não tem ligação com a matéria eleitoral. Reflete-se, portanto, se a segurança jurídica pregada pela Constituição da República de 1988 está sendo observada pela Justiça Eleitoral. A rotatividade dos membros da casa, a falta de liame entre a atuação originária daquele membro e a sua atuação na Justiça Eleitoral culmina em uma alteração jurisprudencial que afeta diretamente a segurança jurídica tanto estimada pela Constituição de 1988. Soma-se a

⁵⁵ SALGADO, Eneida Desiree. *El Poder Judicial como protagonista en la definición de las reglas de la competición electoral en Brasil*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Núm. 39, julio-diciembre 2018 p. 115.

isso, o fato de que as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral podem, muitas vezes, alterar e extinguir direitos, bem como ultrapassar sua competência, passando a legislar e invadir a esfera do Poder Legislativo, como adiante será demonstrado.

2.1.1.2. A impossibilidade de obter quitação eleitoral em decorrência da rejeição das contas prestadas: Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 23.376/2012

Em 2012 o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 23.376/2012⁵⁶ que previu, em seu artigo 52 que:

Art. 52. A decisão que julgar as contas dos candidatos eleitos será publicada até 8 dias antes da diplomação
[...]
§ 2º Sem prejuízo do disposto no § 1º, a decisão que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral.

Dessa edição vários problemas da Justiça Eleitoral podem ser identificados. O primeiro deles é que o artigo 11 da Lei nº 9.504/97⁵⁷ determina que a certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral. Eis, portanto, um rol taxativo do que a quitação eleitoral contempla. Não há, no dispositivo, qualquer menção de que para obtenção de quitação eleitoral haveria de se obter aprovação das contas apresentadas, fazendo-se entender que somente a apresentação das contas

⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.376, de 1º de março de 2012. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2012.

⁵⁷ Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições.

[...]

§ 7º A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral.

enseja a quitação. Assim, o parágrafo 2º do art. 52 da Resolução nº 23.376/2012 não poderia inovar para estabelecer o impedimento de obtenção de quitação eleitoral em decorrência da desaprovação das contas.

Ocorre que essa inovação se deu em latente ultrapassagem do viés normativo que a Justiça Eleitoral está autorizada a ter, já que a resolução sai da condição de normatizadora do processo eleitoral, para efetivamente, legislar, procedendo, assim, em clara usurpação da competência do Poder Legislativo. Eis, portanto, o segundo problema constatado no comportamento da Justiça Eleitoral.

Isso porque a CR/88 estabelece que a criação de hipóteses de inelegibilidade⁵⁸ somente pode se dar originariamente pela própria Constituição, conforme consta no art. 14, parágrafos 4º a 8º, da CR/88, ou por via de lei complementar⁵⁹, de caráter infraconstitucional, o que significa dizer que o Poder Legislativo é o poder competente para fazê-lo, conforme art. 14, parágrafo 9º da CR/88 e Lei Complementar 64/90⁶⁰.

O terceiro ponto problemático da Resolução nº 23.376/2012 é que ela cria uma nova obrigação retirando direitos a partir do descumprimento daquilo que ela estabelece, ferindo abruptamente o art. 16 da CR/88 que determina que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

Ou seja, mesmo que se excluíssem os dois primeiros problemas aqui expostos, a Resolução nº 23.376/2012 ainda esbarraria no desrespeito pelo princípio da anualidade da

⁵⁸ Conforme bem definiu Eneida Desiree Salgado, inelegibilidade é a impossibilidade jurídica de concorrer a eleições, que poderá ser inata, prévia à elegibilidade, ou cominada, decorrente de sanção. As inelegibilidades cominadas distinguem-se em simples, cujos efeitos restringem-se à eleição em disputa, e potenciadas, cujos efeitos prolongam-se para a eleição presente e também para as eleições futuras. Do outro lado, a incompatibilidade configura restrição à elegibilidade, em razão de impedimento ligado ao exercício de específicas funções. O afastamento da incompatibilidade pode ocorrer por vontade do futuro candidato ou por vontade alheia. A razão de prever legalmente tais impedimentos está na busca pela garantia da autenticidade eleitoral e da igualdade entre os candidatos. SALGADO, Eneida Desiree. *Do Legislativo ao Judiciário – A Lei Complementar nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”)*, a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013. p. 9.

⁵⁹ O art. 14 elenca as hipóteses de inelegibilidade e determina, no § 9º que lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação.

⁶⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Condições de Registrabilidade e Condições Implícitas de Elegibilidade*: esses obscuros objetos do desejo. In SANTANO, Ana Cláudia e SALGADO, Eneida Desiree (orgs.). *Direito Eleitoral: debates ibero-americanos*. Curitiba: Ithala, 2014. p. 7.

lei eleitoral⁶¹, já que publicada em 1º de março de 2012 foi promulgada com o intuito de valer para as eleições municipais daquele mesmo ano e, assim sendo, não respeitaria o lapso temporal de um ano e um dia, conforme dita o princípio da anualidade eleitoral.

Assim, considerando que a certidão de quitação eleitoral é requisito de elegibilidade, ou seja, é condição para que o cidadão exerça o direito de ser votado, e que essa certidão não será concedida caso as contas daquele interessado não sejam aprovadas, o que se tem é uma restrição de direitos que altera o processo eleitoral. Logo, ela não poderia ser editada para começar a valer já nas eleições de 2012.

Quando o TSE nega-se a declarar quitação eleitoral a quem teve as contas rejeitadas nas eleições de 2010, conforme o que a resolução se referia, ela está ferindo o princípio da legalidade, por restringir direitos e estabelecer sanções distintas das previstas na Lei nº 9.504/97, está a transpor o princípio da separação de poderes e, ainda ignorando os princípios da anualidade eleitoral e da segurança jurídica, pois se a Constituição determina que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência, conforme expresso no art. 16 da Constituição da República de 1988.

O que essa resolução tem de restritiva, tem de moralista. Esse movimento de restrição de direitos com uma facilidade ímpar, pois se dá no campo da expedição de resoluções, denota que os direitos podem ser alterados da forma que melhor convier à Justiça Eleitoral naquele momento. Demonstra que as regras jurídicas estão sendo interpretadas e adaptadas, por assim dizer, segundo uma visão subjetiva daquele legitimado para promover a organização do processo eleitoral.

Uma resolução que pretende rever um direito político, no caso, o de candidatura, demonstra desprezo pela Constituição, indiferença pelos princípios constitucionais, insolência às prerrogativas parlamentares e pela separação de poderes. É moralista porque

⁶¹ O escopo desse princípio é a necessidade de uma predeterminação das regras do jogo da disputa eleitoral observando um ano e um dia de antecedência para evitar casuísmos e surpresas, em nome da estabilidade. Significa dizer que a intenção é a de que os candidatos, interessados em participar do pleito na condição passiva, possam se preparar para a disputa tomando ciência das diretrizes às quais o período eleitoral estará submetido. José Jairo Gomes afirma que essa determinação tem em vista impedir mudanças casuísticas na legislação eleitoral que possam surpreender os participantes do certame que se avizinha, beneficiando ou prejudicando candidatos. GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 235.

julga estar apta a promover uma forma de sanção a partir de seus próprios critérios e interpretação, o que é inadmissível. A repreensão de determinada conduta deve partir de critérios previamente estabelecidos e por quem de direito para fazê-lo. Ignora-se a existência de regras para definir o aceitável e o reprovável para, por sua própria iniciativa julgar o que deve ser reprimido, em nome de uma compreensão gravemente moralista.

E o problema de uma percepção moralista com essas consequências, é que ela provém justamente de um órgão que, além de interpretar o Direito e a Constituição, aplicando a casos concretos, em que se discutem direitos e garantias, daí uma responsabilidade vultosa, legisla em clara usurpação de competência, errando duas vezes, sendo moralista duas vezes. E na estrutura da tripartição de poderes, o mesmo poder que produz a regra não pode aplicá-la, ou, pelo menos, não deveria.

Obviamente essa resolução repercutiu negativamente, principalmente entre os interessados em usufruir de seu direito de participar, na qualidade passiva, do pleito eleitoral daquele ano. Em ação⁶² proposta pelo Partido dos Trabalhadores, e aderida por diversos outros partidos, o poder normativo da Justiça Eleitoral foi questionado, fazendo reflexão sobre sua extensão e a restrição de direitos fundamentais que a resolução acabava por promover.

Assim, em 28 de junho de 2012, o Tribunal, por maioria, deferiu a exclusão do parágrafo 2º artigo 52, da Resolução do TSE nº 23.376/2012, ficando o parágrafo 1º transformado em parágrafo único, determinando que a desaprovação das contas de campanha eleitoral de candidato não obsta a obtenção de certidão de sua quitação eleitoral. Mesmo assim, o julgamento encerrou com 4 votos a favor e 3 votos contra a exclusão do parágrafo 2º. Essa alteração deu origem à Resolução nº 23.382/2012.⁶³

Ou seja, não houve unanimidade em decisão tão importante que retira, bruscamente, um direito que a resolução, por sua natureza, não está autorizada a fazer.

⁶² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. INST Nº 0001542-64.2011.6.00.0000. Relator Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares. Julgado em 28 jun. 2012. Publicado em 27 jul. 2012 no Diário de justiça eletrônico nº. 143 Pag. 2.

⁶³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.382, de 28 de junho de 2012*. Altera a Resolução-TSE nº 23.376, de 1º de março de 2012, e dá outras providências.

Diante do que se refletiu acima, com todos os problemas que essa resolução apresenta, é espantoso que o resultado dessa decisão apresente uma vitória tão apertada a favor da manutenção de um direito resguardado constitucionalmente.

2.1.1.3. Alteração no número de representantes da Câmara dos Deputados e Assembleia Legislativa pela Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 23.389/2013

Em 2013, uma resolução que dispunha sobre o número de membros da Câmara dos Deputados e das Assembleias e Câmara Legislativa para as eleições de 2014, foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A ADI nº 5130, com pedido cautelar, foi ajuizada pela Mesa da Câmara dos Deputados, em face do parágrafo único do artigo 1º da Lei Complementar 78, de 1993, e da Resolução do Tribunal Superior Eleitoral 23.389, de 9 de abril de 2013. Ventilou-se a inconstitucionalidade da referida lei pela impossibilidade de que ela atribuísse ao Tribunal Superior Eleitoral a fixação do número de representantes, por Unidade federativa, na Câmara dos Deputados, em atendimento à proporcionalidade à população, consoante o disposto no art. 45, parágrafo 1º, da CF/88. Referido artigo estabelecia que: A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. parágrafo 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados. A resolução, por sua vez, dispunha sobre o número de membros da Câmara dos Deputados e das Assembleias e Câmara Legislativa para as eleições de 2014, de modo a definir a representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados. A Mesa da Câmara dos Deputados defendeu que o dispositivo da lei complementar impugnado violaria o art. 45, parágrafo 1º, da Constituição Federal, pois estaria a delegar matéria reservada ao Congresso Nacional pelo texto constitucional. Consequentemente, se a lei que delega à

Resolução possibilidade de definir fixação de representantes e esta lei é considerada inconstitucional, o conteúdo da Resolução, então, revela completo extravasamento da competência normativa do Tribunal, de modo que a inconstitucionalidade deveria ser declarada por arrastamento.

Foi neste sentido que em Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tratou dos limites da função normativa do TSE, afirmando que, embora apto a produzir atos abstratos com força de lei, o poder de editar normas do Tribunal Superior Eleitoral, no âmbito administrativo, tem os seus limites materiais condicionados aos parâmetros do legislador complementar.

Para o Supremo, a resolução inaugurou conteúdo normativo primário com abstração, generalidade e autonomia que não estava anunciado e nem era passível de ser deduzido da Lei Complementar nº 78/1993⁶⁴. De fato, da Lei Complementar nº 78/1993, nada se extrai que possa legitimar a Resolução nº 23.389/2013 do Tribunal Superior Eleitoral, o que faz com que essa outorga de referida atribuição ao TSE perfaça uma verdadeira afronta aos preceitos constitucionais.

Reforçando que a definição do critério da distribuição proporcional da representação dos Estados é matéria reservada à lei complementar, a Ministra Rosa Weber entendeu que a renúncia do legislador complementar ao exercício da sua competência exclusiva não legitima o preenchimento da lacuna legislativa por órgão diverso e que, uma vez que se o TSE pode fixar livremente a forma de cálculo em uma eleição, também livremente poderá alterá-la em outra, o que compromete a segurança jurídica ao processo eleitoral⁶⁵. Lembrou a Ministra que o poder normativo não é poder legislativo. A norma de caráter regulatório preserva a sua legitimidade somente quando cumpre o conteúdo material da legislação eleitoral, podendo até conter regras novas, mas desde que

⁶⁴ A Lei complementar nº 78, de 30 de dezembro de 1993 disciplinava a fixação do número de Deputados, nos termos do art. 45, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5130 DF*, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgado em 01 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=5130&classe=A DI>> Acesso em 7 jul. 2018. p. 75.

preservada a ordem vigente de direitos e obrigações, configurando regras novas, e não direito novo⁶⁶.

Contudo, esse posicionamento não encontrou unanimidade no Supremo Tribunal Federal, que finalizou com um cômputo de 6 votos opinando pela inconstitucionalidade da resolução contra 3 votos que opinaram pela improcedência da ADI. Votaram pela inconstitucionalidade os Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, julgando pela procedência do pedido constante na ADI, ficando vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Roberto Barroso e Dias Toffoli, que opinaram pela improcedência, e, em parte, o Ministro Teori Zavascki, que opinou pela procedência parcial para dar interpretação conforme ao parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar nº 78/1993.

O argumento do Ministro Gilmar Mendes para votar a favor da constitucionalidade da Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 23.389 foi o de que a LC 78/93 não delegou poder legiferante primário ao Tribunal Superior Eleitoral, mas apenas a função de, com base na atualização estatística demográfica das unidades da Federação realizada pelo IBGE, proceder aos cálculos que definirão as bancadas dos entes federados na Câmara dos Deputados⁶⁷. No mesmo sentido foi o voto do Ministro Luís Roberto Barroso que entende ser competente a Justiça Eleitoral para dar aplicação às normas constitucionais e legais vigentes até que sobrevenha alguma mudança legislativa neste aspecto. De modo coerente, o Ministro já havia manifestado seu apoio ao ativismo da Justiça Eleitoral quando escreveu que esse fenômeno guarda um ponto positivo, uma vez que o Judiciário estaria atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo Poder Legislativo, em temas como regras eleitorais, por exemplo⁶⁸.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5130 DF*, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgado em 01 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=5130&classe=A DI>> Acesso em 7 jul. 2018. p. 69.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 30.

⁶⁸ BARROSO, Luís. Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em 7 jul. 2018. p. 27.

2.1.1.4. A supressão do marco temporal para comprovação do pagamento ou parcelamento de dívida junto à Justiça Eleitoral: Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 23.405/2014

Conforme antes dito, uma das condições de elegibilidade é a comprovação, por meio de apresentação de certidão, conferida pela Justiça Eleitoral, de que aquele cidadão está quite com a Justiça Eleitoral. De acordo com o artigo 11 da Lei nº 9.504/97 a certidão de quitação eleitoral deve abranger, exclusivamente, a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não reemitidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral. O parágrafo 8º, inciso I, desse artigo reza que:

Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem a [...]
§ 8º Para fins de expedição da certidão de que trata o § 7º, considerar-se-ão quites aqueles que:
I - condenados ao pagamento de multa, tenham, até a data da formalização do seu pedido de registro de candidatura, comprovado o pagamento ou o parcelamento da dívida regularmente cumprido;
[...]

Observa-se que a norma estipula um prazo para que aquele que foi condenado ao pagamento de multa honre com o débito para, na sequência, obter certidão de quitação eleitoral. Esse prazo vigora, portanto, até a data da formalização do seu pedido de registro de candidatura, de acordo com o que versa o dispositivo. Significa dizer que o pagamento da dívida posterior à formalização do pedido registro de candidatura não geraria quitação.

Em 2014, uma resolução publicada pelo Tribunal Superior Eleitoral, que possuía o escopo de estabelecer normas para a escolha e o registro de candidatos nas eleições daquele ano, registrada sob o nº 23.405/2014, suprimiu o marco temporal que já era consolidado no art. 11 da Lei nº 9.504/97 deixando constar apenas que estariam quites aqueles que, condenados ao pagamento de multa, tenham comprovado o pagamento ou o cumprimento regular do parcelamento da dívida

Art. 27. O formulário de Requerimento de Registro de Candidatura (RRC) será apresentado com os seguintes documentos:

7º Para fins de expedição da certidão de quitação eleitoral, serão considerados quites aqueles que (Lei nº 9.504/97, art. 11, § 8º, I e II):

I – condenados ao pagamento de multa, tenham comprovado o pagamento ou o cumprimento regular do parcelamento da dívida;

[...]

Considerando que a Lei nº 9.504/97 impôs um limite temporal à quitação da dívida para conquista da quitação eleitoral e a resolução veio a suprimir esse marco, houve, por óbvio, dúvida acerca de qual dispositivo seria válido. E não é sem razão. No plano das competências, não cabe à Justiça Eleitoral alterar ou substituir leis, criando direitos ou obrigações, pois a sua competência, como órgão do poder judiciário, restringe-se a ditar regras intuindo, apenas, a administração do processo eleitoral, podendo expedir todas as instruções necessárias para a fiel execução da lei. Somente isso.

As consequências dessa ingerência da Justiça Eleitoral por meio de resoluções são nefastas, pois torna o processo eleitoral conturbado, abarrotando a própria Justiça Eleitoral, uma vez que gera dúvida e uma grande insegurança jurídica no concernente a qual norma aplicar e qual é o tempo adequado, situação que não deveria ocorrer quando se trata da proteção a direitos políticos. Neste caso, observa-se que a resolução revela-se contraditória à norma contida no texto legal, advinda de lei ordinária, apresentando uma complexa antinomia, já que além de contradizer texto de lei em sentido formal, afeta diretamente o exercício pleno dos direitos políticos fundamentais do cidadão.

Embora legítimos, os dispositivos normativos editados pelo Tribunal Superior Eleitoral não podem criar regras que se apresentem prejudiciais ao regular exercício dos direitos políticos do cidadão, tampouco que comprometa a segurança jurídica do processo eleitoral, sob pena de promover afronta aos princípios da segurança jurídica e da previsibilidade. Seu conteúdo deve ater-se apenas a regras que visem conferir viabilidade à execução da legislação eleitoral, bem como organizar o pleito vindouro, facilitando a compreensão e a aplicabilidade da legislação eleitoral.

Já para as eleições de 2016, a Resolução nº 23.455, de 15 de dezembro de 2015, reinseriu o marco temporal no parágrafo terceiro do artigo 27.

2.1.2. Judicialização das Eleições: hipertrofia da função jurisdicional da Justiça Eleitoral

Outra função da Justiça Eleitoral que se mostra hipertrofiada é a função jurisdicional. Juízes e Tribunais tem interferido, sem muita cerimônia, nas escolhas políticas e partidárias e, através de suas decisões, acabam por impor, à sua maneira, aquele resultado que, a partir de seus critérios próprios e subjetivos, entende ser a melhor alternativa.

Referida ideia pode ser bem exemplificada a partir da pesquisa desenvolvida por Margarete Coelho⁶⁹, na qual a autora aponta o alto número de cassações de mandatos no Brasil

[...] há um exorbitante número de pedidos e, efetivamente, de cassações de mandatos de prefeitos no Piauí e no Brasil afora, o que tem fomentado um sentimento de que uma eleição só está decidida depois que a Justiça Eleitoral diz a última palavra sobre a sua validade (como se a homologasse) ou quando expiram todos os prazos para a sua contestação na seara judicial. Também, a forma como a Corte maneja um, em certa medida, um autoconcedido poder regulamentar, que não tem previsão constitucional, mas que, no seu exercício, tem autorizado que, à guisa de regulamentar a legislação eleitoral, a fim de possibilitar a sua fiel execução, termine por inovar o sistema eleitoral, com novas regras, criando, extinguindo e modificando direitos, em uma clara e indevida intromissão na seara da política [...]

Inegavelmente, as lides surgidas ao longo do período eleitoral visam, com grande esforço, impugnar candidaturas ou, quando ajuizadas posteriormente, anular o resultado do pleito, com o objetivo de promover a cassação de diplomas e de mandatos em curso.

Amparados pela possibilidade do art. 262 do Código Eleitoral vigente⁷⁰, o Ministério Público ou o candidato derrotado no pleito, ambos legitimados para tanto, recorrem ao judiciário na tentativa de rediscutir a escolha feita pelos eleitores, submetendo a decisão do eleitorado a um juiz ou grupo de juízes.

Se decidirem monocraticamente ou colegiadamente pela anulação do resultado das urnas, esses magistrados acabam por atuar contramajoritariamente, pois a invalidação da

⁶⁹ COELHO, Margarete de Castro. *A democracia na encruzilhada*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2015. p. 106.

⁷⁰ Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade.

escolha coletiva por um magistrado ou órgão colegiado, e pondera-se, estes são agentes cuja investidura não foi submetida à escolha popular, traduz clara sobreposição dos interesses subjetivos do julgador aos interesses e escolhas da sociedade.

Neste aspecto, há de se considerar que a Justiça Eleitoral não possui quadro próprio e permanente de magistrados e essa constante transição na composição dos tribunais confere prejuízo na consolidação da jurisprudência que se altera com a mesma frequência que a estrutura de seus quadros. O reposicionamento de seus membros é capaz de alterar tão significativamente seus entendimentos que é possível ver a Justiça Eleitoral decidindo de forma oposta ao que se viu em julgamentos anteriores.

Um excesso de judicialização do resultado do pleito demonstra, de um lado, menosprezo ao voto e, do outro, profere uma resposta à própria atuação da Justiça Eleitoral, que, de modo transcendental, dá margem para todo tipo de dúvida, de insegurança jurídica, de discussão, rediscussão e demonstração de descontentamento. Com isso, a Justiça Eleitoral vira palco para o que Eneida Desiree Salgado e Adriano Soares da Costa chamam de “terceiro turno” eleitoral.

Adriano Soares da Costa escreve em seu *blog* pessoal diversas reflexões acerca do comportamento da Justiça Eleitoral brasileira. E há muito o autor já tece suas críticas à atuação desenfreada do órgão, que altera sua jurisprudência com frequência, eivando de vícios a segurança jurídica que deveria ser observada pelo Tribunal. Em uma de suas reflexões, publicada em 2009, o autor critica o desempenho da Justiça Eleitoral considerando que ela tornou-se local em que se discute, de forma equivocada, o descontentamento com o resultado das eleições

Todos aguardam ansiosos que a Justiça Eleitoral endireite a nossa democracia, porque o povo, ao que parece, seria incapaz de fazê-lo. Que país engraçado o nosso: institucionalizamos o terceiro turno e clamamos que os tribunais resolvam, ao fim e ao cabo, o que deveria ser submetido apenas ao crivo popular. Construímos uma república dos derrotados, dos sem-votos, escolhidos pela eleição indireta dos eleitores togados.⁷¹

⁷¹ COSTA, Adriano Soares da. *Democracia, judicialização das eleições e terceiro turno*. Disponível em: <http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com/2009/02/democracia-judicializacao-das-eleicoes.html> . Acesso em: 21 mai. 2018.

Da mesma forma, Eneida Desiree Salgado⁷² adota o termo “terceiro turno” para designar a transferência da discussão para o Poder Judiciário Eleitoral, defendendo ser necessário que se avalie a atuação protagonista da Justiça Eleitoral, que avoca para si a competência de rediscutir o resultado do pleito e decidir, em uma sobreposição da vontade popular, os futuros titulares dos mandatos

Não se nega o papel da Justiça Eleitoral como árbitro das eleições, mas sem substituir a decisão soberana do povo. Ainda que se reconheça que a linha entre a permissividade e a intromissão possa ser tênue, atualmente, a ação exacerbada do Poder Judiciário na arena eleitoral salta aos olhos. E, de igual forma, ofende o princípio da autenticidade eleitoral.

O terceiro turno da disputa eleitoral tem servido a candidatos, partidos e coligações como estratégia de manutenção de poder político⁷³. A judicialização que era útil ao amparo de minorias, grupos periféricos e demais desfavorecidos no processo político passa a abarcar aquelas figuras descontentes com o resultado do pleito e que enxergam na rediscussão do escrutínio, uma possibilidade para além da soberania popular, de manter determinado prestígio político ou até mesmo como uma maneira de “chegar lá” e alcançar a representatividade por outras vias, mesmo que as vozes populares não o tenham escolhido.

E essa esperança não é sem razão. As cassações promovidas e as eleições suplementares que ocorrem com certa frequência demonstram que outro turno de debate se faz sempre possível na esfera judiciária, sendo legitimado, ainda, pelas constantes alterações das regras do processo eleitoral, como as que foram oportunamente abordadas neste trabalho. Um exemplo disso pode ser visto no trabalho realizado por Margarete Coelho⁷⁴ que ao demonstrar o expressivo número de cassações realizadas pela Justiça Eleitoral, bem como da realização de eleições suplementares, conclui que a própria Justiça

⁷² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estudos Eleitorais*. Vol. 6, nº 3. Set./dez. 2011. Brasília: Escola Judiciária Eleitoral. 2011. Disponível em: http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_v6_n3.pdf Acesso em: 16 jun. 2018. p. 111 a 113.

⁷³ COELHO, Margarete de Castro. *A democracia na encruzilhada*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2015. p. 122.

⁷⁴ Na obra “A democracia na encruzilhada” Margarete Coelho apura que de um total de 249 processos ajuizados entre os anos de 2004 e 2008, todos de iniciativa de figuras legalmente legitimadas (candidato, coligações, Ministério Público Eleitoral), os candidatos são responsáveis por ajuizarem 60 ações, ou seja 24,1% das ações, enquanto que as coligações ajuizaram 35 dessas 249 ações, o que representa 14,1% do total, ficando os partidos com 2,8% das ações, já que ajuizaram, nesse tempo, 7 ações. COELHO, Margarete de Castro. *A democracia na encruzilhada*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2015. p. 160.

Eleitoral colabora para que este cenário exista. O agigantamento da sua função jurisdicional é o combustível para que manobras para “virar o jogo” se torne possível.

Em contrapartida, o Ministro Luís Roberto Barroso não atribui essa atuação mais expressiva como sendo de responsabilidade ou de iniciativa do próprio Poder Judiciário. Segundo o Ministro, que atualmente integra o Tribunal Superior Eleitoral, como um dos Ministros advindos do Supremo Tribunal Federal, o fenômeno da judicialização, bem como certo grau de ativismo, expressa um pouco das circunstâncias que o país vivencia.⁷⁵ Para ele, uma fragilidade do Poder Legislativo, unida a uma crise de identidade e de funcionalidade, culmina na ascensão do Poder Judiciário, como forma de recurso para todos os pleitos não atendidos. E isso não seria de todo modo ruim, já que estaria contribuindo para o avanço social diante de um momento de incerto imobilismo do Poder Legislativo.⁷⁶

Há, segundo Barroso, outro fator que implica nessa ascensão: a Constituição de 1988 seria suficientemente abrangente de modo que muitas matérias que em outros países ficaria a cargo do processo político majoritário e, portanto, para a legislação ordinária, no Brasil essas matérias acabam sendo constitucionalizadas, o que significa que a pauta é retirada da política e levada para o âmbito do Direito. O resultado disso é que na medida em que existe uma norma constitucional tratando de algum tema, seja a respeito de meio ambiente, seja sobre idoso, seja sobre previdência, sempre existirá alguém que poderá invocar aquela norma para formular determinada pretensão. O autor explica que no Brasil essa judicialização foi potencializada por uma constitucionalização abrangente, simultânea a uma crise de representatividade do Poder Legislativo. Teria o sistema político brasileiro, então, de acordo com ele, se tornado extremamente disfuncional e pouco representativo⁷⁷, e a saída para tudo isso seria uma recomposição do Poder Legislativo.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Entrevista: Luís Roberto Barroso (judicialização)*. Youtube, 13 out. 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2MAVouNqF8M> Acesso em: 12 jul. 2018.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Entrevista: Luís Roberto Barroso (judicialização)*. Youtube, 13 out. 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2MAVouNqF8M> Acesso em: 12 jul. 2018.

Observa-se que o que a justificativa do agora Ministro do TSE, pois, à época da entrevista não o era, é pautada na crise vivenciada pelo Poder Legislativo e não na atuação do Judiciário, sugerindo que haja recomposição do Poder Legislativo, desviando todo o foco do problema para esse poder e não para o Judiciário. Dá-se um sentido de que a atuação protagonista do Poder Judiciário é a única alternativa até que o Legislativo volte a alcançar credibilidade.

Mas o ponto que deve ser observado é a supressão de competência e a invasão de limites estabelecidos constitucionalmente a cada um dos poderes. O Poder Judiciário não deve ser visto como herói ou como aquela autoridade que resolve todos os problemas que não foram deslindados, a contento, pelos outros poderes. Essa atuação protagonista altera a conjuntura política e leva à judicialização do processo eleitoral.

A atuação transcendental da Justiça Eleitoral é consequência de uma visão moralista e também paternalista do processo como um todo, o que desencadeia uma espécie de desenvolvimento incontrolável e hipertrófico das funções da Justiça Eleitoral cuja legitimidade deve ser questionada. Os capítulos seguintes deste trabalho abordarão aspectos da condução moralista e paternalista da Justiça Eleitoral, na tentativa de apurar qual a parcela de contribuição do Poder Judiciário, em matéria eleitoral, para assegurar a plena liberdade de escolha dos eleitores, como tem se comportado a Justiça Eleitoral frente aos limites e alcances das suas funções e quais as consequências do robustecimento das funções da Justiça Eleitoral.

2.2. A atuação hipertrofiada da Justiça Eleitoral brasileira: há segurança jurídica?

O princípio da segurança jurídica, consagrado constitucionalmente, é essencial para assegurar o amplo exercício dos direitos políticos fundamentais do cidadão. Embora possa ser defendido em diversos ramos do direito, no campo da Justiça Eleitoral, o princípio da segurança jurídica deve ganhar ênfase e ser aplicado do início ao fim dos procedimentos eleitorais, devendo ser observado em diversos momentos, seja na

expedição das resoluções, na aplicação dos dispositivos legais e, conseqüentemente, na construção jurisprudencial.

Ainda que a Constituição de 1988 não faça referência direta ao princípio da segurança jurídica, é plausível compreender que o princípio é contemplado em diversos de seus dispositivos⁷⁸.

O posicionamento doutrinário aponta que todas as determinações constitucionais, embora não tratem da segurança jurídica de forma direta, têm intenção de conferir previsibilidade, estabilidade, certeza, confiança e outros requisitos à aplicação do ordenamento jurídico.

Joaquim José Gomes Canotilho⁷⁹ afirma que as ideias centrais do princípio da segurança jurídica passam por dois principais conceitos: o primeiro deles é a estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração destas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes. Já o segundo diz respeito à previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.

Do mesmo modo, Humberto Theodoro Júnior afirma que o princípio da segurança jurídica pode ser distinguido em dois sentidos, a saber, a segurança que deriva da previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as

⁷⁸ A exemplo, o princípio da legalidade que se traduz no direito de que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI), bem como pelos princípios da legalidade e anterioridade em matéria penal (art. 5º, inciso XXXIX) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (art. 5º, inciso XL). É possível considerar que há, ainda, referência ao princípio da segurança jurídica no conjunto das garantias processuais penais e civis, como é o caso da individualização e limitação das penas (art. 5º, incisos XLV a XLVIII), das restrições à extradição (art. 5º, incisos LI e LII, CF/1988), nas garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV).

⁷⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almeida, 1995. p. 165.

disposições normativas e a segurança que se traduz na estabilidade das relações jurídicas definitivas.⁸⁰

Fávila Ribeiro⁸¹ problematiza a aplicação da segurança jurídica frente à dinâmica eleitoral

O tempo tem marcante influência na dinâmica eleitoral, impondo-se redobradas cautelas a que não seja aproveitado para desvirtuamentos, fomentando situações alvissareiras para uns e, prejudiciais a outros. As instituições representativas não podem ficar expostas a flutuações nos seus disciplinamentos, dentre os quais sobrepõem os eleitorais, a que não fiquem ao sabor do dirigismo normativo das forças dominantes de cada período, alterando-se as leis sem qualquer resguardo ético, aos impulsos de eventuais conveniências, em círculo vicioso, para impedir que as minorias de hoje tenham legítima ascensão ao poder pelo genuíno consentimento do corpo de votantes.

Diante de tais considerações doutrinárias, importante reflexão se faz necessária para o momento. É que antes do surgimento da Lei nº 9.504/97, denominada Lei das Eleições, a regulamentação legislativa do período eleitoral era elaborada especificamente para cada pleito eleitoral, o que significa dizer que, a cada nova eleição, novos regramentos eram editados, de modo que o ato que valia para uma eleição não necessariamente seria válido para o pleito seguinte. O processo eleitoral, então, carecia de certeza e vivia sob uma incessante inconstância, prevalecendo, naquele momento, a surpresa e a transitoriedade das normas. Com isso, as regras válidas para determinado escrutínio eram desenhadas de modo a privilegiar interesses específicos, culminando na falta de lisura e na antidemocracia.

Com o surgimento da Lei nº 9.504/97, os procedimentos, outrora dispostos em legislação esparsa, foram consolidados em uma única lei específica que visava estabelecer regras gerais para as eleições majoritárias e proporcionais. As normas contidas na Lei das Eleições além de disporem acerca da disputa pelos cargos majoritários e proporcionais, também regulamentam a realização das convenções para a escolha de candidatos, registro de candidatura, arrecadação e aplicação de recursos nas campanhas eleitorais, prestações de contas, pesquisas eleitorais, propaganda eleitoral em diversos veículos, direito de

⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança jurídica*. In.: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n. 1, p. 92-118, abr. 2006. P. 103.

⁸¹ RIBEIRO. Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa*. Porto Alegre: SA Fabris Editor, 1990. p. 93.

resposta e fiscalização das eleições. A partir de sua promulgação, os pleitos eleitorais subsequentes, desde 1998, foram por ela regidos e, embora tenha emergido com a necessidade de trazer segurança, permanência, estabilidade e certeza, requisitos antes ausentes até aquele momento, a Lei das Eleições não escapou de sofrer alterações, o que ocorreu com a promulgação das seguintes leis: Lei nº 11.300/2006, que dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais, alterando a Lei nº 9.504/97, de 30 de setembro de 1997; Lei nº 12.034/2009, que alterou a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, denominada Lei dos Partidos Políticos, a Lei nº 9.504/97, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 que instituiu o Código Eleitoral; Lei nº 12.891/2013 que além de alterar dispositivos da Lei nº 9.504/97 trouxe novos dispositivos a fim de diminuir o custo das campanhas eleitorais; e Lei nº 13.165/2015 que promoveu alterações no Código Eleitoral para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina.

A Lei nº 9.504/97 trouxe certa estabilidade a todos os envolvidos nos certames eleitorais, neles compreendidos os candidatos, órgãos como Tribunais Regionais Eleitorais, Ministério Público, partidos políticos e até mesmo eleitores, que passaram a dispor de ferramentas para realizar o controle das eleições com maior afinco.

Não é possível afirmar que, hodiernamente, após a edição da Lei nº 9.504/97, a dinâmica eleitoral passou a estar isenta de aplicações deslocadas da escala de previsibilidade e, até mesmo, de tentativas legislativas de privilegiar determinado partido político ou candidato. Contudo, sabe-se que há o empenho de evitar estratégias de cunho vantajoso para uns em detrimento de outros, bem como visa preservar a previsibilidade, estabilidade e certeza, que são requisitos imprescindíveis para a segurança jurídica. Criou-se, então, uma situação de harmonia entre as normas válidas para o pleito e sua aplicação, uma vez que as alterações, que antes eram constantes, deram lugar para uma previsibilidade no que diz respeito ao cabimento e aplicação da lei, ou seja, era possível prever como a norma seria aplicada e como a jurisprudência dos Tribunais se comportaria

diante de determinada realidade. Essa harmonia nada mais é do que a materialização da segurança jurídica.

A segurança jurídica no plano eleitoral, portanto, se perfaz na garantia de que o certame será regido por um conjunto preciso e delimitado de normas previamente conhecidas e consolidadas desde o início do ano eleitoral. A partir disso, ela promove a isonomia de condições entre os variados grupos políticos, uma vez que ficam todos igualmente submetidos ao mesmo conjunto de normas regulatórias na disputa eleitoral. O princípio da anterioridade, dessa forma, acaba por criar uma presunção de que qualquer alteração no processo eleitoral configura um fator de desequilíbrio entre as diversas forças políticas adversárias.

O pleno exercício de direitos políticos é garantia fundamental, e o princípio da anterioridade eleitoral representa, neste contexto, cláusula pétrea, uma vez que está protegida contra o poder de reforma constitucional.

Importante ressaltar que segurança jurídica não é sinônimo de imutabilidade, o fato de ela garantir segurança não significa que ela não possa se adequar a novas realidades. É necessário compreender a aplicação dos requisitos da segurança jurídica (previsibilidade, confiança, certeza e estabilidade) no contexto da dinâmica normativa. Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes, ao julgar Recurso Especial Eleitoral nº 27-45.2012.6.17.0045, julgado em 16 dez. 2014, considerou prevalecer o entendimento jurisprudencial da época dos fatos, com respaldo no art. 11, parágrafo 10, da Lei nº 9.504/97. No caso em comento, o Ministro problematiza a importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais transfigurada no princípio da anterioridade eleitoral do art. 16 da Constituição de 1988, sustentando que o entendimento dos órgãos julgadores não pode sofrer alteração após o resultado das eleições. Para o Ministro, impera a impossibilidade de mudança da jurisprudência após o encerramento da eleição, pois tal conduta viola o princípio da segurança jurídica contido no art. 16 da CR/88. Ele defende que as mudanças radicais na interpretação da Constituição e da legislação eleitoral devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte

Constitucional, mas também o Tribunal, que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais e legais que dizem respeito aos direitos políticos fundamentais e ao processo eleitoral.

Em Recurso Extraordinário julgado pelo STF, nº 637485⁸², julgado em primeiro de agosto de 2012, pelo Ministro Gilmar Mendes, o órgão entendeu que no âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que, de alguma forma, participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica, para o regular transcurso dos processos eleitorais, está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição da República de 1988.

Do mesmo modo foi o entendimento do Ministro Celso de Melo do Supremo Tribunal Federal em recente julgado em Recurso Extraordinário com agravo, nº 768043, julgado em 28 de novembro de 2016, pelo Ministro Celso de Mello, para o qual o fundamento constitucional que legitima a exigência de segurança jurídica é o art. 16 da CR/88 que representa garantia básica tanto do cidadão eleitor quanto do cidadão candidato, bem assim das próprias agremiações partidárias. Em decorrência disso, considera que o art. 16 traduz cláusula pétreia e mostra-se imune, até mesmo, ao próprio poder de reforma constitucional atribuído ao Congresso Nacional.

Diante de tais considerações, observa-se que o princípio da segurança jurídica é inerente não só à legislação pertinente ao processo eleitoral, mas também à jurisprudência dos tribunais, cujo comportamento deve ser pautado em sua observância permanente.

A compreensão do princípio da segurança jurídica como sendo fundamental ao sistema jurídico e sua disposição no Preâmbulo da Constituição da República de 1988 não deixa dúvidas de que este é um princípio que carrega um status constitucional. É pilar do Estado Democrático de Direito e não se admite que haja a substituição dos valores

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 637485*. Rio de Janeiro. Julgado em 1 ago. 2012. Acórdão publicado em 21 mai. 2013. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=637485&classe=RE> Acesso em 10 jul. 2017.

plasmados na Constituição por valores subjetivos, mascarados de argumentos técnicos ou de uma concepção pessoal de justiça.⁸³

Neste sentido, Eneida Desiree Salgado

Ao Poder Judiciário cabe realizar a Constituição, outorgá-la efetividade, para que ela funcione “de boa-fé”. E aos juristas, mais ainda no campo eleitoral onde raream, impõe-se a tarefa de lutar pela preservação dos princípios constitucionais, pela segurança jurídica, pela certeza das regras do jogo, pela democracia e pela República.

Adriano Soares da Costa⁸⁴ já fez observações quanto ao caminho que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral vem percorrendo e avalia que ela tem se empenho mais na obtenção de resultados de efeitos rápidos e na busca por maior efetividade, do que na observância da segurança jurídica. Em outro momento, o autor critica o que ele chama de hipermoralização do direito⁸⁵ identificado na subjetividade do legislador e ensejado pelo poder regulamentar desenfreado do Tribunal Superior Eleitoral

Substituindo as razões do legislador, sobrepuseram-lhe as razões políticas do julgador, aplicando o "eu acho" judicial, que vale mais do que a norma positivada. O "eu acho judicial" termina sendo uma abolição da segurança jurídica, de um lado, e um abuso do poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral, de outro lado, que apenas poderia editar resoluções regulamentares nos limites precisos.

A preservação e observância do princípio da Segurança Jurídica, além de velarem pela certeza, pela previsibilidade e confiança, visam, mais do que isso, preservar a democracia e a plenitude dos direitos políticos fundamentais ao cidadão. Eis, portanto, a justificativa pela qual a Justiça Eleitoral não deve deixar de observá-la seja em seus julgamentos, ocasião na qual é construída a jurisprudência do Tribunal, seja no exercício

⁸³ GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. *O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 105 - 121.

⁸⁴ COSTA, Adriano Soares da. *Captação Ilícita de Sufrágio Novas Reflexões em Decalque*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/505/TRE-PR-revista-050-adriano-soares-da%20costa.pdf?sequence=1>> Acesso em 15 abr. 2017.

⁸⁵ COSTA, Adriano Soares da. *Quitação eleitoral e hipermoralização do direito: na era do "fichalimpismo"*. Disponível em: <<http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com/2012/03/quitacao-eleitoral-e-hipermoralizacao.html>> Acesso em 03 fev. 2017.

de seu poder normativo, ou em qualquer outra atividade que possa afetar a escolha do cidadão e o exercício de seus direitos.

3. MORALISMO NA JUSTIÇA ELEITORAL

3.1. Vestígios do moralismo no Brasil: uma perspectiva sociológica

Embora não seja intenção deste trabalho debruçar-se sobre a contextualização e definições de moral e direito é fato que tanto o direito quanto a moral possuem um elemento comum que é justamente a tentativa de ambos em disciplinar condutas humanas por meio de normas comportamentais. Tanto um quanto outro pretendem evitar a prática de atitudes indesejadas e é exatamente por isso que em muitos casos as normas jurídicas e as normas morais coincidem. A exemplo, o crime de homicídio, é conduta delituosa combatida tanto pela moral quanto pelo direito, mas o que diferencia a norma moral da norma jurídica é o fato de a norma moral ser criada de uma maneira difusa, sendo imposta pela sociedade a partir de costumes consolidados ao longo do tempo e apresentando uma adesão espontânea, ao passo que as normas jurídicas são criadas a partir de um ente centralizador que é o Estado.

Assim, parte-se do princípio de que a criação de uma norma jurídica se dá a partir da aprovação da sociedade, tendo ela a oportunidade de opinar e, se assim o fez, certamente estava de acordo com suas diretrizes, o que faz com que sua observância seja obrigatória para a coletividade. Já a norma moral, por ter sido criada de modo limitado e por alguns indivíduos e, não tendo havido espaço para que o restante da população pudesse opinar, não há que se falar em obrigatoriedade e alcance de todos os indivíduos, dada a ausência de representatividade.

Inasfastavelmente o direito e a moral possuirão instrumentos diferentes para impor as suas normas de conduta. Enquanto que as normas jurídicas detém uma posição centralizada no poder judiciário, apto a julgar, condenar e determinar a aplicação das sanções jurídicas, as normas morais não tem um ente centralizador para criá-las, tampouco para aplicá-las. Conclui-se, portanto que eventuais sanções morais aplicadas a transgressões da normativa moral estão desprovidas de legalidade e longe de garantir o contraditório e a ampla defesa.

De acordo com Leonardo Prota, do ponto de vista sociológico em que as normas morais se situam, e aí há de se considerar somente as ideias que possuem aplicação prática, a moral se identifica seja com aquilo que vale por motivos religiosos, seja com o que se estabeleceu por convenção. A convenção provém da ordem legítima, da mesma forma que o direito, mas diferentemente deste, não se sustenta em nenhuma forma de coação ou em instituição destinada especificamente àquele fim. Como antes dito, a convenção se estabelece por adesão voluntária no interior dos grupos sociais.⁸⁶ Assim, a tese de que o pré-requisito essencial da moral é a autoridade, deve ser compreendida entendendo-se que o assentamento da moral está associado a um polo de dominação no seio da sociedade.⁸⁷

A partir disso, entende-se que a norma moral é regulada e aplicada pelo moralista, para o qual é válida a criação de normas por determinados grupos sociais que não as submete nem à opinião pública, nem ao filtro do direito, mas que intentam que seu cumprimento seja observado pela coletividade ao argumento de que aquele é o modo de vida correto a ser seguido. É moralista, ainda, aquele indivíduo que se move não por princípios éticos, mas a partir de uma concepção moral, a partir das normas produzidas externamente,⁸⁸ perfazendo-se em um defensor conservador das normas sociais estabelecidas, que age de forma descomedida, exacerbada, imoderada, que passa a julgar todos a partir de um modelo abstrato composto pelas normas que acredita e defende⁸⁹, não interessando a ele a gênese social do indivíduo e de seu ato. Nesta senda conservadorista, o moralista move seu pensamento num espaço associativo, a partir de uma estrutura semirreligiosa, trabalhando com oposições abstratas entre o bem e o mal, o certo e o errado, atentos a revelar não apenas a verdade de cada ação, mas a sua verdade, mostrando-se subjetiva.⁹⁰

⁸⁶ PAIM, Antônio Paim; PROTA, Leonardo e RODRIGUES, Ricardo Vélez. *Curso Humanidades: Moral. Instituto de Humanidades*. Disponível em: <http://www.institutodehumanidades.com.br/> Acesso em: 28 dez. 2017. p. 64.

⁸⁷ *Ibidem*. p. 65.

⁸⁸ VIANA, Nildo. *Crítica ao moralismo*. Revista Posição. Ano 2, Vol. 2, num. 7, jul./set. 2015. p. 1.

⁸⁹ VIANA, Nildo. *A Filosofia e sua Sombra*. Goiânia, Edições Germinal, 2000.

⁹⁰ VIANA, Nildo. *Crítica ao moralismo*. Revista Posição. Ano 2, Vol. 2, num. 7, jul./set. 2015. p. 3.

O moralismo seria, então, característica consistente em atitude puramente formal, que se apega a usos e costumes ultrapassados adotados por tradição, sem enxergar a conveniência de engajamento consciente e responsável, a fim de renovar os critérios de comportamento quando isso se torne necessário.⁹¹ O moralismo almeja o comportamento virtuoso e a ação moral boa é aquela que se perfaz com o fiel respeito à lei.

Na concepção do sociólogo Héctor Ricardo Leis, o moralismo expressa o desejo de realizar um determinado projeto ou modelo de sociedade impecável e, nesta tentativa, instaura-se uma confusão entre o desejável modelo e a boa ordem, e a ordem é suprimida pelo desejo moral, pela perspectiva moral. E não enxergar a realidade tal como ela é deriva tanto de déficits epistemológicos quanto de excessos moralistas, ambos agindo de forma interligada.⁹²

Em obra intitulada “Caminhos da Moral Moderna”, José Maurício Carvalho⁹³ se vale de experiências empíricas realizadas pelo filósofo escocês do século XVIII, David Hume que ao examinar o comportamento do homem na sociedade, procurou investigar por que eles se sentem obrigados a seguir determinado modelo, e conclui que o homem não consegue viver em sociedade se não contar com a simpatia de seu meio. Para obtê-la busca cumprir as regras morais aceitas pela comunidade em que vive.

A história social e política do Brasil, no que se refere à concepção e à estruturação das novas instituições do sistema representativo, esbarra na questão do substrato moral de nossa cultura. Em *Itinerários de Antígona*⁹⁴, a autora percorre o campo da sociologia objetivando compreender o tratamento da moral no Brasil.

Para a autora o questionamento envolto ao tema começa com a seguinte pergunta: “Como devo agir?” Referida pergunta dá destaque ao sujeito que age, sua ação pode ser submetida a um julgamento, esse julgamento orienta-se por certos critérios ou valores e

⁹¹ RODRIGUES. Ricardo Vélez. *O Brasil e a moral social*. Disponível em: <http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa> p. 2.

⁹² LEIS. Héctor Ricardo. *A Tristeza de ser sociólogo no século XXI*. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/2173> p. 5.

⁹³ CARVALHO. José Maurício. *Caminhos da Moral Moderna: a experiência Luso-Brasileira*. Belo Horizonte: Itatiaia Limitada. 1995. p. 27.

⁹⁴ FREITAG. Bárbara. *Itinerários de Antígona: a questão da moralidade*. Campinas: Papyrus, 1992. p. 13.

esses critérios ou valores podem ser transformados (ou não) em máximas ou princípios para orientar as ações – as próprias ou as dos outros – no futuro próximo.

A autora deixa claro o interesse da sociologia na temática, pois, os assuntos relativos à moral têm a ver com a ação de um sujeito que relaciona as suas atitudes com a dos outros, promovendo uma interação.⁹⁵ E neste cenário a ação moral pressupõe um sujeito da ação livre, dotado de vontade e razão, capaz de controlar e orientar os seus atos segundo certos critérios e princípios, disposto a assumir conscientemente as consequências desses atos, e responsabilizar-se por eles.⁹⁶ Para ela, a reflexão sociológica ainda procura concentrar sua atenção nas formações presentes e suas origens no passado, pois um exame da realidade social historicamente formada é importante para conhecer e compreender a vida presente e futura de um povo. Assim, a questão que ora se analisa deduz, para a sociologia, não de princípios lógicos, de leis naturais ou divinas, mas de realidades materiais, vividas e concretizadas por homens de carne e osso no interior de grupos sociais e sociedades históricas.⁹⁷

A origem ocidental do moralismo fixa suas bases na existência de um código moral social consistente no agir comportamental mínimo a ser exigido dos membros de uma comunidade intuindo a sua não desintegração⁹⁸. Referida reflexão ganhou desenvolvimento com a filosofia inglesa ao longo dos séculos XVII e XVIII que definiu a aplicação do código moral em duas vertentes: moral individual, que se estabeleceu, tradicionalmente no ocidente a partir do Cristianismo, e a moral social.

A moral cristã foi a primeira a se sedimentar em terreno brasileiro, tendo sido responsável por reestruturar a visão do homem sobre o mundo, cujo entendimento era o de que as paixões desregulavam o homem e confundiam o seu propósito. Aquele que não tinha domínio próprio era escravo de suas paixões e de seus vícios e, certamente, capaz dos maiores desatinos e atentados, contra os maiores amigos e melhores cidadãos. Moral era considerada a prática das boas obras, especialmente da honestidade, justiça,

⁹⁵ *Ibidem*. p. 14.

⁹⁶ *Ibidem*. p. 15.

⁹⁷ FREITAG. Bárbara. *Itinerários de Antígona: a questão da moralidade*. Campinas: Papyrus, 1992. p. 79.

⁹⁸ RODRIGUES. Ricardo Vélez. *O Brasil e a Moral Social*. Disponível em: <http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa> p. 5.

benevolência, em conformidade aos ditames da Religião Natural e Revelada.⁹⁹ Na busca pela verdade, a partir da união com Deus, o indivíduo só se realizaria após alcançar a perfeição. Nesta saga, os freis da época, eram incumbidos de disseminar a moral sendo por isso denominados moralistas.¹⁰⁰ José Maurício de Carvalho pondera que para esses representantes do cristianismo o mundo era o próprio mal e a riqueza era o seu símbolo. Tanto que nos sermões prevalecia o propósito moralizador de combater a riqueza e os vícios a ela associados.¹⁰¹ O cristianismo originário era o ensinado pela Igreja Católica e o seu programa ético promoveu a sustentabilidade da moral na humanidade.¹⁰²

A forte marca Cristã permaneceu mesmo com a intervenção pombalina, ocasião em que o Estado era chamado a ditar normas morais. O Marquês de Pombal acreditava que Deus deveria manter-se como fundamento último e fiador da felicidade eterna, de modo que ele jamais pretendeu contestar a investidura de Deus ao poder real de que falava São Paulo na Carta aos Romanos e nem contraditar a finalidade do Estado como agente da felicidade interna e paz externa.¹⁰³ Assim, as teses morais presentes desde o início dos tempos modernos até as reformas de Pombal constituíram uma versão clássica da ética de salvação. Tratava-se de uma interpretação singular da moral grega com vistas à obtenção da vida eterna.

José Maurício de Carvalho assevera que os moralistas radicalizaram o propósito contra-reformista. A igreja insistia que o objetivo da vida social era estabelecer uma ordem justa, atribuindo os problemas sociais ao desvio de caráter e às injustiças engendradas no coração humano. Sobrevivente, a moral contra-reformista se tornou a base da moral tradicionalista¹⁰⁴ e apostava em sedimentar a fundamentação da conduta humana e moral na religião, a única alçada que, no sentir daqueles moralistas, oferecia um

⁹⁹ CARVALHO, José Maurício. *Caminhos da Moral Moderna: a experiência Luso-Brasileira*. Editora Itatiaia Limitada. Belo Horizonte. 1995. p. 279-280.

¹⁰⁰ José Maurício de Carvalho apresenta a sequência de Freis responsáveis por disseminar o comportamento moral adequado com foco na perfeição: Frei Heitor Pinto (1528 – 1584), Frei Amador Arrais (1530 – 1600), Pe. Manoel de Góis (1542 – 1597).

¹⁰¹ CARVALHO, José Maurício. *Caminhos da Moral Moderna: a experiência Luso-Brasileira*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1995. p. 31.

¹⁰² *Ibidem*. p. 151

¹⁰³ *Ibidem*. p. 32

¹⁰⁴ *Ibidem*. p. 33

embasamento estável e mais convincente ao agir do homem. A ética católica indicou a importância de se estabelecer um sólido poder político, inspirado no imensurável poder divino.¹⁰⁵

Embora o surgimento da moral social pudesse supor um afastamento da tradição religiosa ocidental, ela, na verdade, acabou por permitir um diálogo mais maduro entre ambos. Tanto que os modelos que advieram da moral social demonstram essa proximidade.

Da moral social decorrem quatro modelos, quais sejam: a moral social vertical, a moral social horizontal ou consensual, a moral de convicção ou ética dos intelectuais e a moral de responsabilidade ou ética dos políticos.¹⁰⁶ Essas classificações são trazidas por dois estudiosos da temática no âmbito da sociologia: Antônio Paim e Ricardo Vélez Rodrigues, que analisam a ocorrência das raízes morais na sociedade brasileira.

Proposto no cenário brasileiro por Antônio Paim em sua obra intitulada *Modelos Éticos*¹⁰⁷, a moral social vertical advém quando o mínimo comportamental exigido dos membros de uma sociedade é imposto por um grupo, uma pessoa ou um estamento que detém o poder. Já a moral social horizontal, ou também chamada consensual, se dá quando esse mesmo mínimo comportamental exigido dos membros de uma sociedade é fixado consensualmente por eles próprios.¹⁰⁸

Mais audacioso, o modelo da moral de convicção ou ética dos intelectuais foi baseado em uma preservação do valor absoluto da honra. Para exemplificar, Vélez

¹⁰⁵ CARVALHO, José Maurício. *Caminhos da Moral Moderna: a experiência Luso-Brasileira*. Belo Horizonte: Itatiaia. 1995. p. 97.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Ricardo Vélez. *O Brasil e a Moral Social*. Disponível em: <http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa> p.

¹⁰⁷ PAIM, Antônio. *Modelos éticos: introdução ao estudo da moral*. Curitiba: Champagnat, 1992. p. 41.

¹⁰⁸ Ricardo Vélez Rodrigues dá dois exemplos concretos da ocorrência desses fenômenos na história: A aplicação do código moral social foi registrada nos países comunistas ao longo do século XX, onde o Estado foi o exclusivo formulador das normas de comportamento moral da sociedade. Outro exemplo de moral social vertical foi o acontecido na Colômbia, no período compreendido entre 1886 e 1991, em que a religião católica foi considerada como a religião oficial do Estado, passando este à Igreja Católica a incumbência de formular a moral social. Outro exemplo seria o do Irã, no período que se estende de 1979 até os nossos dias, em que os Aiatolás chamaram para si a função de formular e implantar a moral social xiita. Já o modelo horizontal deu-se historicamente na Inglaterra a partir do final do século XVIII, com a adoção da tolerância religiosa. Se todas as crenças eram válidas, não existiria nenhuma Igreja que fosse privilegiada para pautar a moral social. Decorreu daí que a moral social somente poderia ser fixada por consenso. Essa moral social consensual seria a única base possível para o exercício da autoridade racional, na forma em que Weber tematizou esse tipo ideal de dominação no seu ensaio intitulado “A política como vocação” [cf. Weber, 1993].

relembra a intervenção Militar de 1964 que revestiu-se de feição autoritária em uma reprise do que se viu no Império com Marechal Deodoro, colocando o exército acima da lei.¹⁰⁹

Esse autoritarismo republicano foi fonte de inspiração para o que veio mais tarde com a era castilhista¹¹⁰ que, segundo Vélez, foi formada por gerações de advogados influenciados “pelo mais ardente jacobinismo moralizador”, dos quais se destaca, por óbvio, Júlio de Castilhos (1860-1903). A ditadura Castilhista buscou a regeneração moral da sociedade a partir de uma intervenção autoritária do Estado e a legitimação dessa presença estatal. O moralismo era o que caracterizava a concepção política dos representantes do castilhismo cuja preocupação primeira era a atividade legislativa de onde se extraía a responsabilidade que deviam ter os governantes em prol da preservação do regime.¹¹¹ Na concepção castilhista a ordem social política seria alcançada a partir de um processo pedagógico moralizador num ideal de “reino de virtude”.

A moral de responsabilidade, de acordo com Ricardo Vélez Rodrigues, consiste em agir ponderando o resultado que advirá, para a comunidade, da ação executada. É o ideal que deve nortear a ação dos políticos, os quais sempre devem medir suas ações e as consequências que vão refletir na vida daqueles que pertencem a comunidade onde eles exercem o poder. De acordo com Vélez, a sociedade intenta cobrar duas coisas dos políticos no que tange ao seu comportamento: que preservem a dignidade do cargo e que cumpram o que prometeram aos seus eleitores. O autor considera que, de modo imediato, não será cobrado desses políticos o que atinja o seu foro íntimo, salvo se isso tiver consequências na prática governamental ou representativa.¹¹²

A reflexão que se faz a partir desse ponto é qual ou quais os modelos de moral social foram sedimentados na história da cultura brasileira. Ricardo Vélez Rodrigues aponta que a discussão dos aspectos morais na cultura brasileira teve como precursor o

¹⁰⁹ RODRIGUES. Ricardo Vélez. *O Brasil e a Moral Social*. Disponível em: <http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa> p. 14.

¹¹⁰ RODRIGUES. Ricardo Vélez. *Castilhismo: uma filosofia da República*. Coleção Brasil 500 anos. Brasília: 2000. p. 247.

¹¹¹ *Ibidem*. 113.

¹¹² RODRIGUES. Ricardo Vélez. *O Brasil e a Moral Social*. Disponível em: <http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa> p. 6.

que ele denomina de instâncias verticais, composta por grandes alicerces da sociedade tradicional: família patriarcal, Estado, mídia e Igreja, núcleos influenciadores que consolidaram modelos de moral social.

A partir disso, o autor propõe nove modelos de moral social que podem ser identificados na história cultural brasileira: o modelo de Saber de Salvação, o modelo Pombalino, o modelo Messiânico-populista, o modelo Castilhistas-Getuliano, o modelo Salvador Militar, o modelo Patrimonialista, o modelo Estetizante, o modelo Totalitário e o modelo Consensual.¹¹³ Tais modelos trazem a compreensão da origem do moralismo no seio da cultura brasileira.

O denominado “Saber de Salvação” compreende a ideia religiosa de que o que interessa é a salvação da alma, de modo que o caminho do homem aqui na terra é apenas uma passagem para a conquista da libertação eterna. Corrobora esse entendimento os escritos de Nuno Marques Pereira em obra de 1728 intitulada *Compêndio Narrativo do Peregrino da América*¹¹⁴ na qual expõe a dominação religiosa no campo político.

Por volta de 1750 o controle dos costumes morais feito pela Igreja é transferido para o Estado, ocasião em que surge o modelo pombalino a partir das reformas efetivadas em Portugal por Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal. O Estado é quem detém o controle da riqueza da nação e é quem possui competência para regular a moral dos cidadãos e a ordem social e política,¹¹⁵ delegando ao Estado a disciplina da moralidade independente de ser ela pública ou privada. Este período marca, então, o início de um ciclo fortemente enraizado até os dias de hoje na cultura política: a ideia de que a questão moral não é incumbência do indivíduo, mas que é função exclusiva do Estado.¹¹⁶ O Marquês de Pombal promoveu notáveis mudanças na forma de administrar o Estado e

¹¹³ *Ibidem*. p. 3.

¹¹⁴ PEREIRA. Nuno Marques. *Compêndio Narrativo do Peregrino da América*. Lisboa Ocidental. 1728.

¹¹⁵ RODRIGUES. Ricardo Vélez. *O Brasil e a Moral Social*. Disponível em: <http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa> p. 10

¹¹⁶ *Ibidem*. p. 11.

buscou incorporar elementos do pensamento moderno, sem tocar nos deveres do cidadão, misturando moral religiosa e social.¹¹⁷

O terceiro modelo da moral social brasileira foi o messiânico-populista que teve origem por ocasião da morte do Rei Português Dom Sebastião em 1578. O chamado sebastianismo, na sua essência, corresponde a um modelo de "Messianismo Político" e está profundamente enraizado na cultura brasileira. No Messianismo há a figura de um ser equiparado a Messias, que atuaria como um salvador libertador. A tradição sebastianista, segundo Vélez, desenvolveu-se junto com a crença de que o rei não teria morrido, teria se ocultado e voltaria para libertar o seu povo. Essa tradição passou a inspirar boa parte da literatura popular brasileira, especialmente nos inóspitos sertões Nordestinos. Para o autor essa fase representou o mais alto grau de paternalismo autoritário que espelhou, inclusive, a ditadura Getuliana, durante as décadas de 30 e 40 e o militarismo salvador ditatorial, ambos investidos de um exacerbado paternalismo manipulador.¹¹⁸ Essa característica guardava a forte ideia de que o Estado era o guardião da sociedade, que garantiria a sua integridade e preservaria os bons costumes.

Esse modelo salvador militar foi protagonizado por oficiais do Exército que pulverizaram a onda salvadora das intervenções militares do período republicano. Vélez aponta que Juarez Távora (1898 – 1975) foi um Oficial do Exército muito próximo a Getúlio Vargas nos anos compreendidos entre 1930 a 1934 e tendo sido solicitado por ele, procurou o sociólogo Oliveira Vianna, e lhe pediu que elaborasse um modelo de Constituição. Como o modelo apresentado não definia a competência dos militares, assim o explicou: “A nossa atitude em política é a de quem observa um banquete: quando o banquete se converte em rega-bofe, então entraremos com a espada moralizadora”.¹¹⁹ Para Antônio Paim, esse período refletiu também na intervenção militar de 1964 em que na

¹¹⁷ CARVALHO, José Maurício. *Caminhos da Moral Moderna: a experiência Luso-Brasileira*. Editora Itatiaia Limitada. Belo Horizonte. 1995. Completar. p. 99.

¹¹⁸ RODRIGUES, Ricardo Vélez. *O Brasil e a Moral Social*. Disponível em: <http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa> p. 13.

¹¹⁹ RODRIGUES, Ricardo Vélez. *As Instituições Militares no Século XXI: a sua missão em face dos conflitos*. Apud. ALMEYDA, Dayl de [1956]. "Oliveira Vianna dita normas", in: Vasconcellos Torres, Oliveira Vianna, sua vida e sua posição nos estudos brasileiros de sociologia. Rio de Janeiro/ São Paulo: Freitas Bastos.

mesma ideia de “revolução salvadora” a classe militar passou a exercer uma tutela sobre a sociedade.

Outros dois modelos são identificados na sociedade de modo fragmentado, sem precisão de períodos: o modelo patrimonialista em que havia confusão entre o público e o privado de modo que os interesses públicos se misturavam aos interesses familiares, dos quais é fruto o empreguismo familiar, e o modelo estetizante, no qual o brasileiro difere bem e mal não por imposição social, mas a partir da exteriorização de sentimentos.¹²⁰

Já o modelo totalitarista, proveniente do século XX, de acordo com Vélez, emprega a máxima de que os fins justificam os meios. Exemplo disso é que as intervenções militares justificam-se dessa maneira para proceder de modo invasivo.¹²¹

Por fim, o modelo da moral consensual, como anteriormente dito, fixou profundas raízes na cultura brasileira, começando pela igreja e tendo continuidade com o Estado autoritário. Vélez ainda defende que a mídia exerceu um forte papel para a fixação da moral consensual que reflete na democracia hodierna.

O autor analisa que mesmo com a instituição da Constituição de 1988, considerada Constituição Cidadã por ter sido elaborada sob a perspectiva do cidadão e não do Estado, o Brasil ainda carrega vícios corporativistas e casuístas de outrora.¹²²

Impossível não identificar os reflexos dessa trajetória na atual conjuntura das instituições brasileiras. E no que diz respeito à atuação da Justiça Eleitoral, interpretações e decisões de cunho moralista tem se tornado cada vez mais frequentes, conforme restará demonstrado adiante.

¹²⁰ PAIM, Antônio; PROTA, Leonardo e RODRIGUES, Ricardo Vélez. *Curso de Humanidades 3: Moral*. Londrina: Editora UEL / Instituto de Humanidades. 1997. p. 207.

¹²¹ *Ibidem*. p. 207.

¹²² RODRIGUES, Ricardo Vélez. *O Brasil e a Moral Social*. Disponível em: <http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa> p. 19.

3.2. Moralismo como fundamento para o exercício hipertrofiado das funções da Justiça Eleitoral

Diante do que se viu no tópico anterior, as relações brasileiras foram marcadas por um comportamento moralista presente na construção de toda a sua trajetória. Após compreender a evolução sociológica do moralismo no Brasil, deve-se analisar o fenômeno a partir dos reflexos que ele é capaz de produzir. Como visto, o moralismo aparece nas relações sociais brasileiras de forma negativa, hábil a intervir de modo nocivo na sociedade, principalmente no que diz respeito às garantias individuais.

Não seria adequado considerar que essa nocividade possa ser detentora de algum grau de normalidade, já que fere garantias individuais e afeta a democracia. Desse modo, um fenômeno social que foge à sua normalidade pode ser tratado como patológico.

O sociólogo Émile Durkheim¹²³ distingue o normal do patológico a partir da observância de um princípio fundamental: a realidade objetiva dos fatos sociais. Para ele se a saúde importa em um desenvolvimento favorável das forças vitais, reconhecendo-se a perfeita adaptação do organismo a seu meio, haveria de ser considerada doença tudo aquilo que perturba essa adaptação. Assim, é patologia social quando determinada situação tem seu estado de normalidade afetado a ponto de ter sua essência alterada.

O moralismo no campo do Poder Judiciário pode ser assim percebido, como uma patologia social, pois a sua manifestação transforma um estado que deveria ser saudável, qual seja: o estado de garantias individuais respeitadas com o conseqüente favorecimento da democracia, em uma relação desequilibrada e temerária, baseada em argumentos individuais, e portanto, subjetivos a depender de cada julgador ou grupo de julgadores, na qual se perdem a certeza da aplicação das regras anteriormente determinadas, torna instável a interpretação da norma posta e afeta diretamente o agente que está sob seu julgo e aqueles que são, ou deveriam ser, os titulares da decisão ou escolha.

¹²³ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução Paulo Neves; revisão da tradução Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 17 e 52.

Uma conduta moralista é aquela que é capaz de determinar normas próprias, afastadas da aplicação racional da norma geral e que nem sempre parecia-se com os critérios do direito. Pelo contrário, muitas vezes apresenta-se arredia a ele, ignorando preceitos fundamentais ou a hierarquia das leis. Um comportamento moralista valida um ideal de conduta a ser seguido por todos e que não necessariamente obedece às leis vigentes. O moralista justifica que aquelas normas em vigor são falhas, lacunosas, incapazes de suprir as necessidades que julgam ser imperiosas. Portanto, criam normas próprias e intentam que seu cumprimento seja observado pela coletividade ao argumento de que aquele é o modo de vida correto a ser seguido.

O moralismo é higienista e se auto-organiza. Julga a todos a partir de um modelo próprio formado por normas singulares que acredita e defende. Na sua incessante busca pela moralidade, transcende-a. E daí que moralidade sem legalidade e sem constitucionalidade é puro arbítrio judicial que orchestra um ataque à democracia e aos direitos políticos fundamentais.¹²⁴

E não são recentes as constatações da presença do moralismo no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro e, embora o tema carecesse de estudos mais aprofundados, várias críticas foram traçadas, especialmente nos últimos anos.

Adriano Soares da Costa lamenta os reflexos do moralismo para o Direito Eleitoral, cuja interpretação, ele entende, resta comprometida e transcende as garantias individuais constitucionalmente estabelecidas.¹²⁵ Ao analisar a hipótese de irreelegibilidade do ocupante de um mandato eletivo do Poder Executivo, para concorrer em circunscrição diversa em período imediatamente subsequente ao término do seu segundo mandato, ainda que tenha se desincompatibilizado no prazo de seis meses antes do pleito, o autor considera que esta nada mais é do que uma leitura moralista do Direito Eleitoral

¹²⁴ ESPÍNDOLA. Ruy Samuel. *Abuso do Poder Regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral - as eleições de 2012 (reflexos do “moralismo eleitoral”)*. Resenha Eleitoral. Revista técnica. n.º. 3, jan/jun 2013.

¹²⁵ COSTA. Adriano Soares da. *Candidatos itinerantes, reeleição e domicílio eleitoral*. Disponível em: <http://adrianosoesdacosita.blogspot.com.br/2008/07/candidatos-itinerantes-reeleio-e.html> Acesso em 29 jun. 2018.

Lamentavelmente, o Direito Eleitoral vem sendo vítima crescente de uma interpretação moralista, cuja finalidade é realizar uma reforma política antidemocrática, à revelia do Congresso Nacional. Criam-se inelegibilidades por meio de princípios, como se o intérprete – por mais qualificado que seja – pudesse transcender as garantias individuais constitucionalmente estabelecidas, por mais que delas discordemos.

Ademais, falta uma análise crítica das construções jurisprudenciais, conforme atesta Adriano Soares da Costa:¹²⁶

O Direito Eleitoral está naquela infância teórica que chamo de praxismo, em que a maior parte da doutrina limita-se a repetir acriticamente as decisões do TSE. Isso faz com que importantes institutos jurídicos, como elegibilidade e inelegibilidade, tenham um tratamento superficial, equivocado e, aqui e ali, oportunista. (...) Quando damos tratamento sério ao ordenamento jurídico, fugimos do subjetivismo e do perigoso relativismo hermenêutico.

O mesmo autor¹²⁷, ao discorrer sobre a teoria da inelegibilidade, afirma que já há algum tempo vem chamando a atenção para o “moralismo eleitoral”, um fenômeno perigoso que tem invadido a cidadela da jurisprudência eleitoral, como ele prefere dizer. O autor assevera que o moralismo eleitoral transforma todos os debates jurídicos eleitorais em debates morais, induz a uma ansiedade para uma limpeza política e não possui compromisso com o direito positivo vigente.

Ao mesmo tempo em que expõe o moralismo como um problema a ser combatido, pois viola garantias constitucionais e enfraquece a democracia, o autor deixa transparecer outra patologia também tratada neste trabalho: a ansiedade por uma espécie de higienização no campo político.

Com base nas teorias da democracia, da soberania popular e das garantias individuais, mais especificamente do direito de votar e ser votado, o autor critica a tendência do moralismo eleitoral que, em sua visão, culmina em uma democracia sem votos e sem eleitor. Seguro de que o moralismo eleitoral desrespeita a Constituição e o ordenamento jurídico, o autor entende que a aplicação de critérios morais diverge do

¹²⁶ MONTEIRO, Maxsuel Barros. Entrevista *Ficha Limpa na visão do jurista Adriano Soares da Costa*. Blog Maxsuel Barros. Disponível em: <http://maxsuelmonteiro.blogspot.com.br/2010/07/ficha-limpa-na-visao-do-jurista-adriano.html>. Acesso em 20 dez. 2017.

¹²⁷ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. Teoria da Inelegibilidade. 9ª ed. Ver. Ampl. e atualizada de acordo com a LC nº 135. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 16.

próprio ordenamento jurídico, culminando em uma adulteração na interpretação das normas jurídicas eleitorais.

Na mesma linha, em estudo acerca do Neoconstitucionalismo, Dimitri Dimoulis¹²⁸ alerta para uma tendência doutrinária a aproximar cada vez mais a crença de que a moral desempenha um papel fundamental na definição e na interpretação do direito, sendo a conexão desses dois elementos necessária para salvaguardar os interesses do Estado.

E não é outra a posição do professor Rodolfo Viana Pereira¹²⁹ que, ao proferir palestra no III Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral questiona se não é preciso confiar mais no eleitorado brasileiro, tendo em vista as extremas restrições em relação às candidaturas no processo eleitoral brasileiro. O professor conclui que as atuais regras de candidatura eleitoral no Brasil parecem moralizantes, mas tendem, perigosamente para moralistas.

O autor afirma¹³⁰ que nas últimas décadas, o sistema brasileiro acirrou as condições para configurar uma candidatura. A título exemplificativo traz a Lei dos Partidos Políticos¹³¹ que determina que o candidato esteja filiado há pelo menos um ano antes das eleições, acompanhado da necessidade de quitação eleitoral que, caso não seja obtido, o impossibilita de participar do pleito. Ainda sobre a temática, o jurista questiona os fundamentos constitucionais dos requisitos de registrabilidade

Ao admitir que outras exigências sejam criadas via Lei Ordinária e determinações do TSE não estamos abrindo uma porta perigosa no sistema eleitoral do Brasil? (...) Acho que estamos entrando em uma época de certo receio. O controle é importante, mas não nos enganemos. Quanto mais restrição, menor é o cardápio de candidatos. Será que não é preciso confiar mais no eleitorado brasileiro?

¹²⁸ DIMOULIS, Dimitri. *Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico*. Disponível em: www.academia.edu/ Acesso em 19 jun. 2018. p. 12-15.

¹²⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *3º Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral*. Curitiba: 2012. Transcrição do debate disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/acompanhe-a-cobertura-do-congresso-brasileiro-de-direito-eleitoral-2597649wu0d291obof0dejrd>

¹³⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. *3º Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral*. Curitiba: 2012. Transcrição do debate disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/acompanhe-a-cobertura-do-congresso-brasileiro-de-direito-eleitoral-2597649wu0d291obof0dejrd>

¹³¹ BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm Acesso em 02 jun. 2018.

A reflexão de Rodolfo Viana Pereira muito se aproxima das considerações feitas por Adriano Soares da Costa, pois a patologia moralista identificada no sistema brasileiro anuncia também um comportamento paterno, haja vista que o controle almejado propõe restrições e, ao assim proceder, retira do cidadão as opções que lhe seriam de direito. Age-se como se se dirigisse ao eleitorado proclamando a sua incapacidade, a sua imaturidade para discernir o bom do mau, o certo do errado. E com altivez, se auto define apto a substituir o papel do cidadão.

O moralismo, assim como o paternalismo, é excludente. Ambos indicam a necessidade de uma pré-seleção, de uma filtragem, de uma higienização do repertório de candidatos com vistas a proteger o eleitorado. Paradoxal. Pois ao argumento de proteção despoja-se o cidadão de uma garantia que deveria ser realmente protegida: a autonomia decisória do eleitor.

Rodolfo Viana Pereira, certo de que existem situações que afastam as leis infraconstitucionais da Constituição, elenca cinco razões que confirma sua tese. Uma delas, segundo ele, está no fato de que a associação entre Constituição e democracia é recente. Outra razão é notada na dispersão legislativa peculiar à matéria, transfigurada em uma mania das reformas legislativa em *patchwork*¹³², que abrevia sua utilidade apenas a interesses momentâneos. Essas razões são o que o autor denomina como focos de resistência no Direito Eleitoral. Por fim, Rodolfo Viana Pereira contabiliza a última década como sendo a que mais editou legislações com o cunho subjetivista do moralismo.

A última razão e a mais curiosa é a carga moralizadora que recaiu sobre a legislação na última década. Empreendemos uma cruzada pela moralidade na Política e o Direito Eleitoral foi eleito a trilha de salvação. Veja: não a educação, não a formação para a cidadania e sim, as regras sobre propaganda, recursos em campanha e habilitação à candidatura. Ocorre que, constantemente, os ímpetus higienistas carregam doses importantes de autosuficiência e de certeza. Reforçados pelo argumento do apoio popular, não costumam ser contidos pelas barreiras e limites impostos pela Constituição.

O autor aponta a moral como agente catalizador do poder dos juízes para realizar uma limpeza da política brasileira. No caso das condições de registrabilidade, a partir da

¹³² PEREIRA, Rodolfo Viana. *Condições de Registrabilidade e Condições Implícitas de Elegibilidade*: esses obscuros objetos do desejo. In SANTANO, Ana Cláudia e SALGADO, Eneida Desiree (orgs.). *Direito Eleitoral: debates ibero-americanos*. Curitiba: Ithala, 2014. p. 5-6.

negativa do registro dos impuros. Ocorre, portanto, um afastamento da democracia, vez que a decisão é retirada do eleitor e transferida para sujeito não eleito pelo povo. E conclui

Não é fácil adotar uma postura menos intervencionista e protetiva no processo eleitoral para erradicar de vez a tentação de impor condições implícitas de elegibilidade. Também não é simples reconhecer a inconstitucionalidade das condições materiais de registrabilidade, sobretudo em face do seu apelo moral. Todavia, a conclusão não pode ser outra, sob pena de arriscarmos conviver, na democracia constitucional brasileira, com a experiência da insegurança e do desrespeito aos direitos fundamentais, desestabilizando o processo democrático e minando a proteção às regras do jogo em termos de definição dos atores participantes da disputa eleitoral.¹³³

Para que possamos compreender os riscos a que a democracia está sujeita a partir da adoção de uma postura moralista, ainda que de forma implícita, pelo Poder Judiciário Eleitoral, necessário localizar os pontos que essa postura se manifesta e verificar as implicações de cada um deles.

A função jurisdicional, conforme brevemente abordado, caracteriza-se pela solução, em caráter definitivo¹³⁴, dos conflitos atinentes à matéria eleitoral e submetidos ao Estado-juiz. Neste caso, a Justiça Eleitoral está sujeita ao princípio da demanda, de modo que só poderá intervir quando for provocada pela parte interessada e legitimada para tanto.

Contudo, em alguns casos, a Justiça Eleitoral tomou a iniciativa de indeferir pedidos de registro de candidatura daqueles pleiteantes que possuíam condenações que até aquela ocasião não tiveram o trânsito em julgado. Esse problemático cenário foi objeto, inclusive, de consulta¹³⁵, formulada em 2008, pelo Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, Desembargador Nilo Luís Ramalho Vieira, direcionada ao Tribunal Superior Eleitoral naquela época.

O questionamento elaborado pelo consultante demonstra um forte pensamento moralista e suas considerações merecem ser trazidas na íntegra

¹³³ *Ibidem*. p. 5-6.

¹³⁴ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 68.

¹³⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *CTA nº 1621 - JOÃO PESSOA - PB*. Resolução nº 22842 de 10/06/2008. Relator(a) Min. Ari Pargendler. Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 04/07/2008, Página 06 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19, Tomo 2, Página 240.

Persegue-se a possibilidade de alargamento do cabedal de exigências contidas na Resolução TSE nº 22.717, que trata da matéria, **para que seja inserida a obrigatoriedade de apresentação de documentos que, de alguma forma, dêem conhecimento à Justiça Eleitoral sobre as ações judiciais nas quais os pretensos candidatos figuram como réus.**

É do conhecimento de todos a posição firmada por esse Tribunal quanto à impossibilidade de ser reconhecida a inelegibilidade de candidato decorrente de fatos de sua vida pregressa, uma vez que não existe lei complementar estabelecendo expressamente os casos de incidência da previsão constitucional estampada no art. 14, § 9º.

No entanto, tenho a convicção de que os precedentes de cada pretendente a cargo político podem ser aferidos sem um propósito diretamente voltado para a inelegibilidade, já que o entendimento desse Tribunal, ao julgar o Recurso Ordinário nº 1.069 - Classe 27 a - Rio de Janeiro, manteve sua firme posição nesse sentido.

Refiro-me à viabilidade de que **a Justiça Eleitoral crie mecanismos impeditivos ao registro de candidaturas espúrias.** Assim poderá fazê-lo, alargando a relação de documentos exigidos para o pedido de registro de candidatura tal qual prevista no art. 29 da Resolução já citada, onde se pode incluir, por exemplo, certidão negativa de condenação por improbidade administrativa.

Uma vez apresentados tais documentos, serão abertas oportunidades de impugnações por candidatos, partidos e pelo próprio Ministério Público, permitindo discussões sobre fatos potencialmente influentes no desfecho dos pedidos de registro e que, avaliados num conjunto probatório amplo, **abram espaço para novas aceções sobre a validade de candidaturas indesejáveis.**

Como argumentado em inúmeras discussões e textos envolvendo o tema em análise, **seria ilusório imaginar que o povo, a partir de suas próprias convicções, pudesse afastar do panorama político candidatos que não estejam comprometidos com o interesse público.** Por isso, **embora o legislador complementar não saia de seu estado de inércia, o Poder Judiciário pode avançar.**

Com efeito, a ampliação que se busca vai ao encontro dos anseios sociais e do espírito constitucional, aliando-se a outros importantes avanços encartados em recentes Resoluções dessa Corte que vieram a garantir um disciplinamento mais justo para a disputa por cargos públicos no Brasil (fl. 2/3). [Grifamos]¹³⁶

Recomendava o Consulente, que enquanto o Poder Legislativo não tomasse a iniciativa de descartar aquelas pretensas candidaturas espúrias, como assim preferia dizer, o Poder Judiciário poderia fazê-lo, a partir do alargamento da documentação exigida para o pedido de registro de candidatura, sugerindo, nessa oportunidade, que fosse inserida, em resolução, a obrigatoriedade de apresentação de documentos que, de alguma forma, dessem conhecimento à Justiça Eleitoral sobre as ações judiciais nas quais os pretensos candidatos figurassem como réus.

O Desembargador Consulente lamentava a impossibilidade de ser reconhecida a inelegibilidade de candidato decorrente de fatos de sua vida pregressa, dada a inexistência de lei complementar estabelecendo expressamente os casos de incidência da previsão

¹³⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *CTA nº 1621 - JOÃO PESSOA – PB*. Resolução nº 22842 de 10/06/2008. Relator(a) Min. Ari Pargendler. Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 04/07/2008, Página 06 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19, Tomo 2, Página 240.

constitucional estampada no art. 14, parágrafo 9º. Observa-se que nessa data, a Lei Complementar nº 135/2010, Lei da Ficha Limpa, ainda não tinha sido promulgada. Mas, ansioso para que alguma providência moralizante fosse tomada para evitar essas ditas candidaturas espúrias, o Desembargador Consulente incentiva que a Justiça Eleitoral ultrapasse a margem de sua atuação. Mostra-se descontente com os limites que foram impostos à ela e moralista ao sugerir que providências sejam tomadas no que concerne à validade do que ele denomina como candidatura indesejável.

Essa consulta apresenta todas as características prejudiciais à democracia e aos direitos políticos fundamentais que este trabalho vem criticando. Primeiramente, é latente a moralização que deseja conferir à disciplina eleitoral, restando demonstrada a desconsideração do papel que coube à Justiça Eleitoral, pois almeja o Consulente que este órgão do Poder Judiciário imponha regras que permitam a ele ter conhecimento sobre as ações judiciais nas quais os pretensos candidatos figuram como réus. A que isso interessaria à Justiça Eleitoral quando o papel dela, neste aspecto, é proceder ao registro de candidatura daqueles pretendentes ao exercício passivo dos direitos políticos fundamentais permitidos pela Constituição? Obviamente, as hipóteses de inelegibilidade serão apuradas oportunamente e independem de julgamentos subjetivos ou meras possibilidades, pois estão insertas em rol taxativo da LC 64/90, já que, conforme determinou o constituinte é matéria reservada à lei complementar. E, neste aspecto, vale ressaltar, que o legislador complementar determinou que a inelegibilidade decorresse de sentença transitada em julgado.

Em um segundo momento, apreende-se que o desejo expresso na consulta envolve a não observância do princípio da presunção de inocência que, em linhas gerais, designa que o mero envolvimento em ação judicial como réu não significa, para fins de registro de candidatura, qualquer impedimento à sua obtenção, sendo necessário, para que o caso se enquadre nas hipóteses de inelegibilidade apresentadas pela LC 64/90, que a decisão tenha transitado em julgado. Aplicar-se-ia então, ao caso, de forma equivocada, a presunção de culpabilidade, contrariamente ao que preceitua a Constituição.

Na hipótese de ser aceita a ideia proposta pelo respeitável desembargador, de que a simples posição no pólo passivo de uma ação já seria elemento suficiente para impedir o registro de candidatura de determinado interessado e, após o julgamento daquela situação esse interessado fosse inocentado, resultando em sua absolvição e, conseqüentemente, estaria apto ao exercício do cargo a que pretendia concorrer, esse pretense candidato veria frustrado, com auxílio da Justiça Eleitoral, o exercício do seu direito individual de ser votado, situação que seria irreversível, pois já teria passado o momento oportuno do pleito.

Por fim, essa necessidade moralizadora vem, lamentavelmente, acompanhada de um forte paternalismo higienista que se quer conferir à Justiça Eleitoral, pois argumenta o Desembargador que seria ilusório imaginar que o povo, a partir de suas próprias convicções, pudesse afastar candidatos que não estejam comprometidos com o interesse público.

Neste aspecto, o Ministro Relator, Ari Pargendler, defende que a lei está de acordo com os melhores princípios que tutelam a dignidade humana e a falha está na respectiva aplicação, frisando que somente o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, seja pelo cometimento de crime, seja pela prática de improbidade administrativa, pode impedir o acesso a cargos eletivos. E como bem ressaltou o Ministro Eros Grau¹³⁷, na mesma oportunidade dessa consulta, o fato de o princípio da moralidade ter sido consagrado no art. 37 da Constituição não significa abertura do sistema jurídico para introdução, nele, de preceitos morais.

A obediência ao princípio da legalidade impõe que a norma posta seja empregada desprovida de concepções morais, de regras valoradas apenas subjetivamente, mesmo que um ou outro sistema não atenda os anseios sociais. É necessário que não se desvie do foco da utilidade da norma e das competências de cada instituição, menos ainda, da proteção aos direitos fundamentais, sob pena de se endossar um trágico entrave à democracia.

¹³⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *CTA nº 1621 - JOÃO PESSOA – PB*. Resolução nº 22842 de 10/06/2008. Relator(a) Min. Ari Pargendler. Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 04/07/2008, Página 06 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19, Tomo 2, Página 240.

Contudo, o Ministro Carlos Ayres Britto, com base no art. 23 da LC 64/90¹³⁸, proferiu o seguinte voto:

Voto, portanto, no sentido de se reconhecer à Justiça Eleitoral o poder de apreciar os pedidos de registro de candidatura a cargo político-eletivo, na perspectiva da vida moral pregressa do pré-candidato. Sem que isto signifique, obviamente, recusar ao Congresso Nacional a força de disciplinar a matéria, querendo, mediante lei genérica, impessoal e abstrata. Como também sem deixar de reconhecer a necessidade de se fixar, imediatamente, via resolução deste nosso Tribunal Superior Eleitoral, critérios da maior objetividade possível quanto à avaliação daquela vida moral pregressa. Critérios que levem em conta, por hipótese, o número de processos judiciais a que responda o pretense candidato. Ou a distinção entre ações de improbidade administrativa e processos criminais. Também assim, a circunstância de já haver condenação em primeira ou em segunda instância, ainda que pendente de recurso. Enfim, a concomitância desse ou daquele passivo processual com toda uma ambiência social de notória má-fama do pré-candidato nos domínios da ética.

Uma das questões aventadas por alguns Ministros é que o caso em tela versava sobre condição de elegibilidade e não de situação de inelegibilidade. Contudo, conforme explica o Ministro Marcelo Ribeiro, apenas uma pergunta deve ser feita para cessar de vez essa discussão: estava no pleno exercício? Porque uma vez que o artigo 14, parágrafo 3º, inciso II, da Constituição da República, estabelece que uma das condições de elegibilidade é o pleno exercício dos direitos políticos e se o que se pretende com a consulta, ainda que esteja no campo das condições de elegibilidade, é capaz de afetar essa plenitude, há de se falar em inelegibilidade do mesmo jeito:

Mas, ainda que pudéssemos pensar de modo diverso e estatuir uma nova condição de elegibilidade - e estaríamos, na verdade, legislando – eu encontraria um óbice. O artigo 14, § 3º, inciso II, da Constituição Federal trata da matéria.

Art. 14[...]

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

[...]

II - O pleno exercício dos direitos políticos;

[...]

Ora, se só se perde o exercício dos direitos políticos, na área criminal, com a sentença passada em julgado, como poderei eu instituir outro critério, se a própria Constituição estabelece que quem tem o pleno exercício do direito político preenche a condição de elegibilidade?

¹³⁸ Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

Assim, em um apertado placar de quatro votos contra três, o Tribunal respondeu à consulta no sentido de que, sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, nenhum pré-candidato pode ter seu registro de candidatura recusado pela Justiça Eleitoral.

Mais uma vez, o entendimento do Tribunal não foi uniforme. Fica, assim, prejudicada a segurança jurídica, que preza pela certeza e previsibilidade das decisões. Fica evidente, também o moralismo presente na Corte, com votos baseados em critérios subjetivos e com intenções higienistas, que acabam por comprometer o critério de escolha que deveria ser do cidadão.

Não se pode negar que argumentos como os que foram trazidos neste acórdão, traduziam os anseios da época. Tanto que, pouco tempo depois, foi promulgada a Lei Complementar nº 135/2010 que estabelecia casos de inelegibilidade, prazos de cessação e dava outras providências para incluir hipóteses de inelegibilidade que visavam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

Ainda que se argumente que a Lei Complementar tenha sido de iniciativa do Poder Legislativo, no exercício regular das atribuições que lhe foram conferidas, não se pode olvidar que essa onda moralista e paternalista fora incentivada pelo Poder Judiciário, em um ciclo de ansiedade na busca pela moralização das eleições.

No pleito eleitoral municipal de 2016¹³⁹ outra questão relacionada à restrição de direitos, fruto de uma clara judicialização das eleições, é julgada pelo Tribunal Superior Eleitoral. Na ocasião o registro de candidatura de candidato a prefeito fora indeferido pelo Tribunal Regional Eleitoral sob o argumento de que o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) havia condenado aquele candidato por ato de improbidade administrativa. De acordo com a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, houve o fracionamento indevido da contratação de serviços de carro de som radiodifusão, a fim de possibilitar, propositadamente, a dispensa de procedimento licitatório. Com isso, aquele Tribunal determinou que fosse feita a restituição ao Erário do dano decorrente da ilegalidade.

¹³⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 34191 - 0000341-91.2016.6.26.0241*. MINEIROS DO TIETÊ – SP. Acórdão de 19/12/2016. Relator(a) Min. Luciana Lóssio. Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 19/12/2016.

No entanto, a decisão proferida pelo TJSP, não mencionou a ocorrência de enriquecimento ilícito por parte daquele candidato ou de terceiros, o que era necessário para que se configurasse a inelegibilidade prevista na Lei Complementar 64/90, em seu art. 1º, inciso I, *alínea* 1¹⁴⁰, que exige a concomitância de lesão ao Erário e enriquecimento ilícito. Mesmo assim, O acórdão regional que indeferiu o registro de candidatura argumentou nos seguintes termos:

E, no caso, irrelevante tenha ou não havido enriquecimento do administrador público ou prejuízo ao Erário Público. A simples ocorrência do ato apontado como sendo de improbidade administrativa se consumou, visto que o requerido, na qualidade de administrador municipal, agiu com nítida má-fé ao fracionar os gastos com a contratação de publicações oficiais.

A não observância das premissas estatuídas pela Lei Complementar resultou na sábia reforma da decisão regional, tendo a Ministra Luciana Lóssio considerado que “na espécie, o Tribunal *a quo* não se limitou a aferir o enriquecimento ilícito a partir do que contido no acórdão do TJSP, mas presumiu sua existência, quando a própria Justiça Competente não o fez”.

Ressaltou a Ministra que nos processos de registro de candidatura, compete à Justiça Eleitoral, tão somente, verificar se estão presentes as condições de elegibilidade e se incide alguma cláusula de inelegibilidade. Tal exame, contudo, deve ser feito de acordo com os limites estabelecidos na Súmula n° 41/TSE, segundo a qual: "Não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto, ou desacerto das decisões proferidas por outros Órgãos do Judiciário ou dos Tribunais de Contas que configurem causa de inelegibilidade.”

Há de se considerar, ainda, que o julgamento desse caso, tendo ocorrido em sessão de dezembro de 2016, se deu após o resultado das eleições daquele ano, que consagrou o candidato impugnado como vitorioso naquele pleito, já que obteve o maior número de votos nas urnas, ficando à frente dos outros dois concorrentes. Se a decisão do órgão

¹⁴⁰ Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

regional prevalecesse e o então vencedor fosse considerado inelegível, haveria de ser declarada uma decisão contramajoritária.

Neste aspecto, critica-se as revisões judiciais praticadas pelo Poder Judiciário, em especial pela Justiça Eleitoral, que acaba por proceder a um controle de quem vai assumir um mandato eletivo. E daí que torna-se inevitável questionar a legitimidade de juízes para decidir em sobreposição à escolha da maioria.

Desses dois casos aqui analisados, pode-se concluir que, mesmo com o lapso temporal de oito anos entre um julgado e outro a Justiça Eleitoral ainda demonstra dificuldade de se localizar quanto ao exercício de suas funções estritamente dentro das competências que lhes foram outorgadas, de modo que a sua atuação hipertrofiada pode ser identificada em vários contextos distintos.

E o pensamento de que a Justiça Eleitoral sempre pode ir um pouco mais além se faz presente, de tempos em tempos, deixando transparecer o moralismo nosso de cada dia (ou de cada pleito eleitoral), na tentativa de conferir a maior pureza possível aos processos eleitorais, como resta demonstrado nas palavras do ex-Desembargador do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Minas Gerais, José Tarcízio de Almeida Melo¹⁴¹

A Justiça Eleitoral, além de órgão judicante de conflitos, é principalmente administradora do processo eleitoral. Não há dúvida de que, mesmo sem código de processo – talvez por isso –, é mais célere que a Justiça comum. E mais eficaz. Com todo o respeito devido à interpretação e à aplicação da garantia de presunção de inocência, tem-se que não faria mal aos institutos democráticos o reconhecimento aos Juízes Eleitorais da verificação daquelas condições que devem ser compatíveis com o exercício do mandato.

Conforme anteriormente dito, no capítulo que cuidou de tratar das funções da Justiça Eleitoral, não cabe a ela impor regras restritivas de direitos, alterar ou substituir leis, criando direitos ou obrigações, pois a sua competência, como órgão do poder judiciário, restringe-se a ditar regras intuindo, apenas, a administração do processo

¹⁴¹ MELO, José Tarcízio de Almeida. *Questões polêmicas na Justiça Eleitoral: fidelidade partidária, direitos das coligações, duplicidade de filiação, propaganda extemporânea e vida pregressa desabonadora*. Revista de doutrina e jurisprudência do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 17. p. 11-34, 2008.

eleitoral, podendo expedir todas as instruções necessárias para a fiel execução da Lei nº 9.504/97¹⁴².

Pondera-se que o dispositivo que permite a Justiça Eleitoral legislar está, também, limitando o seu poder, ao frisar que essa autorização regulamentar deve ocorrer sem restringir direitos ou estabelecer sanções. Coerente, já que o princípio da estrita legalidade em matéria eleitoral impõe que as regras eleitorais devem ser estabelecidas por lei, devendo ser derivadas de um processo democrático de deliberação parlamentar.¹⁴³

A Justiça Eleitoral vem passando por um período de ansiedade em ensinar aos exercentes da sua condição passiva ou ativa, como eles devem se comportar. Aos que pretendem usufruir da possibilidade de pleitear uma posição como mandatário, a Justiça Eleitoral, num pretexto de pregar a moralidade na atividade pública, moraliza o processo, impõe regras, promove inovações, acrescenta, restringe e altera, criando obrigações e propondo hipóteses de inelegibilidade sem previsão expressa. No âmago de seu subjetivismo, sente-se no direito de versar sobre o que acredita ser bom ou ruim e dispara suas crenças em forma de resoluções, aplicam essas crenças em decisões, constrói-se jurisprudência. Depois, recebe um número se fim de ações ajuizadas pelos dois lados: de um lado, os afetados pela insegurança jurídica, que promoveu uma mudança sem previsão e sem autorização, e do outro, os que querem fazer valer essas mudanças bruscas que naquele momento lhes favorece, dando ensejo a um ciclo infundável. Daí que o argumento de que o ativismo da Justiça Eleitoral advém de um descrédito do Poder Legislativo não se encaixa.

Constata-se um “estado de autopoiese” na sua existência, eis que altera as regras do jogo eleitoral, extingue, modifica e cria direitos em um poder regulamentar que não lhe fora autorizado constitucionalmente, acompanhado de uma transição jurisprudencial cujas alterações ocorrem com a mesma dinâmica em que se alteram seus membros, o que enseja

¹⁴² Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009).

¹⁴³ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral*, 2010. 356f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 297.

o ajuizamento de ações com reclames advindos de diversos legitimados, como anteriormente demonstrando, numa tentativa de que a Justiça Eleitoral profira a última palavra. O que se torna natural diante dos empecilhos, dificuldades e dúvidas que ela mesma cria.

E nesse emaranhado de incertezas, a Justiça Eleitoral não deixa de demonstrar suas ideias moralistas e higienistas. Aos que estão a exercer o direito de cidadão de votar e escolher seus representantes, a Justiça Eleitoral tenta demonstrar, ainda que de forma sutil, como as escolhas devem ser feitas, rotulando inocente o eleitor, assumindo uma posição paternalista que só contribui para a antidemocracia, conforme será tratado no capítulo seguinte. E mais, ao restringir interessados de participarem do escrutínio, a partir de regras que ela mesma cria, filtra o elenco de aspirantes, apresentando um cardápio pré-selecionado daqueles candidatos que considera ter passado pelo crivo moralista de seus critérios subjetivos.

Neste conturbado e antidemocrático processo quem perde é o cidadão e a democracia, e fica a Constituição desmerecida, soterrada pelo subjetivismo do Poder Judiciário.

O moralismo está presente em todas as funções da Justiça Eleitoral. Como visto, ele aparece nos abusos cometidos pelo órgão no que concerne à expedição de normas de caráter regulamentar, que ultrapassa os limites característicos de sua natureza e, de forma muito acentuada pode ser observado também no exercício de sua função jurisdicional. Nesse sentido, Eneida Desiree Salgado

Em nome, simultaneamente, de uma necessária “moralização” do processo e de um imperioso impulso na reforma política, o Tribunal Superior Eleitoral vem, frequentemente, inovando em matéria eleitoral, criando direitos e obrigações, assinalando casos de inelegibilidade sem previsão expressa em lei (complementar, por exigência constitucional), determinando número de cadeiras de vereadores, criando hipótese de perda de mandato.¹⁴⁴

¹⁴⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral*, 2010. 356f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 300.

Como anteriormente dito, a permissão que o Tribunal Superior Eleitoral recebe para regulamentar as eleições através de resoluções, não lhe dá o direito de acrescentar, substituir ou promover qualquer tipo de alteração em lei ordinária que culmine em uma restrição de direitos.

4. PATERNALISMO: CONTROLE E INTERVENÇÃO NA FORMAÇÃO DA VONTADE DO ELEITOR

O controle realizado pela Justiça Eleitoral intenta proteger a legitimidade das eleições a fim de promover a democracia. E isso é possível tutelando a liberdade de votar, consubstanciada na manifestação das escolhas do eleitor, e a liberdade de ser votado, materializada na possibilidade de determinado cidadão postular votos a fim de adquirir a ocupação de um cargo eletivo para o conseqüente exercício de um mandato. E ao agir assim, a Justiça Eleitoral promove a proteção e a igualdade dos direitos políticos fundamentais dos cidadãos.

O exercício da condição ativa, que é a que permite o cidadão votar, depende do preenchimento de condições de alistabilidade, que está determinada nos artigos 4º e 5º do Código Eleitoral, bem como do art. 14, parágrafo 1º da Constituição da República de 1988.

Da mesma forma, o exercício da condição passiva exige o cumprimento de alguns requisitos. A diferença é que, além de possuir as condições de elegibilidade, aquele postulante não pode enquadrar-se em nenhuma das hipóteses de inelegibilidade, que estão elencadas no art. 14, parágrafos 4º a 7º da CR/88 ou de incompatibilidade¹⁴⁵, que configuram causas impeditivas à candidatura. Esses impedimentos podem ser deflagrados no ato do pedido de registro de candidatura ou após, o que é chamado de perda superveniente da condição de elegibilidade¹⁴⁶.

¹⁴⁵ De acordo com o artigo 3º do Código Eleitoral, qualquer cidadão pode pretender investidura em cargo eletivo, respeitadas as condições constitucionais e legais de elegibilidade e incompatibilidade. José Jairo Gomes denomina incompatibilidade como o impedimento decorrente do exercício de cargo, emprego ou função públicos. No que concerne a cargo eletivo, ela surge com o exercício de mandato. Esse impedimento é causa de inelegibilidade, fundando-se no conflito existente entre a situação de quem ocupa um lugar na organização político-estatal e a disputa eleitoral (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 163). Para que este pretense candidato possa concorrer ao pleito, é necessário passar pelo processo de desincompatibilização que é o ato pelo qual o pré-candidato se afasta de um cargo ou função que exerce dentro do prazo definido em lei para cada caso. A legislação eleitoral prevê que, conforme o caso, o afastamento pode se dar em caráter definitivo ou temporário (Lei Complementar 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).

¹⁴⁶ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 156.

A liberdade de exercer essas duas condições, votar e ser votado, é elemento fundamental para a concretização da soberania popular, um dos pilares do nosso sistema constitucional.

O poder soberano, aquele que emana do povo, de acordo com o art. 1º, parágrafo único da CR/88, é concretizado pelo sufrágio universal e pelo voto secreto e direto, sendo pautado, portanto, no poder de decidir do cidadão. Assim, a soberania popular, configurada no poder decisório, só se perfaz quando a manifestação da vontade do cidadão é expressa nas urnas, através do voto livre. Voto livre é aquele que se dá sem amarras físicas ou psíquicas, refletindo, com a maior precisão possível, o processo interno de decisão do eleitor, sendo, portanto, o direito ao voto livre, um bem jurídico supraindividual a ser tutelado pelo Direito Eleitoral.¹⁴⁷ Soma-se a isso a importante reflexão de que o voto deve ser livre de coação moral ou qualquer tipo de opressão que induza o eleitor a manifestar um voto diverso de suas convicções.

Contudo, a tutela da Justiça Eleitoral a esse direito tem ocorrido de forma exagerada, ultrapassando os limites de sua competência e invadindo a esfera de escolha do cidadão. Essa tutela desenfreada configura um ato paternal da Justiça Eleitoral para com o eleitorado, de modo a infantilizar sua capacidade decisória e sua formação de opinião, agindo como se o eleitor estivesse sempre na iminência de praticar um ato que lhe fará mal. E a Justiça Eleitoral transparece essa atitude paternalista em diversas ocasiões: em seus julgamentos, no controle da propaganda política e nas exigências que impõe aos candidatos ao pleito, situações que serão discutidas adiante.

E esse paternalismo tem um fundamento histórico e sociológico. Em *Raízes do Brasil*, Sérgio Buarque de Holanda¹⁴⁸ demonstra que, a ideia que imperava no século XIX, era a de um Estado assentado em uma espécie de círculo familiar que possuía uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, já que o Estado e suas instituições descenderiam em linha reta, e por simples evolução, da família. Ocorreria, portanto, uma sobreposição da vontade do Estado à vontade de alguém para

¹⁴⁷ NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e Mentira na Política*. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p. 153.

¹⁴⁸ DE HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2004. p. 141.

impor que detenha determinado comportamento em desfavor de outro, obviamente, aquele que melhor convém ao ente, a fim de evitar que algum mal lhe suceda. E essa conduta traduz exatamente o comportamento de um pai que julga saber exatamente aquilo que é melhor para o filho.

Sérgio Buarque de Holanda, que discorda desse modelo de Estado como continuidade da organização familiar, entende que somente por transgressão da ordem doméstica é que nasce o Estado, possibilitando que o simples indivíduo se faça cidadão, contribuinte, eleitor, elegível, recrutável e responsável ante as leis da cidade, ou seja, torne-se um sujeito de direitos.¹⁴⁹

Guardadas as devidas proporções, as ressalvas do paternalismo político tratadas neste trabalho aproximam-se no mesmo grau de nocividade que o paternalismo no âmbito familiar. Este, conforme Sérgio Buarque de Holanda, deve passar por um processo de libertação

Segundo alguns pedagogos e psicólogos de nossos dias, a educação familiar deve ser apenas uma espécie de propedêutica da vida na sociedade, fora da família. E se bem considerarmos as teorias modernas, veremos que elas tendem, cada vez mais, a separar o indivíduo da comunidade doméstica, a libertá-lo, por assim dizer, das virtudes familiares. Dir-se-á que essa separação e essa libertação representam as condições primárias e obrigatórias de qualquer adaptação à “vida prática”.¹⁵⁰

Em termos políticos, a expressão paternalismo, de acordo com Nicola Matteucci, em *Dicionário de Política*¹⁵¹, indica uma política social orientada ao bem-estar dos cidadãos e do povo, mas exclui a sua direta participação, consistindo em uma política autoritária e benévola. Dessa forma, seria o paternalismo a atitude benevolente do pai para com seus filhos "menores", em uma tentativa de retirar deles o peso da decisão

[...] ergue-se um poder imenso e tutelar que se encarrega, por si só, de lhes assegurar o desfrute dos bens e de vigiar sobre a sua sorte. É absoluto, minucioso, sistemático, previdente e brando. Assemelhar-se-ia à autoridade paterna se, como esta, tivesse por fim preparar o homem para a idade viril, mas não procura senão prendê-lo irrevogavelmente à infância, afastando dele todo o tédio de pensar, toda a canseira de viver.

¹⁴⁹ *Ibidem.* p. 141.

¹⁵⁰ DE HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2004.p. 143

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1 ed., Vol. 1. 1998. p. 908.

Matteucci relembra que a ideia do paternalismo fora tratada por John Lock, Immanuel Kant e Alexis de Tocqueville. Embora o tema tenha sido abordado em tempos diversos, a ideia das três personalidades converge num ponto em comum que nega que o paternalismo possa ser positivo ao cidadão uma vez que sua estrutura permite tolher as escolhas do indivíduo. Assim, cada filósofo defende, à sua maneira, a liberdade política, que conduz à valorização do pluralismo político e social, além de demonstrarem rejeição pela solução dos problemas individuais e sociais a partir de métodos administrativos e burocráticos, que acabam por alienar o indivíduo do sistema político.

Vale trazer aqui um breve registro da obra Segundo Tratado Sobre o Governo Civil, na qual John Lock¹⁵² contrapõe a teoria patriarcal e a ideia de paternidade adotada por Sir Robert Filmer contida na obra Patriarcha¹⁵³. Nessa obra, Filmer tenta justificar o poder do Rei assentando que este era fruto de uma revelação de Deus. Filmer ainda aproxima a vontade do Rei ao poder familiar, em que os pais têm autoridade sobre as decisões de seus filhos, podendo, inclusive, decidir por eles. Para Filmer, tanto os pais quanto o governante, regem de acordo com a sua própria vontade e não segundo as leis ou de acordo com a vontade dos filhos e dos súditos. Filmer ainda refuta a ideia de que a humanidade seria livre para eleger a melhor forma de governo e não considera o respeito pela vontade coletiva.

Liberalista, Lock dedica-se a redefinir as ideias de Filmer, inclusive limitando esse poder e diferenciando o poder paterno, no âmbito familiar, do poder governamental, refutando a analogia apresentada por Filmer entre o poder que os pais têm sobre os filhos e o poder que o monarca poderia exercer sobre seus súditos.

Nicola Matteucci¹⁵⁴ relembra que a ideia do paternalismo fora tratada também por Immanuel Kant que condena com dureza o Governo paternalista (*imperium paternale*), onde os súditos são filhos menores de idade e incapazes de um querer autônomo,

¹⁵² LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 82.

¹⁵³ FILMER, Robert. *Patriarcha; Or The Natural Power Of Kings*. Indianapolis: Liberty Fund, 2011.

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1 ed., Vol. 1. 1998. p. 908.

considerando que este seja o pior despotismo que se possa imaginar, por tolher-lhe a liberdade.¹⁵⁵

Embora não seja a intenção deste trabalho seguir uma linha filosófica, pois a conjuntura aqui tratada insere-se num contexto social, as considerações filosóficas demonstram que o paternalismo sempre esteve presente de alguma forma, apresentando-se de modo danoso a ponto de pensadores dedicarem-se a refutar o potencial positivo de um governo paternalista.

Além disso, mesmo que as ideias trazidas tratem de definir um paternalismo no âmbito da governança, observa-se que a ideia é a mesma que aqui se trata: paternalismo como um comportamento negativo capaz de retirar a autonomia do indivíduo, invalidando escolhas e, conseqüentemente, ocasionando uma antidemocracia.

Trazendo referidas considerações para o âmbito eleitoral, conforme considera Fernando Neisser¹⁵⁶, o paternalismo sugere que o eleitorado é formado majoritariamente por pessoas sem qualquer preparo ou conhecimento político e que, portanto, são facilmente ludibriáveis. Esse pensamento daria margem, então, para o Estado sentir-se na obrigação e no direito de intervir na escolha do eleitorado, cuidando de promover um estado de alerta ao eleitor de que aquele candidato proclama mentiras e, portanto, está tentando enganar o cidadão. É um paternalismo exacerbado que estagna a evolução da sociedade, mantendo-a imóvel e impedindo sua maturação.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Em obra publicada pela Cambridge University, com original impresso em 1970, e intitulada *Political Writings*, há registros de que Kant contrapunha a ideia de um governo paternalista, definindo-o nocivo à autonomia do indivíduo e prejudicial à suas escolhas: Under such a *paternal government (imperium paternale)*, the subjects, as immature children who cannot distinguish what is truly useful or harmful to themselves, would be obliged to behave purely passively and to rely upon the judgement of the head of state as to how they *ought* to be happy, and upon his kindness in willing their happiness at all. Such a government is the greatest conceivable *despotism*, i.e. a constitution which suspends the entire freedom of its subjects, who thenceforth have no rights whatsoever. The only conceivable government for men who are capable of possessing rights, even if the ruler is benevolent, is not a *paternal* but a *patriotic* government (*imperium non paternale, sed patrioticum*). A *patriotic* attitude is one where everyone in the state, not excepting its head, regards the commonwealth as a maternal womb, or the land as the paternal ground from which he himself sprang and which he must leave to his descendants as a treasured pledge. Each regards himself as authorised to protect the rights of the common wealth by laws of the general will, but not to submit it to his personal use at his own absolute pleasure. This right of freedom belongs to each member of the commonwealth as a human being, in so far as each is a being capable of possessing rights. KANT, Immanuel. *Political Writings*. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

¹⁵⁶ NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e mentira na política*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 188.

¹⁵⁷ *Ibidem*. p. 270.

A infantilização do eleitorado é problematizada pelo autor que analisa a inserção da mentira na propaganda política e o potencial prejuízo que ela supostamente viria a causar. Desmistifica a influência que pode o eleitorado sofrer a partir de uma propaganda que declara mentiras e contrapõe a ideia de que a decisão do eleitor deve ser tomada sem qualquer vestígio causado pela mentira factual na propaganda eleitoral.¹⁵⁸

Segundo o autor, não existiria um fundamento constitucional que apresente o elemento verdade como um direito a ser tutelado, mas no lugar disso, existe o direito individual de liberdade de escolha do eleitor deve sempre ser preservado e isso independe de elementos compostos por mentiras ou verdades.¹⁵⁹

Nesta linha de pensamento, Joaquim José Gomes Canotilho¹⁶⁰ faz importante reflexão aduzindo que este “deslizar” não explicitado da retórica interpretativa dos tribunais constitucionais no sentido de um discurso moral realizador-concretizador de valores pode transformar os tribunais em instâncias autoritário-decisórias transportadoras de uma compreensão paternalista e moralizante da jurisdição constitucional.

Em uma abordagem implícita do paternalismo, Adriano Soares da Costa aduz que em uma democracia quem afasta o mau político é o eleitor a partir do voto, sustentando que o critério a ser utilizado para isso cabe ao próprio eleitor definir. O autor sustenta que aqueles que defendem (e neste caso seria a minoria) uma limpeza antecedente ao pleito passam a desacreditar tanto na democracia quanto no eleitor¹⁶¹

O eleitor vai votar, é certo, mas em uma lista antes já submetida a um processo de higienização ideológica. A isso chamo de moralismo eleitoral, essa forma fundamentalista de aplicação de uma certa moral ao processo eletivo. Mas o hipermoralismo eleitoral não quer saber o que é juridicamente sustentável ou não; interessa a sua sanha macarthista, ainda que a Constituição seja desrespeitada. Este é o ponto: estamos sempre criando atalhos para sustentar essas normas inconstitucionais, mas com apelo popular, conferindo, assim, ao ordenamento jurídico um tratamento bizarro, sem pé nem cabeça, alimentando a insegurança jurídica. É disso que se trata. A mim me parece que não podemos negociar a aplicação adequada da Constituição; devem-se evitar soluções casuísticas que, ao final, se voltarão contra a própria sociedade.

¹⁵⁸ *Ibidem.* p. 150.

¹⁵⁹ *Ibidem.* p. 160.

¹⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva*. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. 1, p. 879.

¹⁶¹ *Ibidem.* p. 16-17.

Moralismo e paternalismo estão intimamente ligados, de modo que os anseios moralistas concretizam-se a partir de atitudes paternalistas. Se há a necessidade de aplicar mais rigor, e veja-se, aquele rigor subjetivo que visa moralizar o processo e que, por consequência, escapa às regras constitucionais, o poder decisório é retirado do indivíduo ou, pelo menos reduzido.

E ao permitir a rediscussão (rememora-se aqui ao chamado “terceiro turno eleitoral”) de matérias que deveriam ser de única e exclusiva responsabilidade do eleitor, bem como a normatividade desenfreada da Justiça Eleitoral, está-se viabilizando a condução moralista por meio do paternalismo em procedimento eleitoral.

A autonomia e o livre convencimento do eleitor tem como pressuposto o acesso e a manifestação às mais diversas posições e ideologias, para que se possa construir um espaço de reflexão e discussão a fim de promover o exercício livre do voto, como defende o Estado Democrático de Direito. Defensor dessa idéia, Ronald Dworkin¹⁶² entende que o sujeito adulto não precisa de auxílio do Estado, já que tem plena capacidade de escolher, por si só, os caminhos que pretende seguir, escolhendo, à sua maneira, aquela ideologia que melhor lhe convence

[...] o Estado deve tratar todos os cidadãos como adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou “constitutivo” de uma política justa. Essa exigência tem duas dimensões. Em primeiro lugar, as pessoas moralmente responsáveis devem tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la.

As pretensões higienistas se concretizam nos julgamentos realizados pela Justiça Eleitoral que, em determinados momentos, recorre à etimologia da palavra a fim de conferir substrato às suas pretensões, como foi o caso de uma representação proposta no

¹⁶² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 319.

Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe em que o Relator, Juiz Fernando Escrivani Stefaniu¹⁶³ considerou que

O termo "candidato" provém do latim *candidatus* e que o "costume romano exigia que os aspirantes aos mais altos cargos eletivos", no dia das eleições, portassem vestimenta branca, cândida, que simbolizava a pureza, "a lisura e honestidade de propósitos que animavam aqueles postulantes à função pública". Creio que é o nome de em um candidato próximo desse ideal - de vida, de propósitos e de ações limpas, que o generoso povo sergipano merece e espera sufragar.

Desrespeitam-se princípios e regras constitucionais, ultrapassam-se limites a fim de higienizar todo o processo, com o objetivo de alcançar aquela moralidade que faltava. E juntos, moralismo e paternalismo se alinham num mesmo caminho espinhoso: o desejo de tornarem perfeitas tanto as escolhas quanto as decisões no âmbito da Justiça Eleitoral. E a perfeição, por si só, já é subjetiva, não cede espaço para o coletivo nem para o democrático, ela é única e individualizada e, no final das contas, se mostra egoísta. E nesta via de mão única o paternalismo favorece a moralização da Justiça Eleitoral, dando passagem para a insegurança jurídica e promovendo atos antidemocráticos.

4.1. Paternalismo no controle da propaganda política

As propagandas e campanhas eleitorais possuem o escopo primordial de informarem o eleitor. Cria-se um ambiente comunicativo onde desenvolvem-se propostas, objetivos e ideologias e se apresenta como meio contínuo de divulgação de idéias. É ferramenta que viabiliza o convencimento do eleitor quando se trata de propaganda eleitoral, e é um meio de divulgação de ideologia quando se trata de propaganda partidária. Os dois tipos de propaganda estão inseridos no quadro da propaganda política. E os instrumentos normativos que regulam a propaganda política são: a Lei nº 9.504/97, Lei das Eleições e a Lei nº 9.096/95, a chamada Lei dos Partidos Políticos.

¹⁶³ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe. *Representação nº 1278-46.2014.6.25.0000*. Relator Juiz Fernando Escrivani Stefaniu. Publicação 01/12/2015.

Determinam essas leis que a propaganda deve obedecer a critérios, inclusive temporais, a fim de que os candidatos tenham as mesmas condições de competição durante a jornada das eleições. Para tanto, a Justiça Eleitoral, que é quem averigua o cumprimento ou exorbitância dessas normas, se baseia em limites materiais e formais.

Os limites materiais dizem respeito ao controle efetivado por toda norma que influa no conteúdo da propaganda eleitoral.¹⁶⁴ Já os limites formais são expressos na Lei nº 9.504/97, que vai determinar, por exemplo, o tempo de propaganda, o marco inicial e o período de transmissão, prevendo multas e condutas tipificadas como crime. Conforme assevera Fernando Neisser em obra intitulada *Crime e Mentira na Política*¹⁶⁵

As limitações formais à propaganda eleitoral são extensas e detalhadas. Cuida-se do que pode ser feito, como fazer, quando é possível ser divulgado, quem pode fazer e se valendo de quais meios. Enfim, pequeno é o espaço alheio à regulamentação formal no tocante à publicidade eleitoral. Mas não é apenas isso. A legislação vai além do controle formal e estipula regras de controle material, do conteúdo da publicidade eleitoral, tanto mediante o uso de meios cíveis quanto criminais para tanto.

Com maestria, o eleitoralista Fernando Neisser averiguou a necessidade de tipificar como crime a mentira contida nas propagandas eleitorais e a eficácia dessa tipificação em relação aos bens jurídicos tutelados. Recorda-se que, até então, a mentira não é tipificada como crime e a lei não faz nenhuma proibição a qualquer instrumento de manipulação.

Aponta o autor que a comunicação realizada entre governantes e governados, bem como aqueles que intentam galgar uma posição no poder representativo, sempre manteve seu caráter persuasório ou mesmo manipulador.¹⁶⁶ De acordo com ele, desde que existe dominação política existe, também, algum tipo de discurso persuasório¹⁶⁷ e, assim sendo, a verdade ou a falsidade da propaganda sempre terá o propósito de influir, de algum modo, sobre os receptores da comunicação,¹⁶⁸ até porque, se não fosse esse o objetivo, não seria necessário nenhum tipo de publicidade.¹⁶⁹

¹⁶⁴ NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e Mentira na Política*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2016. p. 105.

¹⁶⁵ *Ibidem*. p. 105.

¹⁶⁶ *Ibidem*. p. 78.

¹⁶⁷ *Ibidem*. p. 79.

¹⁶⁸ *Ibidem*. p. 98.

¹⁶⁹ Na obra “Mídia: propaganda política e manipulação”, Noam Chomsky apresenta um curioso aspecto da propaganda política que, segundo ele, pode parecer estranho à democracia, mas é uma concepção predominante.

Mas a crítica do eleitoralista não se restringe apenas à desejada criminalização da mentira na política, pois ele enxerga, em meio a isso, sérios problemas no controle excessivo da propaganda política ainda no âmbito cível da Justiça Eleitoral que, não raras vezes, determina a retirada de propagandas do ar ou o recolhimento de material gráfico por possuir conteúdo mentiroso.¹⁷⁰

Daí é que importante reflexão se faz necessária: quem é, ou deveria ser, o maior legitimado a exercer o controle da propaganda política? Conforme anteriormente discutido, o controle deve partir do próprio cidadão e deve se dar de forma democrática. Quando a Justiça Eleitoral passa a exercer um monitoramento extensivo, ainda que com base em lei, acaba por retirar, de forma paternalista, a prerrogativa do cidadão e decidir, no lugar dele, o quão prejudicial (ou não) é aquela mentira. Afasta dele a competência de julgar determinada veiculação, de refletir se se trata de verdade ou mentira e formar seu próprio convencimento.

Reforça-se com isso, ainda que se diga que não é essa a intenção, a idéia de que o eleitor é incapaz de julgar aquele candidato como bom ou ruim e executa toda a tarefa que deveria ser do próprio eleitor. E não há prova mais cabal desse pensamento do que as palavras do Desembargador Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, Nilo Luís Ramalho Vieira, em consulta dirigida ao Tribunal Superior Eleitoral, quando o Douto Desembargador afirmou que “seria ilusório imaginar que o povo, a partir de suas próprias convicções, pudesse afastar do panorama político candidatos que não estejam comprometidos com o interesse público.”¹⁷¹

A democracia considera que o povo deve ser impedido de conduzir seus assuntos pessoais e os canais de informação devem ser estreita e rigidamente controlados. Afirma que o princípio moral imperativo é que a maioria da população é simplesmente estúpida demais para conseguir compreender as coisas e que em meio a isso a participação geraria transtorno: se tentar participar na administração de seus próprios interesses, só vai causar transtorno. Por essa razão, seria imoral e impróprio permitir que se faça isso. Temos de domesticar o rebanho desorientado, impedir que ele arrase, pisoteie e destrua as coisas. É mais ou menos a mesma lógica que diz não ser apropriado deixar uma criança de 3 anos atravessar a rua sozinha. Não se dá esse tipo de liberdade a uma criança de 3 anos, porque esta não sabe lidar com ela. Do mesmo modo não se permite que o rebanho desorientado se torne participante da ação: ele só vai causar transtorno. CHOMSKY, Noam. *Mídia: propaganda política e manipulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 17/18.

¹⁷⁰ NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e Mentira na Política*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2016. p. 265.

¹⁷¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *CTA nº 1621 - JOÃO PESSOA – PB*. Resolução nº 22842 de 10/06/2008. Relator(a) Min. Ari Pargendler. Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 04/07/2008, Página 06 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19, Tomo 2, Página 240.

Neste sentido, Fernando Neisser¹⁷² demonstra as preocupações que possui quanto ao caráter excessivamente paternalista do controle de conteúdo que a Justiça Eleitoral faz sobre a propaganda política

Não se trata de diminuir o papel da Justiça Eleitoral, se não de fortalecê-lo, permitindo que as atenções se voltem aos temas que efetivamente causam desequilíbrios inaceitáveis entre os candidatos, como o abuso de poder político, econômico e dos meios de comunicação.

Ao eleitor, e somente a ele, deve caber a tarefa de separar, dentro o que ouve, o joio do trigo, a verdade da mentira, julgando os candidatos pelo que dizem e apresentam. Tirar esta tarefa dos ombros dos eleitores amesquinha a democracia e a mantém em uma eterna adolescência tutelada.

Entende o autor que o conjunto de opções postas ao eleitor deve congrega o maior número possível de alternativas a ele, sejam essas opções tantas quantas forem seus eleitores. Para tanto, é necessário que haja um mínimo de representatividade pra que sejam postas à apreciação do eleitorado.

É certo que as restrições postas à propaganda eleitoral advêm do Poder Legislativo que, pelo art. 242 do Código Eleitoral, determinou que a propaganda, seja ela qual for, não deve empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais.¹⁷³ Contudo, é inegável que a Justiça Eleitoral atua de modo subsidiário nesse controle, pois é ela quem aplica sanções, multas e determina a manutenção ou retirada da propaganda de circulação, ou seja, ainda que o regramento da questão seja posto por lei de autoria do Poder Legislativo, o processamento ocorre no âmbito administrativo da Justiça Eleitoral. E é essa a crítica que aqui se faz. Até porque, quando se fala em proibições ou sanções (e aí já entra na esfera restritiva de direitos), a questão já abandona a fase meramente administrativa.

No caso da mentira, por exemplo, é necessário questionar a efetividade da regulação do elemento falsidade/veracidade que foi atribuído à Justiça Eleitoral: qual o papel que cabe à Justiça Eleitoral ao controlar a propaganda política? E como ela

¹⁷² BRASIL. 66º encontro do Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais e 37º encontro do Colégio de Corregedores dos Tribunais Regionais Eleitorais, 2015, São Paulo. Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – Fiesp, 2015.

¹⁷³ Art. 6º A propaganda, qualquer que seja 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.

administra esse controle? Qual o fim útil dessa regulação para a democracia e para o eleitor? Segundo Fernando Neisser¹⁷⁴

A porosidade do controle pode contribuir para aquilo que a norma pretendia evitar, ou seja, ao infantilizar o eleitorado, pode torná-lo mais ludibriável pelas mensagens publicitárias eleitorais que logram superar o controle judicial. Reconhecer que comportamentos estratégicos são adotados em decorrência de restrições de condutas é obrar com vistas à realidade, refutando uma visão meramente formalista do Direito. Uma análise consequencialista e, portanto, atenta aos resultados da adoção de uma norma jurídica, não pode se furtar a esta reflexão.

O modelo adotado atualmente, atribuindo à Justiça Eleitoral o controle criminal do conteúdo da propaganda eleitoral, conquanto legítimo, traz sérios questionamentos quanto à sua necessidade e viabilidade. Ademais, acarreta consequências, no plano de sua oportunidade, que estagnam a evolução da sociedade, mantendo-a imóvel por um paternalismo que impede sua maturação. Por estes motivos é que se pode concluir ser oportuna a descriminalização da conduta prevista no artigo 323 do Código Eleitoral.

Ao discorrer sobre o déficit democrático dos instrumentos de controle, em sua obra *Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*¹⁷⁵, Rodolfo Viana Pereira afirma que

[...] grande parte da dogmática constitucional resume a função de controle ao âmbito das instituições estatais, em especial aos *checks* proporcionados pela técnica da separação de poderes. Segundo essa perspectiva, tal função de controle confina-se, em toda sua integralidade – estrutura, atores, processos –, às instituições, espaços e métodos tradicionalmente derivados da vertente representativa da democracia. Ou seja, o controle constitucional flui, basicamente, do quadro de competência dos órgãos de soberania e raramente é imputado à esfera de ação dos cidadãos, quanto mais aos demais sujeitos constitucionais alternativos.

A crítica do autor baseia-se em uma urgência de situar o marco da legitimidade do controle em uma democracia participativa¹⁷⁶ de modo que esse controle não seja exclusividade dos entes estatais. É dizer, no contexto que se situa este trabalho, que as decisões devem ser imputadas ao eleitor, como sujeito legítimo e capaz a realizar o controle.

¹⁷⁴ NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e Mentira na Política*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 279.

¹⁷⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático: Controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2010. p. 146.

¹⁷⁶ *Ibidem*. p. 250-252.

Em artigo intitulado *Direito Eleitoral contra o Inimigo*¹⁷⁷, onde traça suas considerações acerca da minirreforma eleitoral, o professor Rodolfo Viana Pereira afere neste contexto, que

O candidato é inimigo contra o qual é preciso armar barricadas e flexibilizar direitos. As motivações são bem conhecidas: diminuir o abuso de poder econômico nas campanhas, lutar pela moralidade no exercício do mandato, velar pela isonomia das candidaturas.

E é nessa manobra que se identifica o caráter paternalista da atuação da Justiça Eleitoral que, por sua vez, qualifica o eleitor como aquele ser incapaz de fazer suas próprias escolhas

Ao observar que determinada propaganda foi retirada do ar em decorrência da inverdade de seu conteúdo, o cidadão conclui que há alguém realizando este controle e, pior, que este alguém não é ele. Esta constatação retira dos ombros do corpo social uma responsabilidade que, na Democracia, é ínsita ao cidadão. Se um órgão do Estado se preocupa em separar o que é verdade e o que é falso na propaganda eleitoral, pode se questionar, não há razão para que o cidadão também se preocupe com esta tarefa de depuração.¹⁷⁸

Fernando Neisser aponta um lado perigoso do controle da propaganda política: quando a Justiça Eleitoral permite a retirada do ar de determinada propaganda em virtude de seu conteúdo falso, é de se concluir que todas as demais publicidades mantidas no ar são verdadeiras.¹⁷⁹

De outra banda, há quem defenda que o paternalismo pode não ser tão nocivo quanto se pensa. Em *Jurisdição Constitucional e Paternalismo*, Clèmerson Merlin Clève¹⁸⁰ questiona se a moralidade para o exercício de mandato que considera a vida pregressa do candidato seria boa para o robustecimento do sistema democrático. Ocorre que o autor embora considere que o efeito pode ser o oposto do que os moralistas pregam, encontra

¹⁷⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito eleitoral contra o inimigo*. Revista Em Debate, Belo Horizonte, v.5, n.4, p.26-30, out. 2013.

¹⁷⁸ NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e Mentira na Política*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2016. p. 266.

¹⁷⁹ *Ibidem*. p. 267.

¹⁸⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a lei da ficha limpa*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. p. 110-141.

um meio termo na teoria de Sunstein e Thaler¹⁸¹ que ao defender um paternalismo libertário propõe, na obra *Nudge*, uma espécie de escolha orientada.

Clève explica que no paternalismo libertário as pessoas são livres para a definição de suas escolhas, cabendo, todavia, ao Poder Público, a tarefa de orientá-las para prevenir aquelas escolhas cujos resultados são ou podem ser indesejáveis.

Neste contexto, ele divide a ideia entre paternalismo forte e fraco, de modo que paternalismo fraco englobaria candidatos com problemas junto à justiça e informar isso aos eleitores configura um paternalismo fraco. Por outro lado, o paternalismo forte afastaria, através da inelegibilidade, a possibilidade de participação de determinadas pessoas no jogo político, o que implicaria a expropriação da liberdade de escolha do eleitor. Conclui, portanto, que a adoção de um paternalismo fraco seria alternativa menos nociva à democracia.

Nem um, nem outro. Ambas as formas representam a retirada, ainda que forma sorrateira, como se sugere no paternalismo fraco, do direito de escolha do cidadão, mantendo-o em uma condição de insuficiência.

4.2. O Controle das *Fake News* pela Justiça Eleitoral como potencial comportamento paternalista

Com base no que se viu no tópico anterior, o uso da mentira como forma de persuasão sempre existiu em uma sociedade minimamente organizada. A comunicação do ser humano foi constantemente pautada na possibilidade de disseminar verdades ou falsidades de acordo com suas pretensões, seja com o objetivo de angariar algum tipo de benefício ou causar certo tipo de prejuízo.

O avanço dos meios de comunicação foi elemento propulsor para a propagação de informações de todo tipo. Contudo, foi na transição dos séculos XX para o XXI, com a chegada e o avanço da internet, que a disseminação informativa ganha intensa impulsão e

¹⁸¹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

passa a exercer um papel considerável nas eleições, alcançando um público muito maior do que se tinha antes dela, na comunicação feita por panfletagem, pela divulgação boca a boca e até mesmo pelos meios de comunicação convencionais como rádio e televisão, já que pela rede mundial de computadores a disseminação da informação é bem mais célere.¹⁸²

E é a partir da intensificação do uso das mídias sociais que o fenômeno das *fake news* ganha relevo, principalmente do ponto de vista jurídico, e uma tentativa de combatê-la tem sido uma saga discutida – e discutível – sob vários aspectos.

Um dos pontos de discussão é no que diz respeito ao prejuízo, para a liberdade de expressão, quando se intenta combater a disseminação de notícias falsas. Isso porque, se se considerar que é a partir da possibilidade de se expressar que os indivíduos poderão intervir no cenário político no qual estão inseridos e a liberdade de expressão representa um dos pilares do Estado Democrático de Direito, a proteção à livre manifestação deve ser sempre observada. Além disso, não é demais reforçar que a inverdade está muito mais atrelada ao âmbito da ética do que no plano do Direito.

Outro ponto é que não há, ainda, no nosso ordenamento jurídico, norma que se preste a regular as *fake news* e isso se une ao fato de não haver, até então, tipificação penal para o uso da mentira.

Há, ainda, outro problema a ser enfrentado: o que se entende exatamente por *fake news*? Qual a sua abrangência? Seriam apenas notícias? Abarcariam as comunicações transmitidas via aplicativo de mensagens instantâneas ou por redes sociais? A princípio o combate às *fake news* no âmbito eleitoral teria como foco a difusão profissional¹⁸³ de

¹⁸² Abordando o tema das *fake news* paralelamente à propaganda política, Fernando Neisser reflete que: a grande novidade que se tem no tema das *fake news*, de um lado, é a rápida disseminação dessas informações tanto pelas redes sociais, mas principalmente pelos aplicativos de mensagens instantâneas como o WhatsApp, o que faz com que esses boatos tenham uma velocidade de disseminação e uma amplitude de disseminação que os antigos panfletos falsos espalhados na madrugada não conseguiam ter, mas principalmente me parece que o problema está que se retira dessa propaganda falsa o seu caráter de propaganda, a sua cara de propaganda e a etiqueta do candidato que está emitindo essa propaganda e se coloca o invólucro de matéria jornalística.” NEISSER, Fernando Gaspar. *Fake News, por Fernando Neisser*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fo3Tdd1CHZk> 26 set. 2018. Acesso em: 30 set. 2018.

¹⁸³ NEISSER, Fernando Gaspar. *Fake News, por Fernando Neisser*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fo3Tdd1CHZk> 26 set. 2018. Acesso em: 30 set. 2018.

notícias com conteúdo falso, entretanto, isso não é um entendimento consolidado, tampouco definido legislativamente.

E é a partir daí que surge um dos grandes problemas: como seria possível um controle das *fake news* por parte do Poder Judiciário? Como as notícias falsas poderiam ser combatidas? Qual o critério para intervir em seu conteúdo?

Esses são questionamentos ainda pouco explorados e que afetam diretamente na possibilidade de se exercer qualquer tipo de controle. Um controle prévio do conteúdo incidiria em censura, expressamente proibida pela Constituição da República de 1988. E diante da inexistência de especificidade do que seja considerado *fake news*, da incerteza das implicações de sua disseminação e em quem recai referida responsabilização, torna-se extremamente complexo combatê-las. Mais difícil, ainda, é pensar na legitimidade da Justiça Eleitoral para atuar nesse combate.

Diogo Rais defende que a simples indefinição do tema já torna dificultoso que seja exercido qualquer tipo de controle, e reflete que a tradução literal de *fake news* para “notícia falsa”¹⁸⁴ não é a mais adequada e implica em um paradoxo: “se algo é notícia, não pode ser falso; e se é falso, não pode ser notícia”. O autor sugere que o termo mais pertinente seria “notícia fraudulenta”, até para que isso possa ser tratado juridicamente, saindo da esfera da ética (mentira) e adentrando no âmbito do Direito (fraude). Daí sim é possível trabalhar com a existência de dano a partir de uma fraude e estabelecer os meios de controle

São necessários três elementos fundamentais para identificar *fake news* como objeto do Direito: falsidade, dolo e dano. Ou seja, no contexto jurídico, *fake news* é o conteúdo comprovada e propositadamente falso, mas com aparência de verdadeiro, capaz de provocar algum dano, efetivo ou em potencial.

Seguindo esse raciocínio, se para ser considerada *fake news*, segundo o autor, determinado conteúdo deve guardar características dolosas, por consequência, não

¹⁸⁴ RAIS, Diogo. *A melhor tradução para fake news não é notícia falsa, é notícia fraudulenta*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/entrevista-diogo-rais-professor-direito-eleitoral> Acesso em: 30 ago. 2018.

existiria *fake news* na modalidade culposa. Assim, não seria possível que as notícias fraudulentas adviessem de simples erro.

Em recente decisão proferida pelo Ministro Sérgio Banhos¹⁸⁵, ao decidir sobre conteúdo na rede social *Facebook* que atacava a então pré-candidata à Presidência, Marina Silva, o Ministro entendeu que a publicação na rede social continha críticas e notícias publicadas de maneira anônima, com links que não indicavam os autores do texto nem eram passíveis de comprovação. Sérgio Banhos considerou que a ausência de autoria prejudicava a proteção à liberdade de expressão, já que, o artigo 5º, inciso IV, da CR/88 veda o anonimato. Mas o Ministro entendeu, também, que aquele conteúdo se tratava de *fake news*

As referidas críticas e notícias foram publicadas de maneira anônima, ou seja, tanto as publicações quanto os *links* nelas contidos não indicam os autores dos textos. (...) A ausência de identificação de autoria das notícias, portanto, indica a necessidade de remoção das publicações do perfil público. Ainda que assim não fosse, observo que as informações não têm comprovação e se limitam a afirmar fatos desprovidos de fonte ou referência, com o único objetivo de criar comoção a respeito da pessoa da pré-candidata. Aliás, a conformação estilística das postagens também pode apontar, indiciariamente, a existência de conteúdo falso. Ainda que não se possa afirmar que todas as *fake news* sejam redigidas da mesma forma, pesquisas recentes já indicam a existência de um padrão relativamente comum nesse tipo de publicação, identificável até mesmo pela inteligência artificial. Indicam-se, como traços comuns: a manchete sensacionalista, a prevalência da primeira pessoa no texto, erros de gramática e coesão e o uso de palavras de julgamento e extremismo.

Com base nisso, o Ministro entendeu estarem presentes os pressupostos de cautelaridade, e deferiu a liminar determinando que o representado procedesse à remoção do conteúdo nos termos da Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 23.551/2017¹⁸⁶.

Disso deflagra-se uma severa contradição, pois o próprio Ministro assevera que “as informações não têm comprovação e se limitam a afirmar fatos desprovidos de fonte ou referência”, mas aplica a limitação de conteúdo contida na Resolução nº 23.551/2017 que

¹⁸⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Representação nº 0600546-70.2018.6.00.0000*. Brasília. Distrito Federal. Relator(a): Ministro Sérgio Banhos. Julgamento: 07 jun. 2018.

¹⁸⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.551, de 18 de dezembro de 2017*. Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições.

impõe que essa limitação só pode ocorrer quando a divulgação tratar-se de fatos comprovadamente inverídicos.¹⁸⁷

Art. 22. É permitida a propaganda eleitoral na internet a partir do dia 16 de agosto do ano da eleição

§ 1º A livre manifestação do pensamento do eleitor identificado ou identificável na internet somente é passível de limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos.

Ou seja, ao mesmo tempo em que o Ministro afirma que o conteúdo não tem como ser comprovado aplica dispositivo que exige que os fatos tenham comprovação de inveracidade. Observa-se, ainda, que ele atribuiu, de forma temerária, um conjunto de supostas características a partir das quais se reconheceria uma *fake news*.

Além disso, se as definições do que seja *fake news* ainda carecem de maior precisão, ou se for seguida a literalidade da tradução do termo como “notícia fraudulenta”, as publicações não poderiam ter sido retiradas sob o argumento de apresentarem conteúdo falso, tanto pelo fato de não terem a devida comprovação de inverdade, quanto pelo fato de, a partir do conteúdo não ser possível aferir a ocorrência de dano. E mais, conforme afirma o Ministro, o intuito das mensagens divulgadas na rede social conservava o escopo de causar sentimento de comoção, sem que a esse sentimento ficasse comprovado o vínculo a qualquer tipo de dano à pré-candidata ou a terceiros.¹⁸⁸

E é por isso que a atuação do Estado, por meio da Justiça Eleitoral, na coibição às *fake news* caminha em solo arenoso. A nebulosidade que ainda permeia o tema em todos os aspectos ora analisados afeta a liberdade de expressão, cerca-se de insegurança jurídica e vai além das funções da Justiça Eleitoral.

Mesmo assim, a atuação da Justiça Eleitoral nas eleições de 2018 mostrou-se, mais uma vez, protagonista no assunto *fake news*. O Ministro Luiz Fux, ao discursar em sua

¹⁸⁷ A doutrina e a jurisprudência brasileira ainda esbarram na definição do que seja um fato sabidamente inverídico. A princípio, um fato sabidamente inverídico seria aquele notoriamente mentiroso, desprovido de controvérsias acerca da sua “não veracidade”, ou seja, aquele do qual se tem certeza de que é falso, incontestável.

¹⁸⁸ Neste aspecto, vale ressaltar importante lição de Olivar Coneglian, “Deve-se sempre ter em mente que o homem público, principalmente o que está no exercício do poder de administração, ou aquele que se submete ao crivo de uma eleição, fica sujeito a críticas mais acerbas e mais generalizadas. Muitas vezes, essa crítica é injusta, mas não chega a caracterizar injúria ou difamação.” CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral*. 11ª edição. Curitiba: Juruá, 2012. p. 321.

posse como Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, demonstrou suas preocupações relacionadas à disseminação de notícias falsas e o possível prejuízo que seria causado ao eleitor e também aos candidatos ao pleito caso inverdades fossem disseminadas. Em suas próprias palavras demonstrou que a Justiça Eleitoral se comprometeria a atuar de forma combativa ao conteúdo inverídico¹⁸⁹

A atuação proativa do Tribunal Superior Eleitoral estará alicerçada em pilares fundamentais (...) Outro pilar fundamental no nosso compromisso de combater as denominadas notícias falsas ou *fake news*. Notícias falsas, *fake news*, derretem candidaturas legítimas. Uma campanha limpa se faz com a divulgação de virtudes de um candidato sobre o outro e não com a difusão de atributos negativos pessoais que atingem irresponsavelmente uma candidatura.

Dessa fala, o primeiro ponto que merece ser observado é que o Ministro demonstra preocupação com as virtudes que julga serem essenciais a uma campanha. Todavia, virtude é elemento que encontra suporte em campo do moralismo e este, por sua vez, embora esteja, erroneamente presente no comportamento da Justiça Eleitoral, conforme abordado em capítulo próprio, colabora para restringir cada vez mais o cidadão do pleno gozo dos direitos políticos. A presença ou ausência de virtudes não deve ser preocupação da Justiça Eleitoral. Se ela for importante para o eleitor, ele que faça juízo disso e escolha conforme suas convicções, não a Justiça Eleitoral.

O segundo ponto de atenção é que o Ministro refere-se à problemática das notícias inverídicas, durante as campanhas eleitorais, no sentido de que a falsidade afetaria ao que ele denomina “candidaturas legítimas”. Neste aspecto, já se sabe que a falsidade já faz parte das campanhas eleitorais e da sociedade desde os seus primórdios. Guerrear contra isso, além de tarefa deveras árdua, não é, mais uma vez, função da Justiça Eleitoral. Além disso, existem procedimentos legítimos a que candidatos e partidos afetados podem recorrer quando a mentira afetar a legitimidade de sua candidatura, de acordo com o que

¹⁸⁹ FUX, Luiz. *Transmissão ao vivo da cerimônia de posse dos presidente e vice do TSE*. Youtube, 06 fev. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=yGdD72Q5X40&t=3782s> Acesso em: 08 fev. 2018.

sugere o Ministro, como é o caso do pedido de direito de resposta previsto pela lei nº 9.504/97¹⁹⁰, que pode ser requerido por meio de representação eleitoral.

O terceiro ponto que merece ser observado é que o Ministro informa que a Justiça Eleitoral estaria comprometida, naquele prélio, a combater as notícias falsas, assim como também declarou o Desembargador presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, Carlos Eduardo da Rosa Fonseca Passos¹⁹¹. De fato, há uma crença de que a Justiça Eleitoral deve se ocupar de combater informações inverídicas no período eleitoral, zelando pela higiene das campanhas, como é o caso do clamor advindo de setores como a Ordem dos Advogados do Brasil¹⁹². Mas essa crença não deveria advir, também, da própria Justiça Eleitoral que não tem, dentre suas funções a de analisar se determinado conteúdo é falso ou verdadeiro.

Por fim, um questionamento inevitável é como a Justiça Eleitoral atuaria no tão desejoso combate às *fake news*, como tornar possível e de quais meios se valer para tanto. Enquanto a todas essas perguntas a resposta permanecer inexistente ou duvidosa, caberá a malquista subjetividade. Até porque é por vezes difícil proceder a uma análise objetiva de situações que tratam de fato e opinião, verdade e veracidade.¹⁹³

Não é adequado incumbir à Justiça Eleitoral o controle judicial das *fake news* com o pretexto de assegurar que o eleitor tenha acesso apenas a informações verídicas a fim de

¹⁹⁰ Art. 57-D. É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores - internet, assegurado o direito de resposta, nos termos das alíneas a, b e c do inciso IV do parágrafo 3º do art. 58 e do 58-A, e por outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica.

¹⁹¹ O Desembargador presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, Carlos Eduardo da Rosa Fonseca Passos, ao falar das medidas que seriam adotadas pelo TRE-MG, declarou o seguinte: para esta eleição, a propaganda pelas redes sociais e a proliferação das “*fake news*” demandam maior atenção. Serão empreendidos esforços para que seja coibida a publicidade abusiva virtual, mediante medidas duras que não apenas determinem a exclusão da postagem, mas que assegurem o efetivo cumprimento da determinação judicial, tendo em vista a tradicional reticência de algumas redes ao cumprimento de comandos jurisdicionais. A atuação dos magistrados eleitorais também será fundamental na repreensão aos comportamentos abusivos.

¹⁹² Em seminário que abordou a temática das *fake news*, o presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Claudio Lamachia, se posicionou no sentido de que as notícias falsas são uma ameaça à democracia na medida em que podem deturpar a expressão máxima da vontade popular – qual seja, o exercício do direito ao voto. Para tanto, o presidente considera ser imperioso criar mecanismos efetivos de combate à difusão de notícias falsas. BRASIL, Ordem dos Advogados do Brasil. *Fake news são uma ameaça à democracia, diz presidente da OAB em seminário*. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/56444/fake-news-sao-uma-ameaca-a-democracia-diz-presidente-da-oab-em-seminario> Acesso em: 20 out. 2018.

¹⁹³ NEISSER, Fernando Gaspar. *Fact-checking e o controle da propaganda eleitoral*. Revista Ballot - Rio de Janeiro, V. 1 N. 2, Setembro/Dezembro 2015. p. 185. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot> Acesso em: 13 ago. 2018.

preservar a construção de suas convicções. Ao contrário, deve-se munir o eleitor de legitimidade, conhecimento e educação, ou seja, deve-se preparar o eleitor para que ele exerça seu direito ao voto com base na face boa e na face ruim que se colocará diante dele. Até porque, os limites para a proclamação de inverdades ainda fazem parte de uma arena desconhecida. O debate, as rejeições ou aceitações que advirem do conteúdo inverídico ou não deve ser reservado ao eleitorado. Ao Poder Judiciário incumbe, no exercício de sua função jurisdicional, a solução dos conflitos levados a ele, que vai julgar com base em casos concretos, elementos probatórios, e dispositivos de lei.

Em entrevista o Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto ao TSE, defende que a problemática das *fake news* povoa a preocupação de outros países ao redor do mundo e que no Brasil não seria diferente

Na minha avaliação pessoal o Tribunal Superior Eleitoral atuou muito bem. O Ministro Fux tomou todas as medidas possíveis e imagináveis para conter, digamos, assim, as *fake news* no atacado, e na gestão da Ministra Rosa tivemos a oportunidade também de desenvolver campanhas institucionais, uma espécie de antídoto institucional a isso que é um mal porque deforma a informação com base na qual o eleitor pode ou não construir o seu futuro e o das futuras gerações com maior qualidade.¹⁹⁴

É certo que há uma preocupação acerca dos potenciais prejuízos que as *fake news* podem causar. E a crítica estabelecida aqui não pretende afastar todo e qualquer tipo de prejuízo advindo de uma informação inverídica. O grande problema posto diz respeito à tentativa de se tutelar o eleitor, ao constante argumento de que notícias falsas são prejudiciais ao votante, podendo influenciar sua decisão e empobrecer o debate ou até mesmo diminuir a qualidade de seu voto. E é esse o paternalismo que aqui se critica: a constante preocupação de que o eleitor não vai conseguir depurar as informações que recebe.

De modo reverso e prejudicial, essa incessante busca pelo controle de conteúdo procedido pelo estado pode acabar implicando negativamente na intensidade dos debates,

¹⁹⁴ NETO, Tarcísio Vieira. *Conexão Eleitoral faz um balanço do segundo turno das Eleições 2018*. Youtube, 31 out. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ptV8YNkNGN4> Acesso em 2 nov. 2018.

afetando diretamente a sua qualidade e minguando a participação popular, revelando um controle tendenciosamente antidemocrático.¹⁹⁵

Além disso, a Justiça Eleitoral não suporta nem a competência, nem os mecanismos de um controle desse tipo de conteúdo, dentro ou fora do contexto da propaganda e da campanha eleitoral, sem que sejam afetadas a liberdade de expressão, a democracia e os direitos individuais do cidadão. E ainda que se reconheça a nocividade da difusão de mentiras no cenário político, isso não implica, necessariamente, atribuir ao Estado, especificamente à Justiça Eleitoral, a tarefa de combatê-las.¹⁹⁶

Se o Estado toma para si o controle das *fake news* diante da falta de clareza que ainda lhe é peculiar, sem especificar exaustivamente o que é, estará abrindo portas para que os juízes impeçam de circular mensagens que entenderem por inadequadas, tonando a temática mais propícia ao emprego da subjetividade, pois possibilitará a cada magistrado aplicar sua forma e seu estilo¹⁹⁷, de acordo com suas convicções. E nesta ocasião alarga-se o espaço para a proliferação de entendimentos e julgamentos moralistas fortalecidos por uma convicção paternalista de que, sozinho, o eleitor não dá conta.

Conforme afirma Diogo Rais¹⁹⁸, caso o desejo de retirar as *fake news* permaneça, será necessário promover uma análise do conteúdo ou da mensagem que ela traz, sendo aqui onde se localiza o maior de seus perigos

¹⁹⁵ Fernando Neisser explica que a pretensão do controle ocasiona uma autocensura, um esfriamento do debate (*chilling effect*), o que implicaria na diminuição de uma ampla participação nos debates, prejudicando, com isso, o trânsito de informações, já que haveria entre as pessoas um temor acompanhado do seguinte questionamento: até onde é permitido ir com aquele debate sem sofrer punição? O autor utiliza o exemplo do radar de velocidade de trânsito que, presente em vias de grande fluxo, determina a velocidade com a qual aquele condutor deve trafegar. Se o radar indicar que a velocidade máxima que pode ser atingida é de 50 km/h, o condutor, com receio de ser multado, acaba reduzindo a velocidade e não passa pelo aparelho a 50km/h, mas em velocidade bem menor do que essa. Assim, o controle do conteúdo no âmbito eleitoral surtiria o mesmo efeito, de modo que o cidadão, com receio de sofrer as consequências punitivas, deixe de debater, ou debata e participe muito menos. NEISSER, Fernando Gaspar. *Fake News, por Fernando Neisser*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fo3Tdd1CHZk> 26 set. 2018. Acesso em: 30 set. 2018.

¹⁹⁶ NEISSER, Fernando Gaspar. *Fact-checking e o controle da propaganda eleitoral*. Revista Ballot - Rio de Janeiro, V. 1 N. 2, Setembro/Dezembro 2015. p. 183. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot> Acesso em: 13 ago. 2018.

¹⁹⁷ RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 127.

¹⁹⁸ RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 127.

Se o Estado quiser remover ou impedir fake news terá que agir diante do conteúdo das mensagens. Se fizer repressivamente pelo Judiciário dependerá de uma análise caso a caso, mas se fizer abstrata e preventivamente, a agressão à liberdade de expressão será ainda maior, e creio que não faremos nada diferente daquilo a que se chama censura.

A conclusão do autor é a mesma que assina este trabalho: não é saudável para a democracia destinar ao Estado o domínio do conteúdo das mensagens.

Dialogar com a sociedade e com os meios de comunicação é atitude saudável por parte da Justiça Eleitoral, que pode, dentro de seus limites, incentivar o zelo com o qual os meios de comunicação levam informação à sociedade. E estimular o eleitor, de forma pedagógica, a buscar, ele próprio, a confirmação das infamações que recebe, procedendo a um filtro daqueles candidatos que, de acordo com suas convicções são os mais adequados ou não para representá-lo, também se mostra ao alcance da Justiça Eleitoral. Outras ações para além dessas podem se apresentar nocivamente paternalistas.

4.3. Eleitor: o fiscal não legitimado

Para além do paternalismo identificado no controle de conteúdo, seja na propaganda política, seja na veiculação de informação, há de se considerar o fato de que o cidadão não fora incluído no rol de legitimados a ajuizar qualquer tipo de ação eleitoral.

Das ações possíveis, o ajuizamento de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), que é permitida pelo artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90, a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC), disposta no artigo 3º, caput, da Lei Complementar 64/90 e o Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED), previsto no artigo 262 da Lei 4.737 de 1965, Código Eleitoral, possuem como legitimados os partidos políticos, a coligação, o candidato ou o Ministério Público Eleitoral que poderão representar à Justiça Eleitoral, estando essa legitimação presente no texto normativo.

Há, ainda, a possibilidade de propositura de ação com a finalidade de impugnar mandato eletivo, a chamada AIME, uma ação constitucional que visa decretar a perda do mandato eletivo a partir da comprovação de abuso de poder econômico, cometimento de

fraude ou corrupção. Considerando que o eleitor é o maior interessado na regularidade da representatividade política, a AIME está diretamente ligada aos interesses do cidadão.

A Constituição de 1988 previu a AIME em seu artigo 14, parágrafos 10 e 11¹⁹⁹, sem, contudo, estabelecer expressamente, de quem seria a legitimidade para propô-la, não estabeleceu prazos, assim como também não determinou o rito adequado a ser seguido para a sua tramitação, nem mencionou a possibilidade de interposição de recursos contra decisão proferida nesse tipo de ação.

Diante dessa omissão, questionamentos acerca da legitimidade do eleitor foram inevitáveis e o Tribunal Superior Eleitoral passou a disciplinar sobre a questão a partir da edição de resolução e de seus próprios julgados, decidindo que o eleitor não teria legitimidade para ingressar em juízo propondo AIME, e assim foi decidido em diversos casos

Ação de impugnação de mandato eletivo (Const., art. 14, § 11) Legitimidade ad causam (Lei Complementar nº 64/90, art. 22). Não têm legitimidade ad causam os apenas eleitores. Recurso conhecido e provido nesta parte.

O SENHOR MINISTRO TORQUATO JARDIM: Presidente, cinco os autores de ação de impugnação de mandato Senhor eletivo por abuso de poder econômico contra a ora recorrente. O Juiz Eleitoral excluiu dois deles, eleitores apenas, por ilegitimidade ad causam [...] ²⁰⁰

Referido entendimento serviu de precedente para decisão em casos semelhantes, que vieram posteriormente

Por último, convém registrar não merecer reparos a decisão regional que assentou a impossibilidade do ajuizamento de ação de impugnação de mandato por simples eleitor. [...] Muito embora a ação de impugnação de mandato eletivo tenha a natureza de ação popular, a Constituição da República não identificou quem pode figurar no pólo ativo. Diante, portanto, da ausência de disposição constitucional e legal da legitimidade, adoto o entendimento reiterado do colendo Tribunal Superior

¹⁹⁹ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

²⁰⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE nº 11835 – PR. Acórdão nº 11835 de 09/06/1994*. Relator(a) Min. Torquato Jardim. Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 29/07/1994, Página 18429. RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 6, Tomo 3, Página 132.

Eleitoral de que os eleitores não têm legitimidade ativa ad causam para propor a presente ação.²⁰¹

A Jurisprudência então estabeleceu que o rito a ser seguido na propositura da AIME deveria ser aquele previsto nos artigos 3º a 16 da Lei Complementar nº 64/90, ou seja, o mesmo rito utilizado para a propositura de Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC) e os legitimados seriam os mesmos que estão dispostos no artigo 22 da Lei Complementar. Esse entendimento fora formalizado por meio da Resolução nº 21.634/2004²⁰² tendo sido replicada nas edições normativas do Tribunal Superior Eleitoral nos pleitos seguintes, sendo a mais recente a Resolução nº 23.554/2017.²⁰³

Não fora, portanto, editada nenhuma norma infraconstitucional que regulamentasse a possibilidade de propositura da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, prevista na Constituição da República de 1988, o que não afasta a indubitável eficácia que a medida contém²⁰⁴. Assim, o rito a ser seguido e os legitimados para propositura da AIME foram definidos por Resoluções e sedimentados pelo entendimento do Tribunal Superior Eleitoral em seus julgados. Todavia, na ausência de disposição constitucional ou infraconstitucional acerca dos detentores de legitimidade ativa para propor a ação, não

²⁰¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RO nº 0000781-24.1997.6.00.0000. RO - Recurso Ordinário nº 498* – Belo Horizonte – MG. Acórdão nº 498 de 25/10/2001. Relator(a) Min. Sepúlveda Pertence. Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, Data 22/02/2002, Página 180.

²⁰² Questão de Ordem. Ação de impugnação de mandato eletivo. Art. 14, § 10, da Constituição Federal. Procedimento. Rito ordinário. Código de Processo Civil. Não-observância. Processo eleitoral. Celeridade. Rito ordinário da Lei Complementar nº 64/90. Registro de candidato. Adoção. Eleições 2004. 1. O rito ordinário que deve ser observado na tramitação da ação de impugnação de mandato eletivo, até a sentença, é o da Lei Complementar nº 64/90, não o do Código de Processo Civil, cujas disposições são aplicáveis apenas subsidiariamente. 2. As peculiaridades do processo eleitoral – em especial o prazo certo do mandato – exigem a adoção dos procedimentos céleres próprios do Direito Eleitoral, respeitadas, sempre, as garantias do contraditório e da ampla defesa. Diante do exposto, trago esta questão de ordem para deliberação da Corte, propondo seja fixado o entendimento de que, a partir das próximas eleições, na ação de impugnação de mandato eletivo deverá ser seguido, até a sentença, o rito ordinário previsto na LC nº 64/90, para o registro de candidaturas, aplicáveis apenas subsidiariamente as disposições do Código de Processo Civil.

²⁰³ Art. 253. O mandato eletivo poderá também ser impugnado na Justiça Eleitoral após a diplomação, no prazo de 15 (quinze) dias, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 1º A ação de impugnação de mandato eletivo observará o procedimento previsto na Lei Complementar nº 64/1990 para o registro de candidaturas, com a aplicação subsidiária, conforme o caso, das disposições do Código de Processo Civil, e tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor na forma da lei se temerária ou de manifesta má-fé.

§ 2º A decisão proferida na ação de impugnação de mandato eletivo tem eficácia imediata a partir da publicação do respectivo acórdão lavrado em grau de recurso ordinário, não se lhe aplicando a regra do art. 216 do Código Eleitoral.

²⁰⁴ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 604.

cabe ao Tribunal Superior Eleitoral dispor sobre, muito menos restringindo a legitimidade do eleitor.

Adriano Soares da Costa²⁰⁵ vai um pouco mais além quando afirma acreditar que se a Constituição Federal manteve-se silente quanto à legitimidade ativa é porque ela considera que o eleitor é parte legítima para propor AIME e não caberia, de modo algum, ao Tribunal Superior Eleitoral impor restrição que nem a própria Constituição se dignou a impor.

Ao defender a garantia da autenticidade eleitoral, Eneida Desiree Salgado²⁰⁶ condena essa marginalização do eleitor ao processo eleitoral

A legislação, e com mais ênfase a jurisprudência eleitoral brasileira, determina uma “introversão” da legitimidade processual eleitoral, negando ao cidadão a propositura de demandas na esfera eleitoral. Essa “invisibilização” do eleitor em relação às ações eleitorais se apresenta através de uma constatação: o “mero eleitor” não tem interesse jurídico na propositura de demandas que buscam garantir a autenticidade eleitoral. E esse efeito de um discurso jurídico, pretensamente neutro e imparcial, é sutil e eficaz no desaparecimento de uma pretensão legítima, afastando o eleitor do acesso à justiça.

Conforme defende Rodolfo Viana Pereira, o direito ao devido processo eleitoral deve ser ampliado, consoante sua vocação expansiva, a todos os pólos de interesse presentes na sociedade, sejam eles individuais ou coletivos.²⁰⁷

Há, ainda, outro aspecto da AIME que, por controverso, agrava a situação. É que a AIME, por imposição constitucional, tramita sob segredo de justiça, a princípio, com vistas a proteger o nome e a imagem do impugnado.²⁰⁸ A controvérsia é que, se a AIME visa tutelar o interesse público e o que está em questionamento é a vida pública do candidato e não a sua vida privada, mais certo seria se a ação tramitasse normalmente com a publicidade inerente ao processo eleitoral. Até porque, sendo o eleitor fiscal do processo eleitoral e interessado direto em seus resultados diversos, deveria possuir a prerrogativa de

²⁰⁵ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 9ª ed. Rev. Ampl. Atualizada de acordo com a LC nº 135. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

²⁰⁶ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral*, 2010. 356f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 115.

²⁰⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 139.

²⁰⁸ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 608.

tomar ciência e acompanhar o desfecho de uma ação que é diretamente ligada à vida pública daquele mandatário.

Essa sigilosidade foi, inclusive, objeto de consulta formulada pelo Ministério Público Federal ao Tribunal Superior Eleitoral²⁰⁹ que assim o arguiu:

Permanece ou não a obrigatoriedade da decretação do segredo de justiça no processamento das ações de impugnação de mandato eletivo, em face da nova redação do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004?

A Emenda Constitucional nº 45/2004 promoveu alteração em diversos artigos da Constituição da República de 1988, dentre eles o texto do art. 93, inciso IX, que previa que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário seriam públicos, mas que poderiam ser limitados à presença, em determinados atos, das próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes. Com a Emenda 45/2004, o texto sofreu alteração para determinar que essa limitação só ocorreria em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudicasse o interesse público à informação.

A dúvida suscitada pelo Ministério Público Federal ao Tribunal Superior Eleitoral foi pertinente, haja vista que se a norma diz que o sigilo não deve ser impedimento à publicidade de interesse público, a sigilosidade da AIME torna-se questionável.

Em resposta à Consulta, por meio da Resolução nº 23.210/2010, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu que

De fato, a regra geral prevista no texto constitucional, especialmente após as alterações trazidas pelo art. 93, IX é de que o trâmite e julgamento dos processos sejam acessíveis ao público. Contudo, é amplamente aceita a ideia de que, excepcionalmente, alguns casos devem ser albergados pelo segredo de justiça. Tais exceções além de legalmente previstas, também foram expressamente consignadas no texto constitucional. Não é outro o caso da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), consignado no art. 14, § 11, da CR/88: “A ação de impugnação de mandato **tramitará em segredo de justiça**, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé”. Interpretando mencionada norma, este c. Tribunal Superior Eleitoral expediu a Res. 21.283, de 5.11.2002, dispondo que embora o **trâmite** da AIME se dê em segredo de justiça, seu **julgamento** deve ser público. Embora referida decisão tenha sido proferida antes da alteração constitucional,

²⁰⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Secretaria de Gestão da Informação Coordenadoria de Jurisprudência. *Resolução nº 23.210, de 11 de fevereiro de 2010*. Relator: Felix Fischer. Brasília, 11 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2010/RES232102010.htm> Acesso em: 05 jan. 2019.

entendo **não haver razões que fundamentem a pretendida mudança de orientação.**²¹⁰

O Ministro Felix Fischer, Relator da Consulta, entendeu que continuava sendo obrigatória a decretação do segredo de justiça no processamento das ações de impugnação de mandato eletivo, uma vez que a alteração promovida pela Emenda Constitucional manteve-se inerte nesse sentido, nem explicitando, nem revogando o conteúdo do artigo 14, parágrafo 11 do texto constitucional, que dispõe sobre a decretação do segredo de justiça nas Ações de Impugnação de Mandato Eletivo. Ressaltou que a regra era a de que os processos judiciais tramitassem publicamente, mas tinham exceções, as quais devem estar legalmente previstas, como é o caso das ações de impugnação de mandato eletivo, prevista pelo artigo 14, parágrafo 11, da CR/88. E assim decidiu, com base na Resolução nº 21.823/02²¹¹ que estabeleceu que

Contrariamente à presunção de inocência do acusado, a publicidade dos atos processuais desse tipo de ação poderia possibilitar que uma simples suspeita infundada viesse a levar o candidato à execração pública, face ao sensacionalismo que norteia os meios de comunicação. Registro que a norma relativa ao segredo de justiça refere-se apenas à tramitação do processo, posto que a pressão imposta pelos excessos de publicidade poderia até mesmo distorcer o bom funcionamento da máquina judiciária.

Considerando que a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo é de interesse público, conforme defendido anteriormente, soa controverso que ela tramite sob segredo de justiça. Seus atos deveriam ser públicos para que o eleitor como fiscal da lei, pudesse acompanhar e avaliar a conduta daqueles pretensos detentores do mandato. Ademais,

²¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta. Ministério Público Eleitoral. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo*. Segredo de Justiça. Art. 14, §11 e Art. 93, IX da Constituição da República. 1. O trâmite da ação de impugnação de mandato eletivo deve ser realizado em segredo de justiça, mas o seu julgamento deve ser público (Cta 18.961/TO, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 27.4.2009).

2. A nova redação do art. 93, IX, da CR/88, dada pela EC 45/04, não determina que todos os processos tramitem publicamente, mas apenas que os julgamentos sejam públicos. Embora a regra seja a publicidade dos processos judiciais, é possível que exceções sejam previstas, mormente no próprio texto constitucional. Permanece em vigor o disposto no art. 14, §11, da CR/88 que impõe o segredo de justiça ao trâmite da ação de impugnação de mandato.

3. Consulta conhecida e respondida positivamente, pela permanência da obrigatoriedade da decretação de segredo de justiça no processamento das ações de impugnação de mandato eletivo.

²¹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 21.283 de 5.11.2002*. Consulta TRE. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Segredo de Justiça. Processo Administrativo nº 18.961 - Classe 19a - Tocantins (Palmas). Relatora: Ministra Ellen Gracie. Interessado: Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins. Publicado no Diário da Justiça em 07/02/2003, p. 133.

conforme afirma Kildare Gonçalves Carvalho²¹², os atos que podem levar a perda do mandato, mediante ação de impugnação, relacionam-se com a vida pública do candidato, e não com a vida particular.

Enfim, seja no tocante à legitimidade para a propositura de AIME, seja no que se refere à sigilidade conferida à ação, o eleitor permanece à margem do processo eleitoral e a sua participação na fiscalização e interposição de ações não se dá de forma direta. Mais uma vez, reflete-se sobre a restrição de direitos que impede o pleno gozo dos direitos do cidadão e, conseqüentemente, obstaculiza a participação democrática.

No que diz respeito à exclusão do eleitor do rol de legitimados à propositura da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, novamente, está-se diante de um quadro de hipertrofia da Justiça Eleitoral que, para além das suas funções, legisla em detrimento da participação do cidadão, na qual é flagrante a posição de hipossuficiência a ele conferida.

²¹² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição*; direito constitucional positivo. 10. ed. rev., atual, e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 474.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É escopo da democracia a garantia de participação ativa do cidadão brasileiro, em todas as fases do processo eleitoral, desde que ele cumpra os requisitos legais para participar do sufrágio passivo e ativo, podendo votar e ser votado, contanto que atenda às condições específicas para a ocupação de cada cargo em mandato eletivo.

A democracia também assegura ao cidadão a escolha livre do candidato que lhe represente, através de eleições livres e periódicas, preservando a igualdade na competição, o debate público permanente, a promoção de um sistema eleitoral confiável, dotado de técnicas seguras e instrumentos eficazes, aptos a captar com imparcialidade a vontade popular, garantindo segurança e legitimidade às eleições.

Neste cenário a atuação imparcial da Justiça Eleitoral, que deve exercer seu papel a partir da necessária observância das competências que lhe foram conferidas, é de fundamental importância.

À Justiça Eleitoral coube o papel de administrar, organizar e conduzir o processo de escolha dos representantes políticos, propiciando desde o alistamento eleitoral, o registro de candidatura até a diplomação dos eleitos, cuidando, ainda, de processar e julgar as lides surgidas ao longo do período. Contudo, a Justiça Eleitoral tem desempenhado funções que vão além da mera administração das eleições e, nessa expansão, o Tribunal Superior Eleitoral tem inovado em matéria eleitoral e o faz em flagrante transgressão de suas atribuições.

As funções da Justiça Eleitoral tornaram-se hipertrofiadas. As condições impostas por meio de resoluções que, quando não observadas pelo pretense candidato, acarretam, indevidamente, o indeferimento do pedido de registro de candidatura, além de criar impedimentos ou requisitos novos aos direitos políticos quando esses só poderiam advir de norma constitucional, deixa claro o abuso no poder regulamentar da Justiça Eleitoral, em latente usurpação das atribuições do Poder Legislativo. As consequências dessa desenfreada atuação da Justiça Eleitoral por meio de expedição de resoluções são nefastas, pois torna o processo eleitoral conturbado e abarrotado a própria Justiça Eleitoral, uma vez

que gera dúvida e uma grande insegurança jurídica no concernente a qual norma aplicar e em quais condições, situação que não deveria ocorrer quando se trata da proteção a direitos políticos.

O excesso de judicialização do resultado do pleito, ocasião em que se rediscute a vontade manifestada nas urnas, comprova o alargamento da função jurisdicional da Justiça Eleitoral. Além disso, a sua jurisprudência se altera na mesma proporção da alternância de seus membros comprometendo seriamente a segurança jurídica.

Constata-se, portanto, um “estado de autopoiese” da Justiça Eleitoral, eis que ela altera as regras do jogo eleitoral, extingue, modifica e cria direitos em um poder regulamentar que não lhe fora autorizado constitucionalmente, acompanhado de uma transição jurisprudencial cujas alterações ocorrem com a mesma dinâmica em que se alteram seus membros, o que enseja o ajuizamento de ações com reclames advindos de diversos legitimados, como anteriormente demonstrando, numa tentativa de que a Justiça Eleitoral profira a última palavra. O que se torna natural diante dos empecilhos, dificuldades e dúvidas que ela mesma cria.

Toda essa atuação transcendental da Justiça Eleitoral deflagrada neste trabalho é consequência de uma visão moralista e também paternalista. Aos que estão a exercer o direito de cidadão de votar e escolher seus representantes, a Justiça Eleitoral tenta demonstrar, ainda que de forma sutil, como as escolhas devem ser feitas, rotulando inocente o eleitor, assumindo uma posição paternalista que só contribui para a antidemocracia, pois o paternalismo é excludente e deixa o eleitor à margem do processo eleitoral, já que ele passa a ser considerado como hipossuficiente. Assume a patente moralista ao restringir os interessados de participarem do escrutínio, a partir de regras que ela mesma cria, filtra o elenco de aspirantes, apresentando um cardápio pré-selecionado daqueles candidatos que considera ter passado pelo crivo moralista de seus critérios subjetivos.

O moralismo está presente em todas as funções da Justiça Eleitoral. Como visto, ele aparece nos abusos cometidos pelo órgão no que concerne à expedição de normas de

caráter regulamentar, que ultrapassa os limites característicos de sua natureza e, de forma muito acentuada pode ser observado também no exercício de sua função jurisdicional.

A tutela da Justiça Eleitoral tem ocorrido de forma exagerada, ultrapassando os limites de sua competência e invadindo a esfera de escolha do cidadão, configurando um ato paternal da Justiça Eleitoral para com o eleitorado, de modo a infantilizar sua capacidade decisória e sua formação de opinião, agindo como se o eleitor estivesse sempre na iminência de praticar um ato que lhe fará mal. E a Justiça Eleitoral transparece essa atitude paternalista em diversas ocasiões: em seus julgamentos, no controle da propaganda política e nas exigências que impõe aos candidatos ao pleito.

Neste conturbado e antidemocrático processo quem perde é o cidadão e a democracia, e fica a Constituição desmerecida, soterrada pelo subjetivismo do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*, publicado pelo Boletim de notícias online Consultor Jurídico, Conjur, em 22 dez. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=5 Acesso em 19 mai. de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Entrevista: Luís Roberto Barroso (judicialização)*. Youtube, 13 out. 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2MAVouNqF8M> Acesso em: 12 jul. 2018.

BARROSO, Luís. Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em 7 jul. 2018.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1 ed., Vol. 1. 1998.

BRASIL. 66º encontro do Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais e 37º encontro do Colégio de Corregedores dos Tribunais Regionais Eleitorais, 2015, São Paulo. Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – Fiesp, 2015.

BRASIL. Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 que decreta o Código Eleitoral.

BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm Acesso em 02 jun. 2018.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. *Fake news são uma ameaça à democracia, diz presidente da OAB em seminário*. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/56444/fake-news-sao-uma-ameaca-a-democracia-diz-presidente-da-oab-em-seminario> Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.628-3 DF*, Relator: Min. Sydney Sanches, Julgado em 18 abr. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266864>> Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345 DF*, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 05 ago. 2005. Disponível em <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>> Acesso em 20 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5130 DF*, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgado em 01 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=5130&classe=ADI>> Acesso em 7 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe. *Representação nº 1278-46.2014.6.25.0000*. Relator Juiz Fernando Escrivani Stefaniu. Publicação 01/12/2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta. Ministério Público Eleitoral. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo*. Segredo de Justiça. Art. 14, §11 e Art. 93, Ix da Constituição da República. 1. O trâmite da ação de impugnação de mandato eletivo deve ser realizado em segredo de justiça, mas o seu julgamento deve ser público (Cta 18.961/TO, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 27.4.2009).

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *CTA nº 1621 - JOÃO PESSOA – PB*. Resolução nº 22842 de 10/06/2008. Relator(a) Min. Ari Pargendler. Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 04/07/2008, Página 06 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19, Tomo 2, Página 240.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estudos Eleitorais*. Vol. 6, nº 3. Set./dez. 2011. Brasília: Escola Judiciária Eleitoral. 2011. Disponível em: http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_v6_n3.pdf Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. INST Nº 0001542-64.2011.6.00.0000. Relator Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares. Julgado em 28 jun. 2012. Publicado em 27 jul. 2012 no Diário de justiça eletrônico nº. 143 Pag. 2.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Representação nº 0600546-70.2018.6.00.0000*. Brasília. Distrito Federal. Relator(a): Ministro Sérgio Banhos. Julgamento: 07 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 21.283 de 5 de novembro de 2002*. Consulta TRE. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Segredo de Justiça. Processo Administrativo nº 18.961 - Classe 19a – Tocantins (Palmas). Relatora: Ministra Ellen Gracie. Interessado: Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins. Publicado no Diário da Justiça em 07/02/2003, p. 133.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 22.610 de 25 de outubro de 2007*. Disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.376, de 1º de março de 2012*. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.382, de 28 de junho de 2012*. Altera a Resolução-TSE nº 23.376, de 1º de março de 2012, e dá outras providências.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.464 de 17 de dezembro de 2015*. Regulamenta o disposto no Título III - Das Finanças e Contabilidade dos Partidos - da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.551, de 18 de dezembro de 2017*. Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 34191 - 0000341-91.2016.6.26.0241*. MINEIROS DO TIETÊ – SP. Acórdão de 19/12/2016. Relator(a) Min. Luciana Lóssio Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 19/12/2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE nº 11835 – PR. Acórdão nº 11835 de 09/06/1994*. Relator(a) Min. Torquato Jardim. Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 29/07/1994, Página 18429.
RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 6, Tomo 3, Página 132.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RO nº 0000781-24.1997.6.00.0000. RO - Recurso Ordinário nº 498 – Belo Horizonte – MG. Acórdão nº 498 de 25/10/2001*. Relator(a) Min. Sepúlveda Pertence. Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, Data 22/02/2002, Página 180.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Secretaria de Gestão da Informação Coordenadoria de Jurisprudência. *Resolução nº 23.210, de 11 de fevereiro de 2010*. Relator: Felix Fischer. Brasília, 11 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2010/RES232102010.htm> Acesso em: 05 jan. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva*. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1996.

CARVALHO, José Maurício. *Caminhos da Moral Moderna: a experiência Luso-Brasileira*. Belo Horizonte: Itatiaia Limitada. 1995.

CARVALHO, Kildare Goncalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição; direito constitucional positivo*. 10. ed. rev., atual, e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CASTRO, Edson Resende de. *Teoria e prática do direito eleitoral*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASTRO, Edson Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 6ª ed. Revista e Atualizada. Del Rey. Belo Horizonte: 2012. p. 13.

CHOMSKY, Noam. *Mídia: propaganda política e manipulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a lei da ficha limpa*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica Acesso em 5 mai. 2018.

COELHO, Margarete de Castro. *A democracia na encruzilhada*. Belo Horizonte: Fórum. 2015.

CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral*. 11ª edição. Curitiba: Juruá, 2012.

COSTA, Adriano Soares da. *Candidatos itinerantes, reeleição e domicílio eleitoral*. Disponível em: <http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com.br/2008/07/candidatos-itinerantes-reeleio-e.html>

COSTA, Adriano Soares da. *Captação Ilícita de Sufrágio Novas Reflexões em Decalque*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/505/TRE-PR-revista-050-adriano-soares-da%20costa.pdf?sequence=1> Acesso em 15 abr. 2017.

COSTA, Adriano Soares da. *Entrevista a um blogueiro: cidadania, democracia e fichas limpas*. Blog Direito Eleitoral. Disponível em: <http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com.br/search?q=o+eleitor+vai+votar> Acesso em 5 mai. 2018.

COSTA, Adriano Soares da. *Fidelidade partidária e hipertrofia do Judiciário*. Blog Direito Eleitoral. Disponível em: <http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com.br/search/label/hipertrofiadojudiciario>. Acesso em 10 mai. 2018.

COSTA, Adriano Soares da. *Quitação eleitoral e hipermoralização do direito: na era do "fichalimpismo"*. Disponível em: <http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com/2012/03/quitacao-eleitoral-e-hipermoralizacao.html> Acesso em 03 fev. 2017.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 9ª ed. Rev. Ampl. Atualizada de acordo com a LC nº 135. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DE HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2004. p. 141.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 4ª ed. Rev. e Atual. Belo Horizonte: 2014.

DIMOULIS, Dimitri. *Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico*. Disponível em: https://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_juridico. Acesso em: 5 ago. 2018.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução Paulo Neves; revisão da tradução Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *A lei ficha limpa em revista e os empates do STF: liberdades políticas em questão e o dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável*. Revista DPU nº 38 – Mar-Abr/2011. Seção Especial. Estudos Jurídicos.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Abuso do Poder Regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral - as eleições de 2012 (reflexos do “moralismo eleitoral”)*. Resenha Eleitoral. Revista técnica. nº. 3, jan/jun 2013.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Justiça Eleitoral Contramajoritária e Soberania Popular: a democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica*. Revista Ballot - Rio de Janeiro, V. 1 N. 1, Maio/Agosto 2015, p. 270-292.

FILMER, Robert. *Patriarcha; Or The Natural Power Of Kings*. Indianapolis: Liberty Fund, 2011.

FREITAG, Bárbara. *Itinerários de Antígona: a questão da moralidade*. Campinas: Papyrus, 1992.

FUX, Luiz, *Transmissão ao vivo da cerimônia de posse dos presidente e vice do TSE*. Youtube, 06 fev. 2018. Disponível em: <https://https://www.youtube.com/watch?v=yGdD72Q5X40&t=3782s> Acesso em: 08 fev. 2018.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. *O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 105 - 121.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GUEDES, Néviton de Oliveira Batista. *As eleições municipais e o processo de democracia*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-17/constituicao-poder-eleicoes-municipais-processo-democracia>. Acesso em: 7 ago. 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

LEIS, Héctor Ricardo. *A Tristeza de ser sociólogo no século XXI*. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/2173> Acesso em: 02 jan. 2018.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Petrópolis: Vozes, 2001.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Questões polêmicas na Justiça Eleitoral: fidelidade partidária, direitos das coligações, duplicidade de filiação, propaganda extemporânea e vida pregressa desabonadora*. Revista de doutrina e jurisprudência do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 17. p. 11-34, 2008.

MONTEIRO, Maxsuel Barros. *Ficha Limpa na visão do jurista Adriano Soares da Costa*. Disponível em: <http://maxsuelmonteiro.blogspot.com.br/2010/07/ficha-limpa-na-visao-do-jurista-adriano.html>. Acesso em: 20 dez. 2017.

NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e mentira na política*. Belo Horizonte: Fórum.

NEISSER, Fernando Gaspar. *Crimes eleitorais e controle material da propaganda eleitoral: necessidade e utilidade da criminalização da mentira na política*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

NEISSER, Fernando Gaspar. *Fact-checking e o controle da propaganda eleitoral*. Revista Ballot - Rio de Janeiro, V. 1 N. 2, Setembro/Dezembro 2015. p. 178-212. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot> Acesso em: 13 ago. 2018.

NEISSER, Fernando Gaspar. *Fake News, por Fernando Neisser*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fo3Tdd1CHZk> 26 set. 2018. Acesso em: 30 set. 2018.

NETO, Tarcísio Vieira. *Conexão Eleitoral faz um balanço do segundo turno das Eleições 2018*. Youtube, 31 out. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ptV8YNkNGN4> Acesso em 2 nov. 2018.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*. 2ª ed. ampl. y rev. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2º ed., Buenos Aires: Astrea, 1980.

PAIM, Antônio Paim; PROTA, Leonardo e RODRIGUES, Ricardo Vélez. *Curso Humanidades: Moral*. Instituto de Humanidades. Disponível em: <http://www.institutodehumanidades.com.br/> Acesso em: 28 dez. 2017.

PAIM, Antônio. *Modelos éticos*. Curitiba: Champagnat, 1999.

PAIM, Antônio; PROTA, Leonardo e RODRIGUES, Ricardo Vélez. *Curso de Humanidades 3: Moral*. Londrina: Editora UEL / Instituto de Humanidades. 1997.

PEREGRINO FERRERIA. Marcelo Ramos. *O Devido Processo Legal e o Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa*. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

PEREIRA, Nuno Marques. *Compendio Narrativo do Peregrino da América*. Lisboa Ocidental. 1728.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Condições de Registrabilidade e Condições Implícitas de Elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo*. In SANTANO, Ana Cláudia e SALGADO, Eneida Desiree (orgs.). *Direito Eleitoral: debates ibero-americanos*. Curitiba: Ithala, 2014.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático: Controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito eleitoral contra o inimigo*. Revista Em Debate, Belo Horizonte, v.5, n.4, p.26-30, out. 2013.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAIS, Diogo. *A melhor tradução para fake news não é notícia falsa, é notícia fraudulenta*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/entrevista-diogo-rais-professor-direito-eleitoral> Acesso em: 30 ago. 2018.

RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa*. Porto Alegre: SA Fabris Editor, 1990. p. 93.

RODRIGUES, Ricardo Vélez. *As Instituições Militares no Século XXI: a sua missão em face dos conflitos*. Apud. ALMEYDA, Dayl de [1956]. "Oliveira Vianna dita normas", in: Vasconcellos Torres, Oliveira Vianna, sua vida e sua posição nos estudos brasileiros de sociologia. Rio de Janeiro/ São Paulo: Freitas Bastos.

RODRIGUES, Ricardo Vélez. *Castilhismo: uma filosofia da República*. Coleção Brasil 500 anos. Brasília. 2000.

RODRIGUES, Ricardo Vélez. *O Brasil e a Moral Social*. Disponível em: <http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa> Acesso em: 28 jan. 2018.

SALGADO, Eneida Desiree e ARAÚJO, Eduardo Borges. *Do Legislativo ao Judiciário: a Lei Complementar nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”)*, a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013.

SALGADO, Eneida Desiree. *El Poder Judicial como protagonista en la definición de las reglas de la competición electoral en Brasil*. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Núm. 39, julio-diciembre 2018 p. 115.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral*, 2010. 356f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

STEIN, Ekkehart. *Derecho político*. Trad. Fernando Sainz Moreno. Madrid: Aguilar, 1973.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança jurídica*. In.: *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, n. 1, p. 92-118, abr. 2006. P. 103.

VIANA, Nildo, *A Filosofia e sua Sombra*. Goiânia: Edições Germinal, 2000.

VIANA, Nildo, *Crítica ao moralismo*. *Revista Posição*. Ano 2, Vol. 2, num. 7, jul./set. 2015.