

ESTUDOS ELEITORAIS

VOLUME 13 – NÚMERO 3
SETEMBRO/DEZEMBRO 2018

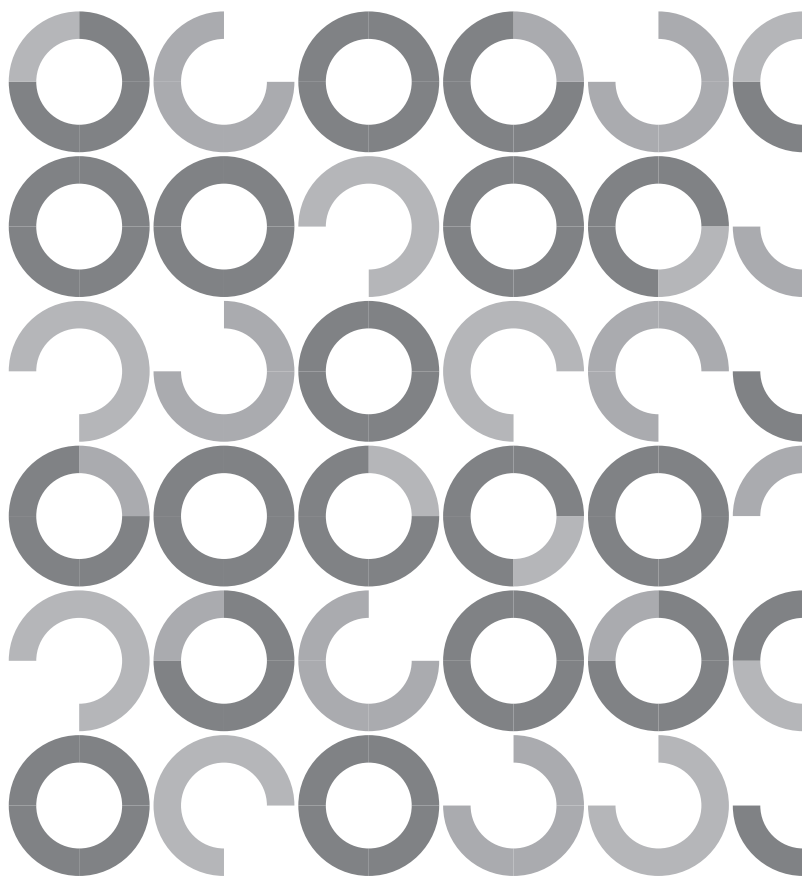
BRASÍLIA – 2019



ESTUDOS ELEITORAIS

VOLUME 13 – NÚMERO 3
SETEMBRO/DEZEMBRO 2018

BRASÍLIA – 2019



© 2019 Tribunal Superior Eleitoral

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

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

Secretário-Geral da Presidência
Estêvão Waterloo

Diretor-Geral da Secretaria do Tribunal
Anderson Vidal Corrêa

Diretor da EJE
Flávio Pansieri

Secretária de Gestão da Informação
Janeth Aparecida Dias de Melo

Coordenadora de Editoração e Publicações
Renata Motta Paes

Unidade responsável pelo conteúdo
Escola Judiciária Eleitoral do TSE (EJE/TSE)

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

Capa e projeto gráfico
Verônica Estácio

Revisão e normalização
SGI: Harrison da Rocha, Leide Viana, Paula Lins e Vanda Tourinho
EJE: Caroline Sant’Ana Delfino e Geraldo Campetti Sobrinho

Impressão e acabamento
Seção de Serviços Gráficos (Segraf/Cedip/SGI)

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal Superior Eleitoral. As instruções para submissão de artigo encontram-se no *link* <http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revista-estudos-eleitorais>.

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

Estudos eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral. - Vol. 1, n. 1

(1997) - . - Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 1997- .

v. ; 24 cm.

Quadrimestral.

Suspensa de maio de 1998 a dez. 2005, de set. 2006 a dez. 2007, e de maio
2008 a dez. 2008.

ISSN 1414-5146

I. Tribunal Superior Eleitoral. 1. Direito eleitoral. 2. Periódico.

CDD 341.2805

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Presidente

Ministra Rosa Weber

Vice-Presidente

Ministro Luís Roberto Barroso

Ministros

Ministro Edson Fachin

Ministro Jorge Mussi

Ministro Og Fernandes

Ministro Tarcísio Viera de Carvalho Neto

Ministro Sérgio Banhos

Procuradora-Geral Eleitoral

Raquel Dodge

CONSELHO EDITORIAL

Ministro Ricardo Lewandowski
Álvaro Ricardo de Souza Cruz
André Ramos Tavares
Clèmerson Merlin Clève
Flávio Pansieri
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Ingo Wolfgang Sarlet
Jorge Reis Novais
José Jairo Gomes
Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Marco Antônio Marques da Silva
Marco Olivetti
Paulo Bonavides
Paulo Gustavo Gonet Branco
Paulo Hamilton Siqueira Junior
Walber de Moura Agra

CONSELHO HONORÍFICO

Ministra Nancy Andrichi
Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
Ministro Hamilton Carvalho
Ministro Marcelo Ribeiro
Carlos Eduardo Frazão do Amaral
Marilda de Paula Silveira
Carlos Enrique Arrais Caputo Bastos
Henrique Neves da Silva
Luciana Christina Guimarães Lóssio

COMPOSIÇÃO DA EJE

Diretor

Flávio Pansieri

Assessor-Chefe

Rene Erick Sampar

Assessora

Julianna Moreira Reis Garcia Guedes

Servidores

Ana Karina de Souza Castro

Edilan Kelma Nascimento Sousa

Geraldo Campetti Sobrinho

Silvana Maria do Amaral Bobroff

Colaboradores

Caroline Sant'Ana Delfino

Keylla Cristina de Oliveira Ferreira

Estagiária

Cristianne Sampaio de Oliveira

SUMÁRIO

Apresentação	7
--------------	---

Estudos eleitorais

A viabilidade jurídica das candidaturas avulsas no Brasil: um estudo à luz da convenção Americana de Direitos Humanos	
DANILO NOGUEIRA MARRA	10

A crise de representatividade e a realização do modelo do estado de partidos no Brasil	
GUSTAVO SWAIN KFOURI	42

A segurança da democracia e a <i>blockchain</i>	
MATHEUS PASSOS SILVA	72

Direito eleitoral Comparado entre Portugal e Brasil: análise do instituto da inelegibilidade do juiz de paz	
THIAGO CHAVES DE MELO	107

O réquiem conceitual e pragmático da propaganda antecipada e seus desdobramentos	
WALBER DE MOURA AGRA	
ALISSON EMMANUEL DE OLIVEIRA LUCENA	129

Estudos eleitorais na história

O voto secreto no brasil	
MÁRIO PINTO SERVA	156

Os partidos e a representação política	
PAULINO JACQUES	162

Estudos eleitorais no mundo

Los derechos políticos electorales en méxico, a cien años de su constitución	
ALEJANDRO SÁNCHEZ SÁNCHEZ	
LUIS ENRIQUE CONCEPCIÓN MONTIEL	
GLORIA AURORA DE LAS FUENTES LACAVEX	174

APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE), em seu compromisso como agente de formação e de aprimoramento das práticas eleitorais, apresenta novo número da revista *Estudos Eleitorais*, que contempla oito artigos.

A viabilidade jurídica das candidaturas avulsas no Brasil: um estudo à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, de Danilo Nogueira Marra, abre este número da revista, o qual é seguido por *A crise de representatividade e a realização do modelo do estado de partidos no Brasil*, de Gustavo Swain Kfourir. Tem-se, integrando ainda a seção *Estudos Eleitorais*, os artigos *A segurança da democracia e a blockchain*, de Matheus Passos Silva; *Direito Eleitoral Comparado entre Portugal e Brasil: análise do instituto da inelegibilidade do juiz de paz*, de Thiago Chaves de Melo; e *O réquiem conceitual e pragmático da propaganda antecipada e seus desdobramentos*, de Walber de Moura Agra e Alisson Emmanuel de Oliveira Lucena.

A seção *Estudos Eleitorais na História* apresenta artigos de dois célebres autores. O primeiro é Mário Pinto Serva, Deputado eleito para a Constituinte de 1934 e coautor das leis do Voto Secreto e da Alfabetização Obrigatória. Em *O voto secreto no Brasil*, Pinto Serva discorre sobre a instituição da Justiça Eleitoral e do voto secreto no país, com um traçado histórico que destaca a formação da identidade democrática do brasileiro.

O segundo artigo da mesma seção é *Os partidos e a representação política*, de Paulino Jacques, professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. O estudo perpassa a representação

partidária na doutrina do Brasil e de outros países, de modo a evidenciar a importância dos partidos políticos para a instituição e manutenção de uma democracia.

Na seção *Estudos Eleitorais no Mundo*, Alejandro Sánchez Sánchez, Gloria Aurora de Las Fuentes Lacavex e Luis Enrique Concepción Montiel encerram este número da revista com o artigo *Los derechos políticos electorales en México, a cien años de su Constitución*, em que analisam, à luz do centenário da Constituição do México, a evolução dos direitos políticos dos cidadãos mexicanos garantidos pelo art. 35 do normativo.

A EJE/TSE, com o último número da revista *Estudos Eleitorais* de 2018, reafirma seu empenho na valorização dos estudos eleitorais, sobretudo no que tange ao aprimoramento das práticas eleitorais, com abordagem teórica e prática de temas como cidadania e democracia, visando ao amplo debate democrático e à preservação da nossa memória político-histórica.

Por fim, informamos que a periodicidade da revista *Estudos Eleitorais* passará a ser semestral.

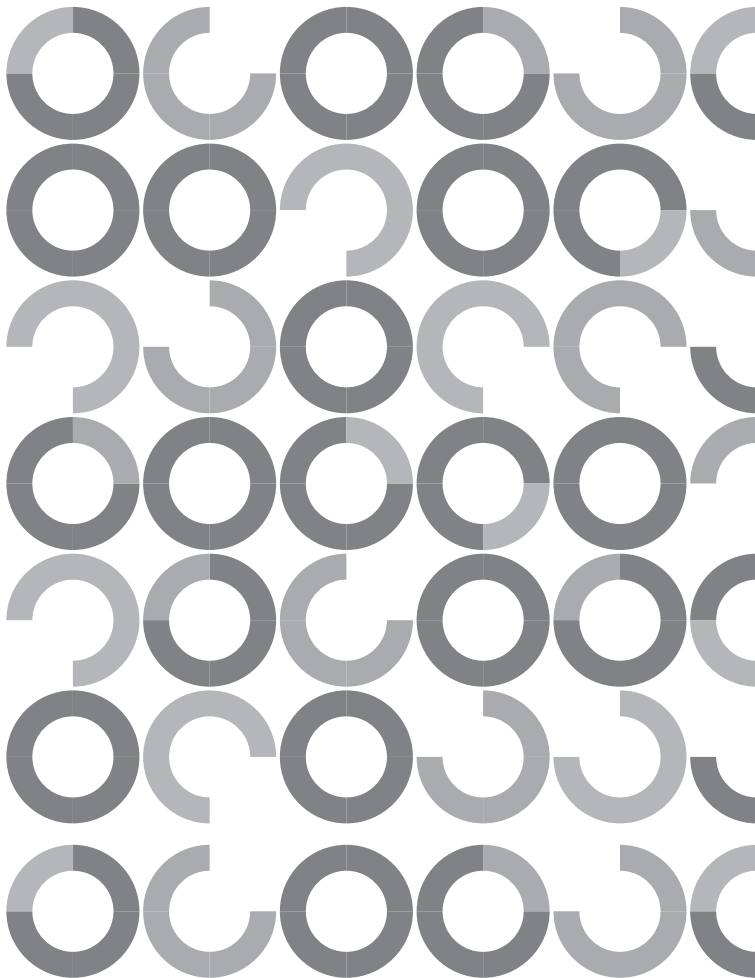
Ótima leitura a todos!

Dr. Flávio Pansieri
Diretor da EJE/TSE

ESTUDOS ELEITORAIS

A VIABILIDADE JURÍDICA DAS CANDIDATURAS
AVULSAS NO BRASIL: UM ESTUDO À LUZ DA
CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS

DANILO NOGUEIRA MARRA



A VIABILIDADE JURÍDICA DAS CANDIDATURAS AVULSAS NO BRASIL: UM ESTUDO À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS¹

THE LEGAL VIABILITY OF INDEPENDENT CANDIDACIES IN BRAZIL: A STUDY UNDER THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

DANILO NOGUEIRA MARRA²

RESUMO

Este trabalho objetiva investigar a possibilidade de ocorrência das candidaturas avulsas no sistema eleitoral brasileiro apoiando-se nos preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e nos entendimentos já assentados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do *status* normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Foram analisadas as disposições sobre os direitos políticos na Convenção com o condão de verificar se há incompatibilidade normativa entre esse diploma e a Constituição Federal/1988. A pesquisa voltou-se, em seguida, para a análise da hierarquia legal do Pacto de São José dentro do ordenamento nacional, considerando a jurisprudência do STF. Observou-se que, no tocante aos tratados internacionais sobre direitos humanos, o Supremo adotou a tese da suprallegalidade, segundo a qual esses diplomas encontram-se hierarquicamente entre a Constituição e

¹ Artigo recebido em 11.7.2018 e aprovado para publicação em 22.2.2019. <https://seer.tse.jus.br/index.php/estudoseleitorais/article/view/118>

² Bacharel em Letras pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2012, e em Direito pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (Unidavi), 2018. Possui pós-graduação em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera (Uniderp), 2014, e em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio, 2018. Técnico Judiciário (Área Administrativa) do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Santa Catarina, atualmente lotado na 102ª Zona Eleitoral em Rio do Sul/SC.

as demais normas. A investigação permitiu concluir que a Convenção desautoriza que Estados signatários restrinjam o exercício do direito eleitoral passivo para além das condições expressas no art. 23, do qual não consta a filiação partidária. A solução para a antinomia apoia-se nos efeitos jurídicos produzidos pela supralegalidade, a qual, segundo o STF, possui capacidade de suspender a eficácia com efeito paralisante de toda norma infraconstitucional que com ela conflite, fazendo com que a obrigatoriedade da filiação partidária perca aplicabilidade.

Palavras-chave: Candidatura avulsa. Tratados internacionais sobre direitos humanos. *Status* normativo. Convenção Americana de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This paper aims at investigating the potential existence of independent candidacies in the Brazilian electoral system under the precepts of the American Convention on Human Rights and the interpretation of the Supreme Federal Court (STF) on the normative status of international human rights treaties in Brazil. To achieve this, the Convention's provisions on political rights were analyzed in order to verify if there is normative incompatibility between the Act and the Brazilian Federal Constitution. The research focused then on the normative status of the Convention within national legislation according to STF recent decisions. It was found that the STF adopted the theoretical approach of supralegality for international treaties on human rights, according to which these legal acts are hierarchically allocated between the Constitution and other sources of law. The provisional conclusion was that the Convention does not allow signatory states to restrict the right to stand as a candidate with conditions not listed in article 23, such as party affiliation. In addition, the solution to this legal contradiction seems to rely on the legal effects of supra-legal status, which, according to STF, has the power to suspend

the effectiveness of any infra-constitutional source of law that differs from the Pact of San Jose. Hence, mandatory party affiliation should produce no legal effects.

Keywords: Independent candidacy. International Human Rights Treaties. Normative status. American Convention on Human Rights.

1 Introdução

O tema das candidaturas avulsas voltou a ser matéria recorrente na imprensa brasileira após o reconhecimento de repercussão geral pelo STF, em 5 de outubro de 2017, no Agravo em Recurso Extraordinário nº 1054490 QO/RJ, em que um advogado da cidade do Rio de Janeiro/RJ pleiteia o deferimento de seu requerimento de registro de candidatura apartidária para concorrer às eleições majoritárias de 2016. A própria Procuradoria Geral da República já havia se manifestado favoravelmente ao pedido do autor, qual seja, de que lhe seja declarado o direito de concorrer ao cargo de prefeito independentemente de filiação partidária. Além disso, o tema ganha especial contorno no contexto da atual crise política brasileira, haja vista que movimentos cívicos, parte da opinião pública e, inclusive, alguns partidos políticos vislumbram nas candidaturas independentes solução para as disfunções políticas com as quais o país vem convivendo.

Para o desenvolvimento do raciocínio aqui proposto, este trabalho abordará inicialmente os direitos políticos na qualidade de direito fundamental constitucional. Para a sua contextualização e fundamentação a análise perfará brevemente a evolução histórica do regime democrático, a conceituação do direito de sufrágio, das capacidades eleitorais, das condições de elegibilidade e da filiação partidária. Por fim, traz-se breve recorte histórico das candidaturas avulsas no Brasil.

A segunda parte abordará os tratados internacionais sobre direitos humanos, apresentando seu procedimento de incorporação no ordenamento interno e se debruçando sobre o *status* normativo desses diplomas dentro do direito doméstico, em especial as mudanças de posicionamento assentido pelo STF ao longo dos anos até sua definição atual.

A terceira parte analisará as disposições do Pacto de São José sobre o direito de ser votado, a fim de delimitar o conflito normativo existente entre os dispositivos da Convenção e os da Constituição Federal referentes à filiação partidária. A solução para a antinomia jurídica deve se apoiar no princípio *pro homine* e na eficácia suspensiva de efeito paralisante advinda do *status* supralegal da Convenção, como restou entendido pelo egrégio Tribunal no caso paradigma Recurso Extraordinário nº 466.343/SP.

Informa-se por fim que a pesquisa aqui proposta foi elaborada sobre o método de abordagem indutivo e apoiada inteiramente em pesquisa bibliográfica.

2 Direitos políticos

Em que pese haver certa divergência doutrinária quanto ao alcance semântico e jurídico do conceito de direitos políticos, este estudo se apoiará na acepção compartilhada pela doutrina mais atualizada, qual seja, a que os conceitua como conjunto de direitos públicos subjetivos que investem o cidadão na condição de partícipe dos assuntos eleitorais ou políticos de determinado Estado.

A fonte primordial dos direitos políticos – e a que lhe confere *status* de direitos fundamentais – é a Constituição Federal, notadamente por meio dos arts. 14 a 17, que reúnem corpo sistemático de regras atinentes ao exercício da soberania popular.

Por intermédio desses direitos, os indivíduos passam a ter poder de ingerência no governo. Contudo, somente uma parcela da população é suscetível de exercê-los. A Constituição impõe determinados requisitos que, uma vez preenchidos, oportunizam aos nacionais, e somente a eles, a prerrogativa da capacidade eleitoral, isto é, a condição de cidadão. É nesse contexto que surge a ideia jurídica de povo na condição de grupo de indivíduos que possuem vínculo jurídico-político com o Estado e

constituem-se em parte integrante e fundamental do Estado democrático de direito. Nessa esteira, as democracias modernas assentam sua legitimidade na noção de soberania popular exercida pelo sufrágio universal e periódico (GOMES, 2017, n.p).

Dito isso, entende-se, pois, por cidadão, a pessoa que é detentora de direitos políticos, tornando-se politicamente capaz e podendo participar do processo eleitoral. Segundo Tavares (2016, p. 685), a figura do cidadão se confunde com a própria figura do eleitor – indivíduo apto a votar e ser votado, desde que preencha determinadas exigências constitucionais, mormente o alistamento eleitoral.

Dentre as prerrogativas que compõem o corpo jurídico dos direitos cívicos do cidadão, o direito ao sufrágio é indubitavelmente o conceito central.

2.1 Direito de sufrágio

Hans Kelsen (1998a, p. 419) introduz o tema afirmando que “o direito de sufrágio é o direito do indivíduo de participar do processo eleitoral dando o seu voto”. Para ele, o sufrágio é essencialmente o exercício efetivo de um direito (dever jurídico) e não somente o de mera função eleitoral (dever moral).

Nesse diapasão, o voto consubstancia-se em um ato de natureza político-jurídica pelo qual o membro de um corpo social participa do poder, elegendo o seu representante, conforme os ditames das normas eleitorais.

A doutrina tradicional classifica o sufrágio em universal ou restrito. A característica da universalidade assegura que o sufrágio seja direito de todos os nacionais, sem restrições, de participar das decisões políticas do Estado; ao passo que o sufrágio restrito é marcado pela sua limitação

a certos grupos sociais em função de condições sociais, culturais, econômicas, de gênero, etc. (TAVARES, 2016, p. 683).

Kelsen (1998a, p. 420) ensina:

A democracia exige que o direito de sufrágio seja não apenas tão universal quanto possível, mas também que seja tão igualitário quanto possível. Isso significa que a influência que cada votante exerce sobre o resultado da eleição deve ser o mesmo ou, em outros termos, que o peso do voto de cada eleitor deve ser igual ao de cada um dos outros votantes. Formulando matematicamente, o peso do voto é uma fração cujo denominador é o número de votantes de um corpo eleitoral e cujo numerador é o número de delegados a serem eleitos por esse corpo.

O constituinte brasileiro de 1988 reafirmou a universalidade e a igualdade do sufrágio ao dispor, no art. 14, *caput*, que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos” (BRASIL, 1998, *online*).

2.2 Condições de elegibilidade

O direito político é tradicionalmente classificado em ativo ou passivo. Direito político ativo ou capacidade eleitoral ativa é a capacidade de votar e, por conseguinte, escolher os delegatários do exercício do poder mediante processo de índole administrativa que se inicia com o alistamento eleitoral e culmina nas eleições. A capacidade eleitoral ativa também engloba instrumentos de democracia direta, a exemplo do referendo, do plebiscito e da iniciativa popular. Direito político passivo ou capacidade eleitoral passiva é a “[...] susceptibilidade de ser eleito.” (TSE, 2018, *online*). É, portanto, sinônimo de elegibilidade. Ela representa a possibilidade de o indivíduo, nacional de um Estado, concorrer às eleições caso perfaça determinadas condições constitucionalmente prescritas. Essas limitações, conforme leciona José Alfonso da Silva (2010, p. 370), não podem “[...] prejudicar a livre escolha dos eleitores, mas ser ditadas apenas por considerações práticas, isentas de qualquer condicionamento político, econômico, social ou cultural”.

O ordenamento jurídico enumera as principais condições de elegibilidade no art. 14, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). A estas a doutrina tem chamado de condições de elegibilidade explícitas. É possível, no entanto, acrescentar ao rol as elegibilidades implícitas, as quais são depreendidas de outros dispositivos da Constituição e da legislação esparsa, mas que, de igual forma, são imprescindíveis para qualquer candidatura.

As condições de elegibilidade explícitas são a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral, a idade mínima e a filiação partidária.

2.3 Filiação partidária e breve histórico das candidaturas avulsas no Brasil

Pela dicção do art. 14, § 3º, V, da CRFB, a filiação é obrigatória. Essa é também a inteligência do art. 9º da Lei nº 9.096/1995, o qual impõe que, “para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de seis meses e estar com a filiação deferida pelo partido no mesmo prazo” (BRASIL, 1995, *online*).

Em outras palavras, “a filiação partidária é condição constitucional de elegibilidade (art. 14, § 3º, da CF/1988). Assim, não há, no País, candidatura longe do seio do partido” (TENÓRIO, 2014, n.p). O professor Rodrigo Tenório lança, com essa afirmação, a pedra de toque do sistema multipartidarista brasileiro. Nesse entendimento, os partidos políticos devem ser vistos como o mais importante liame entre a vontade popular e o acesso ao poder, assumindo, dessa forma, papel protagonista na condução dos assuntos estatais. Por esse motivo, desde a promulgação da Constituição brasileira de 1946, a filiação partidária é um dos fatores *sine qua non* da elegibilidade. Antes disso, admitiam-se no Brasil as chamadas candidaturas avulsas ou independentes.

A análise histórica das candidaturas avulsas principia-se com o início do regime imperial pós-independência. O período que sucedeu a independência brasileira, em 1822, foi marcado por grande instabilidade política. O sistema patrimonialista – forma de organização social em que os limites patrimoniais das esferas pública e privada são indistintos aos governantes – era a base do Estado monárquico. Por tais razões, os partidos não desfrutavam de grande importância política. Na época, eles se assemelhavam mais a facções políticas – simples organizações de indivíduos com ideários convergentes – do que a partidos nos moldes atuais (FAORO, 2001, p. 348).

Coexistiam no Império dois grandes partidos: o Conservador, que reunia os “[...] grupos econômicos mais poderosos da época, [...] compreendendo plantadores de cana-de-açúcar, cafeicultores e criadores de gado” (BONAVIDES, 2001, p. 491), e o Liberal, formado principalmente pela elite da burguesia comercial urbana. Ambos reservavam-se no poder parlamentar e cooperavam-se para a apropriação privada do espaço público. A Constituição Política de 1824 não trouxe disposições sobre o funcionamento de partidos políticos tampouco sobre filiação partidária. Logo, as candidaturas avulsas eram a regra do sistema eleitoral no Império.

Com a instalação do regime republicano, e ao longo de toda a República Velha, observou-se retrocesso no campo partidário. Os partidos nacionais do Império foram extintos e, como consequência, surgiram inúmeras agremiações de âmbito regional, alimentadas ainda mais pelo espírito patrimonialista e pela prática do coronelismo e clientelismo.

Tal qual a Constituição do Império, a Carta Política de 1891, que fundou os pilares da República brasileira, não previa afiliação partidária como condição de elegibilidade. Dessa forma, as candidaturas avulsas também foram admitidas na República Velha.

A Revolução de 1930 e os anos que sucederam esse acontecimento romperam o paradigma coadjuvante dos partidos políticos e prepararam as bases político-jurídicas para o seu reconhecimento como entidades protagonistas do processo eleitoral. Um dos principais fatores dessa mudança foi a elaboração do Código Eleitoral de 1932, que introduziu no ordenamento nacional o sistema eleitoral de representação proporcional e a própria Justiça Eleitoral (BONAVIDES, 2001, p. 495).

O Código de 1932 igualmente contemplou a possibilidade de candidatos lançarem-se em disputa eleitoral sem filiação partidária. É o que constava do art. 58, parágrafo único: “Considera-se avulso o candidato que não conste de lista registrada” (BRASIL, 1932, *online*). A lista mencionada no dispositivo referia-se à relação de candidatos escolhidos pelos partidos, aliança de partidos ou grupo de cem pessoas, para posterior registro nos Tribunais Regionais.

Em 1935, foi promulgada a Lei Federal nº 48, que, contudo, nunca chegou a entrar em vigência devido à implantação do Estado Novo dois anos depois. Essa lei modificaria o Código Eleitoral, mantendo a figura do candidato apartidário, exigindo-lhe, porém, lista de apoio mínimo de eleitores: “Art. 84. Sómente poderão concorrer às eleições candidatos registrados por partidos ou alianças de partidos, ou mediante requerimento de eleitores: cinquenta, nas eleições municipais, e duzentos nas estaduais ou federais” (BRASIL, 1935, *online*).

O regime de exceção instalado pelo governo ditatorial do Estado Novo de Getúlio Vargas representou novo retrocesso para a vida política de maneira geral. O Congresso foi fechado; os partidos políticos, extintos; e as eleições, suprimidas.

Como a participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial, a partir de 1942, começou a crescer o ideário democrático entre diversos grupos da sociedade, em especial os militares, que reivindicavam, cada vez

mais, retomada dos valores democráticos. Em resposta, Getúlio Vargas alterou a Constituição de 1937 com a previsão de novas eleições diretas. Ato seguinte, edita o Decreto-Lei nº 7.586/1945, conhecido como Lei Agamenon, que inova o sistema eleitoral brasileiro em diversas searas.

Esse diploma conferiu aos partidos direito exclusivo de escolha dos candidatos que concorrerão às eleições, extinguindo, assim, em definitivo, a figura das candidaturas avulsas.

3 Status normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos

3.1 A relação entre Direito Internacional e Direito interno

Um dos aspectos mais conturbados do Direito Internacional Público é a definição do ponto exato em que a soberania de um Estado se abre para dar espaço a normas externas, permitindo que esta produza efeitos sobre os nacionais daquele Estado.

Outro ponto nevrálgico do Direito das Gentes diz respeito à ausência de clara hierarquia entre as normas estrangeiras e as nacionais e os desdobramentos jurídicos que advêm desse fato.

A *Teoria da Hierarquia das Normas Jurídicas*, tal qual proposta por Hans Kelsen, em 1934, na *Teoria Pura do Direito*, é um sistema de escalonamento de subordinação que se apoia na premissa de que norma inferior tem seu fundamento de validade na norma superior. Assim, toda ordem jurídica interna é marcada pela ideia da subordinação. Contudo, “esse quadro não encontra paralelo na ordem internacional, onde a coordenação é o princípio que preside a convivência organizada de tantas soberanias” (REZEK, 2016, p. 26).

Na *Teoria Pura do Direito*, Kelsen lançou a base da *Teoria Monista* ao pugnar pela tese da ordem jurídica única. O autor defendia que era possível reconhecer a formação – ainda que incipiente – de um Estado mundial em que o Direito interno deveria subordinar-se ao Direito Internacional (KELSEN, 1998b, p. 241).

A teoria que veio a contrapor a tese monista afirma que os sistemas nacionais e internacionais são rigorosamente distintos e simultaneamente válidos, mas “[...] que interagem uns com os outros com base nas normas internas de cada sistema jurídico” (VIEIRA; VEDOVATO, 2015, *online*). Nesse diapasão, a norma doméstica independe da norma internacional para existir no plano jurídico, podendo, quando muito, implicar a responsabilização do Estado nos casos de desobediência. Contudo, para que isso ocorra, a norma estrangeira precisa ser internalizada ao ordenamento interno do Estado (GUERRA, 2016, 84). Esse é o fundamento da *Teoria Dualista*, cuja denominação e base teórica foram formuladas por Alfred Verdross em 1914 e posteriormente adotadas por Triepel em 1923.

O Brasil alinhou-se à *Teoria Dualista*, pois o ordenamento nacional exige *iter* procedimental especial – consistente na assinatura (art. 84, VIII, da CRFB), deliberação do Congresso Nacional (art. 49, I), ratificação e promulgação (art. 66, *caput*) – para transpor os acordos internacionais para o plano interno. Não obstante, os tribunais brasileiros oscilaram ao tentar lançar interpretações definitivas sobre o perfil jurídico das normas advindas de acordos internacionais.

3.2 O *status* normativo dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos

Desde a promulgação da Constituição de 1988, os tribunais têm levantado teses acerca do *status* legal dos acordos internacionais

sobre direitos humanos. Isso se devia, em grande parte, às titubeantes hermenêuticas atribuídas ao § 2º do art. 5º da CRFB³.

A busca pela melhor exegese do dispositivo deu ensejo a acalorados embates teóricos e jurisprudenciais quanto à posição dos tratados de direitos humanos na hierarquia das normas jurídicas. A doutrina reconhece quatro *status* normativos distintos sobre os quais a jurisprudência oscilou: 1) a natureza supraconstitucional; 2) a natureza constitucional; 3) a paridade entre tratado e lei ordinária; e, por fim, 4) a natureza supralegal (PIOVESAN, 2017, p. 145).

Segundo a tese da supraconstitucionalidade, os tratados internacionais de direitos humanos possuem supremacia jurídica em relação a toda a ordem nacional. Por esse motivo, a norma externa gozaria de força coativa e imperativa, afastando a possibilidade de a norma interna – incluindo as emendas constitucionais – revogá-la. Em outros termos, é a primazia do Direito Internacional sobre o Direito doméstico (PIOVESAN, 2017, p. 142).

Apesar de a tese da superioridade da norma estrangeira ser majoritária na jurisprudência internacional, é de se considerar que os diplomas internacionais de direitos humanos acabariam passando ao largo do controle de constitucionalidade nos Estados que se fundam no princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre toda a ordem jurídica. Motivo pelo qual essa tese não logrou acolhimento jurisdicional.

A segunda corrente – a da natureza constitucional – concebe o dispositivo do art. 5º, § 2º, como autorização do Constituinte originário para a inclusão de disposições jurídicas internacionais em matéria de direitos humanos ao corpo de normas constitucionais do Brasil,

³ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988, *online*.)

integrando, assim, o chamado bloco de constitucionalidade. Dessa forma, as normas internalizadas gozariam de *status* constitucional.

A terceira vertente, qual seja, a da paridade normativa entre tratado e lei interna, foi a tese dominante na jurisprudência brasileira desde o final da década de 1970, conforme leciona Piovesan (2017, p. 134-135):

Desde 1977 o Supremo Tribunal Federal [...] acolhe o sistema que equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal. Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os tratados internacionais estão em paridade com a lei federal, apresentando a mesma hierarquia que esta. Por consequência, concluiu ser aplicável o princípio segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível.

Por fim, a quarta vertente é a tese esposada pelo Supremo desde o ano de 2008. Nela, os tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem caráter supralegal, mas se encontram hierarquicamente abaixo da Constituição.

O divórcio definitivo com a remansosa tese da paridade normativa entre tratados internacionais e lei federal veio com o julgamento do RE nº 466.343/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. Na ocasião, reabriu-se a discussão acerca da natureza normativa da CADH, cujos embates foram impulsionados pela vigência do § 3º do art. 5º da CRFB⁴.

O *writ* foi impetrado pelo Banco Bradesco S.A. contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que entendeu pela inconstitucionalidade da prisão civil do devedor-fiduciante na qualidade de depositário infiel em contrato de alienação fiduciária, em face do que dispõe o art. 7 da CADH⁵, o art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos

⁴ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988, *online*).

⁵ “7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” (BRASIL, 1992b, *online*).

Civis e Políticos⁶ e o art. 5º, LXVII, da CRFB. Procurava-se chegar a um consenso a respeito da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel no Brasil, vez que, no Direito Internacional, as legislações em matéria de direitos humanos já condenavam há muito tempo qualquer espécie de prisão civil oriunda de relações contratuais.

No julgamento, o Ministro Gilmar Mendes asseverou que os dados do Direito Comparado revelam que há tendência no constitucionalismo mundial contemporâneo de prestigiar as normas internacionais de proteção do ser humano. Além disso, as constituições modernas apresentam maiores possibilidades de concretização de eficácia normativa aos direitos e garantias fundamentais se apoiadas nesse universo jurídico e, ademais, elas “[...] somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional” (BRASIL, 2008, *online*).

Concluiu o Plenário do Supremo que a vertente que reconhece o *status* supralegal, porém infraconstitucional, dos atos normativos internacionais de proteção dos direitos do homem parece ser a mais adequada ao tratamento hierárquico-normativo instituído pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois, assim, manter-se-ia o caráter especial a que alude o § 2º do art. 5º da CRFB, e, ainda, respeitar-se-ia a imposição do rito qualificado (§ 3º) para a atribuição de força constitucional aos tratados.

Por todo o exposto, o Plenário concluiu que a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel não foi revogada pela internalização da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos em face da supremacia da Constituição. Contudo, o dispositivo constitucional teve sua eficácia jurídica suspensa, ou seja, não há mais possibilidade concreta de produção de efeitos. Além disso, o caráter supralegal dos atos normativos internacionais em matéria

⁶ “Artigo 11. Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.” (BRASIL, 1992a, *online*).

de direitos humanos não paralisam apenas as normas nacionais anteriores à sua ratificação pelo Brasil. Em verdade, “[...] a eficácia da legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada” (BRASIL, 2008, *online*).

4 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e a filiação partidária

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi um marco dos direitos humanos no continente americano, pois abraçou a missão de consolidar um plano de liberdades pessoais e de justiça social apoiados no cumprimento, pelos países pactuantes, de preceitos fundamentos de proteção de direitos essenciais à dignidade humana, que compreende “[...] o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos” (BRASIL, 1992b, *online*).

A Convenção Americana foi concluída em São José, capital da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por países-membros da Organização dos Estados Americanos, durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos. Na ocasião, doze Estados apuseram assinatura.

Em linhas gerais, o acordo declara, ao longo de 81 artigos, os direitos fundamentais mais caros ao ser humano e à sua dignidade, a exemplo do direito à vida, à liberdade, à integridade pessoal e moral e à educação.

Pois bem, interessa ao presente estudo o teor redacional das disposições atinentes aos direitos políticos.

Os pactuantes preconizaram os direitos de índole política como valores basilares dos Estados democráticos da América Latina:

Artigo 23. Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
 - a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
 - b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e
 - c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.
2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, *exclusivamente* por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal. (BRASIL, 1992b, *online*, grifou-se.)

Constam do mencionado artigo a capacidade eleitoral ativa – direito de votar – e passiva – direito de ser votado – como direitos fundamentais do homem a fim de possibilitá-lo a participar da vida pública de forma isonômica. Pretende-se, assim, com o dispositivo, assegurar a todos, em condições de igualdade e de forma universal, o acesso ao poder.

Para garantir a efetivação desses direitos, os Estados signatários não podem criar embaraços desproporcionais ou arbitrários aos exercícios dos direitos políticos por meio de normas nacionais supervenientes. É o que se depreende do advérbio *exclusivamente* contido no item 2. O emprego da expressão permite aferir que o ordenamento jurídico interno está autorizado a regular o exercício dos direitos políticos, estabelecendo condições atinentes apenas à idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental ou condenação em processo penal. Trata-se de cláusula *numerus clausus*.

Portanto, não consta do rol qualquer menção, direta ou indireta, à filiação partidária. A primeira leitura do dispositivo leva a crer que, nos termos do Pacto, não há que se falar em filiação partidária como condição de elegibilidade.

A taxatividade das restrições à capacidade eleitoral passiva e o reconhecimento de que a filiação partidária não figura no rol das condições de elegibilidade são cediços em parte da doutrina mais

engajada nas questões eleitorais e no Direito Internacional como Marcelo Ferreira⁷ e pela própria Procuradoria-Geral da República, que, ao se manifestar sobre o *leading case* ARE 1054490 QO/RJ, deixa claro:

Os recorrentes parecem ter razão aqui, ao defenderem o ponto de vista de que o conflito entre o art. 14, § 3º, v, da CR e o art. 23, inc. 1, b, c/c o inc. 2, do Pacto de São José deve ser resolvido em favor da norma de direito internacional. Em especial quando se lê o inc. 2, percebe-se que *a filiação partidária não consta dos motivos pelos quais se pode restringir a participação de candidatos em eleições americanas*. (BRASIL, 2017, online, grifou-se).

Logo, é forçoso concluir que os Estados signatários, desde que não tenham declarado reservas legais ao item 2 do art. 23 do Pacto – como é o caso do Brasil –, não podem exigir prévia filiação partidária como requisito de elegibilidade para fins de deferimento do requerimento de registro de candidatura, haja vista que o acesso aos cargos políticos deve ser o menos restritivo possível.

Esse dispositivo, contudo, esbarra no teor do § 3º, V, do art. 14 da CRFB, que impõe a filiação partidária como condição inafastável de elegibilidade.

Pois bem, reconhecida a existência de conflito normativo, é mister investigar qual a norma deve prevalecer nesse cenário.

A resposta para essa questão deve passar necessariamente pela análise do princípio *pro homine* – princípio basilar dos direitos humanos no plano internacional – e pelo estudo do *status* normativo da CADH após sua ratificação pelo Brasil.

⁷ “Esse diploma, em razão da gravidade dos direitos políticos, *ab ovo*, enuncia as possibilidades específicas de sua restrição, devendo tal cláusula ser lida *numerus clausus* [...]. Essas são as únicas restrições aos direitos e oportunidades de participação política acolhidas pela norma convencional, dada a repercussão desses direitos fundamentais.” (FERREIRA, 2017, online, grifado no original.)

4.1 Princípio *pro homine*

O princípio *pro homine* pugna pela exegese mais favorável e ampliativa dos direitos humanos. Isto é, impõe-se que, no confronto entre normas e na fixação de sua extensão interpretativa, o dispositivo jurídico mais benéfico à dignidade do indivíduo deve sobrepor-se ao menos benéfico. Ainda, impõe-se que o Estado-parte deva visar, pela via hermenêutica, ao alargamento do exercício dos direitos humanos ou à produção de maiores garantias possível.

Trata-se da supremacia da norma mais favorável à dignidade humana. Nas palavras de Mazzuoli (2017, n.p.):

[...] no que tange aos tratados de direitos humanos, cabe destacar a necessidade de interpretação que leve em conta sempre a norma mais favorável ao ser humano. Ou seja, os tratados de direitos humanos devem ser interpretados tendo sempre como paradigma o princípio *pro homine*, por meio do qual deve o intérprete (e o aplicador do direito) optar pela norma que, no caso concreto, mais projeta o ser humano sujeito de direitos. Tal é assim pelo fato de o ser o indivíduo (vítima da violação de direitos humanos) sempre a parte mais vulnerável na relação com o Estado, o que demanda, só por isso, uma interpretação mais favorável aos seus interesses.

Cabe destacar que a norma mais favorável deverá ser aplicada, independentemente de sua posição na hierarquia normativa, conforme anota Luiz Flávio Gomes (2008, p. 499) ao ensinar que

[...] no plano material não há que se falar, ou melhor, é irrelevante falar em hierarquia entre as normas de direitos humanos. Por quê? Porque, por força do princípio ou regra *pro homine*, sempre será aplicável, no caso concreto, a que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou de uma garantia.

Materialmente falando, portanto, não é o *status* ou a posição hierárquica da norma que vale, mas o seu conteúdo, porque sempre irá preponderar a que mais assegura o direito. (Grifado no original.)

A maioria dos acordos contemporâneos sobre direitos humanos contém *cláusulas de diálogo* que operacionalizam a comunicação entre a ordem internacional e a interna com o fito de proteger o indivíduo de

forma mais efetiva. O art. 29, *b*, da CADH⁸, é exemplo notório dessa cláusula, pois prescreve que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de restringir o gozo e exercício dos direitos e liberdades que vierem a ser legalmente reconhecidos pelo Estado participante ou por outras convenções em que seja parte um dos referidos Estados (MAZZUOLI, 2017, n.p).

O Judiciário brasileiro já teve oportunidade de aplicar os ditames do princípio *pro homine* no HC nº 88.420/PR ao entender que a garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, pois o art. 8, 2, *h*, da CADH – norma de valor mais benéfico –, deve prevalecer sobre o art. 594 do Código de Processo Penal.

4.2 Eficácia suspensiva de efeito paralisante

A atual posição do STF quanto à natureza jurídica dos tratados e das convenções internacionais assinados e incorporados pelo Brasil é a de atribuir-lhes natureza supralegal. A lógica hierárquica da tese da supralegalidade preconiza que os tratados internacionais sobre direitos humanos não possuem o condão de produzir efeitos sobre normas constitucionais dado o caráter infraconstitucional de seus dispositivos. Teriam, contudo, a capacidade de suspender a eficácia de toda a legislação infraconstitucional que com eles conflite, pouco importando se se tratam de normas nacionais anteriores ou posteriores.

Não é caso de revogação, mas sim de suspensão de eficácia⁹:

⁸ “Artigo 29. Normas de interpretação [...] Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.” (BRASIL, 1992b, *online*).

⁹ “A *eficácia* dos atos jurídicos, o terceiro plano de análise, que se traduz na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos *típicos* [...]”. (BARROSO, 2002, p. 83, grifado no original.)

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. [...]

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de *paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante*.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas *deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria*, incluídos o art. 1287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (STF, 2008, p. 21-28, grifou-se).

É possível comparar esse fenômeno jurídico – eficácia suspensiva de efeito paralisante – à superveniência de lei federal sobre normas gerais que, no contexto da competência legislativa concorrente, suspende a eficácia de lei estadual ou distrital, no que lhe for contrário, conforme preconiza o art. 24, § 4º, da CFRB. Nesse caso, lei hierarquicamente inferior que se encontrava em plena produção de efeitos teve sua eficácia suspensa pela entrada em vigência de norma superior.

Pois bem, transportando o mesmo percurso argumentativo desenvolvido pelo Tribunal no caso de 2008 ao regramento acerca da filiação partidária insculpida na Convenção, é possível afirmar que a situação em tela envolve conflito entre norma internacional sobre direitos humanos ratificada pelo Brasil (art. 23, 2, da CADH) e dispositivo constitucional (§ 3º, V, art. 14 da CRFB), o que, pela *Teoria da Hierarquia das Normas* e pelos entendimentos registrados até aqui, enseja a conclusão de que a Constituição deve prevalecer. De fato, não

existindo qualquer norma com *status* constitucional que colida com a Carta Maior brasileira, a filiação partidária como condição inafastável de elegibilidade mantém-se constitucional. Tal conclusão é corolário lógico da estrutura hierarquizada das normas.

Não obstante, aplicando a tese da supralegalidade nos termos dos entendimentos do STF, o dispositivo internacional do Pacto tem o poder de paralisar a eficácia da legislação eleitoral infraconstitucional nos casos de conflito material, mormente o art. 9º da Lei nº 9.504/1997. Aplica-se aqui o mesmo raciocínio lógico empreendido pelo Tribunal para a questão da prisão civil do depositário infiel.

Como último esforço argumentativo, é possível visualizar a conclusão acima defendida por meio de um silogismo simples. O raciocínio dedutivo apresenta-se da seguinte forma: toda norma internacional sobre direitos humanos ratificada pelo Brasil e que conflita com dispositivo constitucional tem o condão de suspender a eficácia com efeito paralisante de toda a legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria conflitante, tornando-a inaplicável; a CADH é norma internacional sobre direitos humanos ratificada pelo Brasil e conflita com o dispositivo constitucional que institui a filiação partidária como condição de elegibilidade; logo, a Convenção tem o condão de suspender a eficácia com efeito paralisante de toda a legislação infraconstitucional que regulamenta a obrigatoriedade de filiação partidária, tornando-a inaplicável.

Diante de todo o exposto, é forçoso concluir que, desde a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica, no ano de 1992, no plano nacional, é impraticável (ineficaz) a regulamentação infraconstitucional que imponha ao cidadão a condição da filiação partidária para exercer seu direito público subjetivo de concorrer às eleições.

5 Considerações finais

A proposta estabelecida na introdução do presente trabalho foi indubitavelmente cumprida, tendo em conta a constatação do conflito normativo entre o disposto no art. 23, 2, da CADH e no art. 14, § 3º, V, da Constituição Federal no que diz respeito à possibilidade de instituição da filiação partidária como condição de elegibilidade inserida no âmbito geral dos direitos fundamentais de índole política. A antinomia jurídica surge da incompatibilidade semântica entre as duas normas, visto que o dispositivo da Carta Política brasileira exige a verificação prévia da filiação partidária como requisito inafastável para o exercício da capacidade eleitoral passiva – direito de ser eleito –, ao passo que a Convenção autoriza que o Estado pactuante regule o exercício desse direito condicionando-o exclusivamente a motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação criminal. A investigação permitiu concluir que o ordenamento jurídico nacional não pode restringir o direito eleitoral passivo à condição da filiação partidária. É dizer, concluiu-se pela viabilidade jurídica das candidaturas avulsas no Brasil.

O processo argumentativo perfez dois pontos fundamentais.

O primeiro sustentou-se na análise do *status* normativo do Pacto de São José da Costa Rica. A investigação das oscilações jurisprudenciais sobre o tema permitiu verificar que o STF assente, desde 2008, a tese da suprallegalidade dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Essa vertente teórica guarda a proposição de que esses diplomas encontram-se hierarquicamente alocados entre a Constituição e as demais espécies normativas e, como norma superior é pressuposto de validade de norma inferior, por consequência, aquela possui o condão de sustar a produção de efeitos de toda a legislação infraconstitucional que com ela conflite. Nessa esteira de entendimento, a disposição constitucional que condiciona as candidaturas à prévia filiação partidária

(art. 14, § 3º, V) subsistiria; contudo, a força normativa da Convenção teria a capacidade de suspender a eficácia da legislação hierarquicamente inferior que disciplina a matéria, fazendo com que o dispositivo da Constituição perca aplicabilidade.

O segundo argumento procurou resolver o conflito normativo à luz do princípio *pro homine*. O princípio enfatiza que o aplicador do direito, diante do conflito de normas em matéria de direitos humanos, deve sempre optar pela norma que mais favoreça, no caso concreto, o ser humano, pouco importando sua posição na hierarquia legal. Ou seja, deve-se aplicar ao indivíduo – que, na relação com o Estado, é a parte mais vulnerável a violações de direitos humanos – o dispositivo legal que mais amplie suas liberdades e garantias. Adotando o paradigma hermenêutico defendido pelo princípio *pro homine*, é inevitável reconhecer que o regramento constante do art. 23, 2, do Pacto de São José, é menos restritivo do que o disposto na Constituição Federal e, portanto, é a norma que deve prevalecer, tendo em vista que o pretendo candidato, nesse caso, teria seu direito eleitoral passivo ampliado diante do afastamento de uma condição de elegibilidade.

De modo geral, os subsídios colhidos neste trabalho indicam a mesma constatação jurídica, qual seja, a atual configuração do sistema jurídico brasileiro deve comportar as candidaturas avulsas, haja vista que a regulamentação da capacidade eleitoral passiva não pode passar ao largo das disposições do Pacto de São José, que desautoriza os Estados signatários a limitarem o exercício dos direitos políticos para além das condições permitidas no acordo.

Não se pretendeu aqui tecer críticas aos partidos políticos, acusando-os de serem figuras prescindíveis para o sistema democrático. Reconhece-se que as agremiações partidárias possuem significativo papel na defesa e promoção dos interesses de uma parcela da população e no controle da atuação dos agentes políticos que exercem mandato. Todavia, os

críticos do sistema eleitoral parecem gozar de certa razão, já que garantir aos partidos o monopólio e o controle da atividade política significa submeter os pretensos candidatos aos ditames dos líderes e das agendas partidárias que, como é notório, estão impregnadas de disfunções de diversas ordens, em especial econômica.

Retirar do Direito brasileiro a obrigatoriedade da filiação partidária traduz-se em uma dupla evolução: de um lado, alarga-se o espectro de implementação dos direitos humanos no Brasil e, de outro, fortifica-se um dos princípios mais caros à democracia, o pluralismo político.

Por fim, é mister registrar que as reflexões levantadas encontram-se no plano da teorização, procurando contribuir para o conhecimento jurídico doutrinário. Apesar da convicção de que a exigência da filiação partidária restringe o exercício do direito de sufrágio, a autoria deste trabalho reconhece a dificuldade de implementação das candidaturas avulsas no sistema eleitoral brasileiro que, desde 1946, foi idealizado para que o acesso ao poder ocorra obrigatoriamente por intermédio dos partidos políticos. Mesmo que o STF julgue procedente o *writ* que ensejou a recente repercussão geral sobre o tema, a concretização das candidaturas independentes demandaria ainda profunda mudança na legislação eleitoral e nos diplomas resolutivos do TSE. Ademais, a operacionalização deverá ser precedida de ampla discussão por meio dos canais políticos de comunicação existentes. Como bem lembrou o Ministro Roberto Barroso, “numa democracia, nenhum tema é tabu”. (STF, 2017, *online*).

Com a constante evolução do Direito Constitucional e dos direitos humanos, notadamente aqueles reconhecidos em diplomas internacionais, espera-se que o impasse jurídico encontre em breve a melhor exegese para o seu deslinde.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 mar. 2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. *Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 12 de abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 48, de 4 de maio de 1935. *Modifica o Código Eleitoral*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-48-4-maio-1935-398002-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 7 mar. 2018.

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: 11 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Estabelece normas para as eleições*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 1054490 QO/RJ. Relator: Ministro Roberto Barroso DJ: 5.10.2017. *JusBrasil*, 2018. Disponível em: <https://>

stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757552/habeas-corpus-hc-88420-pr.
Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 466373/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 3.12.2008. *JusBrasil*, 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7245194/recurso-extraordinario-re-466373-sp-stf>. Acesso em: 7 mar. 2018.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *Candidaturas Avulsas e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-12/marcelo-peregrino-candidaturas-avulsas-sistema-interamericano-direitos-humanos>. Acesso em: 7 abr. 2018.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. n.p.

GOMES, Luiz Flávio. Direito internacional dos direitos humanos: validade e operacionalidade do princípio *pro homine*. *De jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, nº 11, p.494-503, jul./dez. 2008. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/119/Direito%20internacional%20direitos%20humanos_Gomes.pdf?sequence=1. Acesso em: 15 abr. 2018.

GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. n.p.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 17. ed. São Paulo Saraiva, 2017.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TENÓRIO, Rodrigo Antonio. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Método, 2014. n.p.

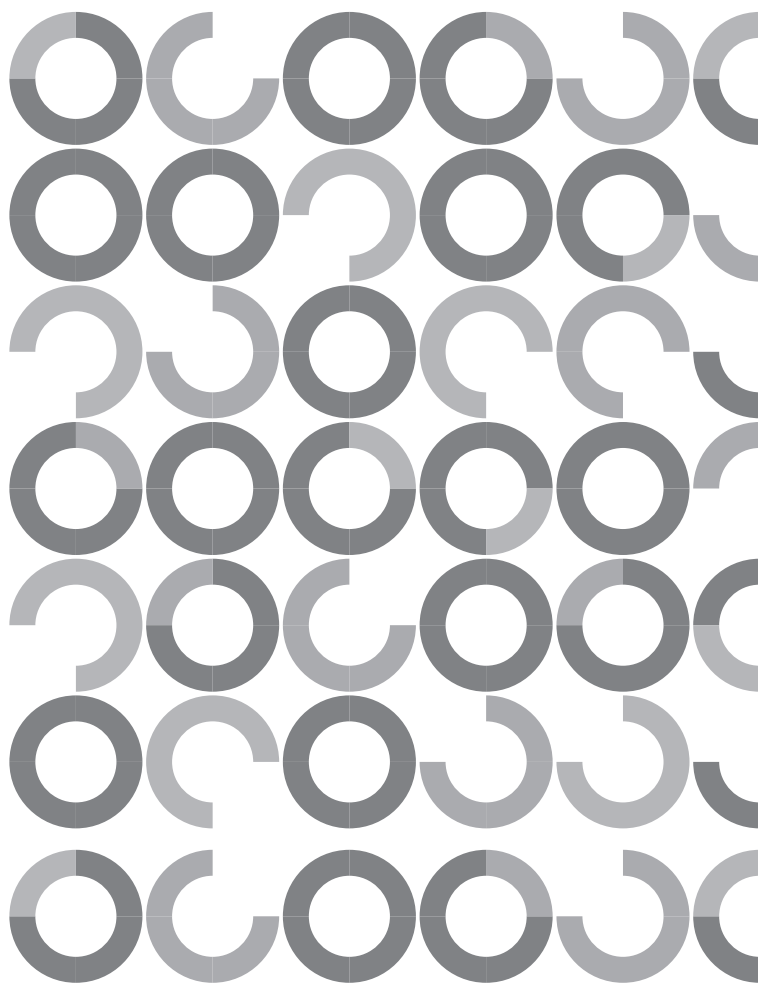
TSE. *Glossário Eleitoral*. Disponível em: http://www.tse.jus.br/copy_of_eleitor/glossario/glossario-eleitoral. Acesso em: 2 mar. 2018.

VIEIRA, Luciane Klein; VEDOVATO, Luís Renato. A relação entre Direito interno e Direito internacional: os impactos no cotidiano jurídico brasileiro sob a perspectiva da ampliação do bloco de constitucionalidade. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, v. 6, p. 207-225, 2015. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3532/3041>. Acesso em: 25 mar. 2018.

ESTUDOS ELEITORAIS

A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE E A
REALIZAÇÃO DO MODELO DO ESTADO DE
PARTIDOS NO BRASIL

GUSTAVO SWAIN KFOURI



A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE E A REALIZAÇÃO DO MODELO DO ESTADO DE PARTIDOS NO BRASIL¹

THE CRISIS OF REPRESENTATIVENESS AND THE REALIZATION OF THE MODEL OF THE STATE OF PARTIES IN BRAZIL

GUSTAVO SWAIN KFOURI²

RESUMO

Este artigo aborda o fenômeno que caracteriza a propalada crise de representatividade na contemporaneidade. A hipótese levantada é de que, da reconfiguração dos vínculos políticos, faz-se possível a superação do modelo liberal de representação, por meio da realização de uma *democracia partidária* nos estados nacionais. Para isso, são analisados os modelos de representação política concebidos desde a antiguidade e é apresentado o modelo do Estado de partidos passível de realização para funcionar como antídoto à tendência personalista dos mandatários eleitos.

Palavras-chave: Democracia representativa. Democracia representativa partidária. Estado de partidos. Representação política.

ABSTRACT

The central purpose of this article is to present the phenomenon that characterizes the proclaimed crisis of representativeness in

¹ Artigo recebido em 14.11.2018 e aprovado para publicação em 22.2.2019. <https://seer.tse.jus.br/index.php/estudoseleitorais/article/view/119>

² Mestre em Direito do Estado pela UniBrasil. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor visitante da Universidade Nacional Autónoma do México (UNAM). Advogado.

contemporaneity, in order to show that the reconfiguration of political ties makes possible the overcoming of the liberal model of representation through the realization of a Party Democracy States. In order to do so, it will analyze the models of political representation conceived since antiquity, and it will present the model of the Party State that can be accomplished to act as an antidote to the personalist tendency of elected representatives.

Keywords: Representative democracy. Representative party democracy. State of matches. Political representation.

1 Apresentação

Este artigo analisa a crise de representatividade do modelo de representação política liberal no âmbito das democracias contemporâneas e apresenta o modelo da democracia partidária para contrapor a tendência personalista de efetivação do primeiro.

Desse modo, a investigação perpassa a análise do modelo representativo da democracia partidária e do fenômeno que caracteriza a propalada crise de representatividade causada pela falta de identidade entre os interesses dos representantes e dos eleitores.

Nesta senda, o objetivo prioritário é evidenciar que, da reconfiguração dos vínculos políticos, faz-se possível a superação do modelo liberal de representação por meio da realização de uma *democracia partidária* nos Estados nacionais.

O modelo democrático tem como característica a função de protagonismo que as agremiações partidárias exercem na seara da representação política e tem em Kelsen e Leibholz seus maiores expoentes teóricos.

Na mesma medida, a partir da leitura de Mezzaroba – que, ao fazer profícua análise dos partidos políticos e da representação política no Brasil, conclui pelo “esgotamento do modelo de representação política no projeto liberal de Estado” –, procede-se à crítica acerca da inexistência da propalada “crise de representatividade”, uma vez que o arranjo institucional ora vigente nas democracias contemporâneas garante a perpetuação de uma racionalidade personalista tanto do preenchimento das posições de poder estatal quanto da condução dos negócios públicos.

2 A democracia partidária como modelo representativo

Os modelos democráticos de representação política foram forjados historicamente³ no âmbito de cada Estado, razão pela qual devem ser lidos e interpretados sob tais enfoques. Da *democracia ateniense* à *democracia partidária*, tem-se longo percurso trilhado pela humanidade no Ocidente.

A primeira das quatro fases evolutivas é denominada *democracia direta*, a partir da identidade entre representantes e representados. Nela, não há qualquer tipo de mediação política, pois os membros do grupo social deliberam diretamente⁴.

No século VI, em 508 a.C., no curso da luta por participação política, tem-se, durante as chamadas “tirantias” (posteriores a Sólon), a diminuição, por Clístenes, da concentração de poder pelo esvaziamento da importância das antigas quatro tribos e a sua redivisão em dez novas tribos menores, organizadas em distritos – *demos* –, cujo líder é o chamado *demarco*. Assim, os cidadãos de Atenas que compunham determinado *demos* passaram a decidir diretamente sobre os assuntos relativos à cidade nas assembleias-gerais dirigidas pelo *demarco*. Dessa configuração, surge a origem da expressão *democracia, governo dos demos*, que traduz o fato de o governo ser mantido repartido nas mãos de muitos⁵.

³ Cf.: CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o Longo Caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 17; PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da Cidadania*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2014. Introdução.

⁴ MEZZAROBIA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2004. p. 154.

⁵ MIGLINO, Arnaldo. *A Cor da Democracia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 30-35.

Da consagração desse modelo, foram forjados os valores fundamentais da democracia: a *liberdade de expressão*, que garantia o direito de discordar da opinião contrária e daqueles detentores do poder, bem como a *igualdade de direitos*, tendente ao acesso do cidadão à mesma posição de poder⁶.

A segunda fase é denominada *democracia representativa*. Nesse modelo, somente a vontade do representante tem valor jurídico, sendo exercida em nome do representado. Fica caracterizado como sendo próprio do pensamento liberal clássico, sob a sua concepção de representação⁷.

Na teoria de Kelsen⁸, a *liberdade*, suportada pela igualdade, ocupa o primeiro plano na concepção democrática e pressupõe a participação ativa do indivíduo na formação da vontade coletiva. Isso passou a ocorrer desde a “ressignificação” do conceito de liberdade introduzido pelo pensamento liberal clássico, no que tange à sua condição negativa de os direitos do sujeito não serem submetido à vontade do Estado. Sob essa matriz, na condição de titular dos direitos políticos, o indivíduo contribui para a formação normativa.

Ainda segundo o autor, “a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como característica essencial da democracia”. No âmbito da democracia representativa, em que a participação se dá pela via indireta, ou mesmo no âmbito da democracia direta, em que a participação se dá pela via direta, a representação contempla um “*processo*, no sentido de um método específico de criar e

⁶ CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do Pensamento Político: da Cidade-Estado ao Apogeu do Estado-Nação Monárquico*. Trad. Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1982. p. 31-34.

⁷ MEZZAROBÀ, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2004. p. 154-155.

⁸ KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

aplicar a ordem social que constitui a comunidade, que é o critério deste sistema político chamado de democracia”⁹.

Assim, desde a concepção de vida, se a liberdade pressupõe, da prática individual de vontades, o exercício coletivo de canalização e de sua expressão, fazem-se necessários mecanismos de representação capazes de aglutinar tais vontades mediante entes que se fazem reconhecer pelos Estados a ponto de se institucionalizarem como pertencentes à sociedade, e não aos Estados, e cuja ação se dirige a articulá-las de forma a fazer prevalecer os interesses programáticos. Estes entes, os partidos políticos, são, portanto, elementos basilares do Estado constitucional democrático de direito.

Do segundo modelo, portanto, a racionalidade evoluiu para consolidar a terceira fase evolutiva denominada *democracia representativa partidária*, em que o papel da intermediação entre representantes e representados passa a ser exercido pelos partidos políticos, agora inseridos na mecânica da representação. Esse modelo guarda com o anterior relação de continuidade e de conflito¹⁰.

Como desdobramento, as agremiações partidárias passam a constituir instrumento jurídico de organização do poder estatal com a designação de seus dirigentes por meio das eleições. Os partidos políticos “se inserem nos órgãos políticos do Estado, desde que no Estado democrático esta inserção está sujeita às regras do jogo (uma delas é a alternância do poder, como consequência de eleições livres e competitivas)”¹¹.

Após serem institucionalizados, ou seja, reconhecidos pelas Constituições e pela legislação ordinária em cada país, os partidos políticos

⁹ MARSHALL, Thomas Humprey. *Cidadania, Classe Social e Status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. p. 142.

¹⁰ MEZZARROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2004. p. 155.

¹¹ GARCIA-PELAYO, Manuel. *El Estado de Partidos*. Madrid: Alianza, 1986. p. 87.

assumiram a tarefa de executar a *representação política*, sob o compromisso programático de realizarem os valores da democracia. Cumpre-lhes, assim, a função de “transformar as orientações e atitudes políticas gerais vividas por segmentos da sociedade em programas de política nacional”¹². Da mesma forma, cumpre-lhes a “conversão” das vontades, necessidades e interesses dos segmentos que representam em pretensões concretas, em ações aptas a serem realizadas pelos poderes públicos.

A *democracia representativa partidária* surge, portanto, como adaptação dos princípios democráticos da *liberdade* e da *igualdade* às demandas conjunturais do século XX, especialmente diante do aumento demográfico dos países, que configura as democracias de massa diante do aumento da demanda do sufrágio. A sociedade contemporânea – estruturada por pequenas, médias e grandes organizações nacionais e internacionais – demanda a mediação de interesses para a garantia do acesso a bens, serviços ou objetivos vitais¹³.

Na senda liberal, dentro da concepção democrático-representativa de partido político, a articulação da vontade do Estado por tal sujeito coletivo se dá a partir da designação, pela via eleitoral, do *mandato político representativo*, derivado do modelo de *representação* próprio das democracias representativas partidárias, que, no final do século XIX e início do século XX, passou a ser objeto de críticas.

Constata-se que, em primeiro plano, tais mecanismos não garantem, na verdade: a) a identificação entre a vontade dos eleitores e dos representantes designados; b) o exercício de controle real sobre as decisões dos representantes no exercício do mandato; c) a possibilidade de se exigir a efetiva prestação de contas; e, ao final, d) o fato de que as instituições governamentais se transmutaram em órgãos oligárquicos¹⁴.

¹² Id. p. 82.

¹³ MEZZAROBÀ, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2004. p. 156.

¹⁴ Id. p. 77-78.

Dessa feita, passa-se à fase final, em que, na contemporaneidade, pretende-se efetivar modelo que se originou de concepção teórica da Alemanha, no curso da consolidação de sua democracia durante a República de Weimar, cujo termo se denomina *democracia de partidos* (ou Estado de partidos). Nesse modelo, os partidos políticos assumem a função de mediar os interesses dos representados em face dos órgãos governamentais, bem como entre os próprios representantes.

É característica desse modelo a subordinação das ações do representante à vontade única e exclusiva do partido, na senda da compreensão de que a vontade do indivíduo é inerente à vontade do ente partidário. Essa é a razão por que, na *democracia representativa partidária*, o vínculo representativo entre ambos se denomina *mandato partidário*, em oposição ao *mandato livre*, próprio do modelo anterior.

Garcia Pelayo conclui que, desde quando o eleitor passou a outorgar o *mandato ao partido* – e não mais ao representante, e o vínculo entre ambos se tornou passível de rescisão pelo partido político –, “as eleições adquirem um caráter plebiscitário”.¹⁵

Aqui se pontua elemento fundamental para a efetivação desse modelo, qual seja a presença de instrumentos para o controle do mandato pelo partido que, nas hipóteses de indisciplina do representante eleito por si, ou mesmo nos casos de infidelidade partidária, pode desconstituí-lo no curso de processo administrativo intrapartidário (sujeito a grau de revisão/democracia interna) e, após, comunicar aos órgãos da Justiça Eleitoral para mera anotação.

O autor define o Estado de partidos como “*dimensão* ou *elemento* do Estado democrático e encontra os seus limites em outros componentes

¹⁵ GARCIA-PELAYO, Manuel. *El Estado de Partidos*. Madrid: Alianza, 1986. p. 82-83. Cf: MEZZARROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2004. p. 155.

e condicionamentos do sistema estatal (jurídicos e funcionais-institucionais)”¹⁶. Em determinada *dimensão do Estado de direito*, ter-se-á que “tanto o processo democrático como os atores deste processo estarão submetidos à Constituição e à lei, em que a vontade da maioria não é, por si só, legítima, nem justa, nem sábia”, mas senão o *critério jurídico* deverá ser o marco e a medida de legitimidade de sua ação. O Direito, por sua vez, na qualidade de “*un médio de la politica*”, designa-se assim como seu produto, sob o espectro de uma racionalidade objetivada, um ordenamento ou sistema normativo que serve de marco e medida de legitimidade para as ações dos representantes políticos¹⁷.

As nomenclaturas *governo de partidos* e *partidocracia* derivam, com obviedade, da função de protagonistas que os *partidos políticos* assumiram no âmbito da democracia representativa¹⁸ e de sua inegável essencialidade nos sistemas democráticos. Daí, a célebre afirmação de Hans Kelsen: “só a ilusão ou a hipocrisia pode acreditar que a democracia seja possível sem *partidos políticos*”¹⁹.

No mesmo sentido, afirma Canotilho que o *princípio democrático* se assenta no pluralismo político, pelo que, consequentemente, a democracia somente pode ser entendida como democracia com partidos, e o Estado constitucional somente poderá se caracterizar como Estado constitucional de partidos²⁰.

A expressão “*governo de partido*” deriva da influência decisiva que as instituições partidárias exercem nos Estados contemporâneos. Silva pontua que “o fenômeno partidário permeia todas as instituições político-governamentais, como o princípio da *separação dos poderes*, o sistema

¹⁶ GARCIA-PELAYO, Manuel. *El Estado de Partidos*. Madrid: Alianza, 1986. p. 119.

¹⁷ *Ibid.* p. 118-119.

¹⁸ Resolução-TSE nº 22.526/2007.

¹⁹ KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 43.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 315.

eleitoral, a técnica da *representação política*, a ponto de destinarem-se a assegurar a autenticidade do sistema representativo”. São reconhecidos por “canais por onde se realiza a representação política do povo, desde que, no sistema pátrio, não se admitem candidaturas avulsas [...]”²¹.

Quanto à dinâmica, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que os “verdadeiros candidatos” passam a ser “os partidos, com os seus programas, e não os indivíduos que postulam cargos eletivos”²².

No Brasil, por meio da novel jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal Eleitoral no caso de *infidelidade partidária*, o Poder Judiciário reconheceu que o modelo constitucional consagra uma democracia partidária²³, cuja premissa parte da ideia de que o mandato político-representativo pertence ao partido político (obtido por meio de coligação partidária), e não ao representante eleito.

Mezzaroba afirma que o sentido da *partidocracia* deve emergir destas premissas: a) os partidos políticos foram sendo reconhecidos pelas Constituições a partir do século XX; e b) assistia-lhes a tarefa de realizar a representação política em correspondência com a ideia de representatividade, razão por que os partidos políticos são elevados à condição de garantidores do sistema democrático²⁴.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 408.

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 89-91.

²³ Vide: a) Consultas-TSE nº 1.398/2007 (Resolução nº 22.526/2007) e nº 1.407/2007 (Resolução nº 22.600/2007); b) Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604/2007 – STF; c) ADIs nº 3.999/2008 – STF (Resolução-TSE nº 22.610) e 4.086/2008 – STF (Resolução-TSE nº 22.733/2008); e, d) ADI nº 5.081/2015 – STF (Resolução-TSE nº 22.610/2007).

²⁴ MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2004. p. 156 e 158.

3 A crise de representatividade vista nas democracias contemporâneas

Ao elencar as características das instituições político-partidárias no Brasil, marcadamente quanto a de partidos-cartório – quando se prestam ao papel de legendas necessárias à eleição dos mandatários a cada período –, Mezzaroba detecta o fenômeno que denomina de “crise de representatividade”²⁵, atribuído ao “esgotamento do modelo liberal de representação política e da concepção de partido político subjacente”, que “ainda não realizou plenamente suas potencialidades na formação da vontade coletiva em nosso país”.²⁶

O esgotamento do modelo liberal constituiu conclusão de Kelsen – o maior expoente teórico do modelo de representação política do *Estado de partidos* e um dos mais referenciados defensores do modelo no período de Weimar –, de que o modelo de *representação política* desenvolvido pelo projeto liberal de Estado é insuficiente para atender às demandas crescentes dos regimes democráticos contemporâneos²⁷.

Tal conceito deriva do fato de que, em sua essência, as democracias representativas concebiam a representação em nome de um sujeito virtual, ou seja, não real. Da relação, inexistia vínculo entre o sujeito detentor da prerrogativa de representação e a vontade dos representados, que era unitária. A lógica da representação dava-se por uma unidade de indivíduos que buscava defender interesses específicos, mas não os dos representados. Nesse contexto, o representante constituía órgão meramente formal, sem compromisso de representatividade. Sua atuação, perante ou no âmbito do Estado (dotado de órgãos técnicos, especializados ou burocráticos), dirigia-se a definir as prioridades conforme seus interesses e vontades próprias, a despeito do interesse do mandante.

²⁵ Id. p. 1.

²⁶ Ibid. p. 325.

²⁷ KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 25-107.

De forma não excepcional, guiados por interesses particulares, minoria numérica de representantes eleitos poderia assumir a condição política hegemônica na tomada de decisão e na apropriação do sistema estatal. Da vontade geral apresentada como mito legitimador do Estado, o interesse público se plasmava no interesse do indivíduo investido na condição de representante político.

Pontue-se que, no modelo liberal clássico, a estabilidade social e política se mantinha pela garantia dos elementos básicos da representação: a instrução e a propriedade privada. Por conseguinte, nas raízes dessa racionalidade, o significado e o conceito de representação política não estava centrado nos partidos políticos.

Nesse contexto, diante da insuficiência de representatividade política no modelo liberal, conjugada ao questionamento acerca da utilidade e relevância de tais ações, sob a perspectiva do eleitor, plasma-se o problema central do sistema, que tende à instauração da denominada “crise” de identificação entre os interesses dos representantes em face dos eleitores²⁸.

Importa ressaltar que, na matriz do pensamento liberal clássico, já se era possível detectar que a mítica que abarcava a lógica da representação política continha a antítese da premissa identitária²⁹. Note-se, senão, que as conclusões de Benjamin Constant sobre o debate acerca do valor e do alcance da liberdade *política* em face da liberdade *civil* reconhecem que “não é absolutamente verdade que os interesses dos governantes e os dos

²⁸ MEZZAROBÀ, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2004. p. 83.

²⁹ KFOURI, Gustavo Swain. *A Reconfiguração do Modelo Representativo Brasileiro Originalmente Fixado pela Constituição Federal de 1988 diante da Atuação Jurisdicional e a Possível Realização de um Estado de Partidos no Brasil*. Tese de Doutorado apresentada perante o Programa de Pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, 2018.

governados são os mesmos”³⁰, o mesmo que “dizer que os interesses dos governantes são sempre condizentes com os dos governados é entender os interesses dos governos de forma abstrata”³¹.

Ao propalar *princípios de política que seriam aplicáveis a todos os governos*, Constant formulou ideias sobre o ideal da liberdade em período marcado pela Revolução Francesa e pelas guerras napoleônicas, no contexto do debate de teóricos do liberalismo francês (Frédéric Bastiat, Charles Dunoyer, Charles Comte, Gustave de Molinari, Paul Leroy Beaulieu Émile Faguet e Yves Guyot), na esteira da teoria jurídica de Montesquieu e do pensamento econômico de Adam Smith e Jean Baptiste Say. Sua teoria contempla as razões da falta identitária entre os interesses dos governados e as ações dos governantes.

Segundo define o autor, em primeiro plano, os representantes, em menor número, mantêm o interesse de obstruir a elevação dos governados às posições de poder (que tende a se concentrar), desde que a sua perda, no caso de outros obterem, ameaça-os. Em segundo plano, ao alcançar a classe de poder da classe dos governados, o homem passar a deter interesses distintos dos daqueles que lhe outorgaram a posição de representante, diante da posição diferenciada em que é colocado. Em terceiro plano, os interesses dos governantes passam a ser, por diversas razões, diversos daqueles dos governados, pois pretendem o seu mal, ou beneficiar amigos.

Orides Mezzaroba afirma que o efeito desse quadro induz “à falta de legitimidade do sistema político e de seus organismos internos, diante do vínculo não-identitário entre a vontade dos representados e as ações dos representantes”³².

³⁰ CONSTANT, Benjamin. *Princípios de Política Aplicáveis a Todos os Governos*. Trad. Jourbert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. p. 636.

³¹ Id. p. 636.

³² MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2004. p. 83.

Tais impasses de matizes ético-políticas compõem as experiências práticas verificadas nas democracias representativas, que incluem o Brasil³³, e resultam na construção de soluções teóricas tendentes à efetivação de novo modelo de representação democrática que seja capaz de atender às demandas derivadas da insatisfação com a falta de respostas da aplicação do modelo democrático-liberal.

As bases teóricas tendentes à construção de novo modelo derivaram da exposição dos trabalhos dos juristas contemporâneos ao processo de elaboração da Constituição de Weimar e de consolidação da democracia alemã em 1919³⁴, fossem esses favoráveis ao ideal da democracia partidária, que importava na constitucionalização dos partidos políticos – Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Richard Thoma e Hermann Heller, ou contrários, como Otto Koellreuter, Carl Schmitt e Heinrich Triepel.

4 A realização do Estado de partidos para a contra-posição da tendência personalista de efetivação do modelo liberal

Da falta de legitimação à denominada crise do modelo de representação liberal, que irrompe em momento histórico em que se verificava a aquisição da dimensão política da cidadania enquanto direito (ao lado da civil e social)³⁵, e após a sua consolidação³⁶ no curso da ampliação do direito de sufrágio (até o universal) – quando os representados passaram a expressar e a materializar concretamente as suas vontades –, a mesma

³³ Id. p. 1.

³⁴ A República de Weimar é a designação histórica pela qual é conhecida a república estabelecida na Alemanha após a Primeira Guerra Mundial, em 1919, e que durou até ao início do Regime Nazista em 1933, tendo como sistema de governo uma democracia representativa semipresidencial.

³⁵ MARSHALL, Thomas Humprey. *Cidadania, Classe Social e Status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. p. 63-65.

³⁶ Blanco Valdés afirma que o grande desenvolvimento das primeiras organizações partidárias com orientação socialista se deu pela experiência de ampliação do sufrágio e as significativas alterações pelas quais passaram as constituições materiais do Estado, fatores que foram determinantes para o processo de seu reconhecimento jurídico. (BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Los Partidos Políticos*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 42).

cidadania passou a ser intermediada pelos entes que assumiram as funções de aglutinar, incorporar e executar as vontades individuais em face do Estado: os partidos políticos. Daí, a afirmação de que nasceram para aperfeiçoar o próprio sistema de representação política³⁷.

Nesse ponto, desde o surgimento do partido político na seara política e a sua consolidação, que originalmente cumpriu papel instrumental de *representação*, acabou por ser inserido na democracia representativa na qualidade de intermediador da relação entre os representantes e representados, razão por que nesta fase, conceberam-se as democracias representativas partidárias.

Mezzaroba afirma:

A concepção de organizações políticas integradoras de uma ordem de cidadãos que disputam *mandatos eletivos* com certa igualdade de condições, a fim de fazerem prevalecer as suas ideias, não se constituiu como um elemento do modelo representativo engendrado por influência do liberalismo³⁸.

Nessa síntese, o modelo de democracia representativa partidária contempla os partidos políticos como “instituições incumbidas de canalizar a vontade de cada um dos representados, buscando expressá-las de forma unificada e organizada”³⁹. Da vontade unitária – individual do representante, passa a ser plural, da fonte advinda do sujeito não real –, passa a derivar do sujeito real. Desse ponto, os partidos políticos se tornam *orgânicos*, por veicularem princípios e programas ideológicos tendentes à adesão de correligionários.

Essa ideia se contrapõe à identificação com a figura individual do representante, com matiz personalista, para se substituir na figura coletiva do partido político. Opera-se assim nova perspectiva, fundada

³⁷ MEZZAROBÁ, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2004. p. 83.

³⁸ MEZZAROBÁ, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2004. p. 84.

³⁹ Id. p. 85.

na substituição da mítica que fixa a lógica legitimadora do Estado, na unidade – *vontade geral* – para a aglutinação e incorporação de interesses dos mais diversos extratos sociais, que ficam articulados e integrados por esta instância de intermediação: o partido político.

Nessa fase, os partidos políticos são institucionalizados pelas democracias contemporâneas como instrumentos aptos a sistematizar e materializar a vontade dos cidadãos. Ao representarem correntes ideológicas pela aglutinação de interesses, promovem o embate tendente a tornar a sua “vontade” e sua concepção particular de mundo como a geral, no sentido da tomada do poder para o estabelecimento do grupo que o representa e o identifica, sob as perspectivas do reconhecimento e do pertencimento dado o programa específico.

Daí, sua capacidade de estabelecer a correlação entre o cidadão e a esfera pública, entre os representados e o Estado representativo, para estabelecer canais de expressão das diversas “vontades”, em processo apto a influenciar diretamente a vontade estatal (por meio de ações públicas) e, em última análise, imprimir sua vontade no Estado e a partir dele. A maior ou menor capacidade evidencia seu índice de representatividade.

Mezzaroba afirma que o processo de construção dos Estados democráticos acaba por contemplar os partidos políticos, porquanto se referem à *representação política*, dada sua responsabilidade pela “canalização da vontade popular para o centro das decisões políticas”⁴⁰.

Segundo Kelsen, democracia pressupõe a existência de identidade entre a vontade dos governados e a ação dos governantes, entre “sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo”⁴¹. O povo, conforme delineado acima, contempla os “sujeitos do poder”, ou seja, os titulares dos direitos políticos que os exercem – sob o aspecto normativo. Por sua

⁴⁰ Ibid. p. 86.

⁴¹ KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 36.

vez, os titulares desses direitos políticos constituem unidade sob a mesma ordem jurídica estatal que produzem. A unidade do povo constitui ficção jurídica de aceitação universal, na qualidade de “postulado ético-político que a ideologia jurídica assume como real”⁴², e constitui instrumental ao discurso legitimador da racionalidade liberal.

A sociedade é a instância em que, pelas vias discursivas⁴³, os sujeitos tendem a agrupar-se em segmentos compromissados com projetos e pretensões comuns, a fim de torná-los a vontade geral. O “povo” é o conjunto dos titulares dos direitos políticos (cujo núcleo é a participação na formação da vontade geral) que os exerce⁴⁴. De uma perspectiva real e não ideal, há efetiva diferença entre o número de titulares dos direitos políticos e aqueles que efetivamente os exercem, bem assim entre estes e os que de fato comandam o processo de formação da vontade estatal, no sentido de influenciá-la, segundo a ideia de democracia.

Aqueles que comandam exercem influência sobre outros, com a finalidade de intervir na formação da vontade comum. Essa é a característica, segundo Kelsen, da “realidade de um dos elementos mais importantes da democracia real: os partidos políticos, que agrupam homens de mesma opinião, para lhes garantir influência sobre a gestão pública”⁴⁵.

Nesse contexto, a efetivação democrática teria como pressuposto a realização do Estado de partidos, que é uma realidade surgida com a implantação do sistema de representação proporcional⁴⁶. Diante

⁴² Ibid. p. 36.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I e II.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 37.

⁴⁵ Ibid. p. 38-39.

⁴⁶ LEIBHOLZ, J. Gerhard. *Das Wesen der Repräsentation*. Leipzig, 1929. p. 98 y ss. In: GARCIA-PELAYO, Manuel. *El Estado de Partidos*. Madrid: Alianza, 1986. p. 44-45.

desse quadro de indagações, em 1929, J. Gerhard Leibholz promoveu a sistematização de uma Teoria do Estado de partidos, a partir das insuficiências que o modelo de representação política do Estado representativo liberal induziam. Nota que a coexistência dos partidos políticos no âmbito dos Estados constitucionais contemporâneos induz à referida tensão entre os princípios do Estado liberal⁴⁷.

O modelo do Estado de partidos contrapõe-se ao mecanismo concebido pelo modelo liberal de representação, pois contempla critérios que pressupõe seguros para a formação racional da vontade no âmbito do Estado, em compasso com os preceitos democráticos⁴⁸. Por conseguinte, Mezzaroba considera-o a “versão teórica melhor acabada do modelo de representação política”.

Leibholz concebe determinados pressupostos para a implantação, em determinada estrutura estatal, do modelo de representação política do Estado de partidos. Anteriormente à sua implantação, foram criados dois: o primeiro perpassou pela necessidade de ocorrência de processo de institucionalização dos partidos políticos, para que fossem reconhecidos juridicamente pela ordem estatal, tanto na esfera constitucional como infraconstitucional. Frise-se que, anteriormente à sua institucionalização, o fenômeno partidário já era reconhecido, mormente pelo papel exercido funcionalmente pelas organizações. O segundo pressuposto abordou a ideia de que o reconhecimento jurídico dos partidos contemplasse a sua essencialidade democrática⁴⁹.

Funcionalmente, Leibholz concebe os partidos políticos como instrumentos essenciais à formação da vontade, tanto no contexto político-sociológico quanto no contexto de formação da vontade

⁴⁷ MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 176.

⁴⁸ Id. p. 176.

⁴⁹ Ibid. p. 177.

constitucional. Seriam os únicos entes habilitados a aglutinar, de forma articulada, a vontade de inúmeros eleitores espalhados em determinada porção territorial, o que restou reconhecido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão⁵⁰.

5 Os pressupostos para a realização de um Estado de partidos

Segundo Leibholz, os seguintes critérios elencam os pressupostos para a aferição acerca da existência e realização de um Estado de partidos em determinado sistema político, por meio da qual a formação racional, no âmbito do Estado, desenvolve-se sob perspectiva procedimental: a) *formação política da vontade*; b) *financiamento público*; c) *mandato comissionado/partidário*; d) *fidelidade e disciplina partidárias*; e, e) *eleições plebiscitárias e democracia interna partidária*.

Quanto à *formação política da vontade*, necessário compreender que o processo formal de reconhecimento dos partidos políticos pelo Estado contemplou o debate quanto à formação, existência e atuação dos partidos políticos nos séculos XIX e XX. A justificação do Estado de partidos, portanto, fundou-se na concepção de que não seria possível se formar a vontade estatal no âmbito democrático representativo, senão pela concepção pressuposta de que os partidos políticos constituem instrumentos de ação política – indispensáveis⁵¹.

Quanto ao *financiamento pelo Estado*, portanto, no modelo alemão, tal condição tornou-se possível por decisão de seu Tribunal Constitucional. Como mais um instrumento de controle do partido em

⁵⁰ Decisão proferida no processo que questionava a validade jurídica da lei eleitoral adotada pelo Estado de *Schleswig-Holstein*. Chancelou o entendimento de Leibholz de que só os partidos teriam a possibilidade de reunir os eleitores em grupos para a ação política. Eles se manifestam como porta-vozes do povo [...] para poder expressar e tomar decisões políticas [...]. São os últimos órgãos de criação de todos os órgãos [...] sem cuja mediação a massa amorfa do povo não estaria em condições de dar vida aos órgãos do poder estatal.

⁵¹ Conforme reconhece LEIBHOLZ, J. Gerhard. In: LENK, Kurt; NEUMANN, Franz (org.). *Teoria y Sociología Críticas de los Partidos Políticos*. Trad. Ignácio de Otto. Barcelona: Anagrama, 1980. p. 205-208.

face do representante eleito, o financiamento partidário de seu subsídio, na forma de gratificação, inclui pagamento ao político pela atuação, que se converteria em obrigação partidária e não estatal. Efetivamente, o político não seria livre em sua atuação, que estaria vinculada a seu partido político⁵².

Quanto ao *mandato comissionado/partidário*, conforme já se expôs, este pertence ao partido político de quem o representante é comissário. Nesse modelo, as organizações partidárias “deslocam o centro das decisões políticas”, nas palavras de Mezzaroba⁵³. Isso ocorre, pois as demandas/discussões/preensões partem do *locus* em que se situa a vontade política, ou seja, no interior da sociedade, de onde são canalizadas para o interior dos partidos políticos e, após sintetizadas, ao Parlamento e a outras instâncias estatais. É dos partidos políticos a tarefa de organizar, sistematizar e deliberar sobre suas propostas, levando sempre em consideração a vontade hegemônica de seus membros⁵⁴.

No modelo de representação política liberal, o mandato é virtual, ou representativo, dada a pretensão universalizante da representação. Isso, na medida em que se reproduzem indistintamente os interesses de todos os eleitores, seja no sistema proporcional (Poder Legislativo) ou no majoritário (Poder Executivo). Na dinâmica do Estado de partidos, o representante perde o *status* de representatividade, que é deslocado para

⁵² LEIBHOLZ, J. Gerhard. In: LENK, Kurt; NEUMANN, Franz (org.). *Teoria y Sociologia Críticas de los Partidos Políticos*. Trad. Ignácio de Otto. Barcelona: Anagrama, 1980, p. 219. Ressalte-se que o modelo brasileiro de financiamento aos partidos políticos e candidatos sofreu profunda remodelação diante do julgamento da ADI nº 4650/DF pelo Supremo Tribunal Federal, ao declarar inconstitucional o financiamento de empresas privadas aos partidos políticos e candidatos a cargos eletivos (Cf. MEZZAROB, Orides; KFOURI, Gustavo Swain. A (Re)Modelação do Sistema de Financiamento Privado de Campanhas Eleitorais e dos Partidos Políticos no Brasil a partir do Julgamento da ADI 4.650/DF – STF: sua (i)legitimidade democrática. *Revista de Derecho Estasiológico – Ideología y Militacia*, México, año 2, n. 3, p. 339-382, 2014).

⁵³ MEZZAROB, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 180.

⁵⁴ LEIBHOLZ, J. Gerhard. In: LENK, Kurt; NEUMANN, Franz (org.). *Teoria y Sociologia Críticas de los Partidos Políticos*. Trad. Ignácio de Otto. Barcelona: Anagrama, 1980. p. 213.

a agremiação partidária, a cujas diretrizes aquele se mantém vinculado. O mandato comissionado é, portanto, partidário⁵⁵.

Não se trata propriamente de mandato imperativo, no qual os representantes detêm o monopólio de revogação dos mandatos. O mandato é comissionado diante do vínculo direto com o partido, a quem ficam os representantes sujeitos. No caso de inobservância das diretrizes partidárias, o partido poderá revogar o mandato. Com isso, as ações políticas do representante/comissionário ficam delimitadas pelas diretrizes partidárias. Assim, quem passa a ocupar o papel de “candidato” é o partido, por meio do seu programa, a quem os votos (a adesão) outorga.

A *imperatividade* se tornará eficaz pela aplicação dos institutos da *fidelidade* e da disciplina *partidárias*, que garantem ao partido político a prerrogativa de destituição dos cargos e funções exercidas pelo mandatário e a possível revogação do mandato⁵⁶.

Quanto à *fidelidade e disciplina partidárias*, estas se traduzem em instrumentos de controle dos partidos políticos, por certo por suas instâncias de direção, em face dos representantes eleitos. Esse controle se realiza pela gestão dirigida à manutenção dos compromissos assumidos na designação eleitoral às diretrizes partidárias fixadas no curso do exercício do mandato.

Nesse contexto, por meio de seus representantes eleitos, assim designados para as funções políticas, os partidos encaminham os pleitos e as decisões (fixadas internamente), na forma de diretrizes aptas a serem debatidas e votadas na esfera do Poder Legislativo e/ou harmonizadas e efetivadas na esfera do Poder Executivo nos municípios, estados ou Federação.

⁵⁵ LEIBHOLZ, J. Gerhard. In: LENK, Kurt; NEUMANN, Franz (org.). *Teoría y Sociología Críticas de los Partidos Políticos*. Trad. Ignacio de Otto. Barcelona: Anagrama, 1980. p. 214-215.

⁵⁶ Id. p. 89-91.

Quanto às *eleições plebiscitárias e à democracia interna nos partidos políticos*, Leibholz afirma que, no modelo de representação política que propõe, por meio das organizações partidárias, a vontade da maioria dos eleitores já estaria contemplada, pois o plebiscito é constante e permanente no interior dos partidos, desde que a cada eleição os eleitores são chamados a se manifestar sobre determinados pontos de interesse da sociedade, as eleições, no âmbito de um Estado de partidos, possuem caráter estritamente plebiscitário⁵⁷.

Assim, o papel do representante se traduz na função de porta-voz do partido – seu direito de expressão, opinião e ação é exercido no interior dos partidos, com vistas a contribuir para a formação da vontade partidária e dos fechamentos das questões internas de forma majoritária, para o que cada filiado, no âmbito das instâncias internas específicas, contribui igualitariamente pelo direito de voto, contanto que esteja no exercício da representação partidária nas instâncias governamentais (*in lato sensu*). Apesar de sua convicção pessoal política, o representante deverá acatar, submeter-se e defender a vontade partidária, por meio do discurso, do voto e de outros instrumentos de angariação de apoio, desde que esteja absolutamente vinculado aos interesses do partido político ao qual pertence, sob pena de destituição da(s) função(ões) representativa(s) que exerce no âmbito de tais instâncias ou do próprio mandato⁵⁸.

A *democracia intrapartidária* constitui pressuposto para a realização do Estado de partidos, pois, sem a participação efetiva dos filiados nas decisões partidárias, tendentes à fixação de suas diretrizes para formação da vontade estatal, a agremiação se plasmaria em corporação oligárquica e personalista da figura de seus dirigentes. Como característica marcante da *democracia intrapartidária*, está a formação vertical, em caráter

⁵⁷ Ibid. p. 222.

⁵⁸ LEIBHOLZ, J. Gerhard. In: LENK, Kurt; NEUMANN, Franz (org.). *Teoria y Sociologia Críticas de los Partidos Políticos*. Trad. Ignacio de Otto. Barcelona: Anagrama, 1980. p. 213.

ascendente, e não descendente, da vontade do partido, a fim de que os órgãos executivos se submetam, obrigatoriamente, às instâncias de base⁵⁹.

A *democracia intrapartidária* deve conceber o pressuposto da dinamicidade na orientação do agir partidário, para que possa fazer frente à transformação permanente dos cenários político, econômico, jurídico e social no contexto global.

Quanto às *eleições plebiscitárias*, Leibholz compreende que, diferentemente da democracia representativa partidária, em que as questões que afetam a vida das pessoas são decididas unilateralmente pela vontade de seus representantes, no modelo da democracia partidária, os cidadãos ativos manifestam suas vontades no interior dos partidos, âmbito em que as variantes se encontram harmonizadas, em consenso, até as formações direcionais⁶⁰.

A manifestação popular e a conformação da vontade da maioria se dão pelos meios intrapartidários, o que tornaria dispensáveis os institutos próprios da democracia direta, a exemplo do *plebiscito*, da *iniciativa popular* e de qualquer outro que pretenda apreender e sintetizar a vontade geral, uma vez que, no modelo que propõe a vontade da ampla maioria dos eleitores, esta já estaria amplamente manifesta, quando “o plebiscito se dá de forma permanente no interior dos partidos”.

Nas palavras de Leibholz, “um Estado de partidos funciona tanto melhor quanto mais concretas e inequívocas forem as decisões políticas plebiscitárias dos cidadãos ativos reunidos em partidos políticos”⁶¹. A cada eleição, os eleitores são chamados a se pronunciar sobre os mais diversos assuntos em pauta no país, sob a perspectiva dos programas partidários,

⁵⁹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *Crisis de Legitimidad y Democracia Interna de los Partidos Políticos*. México: Fondo de Cultura Económica. p. 244.

⁶⁰ LEIBHOLZ, J. Gerhard. In: LENK, Kurt; NEUMANN, Franz (org.). *Teoría y Sociología Críticas de los Partidos Políticos*. Trad. Ignacio de Otto. Barcelona: Anagrama, 1980. p. 222-224.

⁶¹ Id. p. 222.

razão por que define as eleições, no âmbito do modelo proposto, como plebiscitárias. Eleição plebiscitária, nesse sentido, é aquela em que as decisões a serem tomadas pelo representante partidário, detentor do mandato político-representativo em exercício, deverão ficar restritas àqueles pontos devidamente discutidos e amadurecidos pelos partidos no curso do processo eleitoral. Quanto às decisões novas, deverão seguir o parâmetro das diretrizes contidas no programa.

Nesse contexto, reprisando-se a concepção de que, no modelo da democracia partidária, os “verdadeiros candidatos” passam a ser “os partidos, com os seus programas, e não os indivíduos que postulam cargos eletivos”⁶², a vontade dos representantes acaba por ser determinada pelos partidos políticos, cuja vontade é construída pelas individuais dos filiados ativos, em “procedimento *antitético-dialético*, voltado para a consecução de compromissos”⁶³ programáticos ou não. Sob essa perspectiva, nessa dinâmica, os partidos políticos passariam a intermediar a vontade popular, de forma a possibilitar, em última análise, forte ou intensa identificação entre as ações do Estado e a vontade da maioria da nação⁶⁴.

Essa é a tese de Leibholz, que compreende que a “homogeneidade política da estrutura partidária e o pleno funcionamento do Estado de partidos são garantidos à medida que os partidos se tornam efetivos porta-vozes dos diferentes grupos sociais” e segmentos organizados da sociedade, sob a perspectiva plural⁶⁵.

⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 89-91.

⁶³ Kelsen, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 134.

⁶⁴ GARCIA-PELAYO, Manuel. *El Estado de Partidos*. Madrid: Alianza, 1986. p. 45-46.

⁶⁵ Id. p. 213-217.

6 Considerações finais

A partir do raciocínio empregado, constata-se que as definições político-constitucionais das Constituições que albergam o modelo democrático lastreado na lógica liberal contemplam uma mecânica de representação com tendência personalista, em que a disputa eleitoral se mantém deslocada do campo partidário para se tornar disputa pessoal.

Nesse contexto, os partidos políticos funcionam como meros cartórios eleitorais que servem como pressuposto jurídico à elegibilidade no ano eleitoral, desde a garantia de legenda para o cumprimento do prazo de filiação até, por meio do registro dos candidatos, a eleição dos agentes políticos.

Nesse sentido, com a devida *vênia* às numerosas posições contrárias que partem da premissa de que a realização democrática teria como pressuposto a satisfação dos anseios dos eleitores pela atuação dos representantes eleitos (mesmo sob o influxo do *mandato livre*, relação que deriva da confiança ou do espelhamento), tais efeitos não traduzem a referida crise de representatividade, uma vez que a efetiva realização democrática se dá, na plenitude, no âmbito do modelo da *democracia representativa partidária*, sob as mesmas regras do jogo político instituído.

Tal se conclui diante da premissa básica de que os interesses dos governantes, na linha do que afirmou Constant, não são, de fato, os mesmos quando o eleito assume a posição de governo. Isso, considerando-se que o *mandato virtual* não reclama por *accountability*, instruções pontuais aos mandatários ou mesmo *recall*. Por esse motivo, a tendência personalista emerge da natureza das relações.

A contemporaneidade, portanto, que contempla, a exemplo do Brasil, uma sociedade pluralista, legitima o *sistema de governo* – tanto nas eleições majoritárias (presidente e vice-presidente da República,

governador e vice-governador dos estados e do Distrito Federal, prefeito e vice-prefeito municipais, bem como senador) como nas proporcionais (deputados federais, estaduais, distritais e vereadores), unicamente pela eleição dos mandatários – de forma periódica e alternada, o que, por si só, atenderia à lógica democrática desse modelo.

Nesse sentido, se os partidos políticos se prestam à garantia de legenda, funcionando para meras tarefas cartoriais, as finalidades do sistema são atendidas diante da eleição dos mandatários, o que afasta a incidência de crise de representação, que poderia ser definida como “crise” decorrente da insatisfação dos eleitores diante da postura dos eleitos.

Os referidos efeitos se traduzem em reflexos do modelo liberal de representação política que, na forma que concluiu Mezzaroba, encontra-se esgotado, na medida em que as políticas de governo não são formadas com base em consensos amplos e a participação popular na maioria dos processos no Brasil é mínima.

Nesse espectro, a realização de um Estado de partidos tende a se contrapor à tendência personalista de efetivação do modelo liberal, conforme os pressupostos elencados neste trabalho, por meio do protagonismo dos partidos políticos, que se destinam a garantir, *no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo*, que se obtém da participação cidadã ativa e da vontade da maioria expressa fidedignamente.

A equação pode ser considerada uma oportunidade para o Estado, a sociedade e os cidadãos nacionais cooperarem para a concretização de novo modelo de representação política que, radicalmente democrático, possa produzir antídoto ao protagonismo individualista dos eleitos para os cargos políticos e solução para o déficit de participação popular no processo de formação da vontade estatal.

Por conseguinte, o estudo contempla proposta dirigida, ao mesmo tempo em que afasta o discurso corrente, a imputar os entraves ao avanço democrático no Brasil à falta de identidade entre os interesses dos eleitores e dos eleitos. Assim, fornece alternativas para tornar as instituições mais sérias e acreditadas, de forma a empreender os objetivos constitucionais e democráticos.

Referências

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Los Partidos Políticos*. Madrid: Tecnos, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *Crisis de Legitimidad y Democracia Interna de los Partidos Políticos*. México: Fondo de Cultura Económica.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o Longo Caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do Pensamento Político: da Cidade-Estado ao Apogeu do Estado-Nação Monárquico*. Trad. Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Guanabara, 1982.

CONSTANT, Benjamin. *Princípios de Política Aplicáveis a Todos os Governos*. Trad. Jourbert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

DUVERGER, Maurice. *Sociologia Política*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *El Estado de Partidos*. Madrid: Alianza, 1986.

KELSEN, Hans. *A Ddemocracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KFOURI, Gustavo Swain. *A Reconfiguração do Modelo Representativo Brasileiro Originalmente Fixado pela Constituição Federal de 1988 diante da Atuação Jurisdicional e a Possível Realização de um Estado de Partidos no Brasil*. Tese de Doutorado apresentada perante o Programa de Pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, 2018.

LEIBHOLZ, J. Gerhard. In: LENK, Kurt; NEUMANN, Franz (org.). *Teoría y Sociología Críticas de los Partidos Políticos*. Trad. Ignácio de Otto. Barcelona: Anagrama, 1980.

LIMA JÚNIOR, Olavo. *Instituições Políticas Democráticas: o Segredo da Legitimidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

MARSHALL, Thomas Humprey. *Cidadania, Classe Social e Status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1967.

MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2004.

MIGLINO, Arnaldo. *A Cor da Democracia*. Florianópolis, SC: Conceito Ed., 2010.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *História da Cidadania*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2014.

SCHMIDT, Richard. Los Partidos como Fuerzas Formadoras del Estado. In: LENK, Kurt; NEUMANN, Franz (org.). *Teoría y Sociología Ccríticas de los Partidos Políticos*. Trad. Ignácio de Otto. Barcelona: Anagrama, 1980.

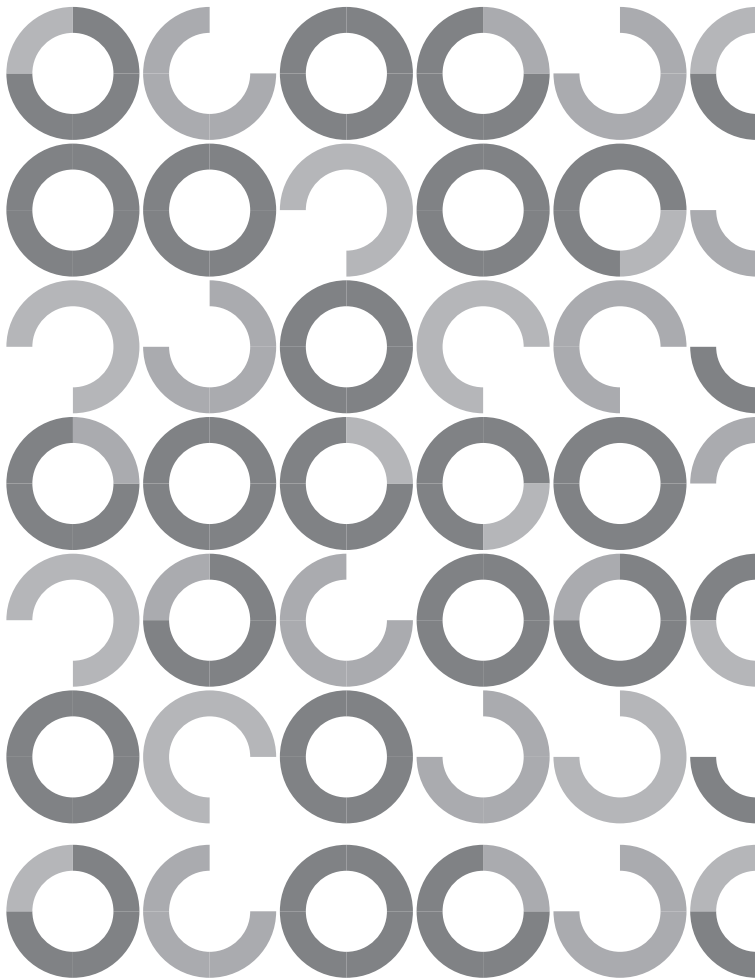
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

URBINA, Francisco Zúniga. Democracia y Estado de Partidos: (Re)Ler a García Pelayo. *Revista de Derecho Público, Estudios de Derecho Constitucional*, v. 70, 2015.

ESTUDOS ELEITORAIS

A SEGURANÇA DA DEMOCRACIA E A
BLOCKCHAIN

MATHEUS PASSOS SILVA



A SEGURANÇA DA DEMOCRACIA E A *BLOCKCHAIN*¹

THE SECURITY OF DEMOCRACY AND THE BLOCKCHAIN

MATHEUS PASSOS SILVA²

RESUMO

Este artigo pretende analisar a impressão do voto do eleitor para fins da confirmação estabelecida pelo art. 59-A da Lei nº 9.504/1997. Objetiva apresentar solução tecnológica que responda aos argumentos daqueles que são favoráveis e dos que são contrários a essa medida e que seja capaz de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. A resposta se apresenta por meio da propositura de utilização da tecnologia *blockchain* no sistema eletrônico de votação. A redação tem como base os métodos monográfico, tipográfico e estruturalista, conforme definição de Lakatos e Marconi. Conclui-se que a utilização de tal tecnologia concretiza os direitos fundamentais vinculados à capacidade eleitoral ativa.

Palavras-chave: Democracia. Processo eleitoral. Voto impresso. Voto eletrônico. *Blockchain*.

¹ Artigo recebido em 22.8.2018 e aprovado para publicação em 24.2.2019. <https://seer.tse.jus.br/index.php/estudoseleitorais/article/view/120>

² Doutorando em Direito, com especialização em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (Portugal). Pesquisador da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Investigador voluntário do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (Cedis) da Universidade Nova de Lisboa (Portugal). Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e em Ética, Direito e Pensamento Político pela Universidade de Lisboa (Portugal).

ABSTRACT

This article intends to analyze the printing of the citizens' vote for confirmation purposes, as established in the art. 59-A of Law n° 9504/1997. The aim is to present a technological solution that responds to the arguments of those who are favorable and of those who oppose the printed vote and that guarantee the fundamental rights of citizens. The answer is presented through the introduction of the use of blockchain technology in the Brazilian electronic voting system. The article is based on the monographic, typographic and structuralist methods, as defined by Lakatos and Marconi. It is concluded that the use of such technology concretizes the fundamental rights linked to the active electoral capacity.

Keywords: Democracy. Electoral process. Printed vote. Electronic vote. Blockchain.

1 Introdução

Um dos aspectos mais destacados em relação à democracia atual diz respeito à ideia de voto. Significa dizer, em outras palavras, que a teoria político-jurídica dominante identifica as eleições – de maneira geral – e o voto – de maneira específica – como elementos fundamentais para o bom desenvolvimento de qualquer regime que se intitule democrático.

Para além das críticas que podem ser feitas a tal posicionamento, é necessário destacar que a democracia pressupõe, de uma forma ou de outra, a garantia ao cidadão de que sua voz será ouvida por aqueles que exercem o poder político em seu nome. Dada a atual estrutura da democracia, a qual se apresenta como representativa, é inegável que o processo eleitoral adquire importância basilar nesse mesmo processo de representação.

A estrutura constitucional-eleitoral do Brasil se vincula a tal modelo de democracia representativa. É assim que o primeiro Código Eleitoral brasileiro, de 1932, já estabelecia, em seu art. 56, o sufrágio universal, voto direto e representação proporcional – sistema que, em seu núcleo, permanece até os dias de hoje. O item 2 do inciso I desse mesmo artigo falava sobre a cédula de papel, a qual seria utilizada pelo eleitor para a emanação de seu voto.

Passados pouco mais de 60 anos da instituição desse Código Eleitoral, passou-se a utilizar, a partir de 1996, a urna eletrônica no Brasil. Com objetivo inicial de dar mais segurança e agilidade ao processo eleitoral, ao mesmo tempo em que buscava evitar a intervenção humana e eventuais fraudes, a utilização da urna eletrônica se consolidou nas eleições brasileiras desde então. As cédulas de papel ainda são utilizadas, mas apenas de maneira subsidiária quando tanto a urna eletrônica principal quanto a de substituição apresentam falhas.

Entretanto, a despeito da presença recorrente da urna eletrônica no cenário eleitoral brasileiro há praticamente duas décadas – já que as cédulas em papel foram abandonadas a partir do ano 2000 –, existem questionamentos frequentes sobre a segurança do mecanismo. O principal se refere à possibilidade de fraudes no sistema informático empregado na urna, já que, em princípio, técnicos do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) poderiam reescrever o código de maneira a beneficiar o candidato A ou B. Nessa perspectiva, o eleitor não teria a certeza de que seu voto foi realmente computado para o candidato em quem votou. É por tais razões que determinados grupos na sociedade defendem a impressão do voto, o que viabilizaria comprovação física do resultado final da eleição em caso de contestação.

Por outro lado, outros grupos sociais argumentam que a implantação adicional do voto impresso ao voto eletrônico constituiria afronta à inviolabilidade do voto, já que possibilitaria alguém verificar em quem o cidadão votou. Além disso, argumenta-se também que o voto impresso gera custos elevados ao Estado brasileiro, o que seria inviável em tempos de restrições orçamentárias.

Nesse contexto, surge a relevância da utilização de novas tecnologias no processo eleitoral. Fala-se especificamente da tecnologia *blockchain*, que se apresenta como solução viável para garantir, por um lado, a inviolabilidade do voto e, por outro, a certeza do resultado eleitoral – sendo tais vantagens concretizadas por meio das características técnicas dessa tecnologia.

Este artigo traz argumentos favoráveis à implantação da tecnologia *blockchain* no processo eleitoral brasileiro. Para tanto, inicialmente, serão apresentadas as condicionantes jurídicas do voto no Brasil no momento atual. Em seguida, será feita explanação dos principais argumentos pró e contra o voto impresso, além de breve introdução à tecnologia *blockchain*. Por fim, serão realizados apontamentos argumentativos acerca da sua

utilização no caso brasileiro, momento em que se mostrará como tal tecnologia concretiza direitos fundamentais no âmbito da capacidade eleitoral ativa do cidadão brasileiro.

2 Aspectos jurídicos do sistema eletrônico de votação no Brasil

A principal premissa do conceito de democracia é a ideia de que tal regime político corresponde à expressão da vontade popular no exercício do poder político do Estado. É nessa perspectiva que o voto do cidadão se transforma em um dos principais pilares da democracia contemporânea.

O Estado brasileiro claramente se fundamenta em tal visão de democracia. Isso é visível já no *caput* do art. 1º da Constituição: “A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado democrático de direito [...]”, texto complementado pelo parágrafo único desse mesmo artigo: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 2017a, p. 11). Complementa-se tal visão, ainda sob a perspectiva constitucional, com o *caput* do art. 14, pelo qual se verifica que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos” (BRASIL, 2017a, p. 21).

Já em perspectiva infraconstitucional, a importância do voto como mecanismo para concretizar o exercício do poder político por parte do cidadão encontra-se presente em alguns diplomas. Destaca-se aqui, desde já, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, conhecida como Código Eleitoral, que, em seu art. 1º, já indica que tal diploma “[...] contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado”, no que é complementada pelo art. 2º: “Todo poder emana do povo e será exercido, em seu nome, por mandatários escolhidos, direta e secretamente, dentre candidatos indicados por partidos políticos nacionais [...]” (BRASIL, 1965).

Impossível não destacar também a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, a chamada Lei das Eleições – diploma fundamental por ser o regulador de todo o processo eleitoral brasileiro, tanto em sentido amplo quanto restrito. Mais que isso: para além das disposições gerais elencadas em seus artigos iniciais, a Lei das Eleições se afigura como relevante porque é nela que se apresenta a regulamentação jurídica do sistema eletrônico de votação no Brasil, pelo que se torna necessário fazer análise mais aprofundada do seu conteúdo normativo.

O art. 59 da Lei das Eleições indica que “a votação e a totalização dos votos serão feitas por sistema eletrônico [...]” (BRASIL, 1997), ainda que o TSE possa autorizar, se assim for necessário e apenas em caráter excepcional, a utilização de cédulas impressas em papel, conforme as regras fixadas nos arts. 83 a 89. O art. 59 traz em seus parágrafos os detalhes desse sistema eletrônico, tais como a maneira de votar, o cômputo dos votos, a exibição de detalhes ao eleitor, dentre outros.

Destaca-se também o art. 61, que indica que “a urna eletrônica contabilizará cada voto, assegurando-lhe o sigilo e inviolabilidade, garantida aos partidos políticos, coligações e candidatos ampla fiscalização” (BRASIL, 1997). Esse mecanismo merece referência por buscar concretizar a perspectiva proposta no art. 14 da Constituição, que estipula a necessidade do sigilo do voto com o objetivo de garantia da liberdade do cidadão.

Importante também chamar a atenção para o art. 66, especificamente seus parágrafos, já que é nessa parte do diploma que são estabelecidos os critérios de segurança e de auditoria dos sistemas informáticos utilizados na eleição. O § 1º garante que os programas de computador do TSE poderão ser auditados por “técnicos indicados pelos partidos políticos, Ordem dos Advogados do Brasil e Ministério Público, até seis meses antes das eleições”; o § 2º indica que o TSE é obrigado a mostrar o código-fonte dos programas, bem como estes últimos, a representantes

dos partidos e coligações, para conferência; o § 3º regula a possibilidade de impugnação do código-fonte e dos programas por parte dos partidos e coligações, com novo conhecimento, por parte destes últimos, na forma do § 4º; o § 5º convoca fiscais de partidos e coligações a testemunharem a preparação das urnas, após o que serão lacradas; o § 6º fala da realização de votações paralelas com o objetivo de auditoria de verificação do funcionamento das urnas, sempre por amostragem e com presença de fiscais de partidos e coligações; e, por fim, o § 7º garante aos partidos a possibilidade de montarem sistemas próprios de fiscalização, apuração e totalização dos resultados eleitorais, inclusive recebendo os resultados oficiais da eleição (BRASIL, 1997).

Outro aspecto relevante está no art. 67 da Lei das Eleições, o qual indica:

Os órgãos encarregados do processamento eletrônico de dados são obrigados a fornecer aos partidos ou coligações, no momento da entrega ao juiz encarregado, cópias dos dados do processamento parcial de cada dia, contidos em meio magnético. (BRASIL, 1997).

O objetivo, claramente, é o de garantir a lisura do processo eleitoral por meio da transparência na divulgação dos resultados finais, dando a todos os envolvidos a possibilidade de checar, por conta própria, tais resultados e, se for o caso, solicitar auditorias nos termos do já citado art. 66.

Por fim, importa destacar a Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, conhecida como minirreforma eleitoral, que alterou inúmeros dispositivos do Código Eleitoral e da Lei das Eleições. Mais que isso, vale indicar que é justamente esse o dispositivo que trouxe o elemento aqui em análise: o voto impresso. É o que diz o art. 2º da minirreforma eleitoral, que criou o art. 59-A na Lei das Eleições, cuja redação é a seguinte: “No processo de votação eletrônica, a urna imprimirá o registro de cada voto, que será depositado, de forma automática e sem contato manual

do eleitor, em local previamente lacrado”. É relevante também indicar o texto do parágrafo único desse mesmo art. 59-A: “O processo de votação não será concluído até que o eleitor confirme a correspondência entre o teor de seu voto e o registro impresso e exibido pela urna eletrônica” (BRASIL, 1997).

Vale destacar, a título de esclarecimento, que o dispositivo não altera o sistema eletrônico de votação, como às vezes é divulgado. O que o dispositivo passa a exigir é a impressão do voto depois de o eleitor votar normalmente na urna eletrônica, como já ocorre atualmente. “Todo o conteúdo digitado aparecerá numa impressora e, posteriormente e de modo aleatório, todos aqueles votos vão cair numa urna, que ficará passível de auditoria” (BRASIL, 2018b, p. 7). Dessa forma, o voto impresso passaria a ser uma espécie de comprovante de que o cidadão efetivamente votou naqueles candidatos, atuando, dessa forma, como mecanismo de segurança para que sejam evitadas fraudes de informática.

Tendo em vista a aplicação, nas eleições de 2018, do já citado art. 59-A da Lei das Eleições, e considerando-se que, no ano de 2016, não houve a impressão do voto, conforme exigido por tal dispositivo, devido a dificuldades técnicas à época, o TSE aprovou, em 1º de março de 2018, a Resolução nº 23.521, que “regulamenta os procedimentos nas seções eleitorais que utilizarão o módulo impressor nas eleições de 2018” (BRASIL, 2018a). Esse normativo reitera alguns elementos já indicados no próprio art. 59-A, ao mesmo tempo em que o complementa com indicações explícitas que visam à garantia do sigilo do voto do eleitor, evitando sua identificação. São também descritos todos os procedimentos em relação à segurança física dos equipamentos, tais como lacres, e aos seus procedimentos de instalação.

Em suma, o procedimento eleitoral ocorrerá da seguinte maneira: 1) o eleitor escolhe na urna eletrônica seus candidatos, da mesma forma que já faz atualmente; 2) será exibida tela-resumo na qual o eleitor poderá

conferir se seus votos foram realmente direcionados aos candidatos escolhidos; 3) uma vez de acordo, o eleitor pressiona a tecla “Confirma”, ocorrendo então o registro do voto eletrônico, a impressão do voto e o depósito automático da impressão na urna. Se o eleitor não estiver de acordo, deverá então pressionar a tecla “Corrige”, sendo impresso o comprovativo de cancelamento – o qual também será depositado automaticamente na urna – com o reinício do procedimento (BRASIL, 2018a, p. 4-5).

É de se destacar, ainda com base na Resolução nº 23.521, que o voto impresso busca garantir ao eleitor que efetivamente há correspondência entre o que foi por ele digitado na urna eletrônica e os dados que são processados por este equipamento. Apenas de maneira subsidiária, considera-se a possibilidade de recontagem de votos em caso de eventuais impugnações. Da mesma maneira, o voto impresso só terá validade para ser utilizado como definidor do resultado eleitoral caso haja perda total dos resultados eletrônicos (BRASIL, 2018a, p. 19). Reitera-se, portanto, o caráter eletrônico da votação, conforme *caput* do art. 59 da Lei das Eleições.

Entretanto, a despeito da existência de resoluções do TSE referentes à implantação do sistema de voto impresso e da legislação a respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal (STF) deferiu liminar que suspende a aplicação do art. 59-A nas eleições de 2018. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5889, proposta pela Procuradora-Geral da República (PGR), argumenta que tal artigo coloca em risco o sigilo e, conseqüentemente, a liberdade do voto. Argumentou-se também que “a adoção do modelo impresso provoca risco à confiabilidade do sistema eleitoral, fragilizando o nível de segurança e eficácia da expressão da soberania nacional por meio do sufrágio universal” (BRASIL, 2018c, p. 2).

A decisão do STF, fundada no voto do Ministro Alexandre de Moraes, apontou que a regra “coloca em risco o sigilo da votação” e que, com isso, estaríamos arriscando também “a outra característica: o voto secreto,

universal e livre”. O Ministro indicou ainda que “o registro impresso e sua conferência pelo eleitor possibilita que seu conteúdo seja acessado por outras pessoas, até mesmo mesários, trazendo de volta memórias do ‘voto de cabresto’ existente no Brasil”. Por tais motivos, a cautelar foi concedida nos termos do pedido feito pela PGR (BRASIL, 2018d).

Uma vez feita a caracterização jurídica da situação referente ao voto impresso, bem como delineada a situação fática em que esse processo se encontra no momento de redação deste artigo (junho de 2018), é interessante destacar os prós e contras desse sistema. É a isso que se dedica a próxima seção.

3 Os prós e contras do voto impresso

Uma vez estabelecida a impressão do voto do eleitor pela minirreforma eleitoral, surgiram inúmeros questionamentos a respeito do tema, tanto de maneira favorável quanto de maneira contrária. A seguir, será feita síntese dos principais argumentos favoráveis e também dos desfavoráveis ao voto impresso.

3.1 Os argumentos a favor do voto impresso

A defesa do voto impresso se dá principalmente em torno da questão da segurança do resultado eleitoral, que pode, nessa perspectiva, estar comprometida devido à possibilidade de fraudes no sistema eletrônico utilizado pelo TSE para a totalização e apuração dos votos.

Um dos principais representantes daqueles que consideram que a urna eletrônica é extremamente vulnerável é o professor Diego Aranha³. Atualmente vinculado à Universidade Estadual de Campinas (Unicamp),

³ Existem outros críticos do atual sistema informático utilizado pelo TSE. Entretanto, os argumentos, em geral, são os mesmos. É por esse motivo que se optou aqui pela centralização das críticas em torno do prof. Diego Aranha.

Aranha participou de testes públicos promovidos pelo TSE em 2012 e em 2017. O objetivo de tais testes, conduzidos pelo próprio Tribunal, é o de buscar vulnerabilidades tanto no hardware quanto no software da urna eletrônica.

No teste de 2012, o professor, em conjunto com sua equipe, conseguiu efetivamente quebrar o protocolo de segurança da urna eletrônica. Ficou comprovado, à altura, que era possível a ocorrência de infrações no que diz respeito ao sigilo do voto. Segundo o professor, foi possível, depois da realização de eleição simulada, “recuperar os votos em ordem, baseado apenas em informação pública. A hora de emissão da zerésima⁴ era a informação que a gente precisava para descobrir como votou o primeiro eleitor, o segundo eleitor, o terceiro eleitor e assim por diante”. Ainda segundo ele, em seus testes, não foi efetivamente possível descobrir quem eram o primeiro, o segundo e o terceiro eleitores – o que permitiria identificar em quem cada eleitor havia votado –, mas isso seria fácil de ser obtido “com a ajuda de um mesário malicioso” (PAYÃO, 2017).

Outra forma identificada pelo professor de descobrir em quem um cidadão teria votado diz respeito ao fato de que a urna armazena o horário de votação de cada um dos eleitores. Consequentemente, de posse do horário de emissão da zerésima de determinada seção eleitoral – que é informação pública –, de arquivo que se chama Registro Digital do Voto⁵ (que coloca os votos embaralhados e também é informação pública para os partidos) e do horário em que tal cidadão votou, uma pessoa seria capaz de descobrir em quem esse cidadão teria votado (PAYÃO, 2017).

⁴ A “zerésima” corresponde ao relatório que traz toda a identificação da urna eletrônica, sendo emitido no momento em que a urna é ligada no dia da eleição. O relatório comprova que estão registrados todos os candidatos e que não há voto computado, ou seja, a urna tem “zero votos”. Após a impressão da zerésima, o presidente da seção, os mesários e os fiscais dos partidos ou coligações que estiverem presentes devem assiná-la.

⁵ Criado pelo § 4º do art. 59 da Lei das Eleições: “A urna eletrônica disporá de recursos que, mediante assinatura digital, permitam o registro digital de cada voto e a identificação da urna em que foi registrado, resguardado o anonimato do eleitor” (BRASIL, 1997).

O professor Diego Aranha identificou ainda outra possível vulnerabilidade: o software de criptografia estava embutido no próprio programa das urnas eleitorais. Significaria dizer, segundo o professor, que, ainda que tal problema não tivesse sido efetivamente verificado por falta de tempo, já que os testes públicos duraram apenas três dias naquele ano de 2012 (PAYÃO, 2017), existiriam “ao menos 500 mil cópias dessa informação às claras em cartões de memória”, ao que acrescenta: “não dá nem para chamar isso de segredo”. O professor, entretanto, acredita que, desde 2012, o TSE já deve ter realizado mudanças para prevenir tais vulnerabilidades.

Outro aspecto relevante destacado por Aranha diz respeito ao custo de eventual invasão aos sistemas eleitorais do TSE. Segundo ele, “os mecanismos de segurança que estavam no sistema não ofereciam custo proibitivo para algum atacante minimamente sofisticado”. Além disso, o professor destaca também que “se você compromete alguém, por exemplo, que esteja dentro do TSE para escrever software que vai roubar votos para alguém, isso tem (em tese) custo muito mais barato do que comprar 100 mil votos em uma cidade”, sendo esse, portanto, “um ponto tentador de ataque, que concentra risco” (PAYÃO, 2017).

Como o registro do voto no Brasil é exclusivamente eletrônico, o professor Diego Aranha acredita que o sigilo e a segurança do voto, bem como a real correspondência entre a intenção do eleitor e o resultado da eleição, são elementos que dependem “diretamente da qualidade do software de votação e de sua resistência contra manipulação por agentes internos e externos”. Com base em tais argumentos, o professor defende o surgimento de um sistema eleitoral que seja “minimamente auditável e transparente”. Em sua visão, isso só ocorreria se houvesse não apenas a melhoria da segurança do software de votação e dos seus processos de auditoria, “mas também da implantação de mecanismos que permitam

ao eleitor verificar se o sistema registra sua intenção corretamente” (PAYÃO, 2017), sendo o professor defensor declarado do voto impresso.

Vale destacar que a visão do professor não se alterou após os testes de 2017. Em palestra realizada na Unicamp em 2018, Diego Aranha voltou a afirmar que, tanto em 2012 quanto em 2017, nos testes públicos do TSE, foram constatadas falhas na urna eletrônica. Nestas duas edições, foram encontradas “múltiplas vulnerabilidades nos sistema”, o que “permitiu explorar e violar as principais propriedades de segurança do equipamento, que são o sigilo do voto e a integralidade do *software* de votação para que não se comporte de maneira honesta durante a eleição” (PAIVA, 2018).

Duas dessas falhas são vistas como gravíssimas. A primeira delas diz respeito à possibilidade de modificação dos arquivos do sistema informático sem a necessidade de autenticação via assinatura digital. A segunda se refere à facilidade com que o grupo do professor da Unicamp conseguiu rodar outros programas que poderiam manipular e alterar o funcionamento do que controla a votação, sendo possível, por exemplo, interferir na contagem final dos votos (MARTINS, 2018).

Além disso, como os programas do TSE contêm mais de 13 milhões de linhas de código, seria plenamente possível que algum servidor interessado no resultado A ou B das eleições inserisse linha maliciosa no programa, o qual seria distribuído em todas as urnas em todo o país. Como é praticamente impossível auditar tal quantidade de códigos – segundo Diego Aranha –, a votação exclusivamente eletrônica seria perigosa para o resultado eleitoral (MARTINS, 2018).

Em síntese, pode-se afirmar que a grande preocupação daqueles que se posicionam contra o voto exclusivamente eletrônico se fundamenta especialmente na possibilidade de fraudes informáticas. Conforme fica demonstrado, o atual sistema utilizado pelo TSE contém vulnerabilidades

que são preocupantes, especialmente quando se considera o voto secreto presente no *caput* do art. 14 da Constituição/1988. Além disso, a própria alegação do TSE, responsável por corrigir os erros para as próximas eleições, confirmaria, a contrario sensu, que existem falhas no sistema atual (BRUNAZO FILHO, 2018). É por tal motivo que, nessa visão, o voto impresso se torna ferramenta indispensável à lisura do processo eleitoral.

3.2 Os argumentos contrários ao voto impresso

Os principais argumentos daqueles que se apresentam como contrários ao voto impresso fundamentam-se principalmente em questões de ordem econômica, sem desconsiderar, é claro, eventuais infrações a princípios constitucionais. Nesse sentido, as principais críticas estão sintetizadas na já citada ADI nº 5889, de autoria da PGR.

Sob perspectiva jurídica, argumenta-se, na ADI, que o sistema de voto impresso infringe frontalmente “o direito fundamental do cidadão ao sigilo de voto”, fragilizando, consequentemente, a soberania popular. Além disso, a proposta iria também contra o princípio da eficiência presente no art. 37 da Constituição (BRASIL, 2018c, p. 2). Isso se dá porque, segundo a PGR, o art. 59-A da Lei das Eleições “não explicita quais dados estarão contidos na versão impressa do voto, o que abre demasiadas perspectivas de risco quanto à identificação pessoal do eleitor, com prejuízo à inviolabilidade do voto secreto” (BRASIL, 2018c, p. 3).

Outro argumento elencado diz respeito a eventuais falhas mecânicas no equipamento de impressão, o que levaria à necessidade de intervenção humana para solução e, assim, à violação do sigilo do voto do cidadão. O mesmo ocorreria, ainda segundo a PGR, com as pessoas com deficiências visuais e analfabetas, que necessitariam de auxílio de terceiros e, consequentemente, teriam o sigilo do voto violado (BRASIL, 2018c, p. 3).

Por conseguinte, afirma-se que “a reintrodução do voto impresso como forma de controle do processo eletrônico de votação caminha na contramão da proteção da garantia do anonimato do voto e significa verdadeiro retrocesso”, já que a implantação da urna eletrônica ocorreu, dentre outros argumentos, justamente para garantir e reforçar o princípio do sigilo ao voto (BRASIL, 2018c, p. 3).

Reforça o Parquet a argumentação ao afirmar que, a despeito das inúmeras alegações de fraudes, nenhuma jamais foi comprovada, o que reforça a impossibilidade de – em suas palavras – retrocesso ao voto impresso (BRASIL, 2018c, p. 4). Ainda, argumenta-se que a reintrodução do voto impresso levaria ao surgimento de novas vulnerabilidades no processo eleitoral – como, por exemplo, a manipulação das cédulas impressas –, as quais poderiam ser exploradas em benefício particular e em detrimento da coletividade (BRASIL, 2018c, p. 6).

Como o art. 59-A da Lei das Eleições cria “um ônus material, técnico e, sobretudo, financeiro para a realização do direito do voto, que não se mostra apto para o objetivo a que visa – a maior idoneidade do pleito”, tornando, ao contrário, “mais complexo, custoso, demorado, problemático e suscetível de desconfiças e questionamentos o sistema que [...] alterou” (BRASIL, 2018c, p. 6), deve-se considerar a sua inconstitucionalidade. Reforça-se o pedido indicando que o voto impresso vai contra o princípio da eficiência do aparelho estatal, com base nos argumentos já apresentados anteriormente.

Para além dos argumentos constitucionais, há ainda os de ordem econômica. Em fevereiro de 2017, o TSE estimou em 1,8 bilhão de reais o custo total para a implantação do sistema com voto impresso (BRASIL, 2017b). Por sua vez, em julho do mesmo ano, o TSE estimou que o gasto total em dez anos seria de 2,5 bilhões de reais (MOURA; PIRES, 2017).

Há de se destacar ainda os argumentos referentes à demora no processo eleitoral. Argumenta-se que a existência do voto impresso fará com que aumente o tempo gasto pelo cidadão na cabine eleitoral, já que ele precisará não apenas digitar os números mas também conferir se tudo está correto antes da impressão do voto. Assim, há a preocupação com o aumento de filas e de incômodos ao cidadão, além de eventuais problemas para o processo como um todo.

Outro aspecto destacado por aqueles que são contrários ao voto impresso diz respeito às especificidades da aplicação do art. 59-A. A legislação não define, por exemplo, por quanto tempo devem ficar armazenados os votos impressos, nem mesmo onde isso ocorreria, o que leva a questionamentos acerca da privacidade dos dados ali contidos (FLORES, 2018).

Vale destacar ainda que, na visão dos críticos ao sistema de voto impresso, esse sistema abre a possibilidade de coação do cidadão, por parte de terceiros, a votarem em candidatos específicos. Em consequência, seriam violados inúmeros princípios constitucionais, o que viria a fragilizar, em última instância, a democracia brasileira.

O último aspecto a ser indicado diz respeito à intervenção humana no processo eleitoral, o que facilita a ocorrência de fraudes. Se aqueles que são favoráveis ao voto impresso indicam a mão humana como sendo a fonte de possíveis fraudes no código do sistema eletrônico, os grupos contrários ao voto impresso também a responsabilizam por problemas de “lentidão, erro e fraude” (ZANINI, 2018).

Segundo um dos criadores da urna eletrônica, Giuseppe Janino, “o risco de fraude na produção das urnas não existe”, já que todo o projeto é desenvolvido pelo TSE. Além disso, a fabricação das urnas é supervisionada e acompanhada por técnicos do órgão, evitando eventuais alterações. Ele reforça ainda que “o cartão de memória que

carrega os resultados é protegido por um lacre especial feito pela Casa da Moeda”, sendo, portanto, impossível haver qualquer tipo de violação sem a existência de rastros que indiquem quem cometeu tal violação. A segurança da urna, segundo seu criador, é garantida ainda pelo fato de ela não se encontrar conectada a nenhuma rede, o que impede a sua violação (ZANINI, 2018).

Percebe-se, por todo o exposto, que os argumentos contrários e favoráveis ao voto impresso são, cada qual à sua maneira, razoavelmente plausíveis e robustos. Dessa forma, torna-se necessário encontrar um sistema tecnológico que, por um lado, concretize os direitos fundamentais dos eleitores e, por outro, garanta toda a lisura no processo eleitoral. É a respeito disso que se falará a seguir.

4 A tecnologia *blockchain* pode trazer benefícios ao processo eleitoral(?)

Como foi mostrado na seção anterior, existem vários – e bons – argumentos a favor do voto impresso. Entretanto, o mesmo pode ser dito daqueles que se posicionam de maneira contrária a tal sistema. Independentemente do lado escolhido, fato é que as inovações tecnológicas que surgem a cada dia podem se transformar em soluções para a garantia de princípios constitucionais, tais como o sigilo do voto e a eficiência do Estado, de um lado, ao mesmo tempo em que buscam solucionar problemas atualmente existentes, nomeadamente a própria possibilidade de quebra desse sigilo existente no sistema atual. É em direção a uma dessas inovações tecnológicas que este artigo caminha agora, indicando não apenas a própria inovação em si mas também as possibilidades técnicas e jurídicas de sua aplicação no sistema eletrônico de votação no Brasil.

4.1 O que é a tecnologia *blockchain*?

O ano de 2017 viu o surgimento avassalador na mídia do tema das moedas digitais, capitaneado pela principal delas – o Bitcoin (BTC). Vale dizer, a título exemplificativo, que essa moeda digital chegou a valer R\$69.912,00 no dia 17 de dezembro daquele ano. O furor com as moedas digitais era justificado: exatamente um ano antes dessa data o BTC valia R\$2.760,00⁶ – crescimento de 2.535% em um único ano, muito superior a qualquer outro tipo de investimento.

Outras moedas digitais tiveram um desempenho ainda melhor que o BTC. A Ether (ETH), conhecida como a “prata” das moedas digitais, valia 9,92 dólares em 13 de janeiro de 2017. De maneira surpreendente, exatamente um ano depois, a ETH chegou a 1.385,00 dólares – ou seja, uma valorização de 13.955% em um único ano⁷. Não há dúvida de que os números impressionam.

Entretanto, há algo que está para além dos números e das próprias moedas e a respeito do qual pouco se fala: qual é a tecnologia que elas utilizam? Considerando-se que são moedas digitais, necessariamente precisa haver algo que as crie no mundo virtual. Esse algo a que se faz referência diz respeito à chamada tecnologia *blockchain*, que vai muito além de transações financeiras e das moedas digitais.

De maneira simplificada, uma *blockchain* corresponde a uma cadeia de blocos armazenados de maneira sequencial, ou seja, “uma estrutura de dados feita como uma grande corrente com blocos encadeados e validados entre si” (ORIGINALMY, 2018). Cada bloco é composto

⁶ Informação obtida por meio da plataforma TradingView, conforme valores negociados na corretora MercadoBitcoin. Disponível em: <https://br.tradingview.com/chart/?symbol=MERCADO:BTCBRL>. Acesso em: 20 jun. 2018.

⁷ Informação obtida por meio da plataforma TradingView, conforme valores negociados na corretora Coinbase. Aqui foi utilizado o valor em dólar por não haver negociação de ETH em reais nas corretoras brasileiras. Disponível em: <https://br.tradingview.com/chart/?symbol=COINBASE:ETHUSD>. Acesso em: 20 jun. 2018.

por transações diversas, as quais, por sua vez, podem conter os mais diferentes tipos de informação. O exemplo geralmente utilizado associa a *blockchain* a um livro-razão, já que as diversas informações são anotadas sequencialmente e dependentes umas das outras – ou seja, por um lado, o bloco de informações “B” necessariamente depende do bloco “A” e, por outro, é a base do bloco “C”, que será incluído posteriormente.

A princípio, pode-se dizer que essa descrição da tecnologia não difere muito do que se tem na atualidade. Se alguém estiver, por exemplo, registrando, em maio, seu planejamento financeiro – gastos com água, luz, telefone, alimentação, etc. –, basta abrir planilha do Excel e indicar em uma coluna o quanto recebeu de salário e, em outra, o quanto gastou, fazendo a conta ao final. Ao passar para o mês de junho, tal pessoa simplesmente copiaria o crédito (ou débito) do mês anterior e recomençaria os cálculos. Nessa lógica, também estão presentes os elementos definidores da *blockchain* – a ideia de sequência e a ideia de dependência de um dado em relação a outros.

Entretanto, tal lógica do Excel é válida apenas se considerarmos que os dados são centralizados – como é o caso no exemplo dado. Mais que isso, é importante destacar que o sistema atual de armazenamento de dados⁸ se fundamenta também na ideia de confiança: é necessário acreditar que aquele que grava e armazena os dados seja confiável para mantê-los seguros e imutáveis no tempo. Mas o que ocorreria com os dados se ocorresse pane no computador dessa pessoa? Mais ainda: em se tratando de dados públicos, é possível confiar em instituições?

É nessa perspectiva que surge a segunda característica da tecnologia *blockchain*: os dados gravados nos blocos são descentralizados. Significa dizer que não será uma única pessoa ou instituição a responsável por

⁸ Por “sistema atual de armazenamento de dados” deve-se compreender qualquer tipo de tecnologia que não a *blockchain*.

armazenar e proteger os dados contidos nos blocos: todos aqueles que tiverem acesso à rede *blockchain* armazenarão cópia exatamente igual a todas as outras armazenadas por todos os outros membros daquela rede. O princípio por trás da descentralização é o da segurança: ocorrendo falhas técnicas em um dos computadores ligados à *blockchain*, os dados não serão perdidos, já que todos os outros possuem cópia.

Uma terceira característica da tecnologia *blockchain* diz respeito também à segurança, mas em outro sentido: os dados gravados na *blockchain* são imutáveis. A título de exemplo, imagine o leitor a existência do bloco “A” contendo dados “X”. O bloco “A” contém espécie de assinatura eletrônica – o chamado *hash*, que é único e dependente de cálculos matemáticos que foram feitos quando de sua criação.

Quando um novo bloco (o bloco “B”) está pronto para ser gravado na *blockchain*, os computadores conectados à rede vão utilizar o *hash* do bloco “A” para verificar se ele é válido. Uma vez que os computadores conectados à rede realizem os mesmos cálculos matemáticos e comprovem que o *hash* é válido, o bloco “B” é gravado no banco de dados, vinculando-se, por um lado, ao bloco “A” e, por outro, criando seu próprio *hash*, que poderá ser utilizado futuramente quando da gravação de um novo bloco “C” em sequência.

A partir do momento em que número suficiente de computadores – geralmente 51% – aceita a gravação do bloco “B” no banco de dados, tal bloco passa a ser imutável dentro da *blockchain* – é o que se chama de confirmação. A imutabilidade é decorrente não apenas do número crescente de confirmações, mas também – e principalmente – pelo fato de que, como cada bloco tem seu próprio *hash* (que depende do conteúdo ali armazenado), eventuais tentativas de alteração do conteúdo do bloco gerariam novo *hash*, conflitando com o original. Verifica-se, portanto, que a decisão de gravar ou não um novo bloco na *blockchain* depende do consenso entre os usuários e não apenas da “vontade” da entidade controladora da rede.

A título de exemplo, imagine o leitor que seja gravada, no bloco “A”, a palavra “lápiz”, identificando-se tal objeto como um “mecanismo que permite a escrita em papel”. O bloco “A” criaria, nesse exemplo hipotético, o *hash* número 5, correspondente ao número de letras da palavra “lápiz”. Os computadores conectados a essa rede verificariam que a palavra realmente possui cinco letras e, portanto, confirmariam que o *hash* do bloco “A” corresponde ao número 5.

Entretanto, suponha-se que alguém mal intencionado decidisse alterar o conteúdo do bloco “A” de “lápiz” para “caneta”, argumentando que o segundo objeto também é um “mecanismo que permite a escrita em papel”. Se tal alteração fosse válida, o cálculo matemático indicaria que agora o *hash* do bloco “A” seria 6. Porém, já foram feitas inúmeras confirmações referentes ao *hash* do bloco “A” como sendo 5, não 6. Tal alteração, portanto, seria invalidada pelos próprios computadores pertencentes à rede, pois todos eles já gravaram o número 5 como sendo o *hash* do bloco “A”.

Usando o exemplo prático do BTC, sua rede *blockchain* estabelece que “após 6 blocos serem adicionados no topo da cadeia, é impossível alterar qualquer transação anterior a eles no bloco, uma vez que a capacidade de processamento requerida para isso torna inviável a mudança” (GATES, 2017, posição 279-80). Portanto, justamente em razão desse encadeamento dos blocos, para se fraudar uma operação na rede BTC seria necessário alterar as informações de todos os blocos anteriores. Se uma transação está registrada no bloco 10, por exemplo, quando for colocado o 16º bloco na cadeia, aquele 10º bloco se tornará tecnicamente imutável. A quantidade de blocos pode variar de rede para rede, mas o importante é compreender que, depois de certo número de novos blocos, a operação se torna imutável, garantindo-se, portanto, a segurança do conteúdo ali gravado.

A importância da tecnologia *blockchain* reside também no fato de que ela pode ser utilizada para registrar qualquer coisa de valor, tais como moedas digitais, identidades digitais, dados de redes sociais e, inclusive, registros eleitorais de votação. Portanto, não se pode nunca confundir o BTC – a moeda digital mais conhecida – com a *blockchain*: o BTC se fundamenta na tecnologia *blockchain* para funcionar. Existe, portanto, a *blockchain* do BTC, a *blockchain* do ETH e assim sucessivamente.

Em síntese, portanto, vale destacar os seguintes benefícios da tecnologia *blockchain*: 1) transparência, pois as operações realizadas nos blocos são visíveis a todos que fazem parte da rede⁹; 2) remoção de intermediários, já que as transações são feitas diretamente pelos membros da rede; 3) descentralização, posto não haver um centro específico no qual estão armazenados os dados – o que evita ataques de *hackers* bem como as consequências indesejadas pela queda de um servidor e perda de dados; 4) confiança, pois a manutenção dos dados na *blockchain* depende da atuação conjunta de todos os membros da rede; 5) segurança decorrente da imutabilidade dos dados, prevenindo fraudes e manipulações, sendo que alterações ou remoções do conteúdo não são possíveis depois de um número “X” de confirmações – inclusive com facilidade de auditoria, já que o bloco posterior sempre conterá elementos identificadores do bloco anterior e também dos computadores que o alterou; 6) custos reduzidos, já que a remoção de intermediários e de vários estágios na prestação do serviço ou do produto permite a redução significativa de custos; e 7) rapidez nas transações, justamente pela ausência de intermediários (GATES, 2017, posição 682-709).

⁹ Não confundir a ideia de transparência na realização das transações com possibilidade de saber o conteúdo dos dados. A transparência diz respeito ao fato de que todos os computadores conectados a uma *blockchain* irão ver que estão sendo gravados os blocos A, B e C, mas não conseguirão ver o conteúdo que está gravado em tais blocos de informação.

É claro que a tecnologia tem também seus pontos negativos. Nesse sentido, destaca-se: 1) a falta de privacidade, especialmente se a *blockchain* for pública e/ou aberta; 2) a preocupação de perda de conteúdo, principalmente quando o indivíduo perde ou esquece sua chave privada¹⁰; 3) a ausência de controle central, já que a aceitação depende do consenso da rede; 4) o risco do chamado “ataque de 51%”, situação na qual agentes mal intencionados obtêm o controle de mais de 51% do poder computacional da *blockchain* e, portanto, poderiam confirmar alterações no conteúdo que não condizem com a realidade; 5) o fato de a *blockchain* ser uma tecnologia nova, ainda não testada em médio e longo prazos; 6) os gastos de energia elétrica em alguns tipos de *blockchain*, com possíveis consequências ambientais; 7) os problemas de escala, especialmente no que diz respeito ao volume de transações por segundo; 8) as questões referentes à reputação da tecnologia, que muitas vezes é associada exclusivamente às criptomoedas e ao lado negativo destas; 9) a falta de compreensão da tecnologia, não apenas por parte do público em geral mas também por parte razoável dos próprios analistas de TI; 10) a ausência de regulação e de integração aos sistemas atuais; e 11) a exagerada propaganda sobre a tecnologia, que é muitas vezes apresentada como panaceia para todos os problemas atuais (GATES, 2017, posição 904-289).

Feitas essas considerações, vale agora responder à pergunta: as vantagens da tecnologia *blockchain* podem suplantam suas desvantagens e, assim, solucionar os problemas existentes na seara eleitoral apresentadas na seção 1? É o que será respondido a seguir.

¹⁰ Para uma explicação sucinta, mas bem fundamentada, da distinção entre chaves públicas e privadas ver Figueiredo, 2018, p. 12-4.

4.2 A viabilidade da *blockchain* nas eleições brasileiras

A resposta à pergunta apresentada na subseção anterior passa necessariamente por dois aspectos: o técnico e o jurídico. É necessário verificar, por um lado, se a tecnologia *blockchain* pode ser devidamente utilizada no processo eleitoral brasileiro, nomeadamente nas eleições; por outro, é necessário também verificar se a utilização dessa tecnologia infringe normas do sistema eleitoral brasileiro, bem como se há algum impedimento constitucional à sua utilização.

Tal questionamento é interessante, especialmente quando se transfere o exemplo do Excel, anteriormente apresentado, para o âmbito público, nomeadamente para a questão das eleições. Verifica-se que, no caso brasileiro, os dados eleitorais são, por um lado, necessariamente centralizados no TSE, mas, por outro, não há a necessária confiança de que tais dados referentes ao resultado das eleições se mantenham imutáveis – ou seja, que o voto dado pelo eleitor ao candidato “A” seja efetivamente computado para esse mesmo candidato, como mostrado na seção 2.1.

Do o ponto de vista técnico, parece não haver dúvidas a respeito da possibilidade de uso da tecnologia *blockchain* em âmbito eleitoral. Os argumentos técnicos se fundamentam especialmente nas características da imutabilidade dos dados, da segurança, por ser um sistema descentralizado, e pela garantia da confiança no momento de gravação dos dados.

É claro que eventual sistema eleitoral baseado em *blockchain* precisaria de determinados ajustes e considerações específicas. Em primeiro lugar, é importante destacar que a “*blockchain* do TSE” precisaria ser do tipo privada, não pública. Em resumo, uma *blockchain* privada é aquela em que apenas membros autorizados por autoridade central podem encadear os blocos, gravando dados no sistema, enquanto que, na *blockchain* pública, qualquer

pessoa pode ter acesso a tais dados. É também possível, na *blockchain* privada, restringir os dados de leitura, permitindo ou não que seja lido o conteúdo dos dados nos blocos (PILKINGTON, 2016, p. 10-11).

Em segundo lugar, é necessário decidir o tipo de sistema que seria utilizado no que diz respeito à participação do eleitor: se ele continuaria votando pelo sistema atual, em que se dirige a uma cabine eletrônica colocada na seção eleitoral – sendo a urna eletrônica conectada à “*blockchain* do TSE” – ou se seria permitida a votação a distância, sem a presença do eleitor – por exemplo, via algum aplicativo de celular ou via algum *website*.

Um terceiro aspecto relevante diz respeito à identidade do eleitor: é importante garantir que a pessoa que estiver votando seja realmente ela mesma. A existência de uma espécie de identidade digital é elemento central em um sistema descentralizado baseado em *blockchain*, já que a gravação dos dados precisaria necessariamente passar pela comprovação de que aquela pessoa é realmente ela, e não alguém votando em seu lugar.

Por fim, mas não menos relevante, é fundamental garantir a privacidade do voto do eleitor. Por esse motivo, mencionou-se acima a necessidade de utilização de rede privada, não pública, para o eventual uso da tecnologia *blockchain* em eleições. Entretanto, o problema aqui não é tanto técnico, senão cultural: em eventual sistema fundado em *blockchain*, o cidadão nunca poderá compartilhar a chave privada de sua identidade digital. É na distinção entre chaves públicas e privadas que se garantem ao cidadão a privacidade e o sigilo de voto.

Por sua vez, sob a perspectiva jurídica, parece também não haver nenhum impedimento à utilização da tecnologia *blockchain* na área de votação e totalização de votos. O art. 59 da Lei das Eleições, referido na seção 1 deste artigo, indica apenas que a votação e a totalização serão realizadas por sistema eletrônico, sem indicar explicitamente qual tipo de

sistema eletrônico será utilizado. O § 5º desse mesmo artigo dispõe que “caberá à Justiça Eleitoral definir a chave de segurança e a identificação da urna eletrônica de que trata o § 4º” (BRASIL, 1997), tendo este último já sido referido também na seção 1. Ainda no mencionado artigo, o § 6º está devidamente adequado à *blockchain*, já que exige o registro do horário e do arquivo de boletim da urna eletrônica, elementos cuja segurança pode ser reforçada por meio da própria lógica da *blockchain* acima explicada, nomeadamente a questão da imutabilidade dos dados.

Já o art. 61 da mesma lei, que trata do sigilo e da inviolabilidade do voto, ao mesmo tempo em que garante a fiscalização por parte de partidos e coligações também permite a aplicação da *blockchain*, especialmente considerando-se o fato de que apenas aqueles que forem autorizados poderão gravar dados em uma rede privada – mais que isso, apenas outros autorizados poderão confirmar a autenticidade desses dados sem, contudo, identificar quem é o eleitor.

Da mesma forma, sob a perspectiva constitucional – e considerando-se as preocupações elencadas pela PGR e indicadas na seção 2.2 deste artigo –, a tecnologia *blockchain* também se apresenta como solução viável aos problemas ali indicados. A partir do momento em que apenas os cidadãos têm acesso às suas chaves privadas – ou pelo menos assim se espera que seja, como atualmente se espera que as pessoas não divulguem aos outros o seu voto ou que não divulguem sua senha de banco a terceiros –, apenas eles saberão em quem votaram, garantindo o sigilo e a liberdade de voto. Por outro lado, considerando-se a imutabilidade dos dados que são registrados na *blockchain*, as preocupações com fraudes eletrônicas perdem a razão de ser – desde que, novamente, utilize-se uma *blockchain* privada.

A exemplificação mais clara desse argumento encontra-se em algo que está presente no início deste artigo. O leitor atento deve ter percebido que a autoria foi indicada tendo-se por base a chave pública do autor,

disponível na *blockchain ID* de determinada empresa que cria identidades digitais no Brasil. O leitor é livre para fazer a busca dessa chave pública em redes *blockchain* por inúmeros sites na internet. Ao fazê-lo, encontrará o número de transações realizadas por este ID. Também poderá ver todo o histórico de transações realizadas por este ID, sem, entretanto, saber qual é o conteúdo de tais transações. Da mesma forma, o leitor não saberá a quem pertence este ID. Aplicando-se tal raciocínio a uma eleição, significa dizer que seria possível verificar a quem o voto se dirige sem, contudo, identificar o eleitor. Garante-se, dessa forma, o sigilo do voto e, ao mesmo tempo, a impossibilidade de fraudes em uma eleição.

5 Considerações finais

É inegável que o sistema eletrônico de votação e de apuração de votos no Brasil precisa de melhorias. Por mais que o TSE sempre afirme que o sistema é seguro e que é impossível a existência de grandes fraudes, fica sempre o questionamento: e as pequenas fraudes? E aquelas situações em que, sob o sistema eletrônico atual, o cidadão não comparece à cabine de votação, mas depois verifica que foram computados votos em seu nome? Tais situações precisam ser solucionadas para que a democracia brasileira se robusteça e faça jus ao seu título.

Por outro lado, as mudanças precisam, sem dúvida alguma, levar em consideração direitos fundamentais basilares de todos os cidadãos brasileiros, seja de maneira individual – nomeadamente o direito ao sigilo de voto –, seja de maneira coletiva – como a eficiência do Estado. É necessário pensar a respeito de um sistema tecnológico que garanta tais direitos, os quais são ainda reforçados pela própria ideia de soberania popular que fundamenta toda a estrutura constitucional-eleitoral do Brasil.

É nessa perspectiva que se verifica a possibilidade, tanto técnica quanto jurídica, de implementação da tecnologia conhecida por

blockchain no sistema eletrônico de votação no Brasil. As características que são intrínsecas à tecnologia, como transparência nas operações realizadas, descentralização e imutabilidade dos dados, permitem a melhoria da qualidade das eleições no Brasil, já que possibilitam suplantar o atual problema da possibilidade de fraude ao mesmo tempo em que concretizam os direitos fundamentais acima relacionados.

É claro que, como mencionado no item 3.1 deste artigo, a tecnologia é nova – apareceu efetivamente em 2008 – e precisa de testes para que seja verificada a sua real eficácia no processo eleitoral brasileiro. Isso, porém, não pode ser visto como empecilho à sua eventual utilização, especialmente porque parece claro que tal mudança não poderia ocorrer em curto período de tempo.

Da mesma forma, não devem prosperar as críticas que se fundamentam na necessidade de “reeducação do eleitor”. Em primeiro lugar, porque tais críticas partem do princípio de que as pessoas não teriam a devida capacidade para compreender eventual mudança no sistema eletrônico com a utilização de chaves públicas e privadas, por exemplo. Em segundo lugar, porque toda mudança necessita, obrigatoriamente, de esclarecimento junto à população, da mesma maneira como ocorreu na ocasião da implantação da urna eletrônica e como continua ocorrendo até os dias de hoje – basta verificar as constantes campanhas educativas feitas pelo TSE nesse sentido.

Haverá também aqueles que se posicionarão contra a implantação de tal tecnologia por considerarem que ela se relaciona “apenas às moedas digitais”, o que, como já mostrado, carece de total fundamentação. Basta ver, em exemplo que vale por todos¹¹, a iniciativa da empresa Sony de utilizar a tecnologia *blockchain* para controle de direitos digitais (BASTIANI, 2018).

¹¹ Alguns exemplos de outros usos da tecnologia *blockchain* – como serviço de câmbio baseado em *blockchain*, soluções para o mercado de energia ou armazenamento de registros de saúde com segurança – podem ser vistos em Akhtar (2018).

Vale ainda argumentar que a experiência não seria inovadora, ao menos em âmbito mundial. A Estônia, país que está na vanguarda da tecnologia na Europa, estabeleceu o i-Voting desde 2005. O i-Voting “é um sistema que permite que os eleitores votem a partir de qualquer computador conectado à internet em qualquer lugar do mundo” (REPUBLIC OF ESTONIA, 2018a, tradução nossa).

O sistema funciona da seguinte maneira: durante determinado período prévio às eleições, o eleitor faz login no sistema utilizando certificado digital – o qual é fornecido a todos os cidadãos pelo governo estoniano – e vota nos candidatos escolhidos. Em seguida, a identidade do eleitor é dissociada do voto antes que ele chegue à Comissão Eleitoral Nacional para a totalização, garantindo o anonimato.

Vale destacar que o próprio governo estoniano reconhece a possibilidade de os eleitores serem forçados a votar em determinado candidato. Por tal motivo, o sistema estoniano permite que o cidadão vote quantas vezes quiser durante a fase pré-eleitoral. Como cada voto cancela o anterior, o eleitor sempre terá a opção de alterar o seu voto posteriormente, resistindo a eventuais pressões que venha a sofrer. Importa ainda indicar que o governo da Estônia utiliza a tecnologia *blockchain* para guardar também os registros médicos de todos os cidadãos. No momento, 95% dos dados referentes à saúde dos cidadãos estonianos já estão digitalizados (REPUBLIC OF ESTONIA, 2018b).

Para concluir, importa destacar outros dois exemplos práticos de eleições que utilizaram a tecnologia *blockchain*. Em março de 2018, Serra Leoa realizou aquela que é considerada a primeira eleição no mundo totalmente baseada em *blockchain* (BIGGS, 2018). Por sua vez, em maio de 2018, ocorreram as primeiras eleições registradas em *blockchain* nos Estados Unidos (REESE, 2018). Ainda que nos dois casos

o número de votantes tenha sido proporcionalmente pequeno, é inegável que o resultado positivo obtido consolida a tecnologia *blockchain* como elemento promissor para a solução dos problemas aqui apresentados.

Como foi apresentado, a tecnologia existe e está à disposição para a melhoria da qualidade da democracia brasileira. Da mesma maneira, a implantação da tecnologia *blockchain* poderá reforçar ainda mais os direitos fundamentais do cidadão. É assim que se torna possível afirmar que a *blockchain* conseguirá, futuramente, garantir a segurança da democracia.

Referências

AKHTAR, Tanzeel. Tecnologia *Blockchain*: não É mais Apenas para Criptomoedas. *Money Times*. Disponível em: <https://moneytimes.com.br/tecnologia-blockchain-nao-e-mais- apenas-para-criptomoedas>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BASTIANI, Amanda. Sony Mira *Blockchain* para Controle de Direitos Digitais. *Criptomoedas Fácil*. 27 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.criptomoedasfacil.com/sony-mira-blockchain-para-controle-de-direitos-digitais>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BIGGS, John. Sierra Leone just Ran the First Blockchain-Based Election. *Techcrunch*. 15 de março de 2018. Disponível em: <https://techcrunch.com/2018/03/14/sierra-leone-just-ran-the-first-blockchain-based-election/?guccounter=1>. Acesso em: 21 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Certidão de Julgamento*. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.889. 6 de junho de 2018. 2018e. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14994632&prcID=5346547#>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Código Eleitoral – *Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*: Texto Constitucional Promulgado em 5 de outubro de 1988, com as Alterações Determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 99/2017 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017a.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Lei das Eleições – *Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece Normas para as Eleições. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/lei-das-eleicoes/lei-das-eleicoes-lei-nb0-9.504-de-30-de-setembro-de-1997>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Lei no 13.165, de 29 de Setembro de 2015*. Altera as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, para Reduzir os Custos das Campanhas Eleitorais, Simplificar a Administração dos Partidos Políticos e Incentivar a Participação Feminina. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/leis-ordinarias/lei-no-13-165-de-29-de-setembro-de-2015>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Liminar Suspende Regra da Minirreforma Eleitoral que Prevê Voto Impresso*. 6 de junho de 2018. 2018d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380571>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *nº 14/2018 – SFCNST/PGR*. Sistema Único nº 11.597/2018. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2 de fevereiro de 2018. 2018c.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14308709&prcID=5346547#>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.521*. Instrução nº 0600194-15.2018.6.00.0000 – Classe 19 – Brasília – Distrito Federal. 1º de março de 2018. Regulamenta os Procedimentos nas Seções Eleitorais que Utilizarão o Módulo Impressor nas Eleições de 2018. 2018a. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-23521-sobre-voto-impresso>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.564*. Processo Administrativo nº 0600351-85.2018.6.00.0000 – Classe 26 – Brasília – Distrito Federal. 3 de maio de 2018. Estabelece os Critérios para Distribuição dos Conjuntos de Impressão de Votos a Serem Utilizados nas Eleições 2018. 2018b. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/modulo-impressor-distribuicao-por-estado-r-23564-pa-060035185>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Série Voto Impresso: TSE* Estuda Modelo de Urna com a Impressão de Voto e Avalia Custos. 14 de fevereiro de 2017. 2017b. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Fevereiro/serie-voto-impresso-tse-e-instituto-de-pequisas-tecnologicas-estudam-modelo-de-urna-com-a-impressao-de-voto>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRUNAZO FILHO, Amilcar. Em Defesa do Voto impresso. Crítica Técnica e Jurídica à ADI 5889. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5346, 19 fev. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64166>. Acesso em: 19 jun. 2018.

FIGUEIREDO, José. *Introdução à Tecnologia Blockchain*. Lisboa: Blockbird Ventures, 2018.

FLORES, Paulo. Voto Impresso: Quais os Argumentos de Defensores e Críticos. *Nexo*. 9 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/02/09/Voto-impresso-quais-os-argumentos-de-defensores-e-cr%C3%ADticos>. Acesso em: 19 jun. 2018.

GATES, Mark. *Blockchain: Ultimate Guide to Understanding Blockchain, Bitcoin, Cryptocurrencies, Smart Contracts and the Future of Money*. [S.L.]: Createspace Independent Publishing Platform, 2017. Edição Kindle.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia Científica*. São Paulo: Atlas, 2017. Edição Kindle.

MARTINS, Rafael. Voto Impresso: Desconfiança nas Urnas Eletrônicas Vale 2 Bilhões? *Revista Exame*. 19 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/a-desconfianca-das-urnas-eletronicas-vale-2-bilhoes-de-reais>. Acesso em: 19 jun. 2018.

MOURA, Rafael Moraes; PIRES, Breno. Impressão de Voto Vai Custar R\$ 2,5 Bi, diz TSE. *O Estado de S. Paulo*. 22 de julho de 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,impressao-de-voto-vai-custar-r-2-5-bi-diz-tse,70001900669>. Acesso em: 19 jun. 2018.

ORIGINALMY. *Afinal, o que É Blockchain?* Descubra aqui! 15 de junho de 2018. Disponível em: <https://blog.originalmy.com/afinal-o-que-e-blockchain-descubra-aqui>. Acesso em: 20 jun. 2018.

PAIVA, Valério. Pesquisadores Avaliam Limitações de Segurança das Urnas Eletrônicas. *Comunidade Interna*. Unicamp. 10 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/noticias/2018/04/10/pesquisadores-avaliam-limitacoes-de-seguranca-das-urnas-eletronicas>. Acesso em: 19 jun. 2018.

PAYÃO, Felipe. Urnas Eletrônicas: Falhas, Vulnerabilidades e Fraudes do Mesário. *TecMundo*. Segurança. 18 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/seguranca/122152-urnas-eletronicas-falhas-vulnerabilidades-fraudes-mesario.htm>. Acesso em: 19 jun. 2018.

PILKINGTON, Marc. Blockchain Technology: Principles and Applications (sept. 18, 2015). *Research Handbook on Digital*

Transformations, edited by F. Xavier Olleros and Majlinda Zhegu. Edward Elgar, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2662660>>. Acesso em 20 jun. 2018.

REESE, Adam. America's First Partially Blockchain-Based Election Takes Place in West Virginia. ETHNews. 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.ethnews.com/americas-first-partially-blockchain-based-election-takes-place-in-west-virginia>. Acesso em: 21 jun. 2018.

REPUBLIC OF ESTONIA. *e-Governance. i-Voting. e-Estonia*. Disponível em: <https://e-estonia.com/solutions/e-governance/i-voting>. 2018a. Acesso em: 20 jun. 2018.

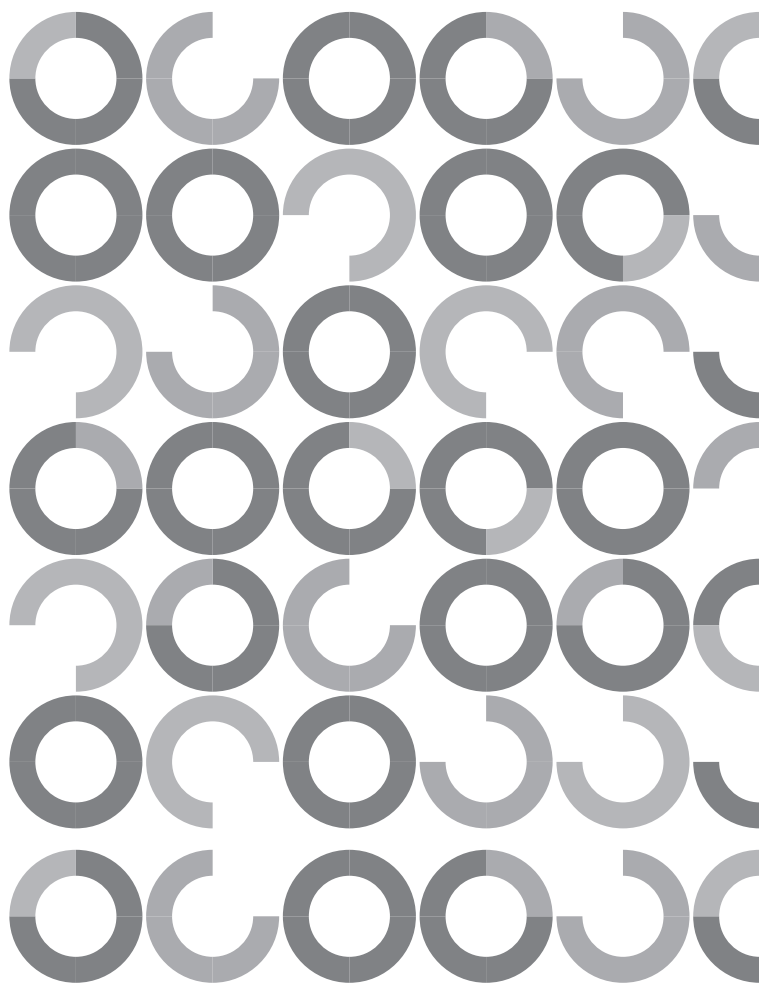
_____. Healthcare. *e-Estonia*. Disponível em: <https://e-estonia.com/solutions/healthcare>. 2018b. Acesso em: 20 jun. 2018.

ZANINI, Fábio. Pai da Urna Eletrônica Preocupa-se com Futuro de sua Cria. *Folha de S.Paulo*. 14 de abril de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/pai-da-urna-eletronica-preocupa-se-com-futuro-de-sua-cria.shtml>. Acesso em: 19 jun. 2018.

ESTUDOS ELEITORAIS

DIREITO ELEITORAL COMPARADO ENTRE
PORTUGAL E BRASIL: ANÁLISE DO INSTITUTO
DA INELEGIBILIDADE DO JUIZ DE PAZ

THIAGO CHAVES DE MELO



DIREITO ELEITORAL COMPARADO ENTRE PORTUGAL E BRASIL: ANÁLISE DO INSTITUTO DA INELEGIBILIDADE DO JUIZ DE PAZ¹

COMPARATIVE LECTORAL LAW BETWEEN PORTUGAL AND BRAZIL: ANALYSIS OF THE INSTITUTE OF INELEGIBILITY OF THE JUDGE OF PEACE

THIAGO CHAVES DE MELO²

RESUMO

Este artigo tem como objetivo geral analisar o instituto da inelegibilidade dos juízes de paz no ordenamento jurídico português, bem como no brasileiro. Para tal, traz à baila o entendimento proferido no Acórdão nº 250/2009, do Processão nº 389/2009, do relatório do Conselheiro Benjamim Rodrigues, do Tribunal Constitucional de Portugal, em que se consignou a inelegibilidade dos juízes de paz em Portugal. Já no Brasil, por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.938-0/MG, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Eros Graus, demonstrou-se a capacidade eleitoral passiva do juiz de paz. Para tanto, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica – método dedutivo –, por meio da análise textual, temática e interpretativa de obras jurídicas sobre o tema, assim como a pesquisa documental, por meio da análise de conteúdo da Constituição Federal no que tange às normas inerentes ao tema.

Palavras-chave: Juiz de paz. Inelegibilidade. Direito Eleitoral Comparado.

¹ Artigo recebido em 21.1.2019 e aprovado para publicação em 24.2.2019. <https://seer.tse.jus.br/index.php/estudoseleitorais/article/view/121>

² Advogado e professor na Fundação Carmelitana Mário Palmério (FUCAMP). Mestrando e doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL).

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the institute of ineligibility of the justices of the peace in the Portuguese legal system, as well as in the Brazilian. It brought to light the understanding rendered in Judgment n° 250/2009, of Case n° 389/2009, of the Rapporteur of Counselor Benjamim Rodrigues, of the Constitutional Court of Portugal, which determined the ineligibility of the justices of the peace in Portugal. In Brazil, the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality n° 2938-0/MG, whose Rapporteur was in charge of the Minister Eros Graus, demonstrated the passive electoral capacity of the justice of the peace. For this, the type of bibliographic research, as a deductive method, was used as a methodology, through the textual, thematic and interpretative analysis of legal works on the subject, as well as the type of documentary research, through the analysis of the content of the Federal Constitution the norms inherent to the topic.

Keywords: Judge of Peace. Ineligibility. Comparative Electoral Law.

1 Introdução

Com a entrada em vigor da Lei nº 78, de 13 de julho de 2001, a atividade dos juízes de paz em Portugal foi configurada, de forma predominante, como função jurisdicional, uma vez que sua atuação visa permitir o acesso do interessado a um dos meios de resolução de conflito por meio de acordo entre as partes, razão pela qual não possui a denominada capacidade eleitoral passiva. Diferentemente do que acontece no Brasil, a competência funcional do juiz de paz não tem caráter jurisdicional, motivo pelo qual não é necessária qualquer desincompatibilização de suas funções para se candidatar a cargos eletivos.

Nessa senda, o presente trabalho abordará o instituto da inelegibilidade de forma geral, trazendo o conceito do instituto, bem como a previsão legal e suas finalidades. Em seguida, far-se-á abordagem do Direito Eleitoral Comparado, com análise do juiz de paz em Portugal e no Brasil, tratando-se da inelegibilidade desses personagens.

Para tanto, será utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica, como método dedutivo, realizando-se análise textual, temática e interpretativa de obras relacionadas ao tema, e também a pesquisa documental, por meio da análise de conteúdo da Constituição Federal no que tange às normas inerentes ao tema.

Enfim, o presente estudo se dedicará a investigar as diferenças acerca do instituto da inelegibilidade dos juízes de paz no Brasil e em Portugal.

2 Inelegibilidade

2.1 Conceito e previsão legal

Inicialmente, impende verificar o conceito do instituto da inelegibilidade, sendo necessário, por conseguinte, conferir o conceito

de elegibilidade, uma vez que só não pode ser eleito quem anteriormente poderia ser. Assim, é crível dispor que a inelegibilidade é obstáculo à elegibilidade.

Os direitos políticos traduzem duas vertentes principais: a capacidade eleitoral ativa, que é o direito de *votar*, e a capacidade eleitoral passiva, o direito de *ser votado*.

Por meio do alistamento eleitoral, o indivíduo adquire a cidadania, o que lhe garantirá o direito de participar da vida política do Estado, exercendo o direito de voto ou o de ser votado.

Assim, é a partir da aquisição da cidadania, que lhe é garantida a capacidade eleitoral passiva, com a qual o cidadão obtém o direito de postular mandato eletivo, devendo, no entanto, atentar-se para as condições de elegibilidade previstas no ordenamento jurídico.

A elegibilidade, portanto, consubstancia-se no direito que o cidadão tem de postular mandato eletivo, desde que observados os requisitos exigidos à capacidade eleitoral passiva.

De outro lado, o termo “inelegibilidade” implica impedimento temporário da capacidade eleitoral passiva do cidadão, o que restringe o direito de ser votado. Contudo, os demais direitos políticos não são alcançados, tais como o de votar e o da filiação partidária. De acordo com o Ministro do TSE Fernando Neves (2004):

[...] a inelegibilidade importa no impedimento temporário da capacidade eleitoral passiva do cidadão, que consiste na restrição de ser votado, não atingindo, portanto, os demais direitos políticos, como, por exemplo, votar e participar de partidos políticos.

As inelegibilidades podem ser classificadas como absolutas ou relativas. São absolutas as que impossibilitam a postulação a qualquer

cargo eletivo. Já as inelegibilidades relativas são aquelas que impedem de galgar determinado cargo eletivo em razão de situações especiais³.

É importante observar que a inelegibilidade absoluta não pode ser afastada por meio da desincompatibilização. Já com a inelegibilidade relativa ocorre o contrário, ou seja, pode ser afastada mediante desincompatibilização.

No Brasil, o instituto da inelegibilidade encontra-se previsto em três diplomas legais: na Constituição Federal, na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e no Código Eleitoral brasileiro – Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Na Constituição Federal, a inelegibilidade está disposta no art. 14, §§ 4º a 9º.

A Lei Complementar nº 64/1990 estabelece casos de inelegibilidade e prazos de cessação, além de determinar outras providências. Em relação à inelegibilidade, o art. 1º da aludida Lei dispõe sobre as situações que levam ao impedimento temporário da capacidade eleitoral passiva.

Em Portugal, há diversas normas jurídicas que tratam sobre o instituto da inelegibilidade, dentre as quais as principais são: a Constituição da República Portuguesa; a Lei nº 14, de 16 de maio de 1979, que estabelece os critérios do sistema eleitoral português; a Lei Orgânica nº 1, de 14 de agosto de 2001, que regula a eleição dos titulares dos órgãos das autarquias locais; e a Lei nº 14, de 29 de abril de 1987, que trata da eleição para o Parlamento Europeu.

³ José Afonso da Silva, citado pelo advogado brasileiro Charles Cabral, afirma que “[...] as inelegibilidades absolutas implicam impedimento eleitoral para qualquer cargo eletivo. Quem se encontre em situação de inelegibilidade absoluta não pode concorrer a eleição alguma, não pode pleitear eleição para qualquer mandato eletivo e não tem prazo para desincompatibilização que lhe permita sair do impedimento a tempo de concorrer a determinado pleito. Já as inelegibilidades relativas são as que constituem restrições à elegibilidade para determinados mandatos em razão de situações especiais em que, no momento da eleição, se encontre o cidadão”. (SILVA, José Afonso da, *apud*, CABRAL, Charles. In: *Inelegibilidades*. Disponível em <https://charlescabral.jusbrasil.com.br/artigos/114571698/inelegibilidades>. Acesso em: 13 abr. 2018.)

Na Constituição da República Portuguesa, a inelegibilidade vem disposta, dentre outros dispositivos, nos arts. 50º, nº 3; 123º, nº 1; e 150º.

Como visto, o instituto da inelegibilidade é o impedimento temporário da capacidade eleitoral passiva do cidadão, que consiste na restrição de ser votado, e encontra-se previsto no ordenamento jurídico português, bem como no brasileiro. No próximo tópico, será abordada a questão relativa à finalidade do instituto da inelegibilidade, tanto no Brasil quanto em Portugal.

2.2 Finalidades

Nas linhas alhures, foi demonstrado o conceito e a previsão legal do instituto da inelegibilidade nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil. No presente espaço, o escopo da inelegibilidade será apresentado em ambos os ordenamentos.

O direito político, essencialmente, resume-se no direito de votar e de ser votado e na intervenção nos assuntos do governo. Como visto, a declaração de inelegibilidade atinge apenas um aspecto do direito político, qual seja, o direito de ser votado.

A inelegibilidade – impossibilidade legal – é o empecilho jurídico de alguém pleitear seu registro como postulante a todos ou a alguns dos cargos eletivos. Desse modo, a inelegibilidade é obstáculo absoluto ou relativo ao poder de se candidatar a mandado eletivo.

A essencial função das inelegibilidades, segundo Charles Cabral (2014), é:

[...] obstar o abuso no exercício de cargos, empregos ou funções políticas, bem como, garantir a normalidade e a legitimidade e a lisura dos procedimentos eleitorais, contra pressões e influências externas e indesejáveis dos detentores do poder econômico e do poder político, preservando-se, desta maneira, a própria democracia, a impessoalidade, a probidade e a moralidade administrativas.

A Constituição da República Portuguesa, em seu art. 266º, nº 2, traz o princípio constitucional da imparcialidade, tendo como corolário as inelegibilidades, que determinam a impossibilidade de candidatura às eleições locais e a própria perda de mandato, caso ocorram após a eleição, e instituem impedimento à regular eleição do interessado.

Em parecer elaborado pela Divisão de Apoio Jurídico da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Centro, cujo subscritor foi José Manuel Martins de Lima, está consignado que:

[...] segundo a PGR, no Parecer nº 19/87, publicado no *Diário da República* nº 90, II série, de 18/04/88, a existência de um regime de inelegibilidades visa assegurar garantias de dignidade e genuinidade ao ato eleitoral e, simultaneamente, evitar a eleição de quem, pelas funções que exerce (ou outras razões que retirem a imparcialidade) se entende que não deve representar um órgão autárquico (LIMA, 2010).

De acordo com o art. 14, § 9º, da Constituição da República Federativa do Brasil, o instituto da inelegibilidade tem por escopo:

[...] proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Diante de tais constatações, conclui-se que, tanto em Portugal como no Brasil, a finalidade da inelegibilidade consiste em evitar o abuso do poder no exercício de cargos, empregos ou funções políticas, bem como proteger e garantir a lisura e normalidade do processo eleitoral.

Realizada essa análise sobre o instituto da inelegibilidade, o objeto do próximo tópico do presente trabalho será o estudo do Direito Eleitoral Comparado, ou seja, distintivos entre o ordenamento jurídico português e o brasileiro e, mais especificamente, as questões atinentes à inelegibilidade dos juízes de paz em Portugal e no Brasil.

3 Direito Eleitoral Comparado

3.1 Do juiz de paz em Portugal

No presente ponto do estudo, serão abordadas questões relativas às funções e à previsão legal da figura do juiz de paz em Portugal, começando pela análise da Lei n° 78, de 13 de julho de 2001, publicada no *Diário da República n° 161/2001*, Série I-A, na mesma data, que disciplina os julgados de paz, sua organização, competência e funcionamento.

De acordo com o art. 15° da Lei n° 78/2001, os julgados de paz serão presididos por funcionário denominado juiz de paz, sendo-lhes “aplicável o regime dos impedimentos e suspeições estabelecido na lei do processo civil para os juízes”.

A aludida Lei, em seu art. 23°, informa quais requisitos devem ser preenchidos para ser juiz de paz:

Ter nacionalidade portuguesa; possuir licenciatura em Direito; ter idade superior a 30 anos; estar no pleno gozo dos direitos civis e políticos; não ter sofrido condenação, nem estar pronunciado por crime doloso; ter cessado, ou fazer cessar imediatamente antes da assunção das funções como juiz de paz, a prática de qualquer outra actividade pública ou privada.

Por sua vez, o art. 24° da Lei n° 78/2001 dispõe que “o recrutamento e a seleção dos juízes de paz são feitos por concurso público aberto para o efeito, mediante avaliação curricular e provas públicas”.

Atinente ao provimento e às funções dos juízes de paz, os arts. 25° e 26°, respectivamente, dispõem que:

Os juízes de paz são providos por período de três anos, sendo eles competentes para proferir, de acordo com a lei ou equidade, as decisões relativas a questões que sejam submetidas aos julgados de paz, devendo, previamente, procurar conciliar as partes.

Em relação às incompatibilidades, informa o art. 27° da Lei n° 78/2001 que:

[...] os juízes de paz em exercício não podem desempenhar qualquer outra função pública ou privada de natureza profissional. Podem, no entanto, exercer as funções docentes ou de investigação científica não remuneradas, desde que autorizados pelo conselho de acompanhamento e que não envolvam prejuízo para o serviço.

Diante dos aludidos dispositivos acima citados, é possível concluir que os juízes de paz em Portugal exercem função jurisdicional, uma vez que sua atuação é direcionada a permitir o acesso do interessado a um dos meios de resolução de conflito por meio de acordo entre as partes.

Para tanto, tem-se como fator preponderante o que está contido no art. 2º da Lei nº 78/2001, pois “os procedimentos nos julgados de paz estão concebidos e são orientados por princípios de simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual”.

Para corroborar a afirmativa alhures, o preceito contido no art. 61º da Lei nº 78/2001 dispõe que “as decisões proferidas pelos juízes de paz têm o valor de sentença proferida por tribunal da 1.ª instância”.

Verifica-se, pelo contido acima, que:

[...] sendo os procedimentos que correm nos julgados de paz verdadeiros procedimentos jurisdicionais, e as decisões que lhes põem termo verdadeiras sentenças, os juízes de paz, enquanto titulares de órgãos permanentes do Estado profissionalmente dedicados a estas tarefas, em exclusividade de funções (art. 27.º) e sujeitos aos impedimentos e suspeições dos demais juízes, são verdadeiros juízes, e que os julgados de paz são por isso — e não obstante as referidas especificidades — eles também verdadeiros tribunais (AMORIM, 2013, p. 133-146).

Diante dos dispositivos aludidos, é possível concluir que os juízes de paz em Portugal exercem função jurisdicional, uma vez que sua atuação é direcionada a permitir o acesso do interessado a um dos meios de resolução de conflito por meio de acordo entre as partes. Visto isso, no próximo trecho do presente estudo, passaremos à análise histórica da figura do juiz de paz, bem como de sua função e previsão legal, no Brasil.

3.2 Do juiz de paz no Brasil

A função do juiz de paz no Brasil foi, pela primeira vez, prevista quando a Carta Imperial de 1824 foi outorgada por D. Pedro I, sendo esta inspirada no constitucionalismo inglês, segundo o qual é constitucional apenas aquilo que diz respeito aos poderes do Estado e aos direitos e garantias individuais.

Os arts. 161 e 162 da citada Constituição Política dispunham, respectivamente, que:

[...] sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.

Os dispositivos acima citados determinaram que as atribuições dos juizes de paz seriam regulamentadas por lei, o que veio a ocorrer com a promulgação da Lei de 15 de outubro de 1827, cujo art. 5º expunha competir ao juiz de paz, nos processos judiciais, dentre outras funções:

[...] conciliar as partes que pretendem demandar, por todos os meios pacíficos, que estiverem ao seu alcance: mandando lavrar termo do resultado, que assignará com as partes e Escrivão. Para a conciliação não se admitirá procurador, salvo por impedimento da parte, provado tal, que a impossibilite de comparecer pessoalmente e sendo outrossim o procurador munido de poderes ilimitados.

Já Rosa Maria Vieira afirma que:

O projeto inicial referente às atribuições dos juizes de paz foi apresentado ao Poder Legislativo em 1826. Tratava da administração municipal e discutia as funções daqueles juizes, já que estas não haviam sido de todo definidas na Constituição. As suas atribuições não deixaram de serem alvos dos intensos debates no Parlamento brasileiro durante o período monárquico e expressavam a dificuldade em delimitar a jurisdição do Juizado de paz (VIEIRA, 2002, p. 97-99).

A mencionada Lei de 1827 sinalizava o aspecto dos que poderiam ser juizes de paz. Para tanto, era necessário cumprir as exigências atinentes ao encargo de eleitor, conforme previsto na Constituição de 1824.

Da análise desses códigos, é possível verificar que todos demonstravam preocupação com o detalhamento das funções referentes à conservação da ordem local. Isso pode ser visto no Código de 1830, que indicava o juiz de paz para atuar especificamente nas seguintes demandas:

[...] julgar como crime de furto e contra a propriedade a posse de qualquer bem encontrado e não manifestado ao juiz; pena de multa para os que celebrassem culto de outra Religião que não a do Estado; penas de prisão àqueles que participassem de reuniões secretas contendo mais de dez pessoas e sem comunicação prévia ao juiz; informado sobre o ajuntamento de mais de vinte pessoas o juiz coligaria auxiliares para o rompimento da reunião; pena de prisão àquele que, advertido pelo juiz, não cultivasse uma ocupação honesta; o juiz concederia licença para o uso de armas.

Para José Murilo de Carvalho:

[...] votar e ser votado eram um dos principais pontos discutidos nos debates políticos no Brasil em meados do século XIX. Eram recorrentes os temas dos direitos políticos – expressos formalmente na Constituição política de 1824 – e dos direitos civis – propagados nos códigos criminal (1830) e do processo (1832). Nesse contexto, a regulamentação do Juizado de paz em 1827 se apresentou como peça chave para o alargamento da participação eleitoral e do aparato judiciário (CARVALHO, 1996, p. 3-4).

Realizada essa breve introdução histórica sobre a existência, função e prerrogativa dos juízes de paz e visando ao objetivo almejado no presente trabalho, é mister fazer um salto na história sobre a existência desse personagem para se chegar à Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988.

Nesse normativo, o juiz de paz teve sua previsão no art. 98, inciso II, que dispõe:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os estados criarão: [...] II – justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988, essa figura foi tratada pela Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, no Capítulo IV,

arts. 112 e 113, os quais informam, em suma, que a competência da Justiça de Paz é temporária e relacionada somente ao processo de habilitação e à celebração de casamento.

Observa-se que, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a função do juiz de paz se limitou à celebração de matrimônios, o que traduz rompimento de tradição centenária no Brasil, uma vez que o juiz de paz, anteriormente, tinha importante papel de pacificação social na resolução de conflitos.

Assim, em razão desse empobrecimento da função do juiz de paz, o Conselho Nacional da Justiça elaborou a Recomendação nº 16, de 27 de maio de 2008, para que os Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal e territórios, em observância ao art. 98, inciso II, da Constituição Federal, no prazo de um ano a partir da sua publicação, regulamentem e encaminhem proposta de lei à Assembleia Legislativa para tratar sobre “eleições para a função de juiz de paz, na capital e no interior; da remuneração para a função de juiz de paz, na capital e no interior; da atuação dos juízes de paz perante as varas de família; da atuação dos juízes de paz na atividade conciliatória”.

Impende mencionar que, no ano de 2007, o Senador da República Leomar Quintanilha (PMDB/TO) apresentou o Projeto de Lei nº 551, que regulamenta o inciso II do art. 98 da Constituição Federal – sobre a Justiça de Paz.

Após o trâmite legal do aludido projeto no Senado Federal, no dia 3 de fevereiro de 2010, a Presidência daquela Casa Legislativa determinou que o Projeto de Lei nº 551/2007 fosse encaminhado para a Câmara dos Deputados⁴.

⁴ Na Câmara dos Deputados, o aludido Projeto de Lei recebeu o nº 6.749/2010, sendo que, até a presente data, aguarda designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465823>. Acesso em: 8 maio 2019.

Diante de tais fatos, verificou-se que, no Brasil, houve diminuição de importância do papel do juiz de paz, uma vez que, no passado, exercia trabalho essencial na pacificação de conflitos, enquanto que atualmente seu papel na ordem jurídica brasileira se restringe à celebração de casamentos.

Também ficou disciplinado acima que, diferentemente do que ocorre em Portugal, onde o juiz de paz exerce função eminentemente jurisdicional, no Brasil, em que pesem alguns esforços legislativos para alavancar a importância desse sujeito, seu papel não possui o caráter jurisdicional, conforme expressamente previsto no referido art. 98.

Diante da diferença acima indicada, referente à função exercida pelos juízes de paz, trataremos da existência ou não da inelegibilidade de candidatura a cargos políticos.

3.3 Da inelegibilidade do juiz de paz português

Em linhas passadas, ficou claro que o juiz de paz em Portugal exerce função jurisdicional, característica prevista na Lei nº 78/2001, publicada no *Diário da República nº 161/2001*, Série I-A, de 13 de julho de 2001, que disciplina os julgados de paz, sua organização competência e funcionamento.

Assim considerado, há necessidade de se questionar se é aplicável o instituto da inelegibilidade ao juiz de paz em Portugal. Para tal desiderato, foi objeto de investigação o Acórdão nº 250/2009, do Processo nº 389/2009, de relatoria do Conselheiro Benjamim Rodrigues, do Tribunal Constitucional de Portugal, que, em termos gerais, indeferiu a candidatura do juiz de paz Luís Filipe Brito da Silva Guerra à eleição para Deputado do Parlamento Europeu.

Em seu voto, o relator Conselheiro Benjamim Rodrigues asseverou que:

[...] ao enunciar as categorias de tribunais, o artigo 209.º da CRP, depois de referir, no seu n.º 1, as consubstanciadas pelo Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e segunda instância, o Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais e o Tribunal de Contas, dispõe, no n.º 2, que “podem existir [...] julgados de paz”. Expressamente, pois, a Constituição configura os julgados de paz como uma categoria de tribunais. O facto de a sua efectiva existência ser facultativa, a circunstância de a Constituição remeter para o legislador constitucionalmente competente [cf. artigos 164.º, alínea *m*), e 165.º, n.º 1, alínea *p*)], a decisão concreta sobre a criação, de resto facultativa, dos tribunais que correspondam à categoria constitucionalmente prevista, em nada belisca a sua previsão constitucional como integrante de uma das diversas categorias de tribunais, pelos quais a função jurisdicional se encontra organizacionalmente repartida (RODRIGUES, 2007).

Em razão dos argumentos expendidos em seu voto, assim concluiu:

Os julgados de paz administram justiça em nome do povo e asseguram a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, cumprindo assim, em face da sua fisionomia e do correlativo desiderato constitucional, uma indubitável função jurisdicional, o que conduz a integrar esses tribunais no seio da ordem e da orgânica jurisdicional.

Nesse contexto, o Conselheiro foi acompanhado por seus pares Carlos Fernandes Cadilha, Carlos Pamplona de Oliveira, Gil Galvão, Joaquim de Sousa Ribeiro, Maria Lúcia Amaral, Vítor Gomes, Maria João Antunes e Ana Maria Guerra Martins.

Assim, por maioria de votos⁵, no Acórdão ora analisado, ficou consignado que os juízes de paz não possuem capacidade eleitoral passiva, ou seja, são inelegíveis para concorrer a qualquer cargo eletivo. Em razão de exercerem função de carácter eminentemente jurisdicional

⁵ O Conselheiro do Tribunal Constitucional José Borges Soeiro, que restou vencido no julgamento acima referenciado, entendeu que os juízes de paz portugueses possuem capacidade eleitoral passiva, razão pela qual concluiu, em seu voto, que “aos juízes de paz não lhes são dirigidos os direitos e deveres aí constantes, donde que qualquer incompatibilidade direccionada aos magistrados judiciais é, em regra, estranha aos juízes de paz, por a veste apresentada por uns e outros ser manifestamente diversa”.

e de serem equiparados ao juiz de direito, é vedada a eles a atividade político-partidária.

Como visto, o Tribunal Constitucional de Portugal, por meio do Pleno, afirmou o entendimento de que os juízes de paz não possuem capacidade eleitoral passiva e, por consequência, são inelegíveis para os cargos eletivos. No próximo tópico, verificar-se-á a situação dos juízes de paz no Brasil: se são ou não inelegíveis para os cargos eletivos.

3.4 Da inelegibilidade do juiz de paz brasileiro

Verificou-se, nos tópicos anteriores, que diversas normas jurídicas, bem como o Tribunal Constitucional de Portugal, coadunam o entendimento de que ao juiz de paz é vedada a atividade político-partidária, uma vez que, além dos julgados de paz estarem na categoria de tribunais, seus agentes exercem função essencialmente jurisdicional.

No Brasil, ao contrário do que acontece em terras lusitanas, há previsão legal expressa de que os juízes de paz não exercem função jurisdicional, sendo essa circunstância, inclusive, prevista na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o art. 98, inciso II.

Fato relevante que ora se revela é que, tanto no Brasil quanto em Portugal, a Justiça de Paz integra o Poder Judiciário, o que ficou evidente no voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes:

Os juízes de paz integram o Poder Judiciário e a eles se impõe a vedação prevista no art. 95, parágrafo único, II, da Constituição, a qual proíbe a percepção, a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processo pelos membros do Judiciário. (MENDES, 2011).

Outro ponto divergente entre os dois ordenamentos jurídicos em baila está no fato de que, no Brasil, para ser eleito ao cargo de juiz de paz, é obrigatória a filiação partidária para os candidatos a tal cargo, conforme decorre do sistema eleitoral definido.

Essa afirmação é extraída do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.938-0/MG⁶, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Eros Graus.

No entanto, a questão sobre a inelegibilidade do juiz de paz no Brasil não está apegada aos motivos já explicitados para a inelegibilidade em Portugal. No Brasil, o que se discute é a necessidade ou não de se desligar de sua função para se candidatar a algum cargo eletivo.

Para resolver esse questionamento, é imprescindível a análise do Acórdão-TSE nº 12.494, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual o juiz de paz e candidato a vereador do Município de Reserva (PR), Joaquim Pinto Ferreira, teve seu registro deferido pela egrégia Corte Eleitoral.

O Ministro relator evidenciou, em seu voto, que:

[...] era ele juiz de paz na cidade de Reserva/Paraná, não podendo ser considerado servidor público, que são todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico único da entidade estatal a que servem. Na verdade, é o recorrente agente público, já que exerce uma função pública. [...] não se enquadra na hipótese do artigo 1º, II, I, da Lei Complementar nº 64/90, nem tampouco poderia ele admitido no artigo 1º, II, a, 8, que trata de magistrados, porque a competência funcional do juiz de paz não tem caráter jurisdicional (art. 98, II, da Constituição Federal). (PERTENCE, 1992).

Assim, ante tais argumentos, o Ministro Sepúlveda Pertence foi acompanhado pelos também Ministros Marco Aurélio, José Cândido, Pádua Ribeiro, Hugo Gueiros e Eduardo Alckmin para deferir, por unanimidade, a candidatura do juiz de paz Joaquim Pinto Ferreira à eleição para vereador.

⁶ “A obrigatoriedade de filiação partidária para os candidatos a juiz de paz (art. 14, § 3º, da Constituição do Brasil/1988) decorre do sistema eleitoral constitucionalmente definido. [...] A fixação por lei estadual de condições de elegibilidade em relação aos candidatos a juiz de paz, além das constitucionalmente previstas no art. 14, § 3º, invade a competência da União para legislar sobre direito eleitoral, definida no art. 22, I, da Constituição do Brasil [...]”.

Verifica-se, então, pela decisão acima referenciada, que o juiz de paz não precisa se desvincular de suas funções para se candidatar a cargos eletivos, uma vez que, além de não exercer função jurisdicional, não são considerados servidores públicos – são agentes públicos.

4 Considerações finais

Conforme se verificou, a inelegibilidade é o impedimento temporário da capacidade eleitoral passiva do cidadão, que consiste na restrição de ser votado, e se encontra prevista tanto no ordenamento jurídico português quanto no brasileiro.

No que concerne à inelegibilidade dos juízes de paz em Portugal, ficou demonstrado que, embora presentes alguns entendimentos contrários, em razão do exercício de função jurisdicional, não possuem capacidade eleitoral passiva, o que os torna, portanto, inelegíveis.

Dessa forma, por maioria de votos, no Acórdão nº 250/2009, do Processo nº 389/2009, ficou consignado que os juízes de paz administram a Justiça em nome do povo e asseguram a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, exercendo, assim, função jurisdicional, sendo evidente sua inelegibilidade.

Desse modo, como dito anteriormente, fato diverso ocorre no Brasil, onde os juízes de paz, na condição de agentes públicos, exercem função pública – não se enquadrando na hipótese do art. 1º, II, I, da Lei Complementar nº 64/1990 – e, portanto, é desnecessário o desligamento das funções para a candidatura a cargos eletivos.

Ora, sendo assim, no Brasil, os juízes de paz possuem plena capacidade eleitoral passiva, pois sua competência funcional não tem caráter jurisdicional.

O parâmetro desse trabalho foi a questão relacionada à inelegibilidade do juiz de paz no Brasil, uma vez que tal instituto não está apegado aos mesmos motivos utilizados para a configuração da inelegibilidade do juiz de paz em Portugal.

No Brasil, ao contrário do que acontece em terras lusitanas, há previsão legal expressa de que os juízes de paz não exercem função jurisdicional, uma vez que, após a promulgação da Constituição de 1988, a função do juiz de paz se limitou à celebração de matrimônios.

Diante das análises realizadas sobre o instituto da inelegibilidade nos ordenamentos jurídicos em questão, surgiram as conclusões a seguir expostas.

Em Portugal, os juízes de paz exercem função jurisdicional. Já no Brasil, há previsão constitucional de que a função exercida pelo juiz de paz não possui caráter jurisdicional.

Verifica-se, na presente análise, pequena convergência entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, no que se refere ao fato de que os juízes de paz integram o Poder Judiciário das respectivas nações.

No Brasil, aos juízes de paz são permitidas atividades político-partidárias, tanto que, para ascender a tais funções, é mister a filiação a partidos políticos. Por outro lado, em Portugal, a atividade político-partidária é terminantemente proibida.

Por fim, conclui-se que, no Brasil, o juiz de paz possui capacidade eleitoral passiva, motivo pelo qual poderá candidatar-se a qualquer cargo de eleição popular, não lhe sendo aplicado o instituto da inelegibilidade. Por outro lado, os juízes de paz portugueses não possuem capacidade eleitoral passiva, razão pela qual não poderão ser eleitos para cargos de eleição popular, uma vez que a eles serão aplicados os efeitos da inelegibilidade eleitoral.

Referências

- AMORIM, João Pacheco. *O Estatuto Legal dos Juízes de Paz*. Repositório aberto da Universidade do Porto. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/56213/2/49908.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- BRASIL. *Código Criminal*. Lei de 16 de dezembro de 1830. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. Rio de Janeiro, 1831. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 24 abr. 2018.
- BRASIL. Constituição (1824). *Constituição do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Rio de Janeiro. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 23 abr. 2018.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 98, inciso II. Brasília, Distrito Federal. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 abr. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 954. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 9, 25 maio 2011, p. 1. Publicado em: 26 maio 2011. Ementário nº 02530-01. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000174568&base=baseAcordaos>. Acesso em: 25 abr. 2018.
- _____. Acórdão nº 2938. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Eros Grau. Brasília, *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 236, 9 dez. 2005, p. 199-295. Publicado em: 8 fev. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266959>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- _____. Acórdão nº 2082. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Celso Mello. *Diário da Justiça*

Eletrônico, n. 69, 4 abr. 2000, p. 2. Publicado em: 10 abr. 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2082%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/pfuzqff>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão nº 4598. *no Agravo Regimental*, 3 jun. 2004. Relator: Fernando Neves. Disponível em: <http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/inelegibilidades-e-condicoes-de-elegibilidade/parte-ii-temas-diversos-sobre-inelegibilidades-e-condicoes-de-elegibilidade/conceito-de-inelegibilidade>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. Lei de 15 de outubro de 1827. *Coleção de Leis do Império do Brasil*. Pt. 1, v. 1, p. 67. Artigo 5º, § 1º. Rio de Janeiro, 1827. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38396-15-outubro-1827-566688-publicacaooriginal-90219-pl.html. Acesso em: 26 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 78/2001. *Diário da República*, nº 161/2001, Série I-A, 13 jul. 2001, p. 4267- 4274. Lisboa, 2001. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/388220/details/normal?types=SERIEI&numero=78%2F2001&tipo=%22Lei%22>. Acesso em: 22 abr. 2018.

CABRAL, Charles. *Inelegibilidades*. Disponível em: <https://charlescabral.jusbrasil.com.br/artigos/114571698/inelegibilidades>. Acesso em: 23 abr. 2018.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania: Tipos e Percursos. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, n.18, p. 3-4, 1996 Disponível em: http://cce.udesc.br/titosen/Arquivos/Artigos_textos_sociologia/Cidadania.pdf. Acesso em: 19 abr. 2018.

LIMA, José Manuel Martins de. *Pareceres Jurídicos*: Dirigentes, Presidente de Junta de Freguesia, Inelegibilidade. Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Centro. 25 jun. 2010.

Disponível em: http://www.ccdrc.pt/index.php?option=com_pareceres&view=details&id=2062&Itemid=45. Acesso em: 24 abr. 2018.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Art. 226º. Lisboa, 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 23 abr. 2018.

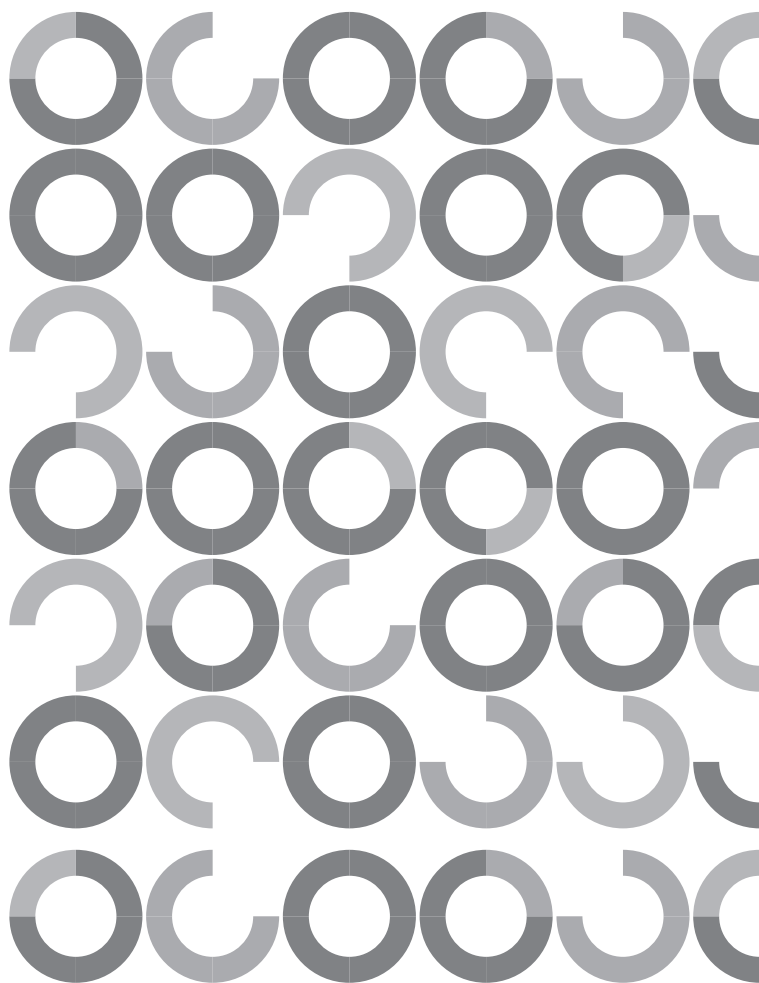
SOEIRO, José Borges. Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, nº 250/2009. Processo nº 389/2009. Relator: Benjamim Rodrigues. *Diário da República*, 2.ª Série, n. 218, 10 nov. 2009, p. 45762. Lisboa. 2009. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090250.html>. Acesso em: 19 abr. 2018.

VIEIRA, Rosa Maria. *O Juiz de Paz: do Império a Nossos Dias*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2002. p. 97-99.

ESTUDOS ELEITORAIS

O RÉQUIEM CONCEITUAL E PRAGMÁTICO DA
PROPAGANDA ANTECIPADA E SEUS
DESDOBRAMENTOS

WALBER DE MOURA AGRA
ALISSON EMMANUEL DE OLIVEIRA LUCENA



O RÉQUIEM CONCEITUAL E PRAGMÁTICO DA PROPAGANDA ANTECIPADA E SEUS DESDOBRAMENTOS¹

THE CONCEPTUAL AND PRAGMATICITY OF ANTICIPATED PROPAGANDA AND ITS DEVELOPMENTS

WALBER DE MOURA AGRA²

ALISSON EMMANUEL DE OLIVEIRA LUCENA³

RESUMO

Este artigo trata da propaganda antecipada e objetiva apresentar a diminuição de seu campo de incidência em razão do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), o que a teria tornado instrumento ultrapassado. Conclui que a melhor opção é a revogação da propaganda antecipada para permitir que a campanha política seja mais longa, desde que haja fiscalização das fontes de financiamento.

Palavras-chave: Propaganda política. Art. 36-A. Superação conceitual da propaganda antecipada.

ABSTRACT

This article discusses the anticipated propaganda and aims to present the decline in its scope because of the 36-A of the Law nº 9.504/1997

¹ Artigo recebido em 15.1.2019 e aprovado para publicação em 24.2.2019. <https://seer.tse.jus.br/index.php/estudoseleitorais/article/view/122>

² Livre docente da Universidade de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito do Recife. Procurador de Estado. Advogado.

³ Especialista em Ciências Criminais. Advogado do escritório Walber Agra Advogados Associados.

(Election Law), which made it an instrument from the past. It concludes that the best option is your revocation, allowing the political campaign to be longer, taking care only the electoral financing.

Keywords: Political propaganda. Art. 36-A. Surpass concept of anticipated propaganda.

1 Propaganda política e suas espécies

O termo “propaganda” deriva da palavra latina *propagare*, que significa espalhar, propagar, aumentar. Para Fávila Ribeiro, a propaganda se consubstancia em um conjunto de técnicas empregadas para suggestionar pessoas na tomada de decisões⁴. Com efeito, para que se possa caracterizar propaganda, é necessário que haja a finalidade de influir na opinião ou na conduta alheia. No âmbito do Direito Eleitoral, a propaganda tem o escopo de difundir e divulgar para o povo, detentor do poder soberano, as atividades políticas desenvolvidas na campanha eleitoral, para que, com base nisso, o candidato possa, de todas as formas permitidas pela legislação, obter a simpatia do eleitor aos ideários políticos, conquistando os votos necessários para a obtenção ou a manutenção do poder⁵.

A propaganda política difere dos demais tipos de propaganda, como, por exemplo, da mercadológica, porque possui finalidade diversa, consistente no objetivo primal de interferir nas decisões tomadas pela organização civil institucionalizada⁶. Ensina Olivar Coneglian que o gênero “propaganda política” compreende toda e qualquer espécie de promoção que orbite em torno da *polis*, compreendida no sentido mais dilatado: de relações do cidadão com a própria cidadania⁷. Ela se subdivide em propaganda partidária, intrapartidária, institucional e eleitoral.

A propaganda partidária consiste em promover o diálogo entre o partido e a sociedade, especificamente com a divulgação de sua ideologia, dos projetos desenvolvidos, dos valores e das propostas para a evolução

⁴ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 379.

⁵ AGRA, Walber de Moura. *Manual Prático de Direito Eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 150.

⁶ AGRA, Walber de Moura; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de Direito Eleitoral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 226.

⁷ CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 19.

social, cuja finalidade é captar membros para a agremiação. É importante registrar que a propaganda partidária gratuita foi extinta pelo art. 5º da Lei nº 13.487/2017, que revogou os dispositivos da Lei nº 9.096/1995 correlatos à matéria.⁸ Assim, em razão da supressão dessa gratuidade e do arrefecimento das ideologias no cotidiano, que foi suplantado por uma pragmática de conquista do poder, a propaganda partidária, factualmente, foi quase extinta como modalidade de mensagem política.

Por seu turno, a propaganda intrapartidária é aquela com o escopo de convencer os correligionários que vão participar da convenção de determinada agremiação a indicar o nome do filiado que almeja disputar o pleito eleitoral, a fim de que esse nome seja submetido ao registro perante a Justiça Eleitoral e esteja apto a concorrer no certame. Como no Brasil não há garantias para a vida intrapartidária, fazendo com que a autonomia das agremiações se transforme quase em absolutismo feudal (a maior parte dos órgãos estaduais e municipais são provisórios, podendo ser destituídos a qualquer momento, de acordo com a vontade da direção nacional), esse tipo de propaganda se configura em raríssima exceção, o que não ajuda na “renovação” e no “entusiasmo” no contexto *interna corporis*.

A propaganda institucional, por sua vez, é utilizada pelos órgãos públicos – com verba pública – para informar à sociedade sobre atos, programas, obras e serviços de caráter estritamente educativo, informativo ou de orientação social, como forma de promover efetivo prestígio ao princípio da publicidade, disposto como um dos princípios norteadores da administração pública (art. 37, § 1º, da Constituição Federal de 1988). Esse tipo de propaganda não deve, por hipótese alguma, ser transformada em instrumento para a perpetração de abuso

⁸ Art. 5º. Ficam revogados, a partir do dia 1º de janeiro subsequente à publicação desta lei, os arts. 45, 46, 47, 48 e 49 e o parágrafo único do art. 52 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.

de poder político, privilegiando candidatos, o que afronta o princípio da paridade de armas⁹.

Por fim, a propaganda eleitoral é feita por candidatos e partidos políticos, com a missão precípua de captar votos para investidura na representação popular. Está, portanto, umbilicalmente interligada ao processo eletivo, uma vez que busca obter a simpatia do eleitor por ocasião da escolha de seus governantes¹⁰. Pondera Edson Resende de Castro que a propaganda eleitoral deve ser a oportunidade para o debate de ideias e confronto de opiniões, sempre preservando a igualdade de armas entre os postulantes¹¹.

Vive-se em um período histórico denominado pós-moderno¹², visivelmente marcado pelo apogeu da era da informática, em que as noções de espaço e de tempo são transfiguradas. O espaço não permite mais limitações, e as distâncias são percorridas sem estorvos, à velocidade dos sinais eletrônicos. No contexto desse imediatismo exacerbado, inerente ao sujeito contemporâneo, a descartabilidade das coisas se tornou uma espécie de imperativo categórico. Vislumbra-se o fim das metanarrativas, mediante o rompimento com as estruturas preestabelecidas e com a deslegitimação do discurso universal, em que o homem se reconhece autor da própria história¹³. Zygmunt Bauman qualifica a sociedade pós-moderna como líquida, fluida, havendo subjugação das possíveis

⁹ “Na persecução do interesse público, o princípio da publicidade dos atos da Administração Pública não se revela absoluto, mas, antes, sofre restrições, em prol da manutenção da garantia da isonomia entre os candidatos, da moralidade e legitimidade do pleito.” (Ac. de 1º.8.2006 no AgRgREsp nº 25.786, rel. Min. Caputo Bastos.)

¹⁰ PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 254.

¹¹ CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e Prática do Direito Eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 220.

¹² VATTIMO, Gianni. *O Fim da Modernidade: Nihilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 9.

¹³ LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 15. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013, p. 28.

ontologias do cotidiano, em que a pós-verdade assume maior repercussão do que os próprios fatos¹⁴.

Nessa perspectiva, a sociedade, amorfa, passa a não reconhecer qualquer alternativa para si mesma, deixando de se questionar. Não se está a afirmar, nesse ponto, que a sociedade contemporânea se tornou inóspita para crítica; o que se enfatiza é que os significantes dos conteúdos propagandísticos veiculados podem ganhar autonomia na proporção do grau de educação política ou da alienação do tecido social. Essa ambiência é propícia ao desenlace do fenômeno da desinformação, causador de graves problemas na dinâmica democrática, máxime no período eleitoral, em que a criação de realidades fugidias aos parâmetros fáticos vem à tona com o cerne de impedir o exercício da liberdade política individual do eleitor.

Percebe-se, com isso, que a propaganda política se constitui elemento imprescindível do processo político, requisito intransponível para a vivência na sociedade. Sua relevância é, sobretudo, procedimental, haja vista que interfere nas decisões tomadas pela organização política, de modo a atingir todas as classes sociais, independentemente de nível cultural ou econômico. É que não adianta apenas conceber ao eleitor a distribuição igualitária do poder de voto; faz-se necessário propiciar o trânsito plural de ideias e de perspectivas, de sorte a impedir que o debate público seja capturado por pequenos grupos de poder político, econômico e cultural.

2 Conceito de propaganda eleitoral

Sabe-se que a legislação eleitoral não cuidou de delimitar o conceito de propaganda eleitoral, deixando esse desiderato para a doutrina e se limitando a fixar um lapso temporal específico. Ensina Pinto Ferreira

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 33.

que essa propaganda se configura como técnica de argumentação e de apresentação ao público, organizada e estruturada de tal forma a induzir conclusões ou pontos de vista favoráveis sobre seus anunciantes¹⁵. O fator teleológico é divulgar os candidatos que concorrem ao pleito e suas propostas, com o objetivo de pedir e de conquistar o voto do eleitor, de modo a oferecer aos candidatos oportunidade de exteriorizar seus anseios.

O prazo inicial para o começo da propaganda eleitoral é depois do dia 15 de agosto do ano em que se realiza a eleição. A instituição de limite inicial para veiculação dos conteúdos propagandísticos tem como razão de ser a manutenção do respeito à estabilidade das regras do jogo democrático, máxime quanto à efetivação da isonomia entre os *players*. O termo final da propaganda gratuita veiculada por meio de rádio e televisão é até a antevéspera do dia das eleições (art. 47, *caput*, da Lei nº 9.504/1997).

A propaganda realizada pela internet – isto é, aquela veiculada em sítio eleitoral, blog, sítio interativo ou social, em outros meios eletrônicos de comunicação do candidato ou no sítio do partido e ou da coligação – poderá ser mantida e alimentada normalmente. No entanto, é vedada, no dia da eleição, a publicação de novos materiais ou o impulsionamento de conteúdos nas aplicações de internet (art. 57-B c.c. art. 39, § 5º, IV, todos da Lei nº 9.504/1997). Já a propaganda implementada por meio da distribuição de material gráfico, carreata, passeata, caminhada ou carro de som que transite pela cidade divulgando *jingles* ou mensagens de candidatos pode ser realizada até as 22 horas da véspera da eleição (art. 39, § 9º, da Lei nº 9.504/1997).

Como representa ferramenta poderosíssima para garantir a adesão dos cidadãos, podendo mesmo fazer com que acontecimentos falsos assumam a veste de verdadeiros, a legislação eleitoral optou por regulá-la

¹⁵ PINTO FERREIRA, Luiz. *Código Eleitoral Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 88.

em seus pormenores, de modo que possa ser realizada de maneira igualitária por todos os candidatos, na tentativa de evitar o abuso de poder econômico.

A propaganda eleitoral se encontra, principalmente, embasada pelo princípio constitucional da liberdade, que permite aos personagens do processo eleitoral exercê-la dentro dos ditames estabelecidos. É importante salientar que essa liberdade de dispor acerca do conteúdo a ser divulgado é amparada constitucionalmente pela liberdade de expressão de pensamento e pela vedação da censura (art. 5º, IV e IX, da CF/1988). Nesse diapasão, preleciona o art. 41 da Lei nº 9.504/1997 que a propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não pode ser objeto de multa nem cerceada sob a alegação do exercício do poder de polícia ou da violação de postura municipal. Porém, se determinado candidato, partido ou coligação extrapolarem os limites impostos pela lei, a publicidade veiculada deixa de ser lícita.

É notório, diante das últimas alterações legislativas, o intento de diminuir o tempo de campanha, com a finalidade precípua de baratear os custos inerentes ao processo eleitoral. Todavia, suas consequências são conflitantes, pois o uso disseminado das redes sociais pressupõe diminuição nos custos, e o menor tempo de campanha apenas favorece os detentores do poder político, já conhecidos pelos eleitores, que dispõem da máquina pública para elegerem seus candidatos¹⁶.

¹⁶ Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição (Redação dada pela Lei nº 13.165/2015.)
[...]

Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos trinta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015.)

3 Propaganda eleitoral antecipada

Define-se como propaganda eleitoral antecipada toda aquela veiculada antes do período estabelecido em lei, ou seja, difundida antes do prazo determinado pelo legislador (art. 36, *caput*, da Lei nº 9.504/1997) – dia 16 de agosto do ano da eleição. A justificativa para a vedação de difusão de conteúdo propagandístico com a finalidade de captar votos do eleitorado antes do período legal se encontra no fato de que esse tipo de propaganda, além de criar desigualdades entre os candidatos, viola regras de arrecadação e de aplicação de recursos nas campanhas eleitorais, podendo ainda encobrir o abuso do poder econômico e político¹⁷. Conforme aponta Aline Osório, o limite temporal às propagandas eleitorais objetiva maximizar três objetivos principais, a saber: assegurar a todos os candidatos o mesmo elastério temporal para que realizem as atividades de captação de voto; mitigar a influência do poder econômico no pleito; e impedir que determinados competidores extraiam vantagens indevidas dos cargos públicos que ocupam¹⁸.

A existência de um marco temporal relativo à licitude da difusão da propaganda eleitoral adveio do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), ainda sob os eflúvios da ditadura militar. Para Alberto Rollo, a proibição da propaganda fora do período legal tinha o cerne de submeter o candidato aos desígnios partidários, impedindo-o de veicular suas ideias para captação de voto do eleitorado¹⁹.

Diante da confusão conceitual que sempre pairou sobre o instituto da propaganda antecipada e que propiciou campo fértil para proliferação de decisões fluidas e cambiantes, arrefecedoras do princípio da segurança

¹⁷ AGRA, Walber de Moura; CAVALCANTI, Francisco Queiroz. *Comentários à Nova Lei Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 59.

¹⁸ OSÓRIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 127.

¹⁹ ROLLO, Alberto. *Propaganda Eleitoral: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 48.

jurídica, foram instituídas várias reformas com a finalidade de efetivar balizas hermenêuticas seguras para enquadrar o conceito do que seria propaganda eleitoral antecipada. A Lei nº 12.034/2009 trouxe o novel art. 36-A, com a criação do conceito negativo de propaganda eleitoral antecipada, elencando rol exaustivo de condutas que não poderiam ser tipificadas como propaganda eleitoral extemporânea²⁰.

Posteriormente, a Lei nº 12.891/2013 acrescentou incisos ao art. 36-A, com a possibilidade de divulgação dos encontros para tratativas de fins político-eleitorais pelos meios de comunicação intrapartidários. Alargou-se o permissivo disposto no inciso IV para possibilitar a menção a possível candidatura, desde que não se fizesse pedido de votos. Viabilizou-se a manifestação política como forma de ato permitido no período pré-eleitoral, inclusive por meio das redes sociais²¹.

²⁰ Art. 36-A. Não será considerada propaganda eleitoral antecipada:

I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, desde que não haja pedido de votos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;

II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, planos de governos ou alianças partidárias visando às eleições;

III - a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; ou

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral.

²¹ Art. 36-A. Não serão consideradas propaganda antecipada e poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet:

I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;

II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária;

III - a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária e pelas redes sociais;

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos;

V - a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais. Parágrafo único. É vedada a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias.

Com a reforma promovida pela Lei nº 13.165/2015, alterou-se significativamente o referido preceptivo legal para permitir, desde que não envolva pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: realização de prévias partidárias e de respectiva distribuição de material informativo; divulgação de nomes dos filiados que participarão da disputa; realização de debates entre os pré-candidatos; divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais; e realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias.

Além disso, vedou-se a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias, sem prejuízo da cobertura dos meios de comunicação social. Por fim, o art. 36-A, por meio da Lei nº 13.488/2017, incluiu a permissão para a arrecadação prévia de recursos, na modalidade de *crowdfunding*, no rol de condutas permitidas no período de pré-campanha²².

Na esteira da cognominada Teoria do Gancho, Olivar Coneglian explana que, para uma mensagem anterior ao pleito ser caracterizada como propaganda eleitoral antecipada, ela deve levar o eleitor a pensar na próxima eleição, atrelando-se diretamente a ela. Como ilação, a mensagem propagandística que fizer referência a outra finalidade ou a conteúdo eminentemente propagandístico, por exemplo, deve ser

²² Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: (Redação dada pela Lei nº 13.165/2015)
[...]

VII - campanha de arrecadação prévia de recursos na modalidade prevista no inciso IV do § 4º do art. 23 desta Lei (Incluído pela Lei nº 13.488/2017).

entendida como um evento irrelevante para o Direito Eleitoral, uma vez que não atingirá o bem jurídico tutelado pela norma: a paridade de armas entre os postulantes²³.

No que se refere, especificamente, à configuração da propaganda antecipada, antes da Lei nº 13.165/2015, o Tribunal Superior Eleitoral entendia que poderia se dar pela via explícita ou pela subliminar, uma vez vazada de maneira implícita ou subjacente. Nesses casos, fazia-se necessário examinar todo o contexto em que se deram os fatos, não devendo ser observado tão somente o texto da mensagem mas também outras circunstâncias, tais como imagens, fotografias, meios, número e alcance da divulgação²⁴. Anteriormente às alterações introduzidas pela Lei nº 13.165/2012 e ao novo entendimento consagrado pelo TSE, configurava-se como propaganda eleitoral antecipada qualquer manifestação que levasse ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura ao futuro pleito, as diretrizes políticas a serem implementadas no caso de vitória e as razões que levassem a inferir que o beneficiário seria o mais apto para o exercício da função pública²⁵.

²³ CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 207.

²⁴ “Agravos regimentais. Recurso especial. Seguimento negado. Representação. [...] Propaganda eleitoral antecipada. Configuração. [...] 3. A jurisprudência do TSE já pacificou entendimento segundo o qual, para averiguar a eventual existência de propaganda eleitoral extemporânea, cabe à Corte Regional não apenas observar a literalidade da mensagem, mas, também, todos os outros fatos que lhe são circunscritos. [...]” (Ac. de 12.5.2011 no AgR-REspe nº 197990, rel. Min. Marcelo Ribeiro.) “A configuração da propaganda eleitoral extemporânea exige que seja levado ao conhecimento do público em geral referência à pretensa candidatura ou a pedido de votos. *In casu*, a decisão regional asseverou que ‘a orientação jurisprudencial do TSE indica que [...]’. A fim de verificar a existência de propaganda subliminar, com propósito eleitoral, não deve ser observado tão-somente o texto dessa propaganda, mas também outras circunstâncias, tais como imagens, fotografias, meios, número e alcance da divulgação. [...]’. Portanto, a associação de imagem, nome, logomarca típica de campanha e nome do partido não deixa margem que permita afastar a ‘veiculação, ainda que de forma dissimulada, de uma candidatura ou da intenção de se candidatar’” (fls. 60) e que “é possível a configuração de propaganda eleitoral extemporânea subliminar, quando seus mais variados elementos demonstram a intenção do pretendo candidato de convencer o eleitor de que ele está apto ao exercício da função pública” (fls. 60). Agravo regimental desprovido. (Agravo de Instrumento nº 7112, Acórdão, rel. Min. Luiz Fux, publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, data 4.9.2015, p. 311-312.)

²⁵ “[...] Propaganda Eleitoral Antecipada. Configuração [...] 2. A jurisprudência deste Tribunal já se firmou no sentido de que configura propaganda eleitoral antecipada qualquer manifestação que, previamente aos três meses anteriores ao pleito e fora das exceções previstas no artigo 36-A da

Questão tormentosa no âmbito da propaganda eleitoral antecipada diz respeito à ausência de marco temporal para o início da incidência para sua caracterização. Diante disso, entende-se que o evento pode ocorrer a qualquer tempo, muito embora o período mais acentuado para seu acontecimento seja no ano em que o pleito será realizado. Alerta Rodrigo López Zílio, nessa contextura, que a delimitação de critério temporal pode importar, por vias transversas, em estímulo à inesgotável prática de propaganda eleitoral antecipada, tornando, bem por isso, a véspera do pleito eleitoral um período deveras conturbado e litigioso²⁶.

Registre-se que o Tribunal Superior Eleitoral já se manifestou a respeito do assunto na resposta à Consulta nº 559/DF, formulada pelo Diretório Nacional do Partido Progressista Brasileiro (PPB) e relatada pelo Ministro Walter Costa Porto. Na ocasião, o TSE deixou claro inexistir *dies a quo* para que fosse deflagrada a propaganda antecipada.²⁷ Atualmente, a jurisprudência do TSE fixou entendimento de que o grande lapso temporal existente entre a data da veiculação de publicidade prematura e o início do período eleitoral já afastaria a possibilidade de se enquadrar a conduta no que prevê o art. 36 da Lei nº 9.504/1997²⁸.

Lei nº 9.504/1997, leve ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura ao futuro pleito ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública. Precedentes. [...]” (Ac. de 1º.10.2013 no AgR-AI nº 3572, rel. Min. Dias Toffoli.)

²⁶ ZÍLIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas)*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 286.

²⁷ Consulta. Delegado nacional. Partido Progressista Brasileiro (PPB). Respondido negativamente, quanto aos primeiro e segundo itens. Quanto ao terceiro, não há marco inicial de proibição. O que a lei estabelece e um marco inicial de sua permissão (art. 36, *caput*, da Lei 9.504/1997). (Consulta nº 559, Resolução, rel. Min. Costa Porto, publicação: *Diário de Justiça (DJ)*, data 27.12.1999, p. 2.)

²⁸ Eleições 2014. Recurso nominado. Representação. Art. 36 da Lei nº 9.504/1997. Suposta propaganda eleitoral antecipada. *Site* na internet. Presidente da República. Não configuração. Provimento. 1. O grande lapso temporal existente entre a data em que a suposta publicidade esteve disponível e o início do período eleitoral, julho de 2014, afasta a mácula dos arts. 36 e 57-A da Lei nº 9.504/1997. 2. Na espécie, a criação do sítio eletrônico e o conteúdo nele veiculado espelhavam apenas um sentimento particular com a finalidade de angariar apoio a uma ideia de candidatura, e não, propriamente, postular votos para um candidato que jamais afirmou pretender lançar-se como tal. 3. Recurso nominado provido. Representação julgada improcedente. (Representação nº 57293, Acórdão, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Publicação: Publicado em Sessão (PSESS), data 5.8.2014). Ainda nesse sentido: Representação nº 060114373, Acórdão, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, Tomo 168, data 21.8.2018.

Saliente-se que a falta de parâmetro concernente à fixação de um período de tempo pode aguçar os sentidos dos atores do jogo democrático para criarem protótipos profanadores dos princípios caros ao Direito Eleitoral, especialmente os da isonomia e da higidez do pleito. Diante dessa anomia sobre os marcos temporais da campanha eleitoral, que não é despidendo, pode-se tomar como parâmetro que qualquer propaganda política que tenha consequências eleitorais, destoando dos parâmetros legais, deve ser considerada como propaganda antecipada²⁹. Todavia, como será doravante explanado, esse conceito perde, em muito, sua relevância.

4 Os paradigmas do art. 36-A

O desiderato para a criação da propaganda antecipada era impedir aqueles candidatos que fossem detentores de poder econômico de começar mais cedo suas campanhas, não respeitando o início do prazo para veiculação de propaganda eleitoral, com o intuito de obterem vantagem, o que desequilibraria o pleito eleitoral em virtude do acinte ao princípio da paridade das armas. A propaganda eleitoral extemporânea, além de criar desigualdades entre os candidatos, viola regras de arrecadação e de aplicação de recursos nas campanhas eleitorais e pode camuflar o abuso do poder econômico e político.

Apartir da alteração legislativa, deixou-se de se considerar como ilícitos eleitorais, punidos com multa excessivamente alta, que variava de 5 a 25 mil reais, muitas condutas que praticamente vedavam manifestações políticas. É evidente que esses impedimentos eram constantemente descumpridos porque os candidatos que não eram conhecidos ou estavam em desvantagem eleitoral tinham que começar suas campanhas mais cedo.

²⁹ Sustenta Carlos Neves Filho, nessa linha argumentativa, que possuindo viés eleitoral específico em período proscrito pela legislação, resta caracterizada a propaganda eleitoral antecipada, devendo prevalecer a isonomia entre os candidatos sobre a liberdade de expressão, independentemente, em que época do período de proibição foi veiculada. NEVES FILHO, Carlos. *Propaganda Eleitoral e o Princípio da liberdade da Propaganda Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 60.

É importante registrar que, muito embora o TSE já estivesse a percorrer caminhos hermenêuticos para fins de reduzir o campo de incidência da propaganda eleitoral antecipada, a Ministra Rosa Weber, por ocasião do julgamento da Consulta nº 246-31.2016³⁰, aventava a possibilidade de aferição de situações nas quais a ausência de pedido explícito de voto pudesse caracterizar tal tipo de propaganda³¹, sendo necessário proceder à análise de elementos circundantes para a possível tipificação de mencionada propaganda. Sustenta a Ministra que a ênfase que tem sido dada ao debate sobre a existência ou não de pedido explícito de voto pode induzir à conclusão errônea de que, não havendo seu pedido explícito, tudo é permitido. Para a Ministra, o que o art. 36-A fez foi enumerar uma série de condutas as quais não serão consideradas propaganda antecipada, desde que não haja, obviamente, pedido expresso de voto,

³⁰ Consulta. Lei nº 9.504/1997. Art. 36-A. Nova redação. Lei nº 13.165/2015. Interpretação. Propaganda eleitoral antecipada. Atos de pré-campanha. Os parâmetros para o conhecimento de questão em consulta devem ser extremamente rigorosos, sendo imprescindível que os questionamentos sejam formulados de forma simples e objetiva, sem que haja a possibilidade de se dar múltiplas respostas ou estabelecer ressalvas. Precedentes. Consulta não conhecida. (Consulta nº 24631, Acórdão, rel. Min. Rosa Weber, publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, data 30.8.2016, p. 105-106.)

³¹ A Ministra Rosa Weber ancorou-se nos seguintes precedentes do TSE: “Eleições 2012. Representação. Propaganda eleitoral extemporânea. Caracterização ante as peculiaridades do caso. Prévio conhecimento. Pagamento de multa. Art. 37, § 3º, da Lei nº 9.504/1997. Reexame. Súmula nº 279/STF. Precedentes. 1. O Tribunal Regional Eleitoral, ao analisar o conjunto probatório, fez o correto enquadramento jurídico dos fatos e constatou a existência de propaganda eleitoral antecipada consubstanciada em: a) participação de pré-candidato em festa no sítio de propriedade de liderança política local, com nítido intuito propagandístico; b) distribuição de fitas vermelhas, cor característica do seguimento político, durante o carnaval de 2010. 2. É firme a jurisprudência do TSE no sentido de ser possível, ante as peculiaridades do caso, considerar caracterizada a propaganda eleitoral extemporânea, ainda que ausentes o pedido de voto, a menção à candidatura e a ciência prévia pelo beneficiário da propaganda. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido”. (AgR-REspe 569, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19.8.2014, *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, data 11.9.2014, p. 89); Agravo regimental. Agravo nos próprios autos. Recurso especial. Propaganda eleitoral extemporânea. Configuração. Reexame. Fatos e provas. Vedação. Súmulas nºs 7/STJ e 279/STF. Desproimento. Para a verificação da propaganda extemporânea, faz-se necessária a análise de todo o contexto em que se deram os fatos. Assim, deve-se respeito às peculiaridades de cada caso, o qual se dá pela cognição exauriente de fatos e provas realizada nas instâncias ordinárias. A reforma dessa premissa, na instância especial, encontra óbice no disposto na Súmula nº 279/STF. Agravo regimental desprovido”. (AgR-Al 73027, rel. Min. Luciana Lóssio, julgado em 17.10.2013, *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)* 14.11.2013, p. 38.)

todavia, aventou a possibilidade de propaganda antecipada sem o pedido explícito, dependendo do contexto³².

Em linha de compreensão diametralmente oposta à propugnada pela Ministra Rosa Weber, o TSE reformulou o entendimento jurisprudencial para assentar que a aferição de propaganda eleitoral antecipada deve ser realizada a partir de dados e de elementos objetivamente considerados, e não conforme intenção oculta de quem a promoveu³³. Vale dizer, desconsidera-se o *animus* de quem veicula o conteúdo propagandístico, para proceder somente à análise formal quanto à presença ou não de pedido explícito de voto³⁴. Prevalece, com isso, o entendimento de que, para a configuração de propaganda eleitoral antecipada, o pedido de

³² Destaque-se que, mesmo acompanhando o entendimento do Colegiado, a Ministra Rosa Weber faz constar a ressalva do seu entendimento pessoal, como ocorreu no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 34342 e do Recurso Especial Eleitoral nº 825.

³³ AgR-REspe 85-18ISP, rel. Min. Admar Gonzaga, publicado no *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)* de 13.9.2017.

³⁴ Direito Eleitoral e Processual Civil. Agravo interno em recurso especial eleitoral. Eleições 2016. Representação. Propaganda eleitoral antecipada. Art. 36-A da Lei nº 9.504/1997. Ausência de pedido explícito de votos. Desprovidimento. 1. A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral firmou entendimento no sentido de que é necessário o pedido explícito de votos para configurar a publicidade antecipada, nos termos do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997. Precedentes. 2. O TSE reconhece dois parâmetros para afastar a caracterização de propaganda eleitoral antecipada: (i) a ausência de pedido explícito de voto; e (ii) a ausência de violação ao princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos. Em relação ao primeiro parâmetro, esta Corte fixou a tese de que, para a configuração de propaganda eleitoral antecipada, o pedido de votos deve ser, de fato, explícito, vedada a extração desse elemento a partir de cotejo do teor da mensagem e do contexto em que veiculada. Precedentes. 3. No caso, extrai-se da moldura fática delineada no acórdão regional que não houve o pedido explícito de votos pelo agravado. A mensagem veiculada no adesivo fixado em veículo está, assim, acobertada pela liberdade de expressão. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (Recurso Especial Eleitoral nº 640, Acórdão, rel. Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, data 9.11.2018, p. 47-48). Agravo regimental. Recurso especial. Eleições 2016. Representação. Propaganda antecipada. Art. 36-A da Lei 9.504/1997. Facebook. Fotos com o número e sigla do partido. Divulgação. Pré-candidatura. Possibilidade. Pedido explícito de voto. Ausência. Desprovidimento. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior firmada para as Eleições 2016, a configuração de propaganda eleitoral extemporânea – art. 36-A da Lei nº 9.504/1997 – pressupõe pedido explícito de votos. 2. No caso dos autos, mera divulgação de fotos em rede social de pessoas junto ao pré-candidato, “portando cartazes com o número e a sigla do partido por meio do qual viria a se candidatar” (fls. 157-158), configura apenas divulgação de pré-candidatura, o que é admitido pela norma de regência e encontra amparo no vigente entendimento do Tribunal Superior Eleitoral acerca do tema. 3. Agravo regimental desprovido. (Recurso Especial Eleitoral nº 13969, Acórdão, rel. Min. Jorge Mussi, publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, Tomo 212, data 23.10.2018, p. 7.)

votos deve ser explícito, vedada a extração desse elemento a partir de cotejo do teor da mensagem e do contexto em que veiculada³⁵.

Os contornos atuais do art. 36-A exsurgiram por ocasião do julgamento do REspe 51-24/MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, no qual restou assentada a existência de dois parâmetros para afastar a caracterização de propaganda eleitoral extemporânea, a saber: a ausência de pedido explícito de voto e a ausência de ato atentatório à isonomia, à higidez do pleito e à moralidade³⁶. Realizou-se, no julgamento desse *hard case*, a ponderação entre dois cânones jusfundamentais: o direito à liberdade de expressão e à igualdade de oportunidades. Alinhou-se, na oportunidade, ao uso da *theory of preferred position of freedom speech*, haja vista que como as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício das outras liberdades, devem repousar em uma posição de preferência em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados³⁷.

³⁵ Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Propaganda antecipada. *Link* patrocinado. Facebook. Ato parlamentar. Divulgação de empreendimento da prefeitura. Pedido de voto não configurado. Condenação de multa afastada. [...] 3. É cediço que as balizas traçadas no art. 36-A da Lei das Eleições – com a redação dada pela Lei nº 13.165/2015 (minirreforma eleitoral) – flexibilizaram a divulgação de atos de pré-campanha, ampliado o espectro de manifestação dos candidatos na disputa eleitoral. 4. Ao exame do AgR-AI nº 9-24, rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e do AgR-REspe nº 43-46, rel. Min. Jorge Mussi, prevalecente a tese de que, para a configuração de propaganda eleitoral antecipada, o pedido de votos deve ser explícito, vedada a extração desse elemento a partir de cotejo do teor da mensagem e do contexto em que veiculada, ressalvado o meu ponto de vista em sentido diverso. 5. Inexistente pedido de voto nas mensagens compartilhadas por intermédio do Facebook do agravado, limitada a divulgar ato parlamentar – participação, enquanto Vereador de Recife/PE, da entrega de empreendimento municipal –, não extrapolados os contornos da liberdade de manifestação legitimada no art. 36-A da Lei das Eleições. Precedentes. 6. Descaracterizada como propaganda antecipada a divulgação de ato parlamentar, irrelevante se perquirir a utilização da ferramenta patrocinada (art. 57-C da Lei nº 9.504/1997 com a redação vigente à época dos fatos). Conclusão Agravo regimental não provido (Recurso Especial Eleitoral nº 14933, Acórdão, rel. Min. Rosa Weber, Publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, data 21.8.2018). AgR-AI nº 9-24, rel. Min. Tarcísio Vieira e do AgR-REspe nº 43-46, rel. Min. Jorge Mussi.

³⁶ Recurso Especial Eleitoral nº 5124, Acórdão, rel. Min. Luiz Fux, publicação: Publicado em Sessão (PSESS), data 18.10.2016.

³⁷ “Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social

Posteriormente, por ocasião do julgamento do AgRg no AI nº 9-24 e do AgRg no REspe nº 43-46, o TSE, por maioria, fixou as seguintes balizas:

- a) o pedido explícito de votos, entendido em termos estritos, caracteriza a realização de propaganda antecipada irregular, independentemente da forma utilizada ou da existência de dispêndio de recursos; b) os atos publicitários não eleitorais, assim entendidos aqueles sem qualquer conteúdo direta ou indiretamente relacionados com a disputa, consistem em “indiferentes eleitorais”, situando-se, portanto, fora da alçada desta Justiça Especializada; c) o uso de elementos classicamente reconhecidos como caracterizadores de propaganda, desacompanhado de pedido explícito e direto de votos, não enseja irregularidade per se; todavia, a opção pela exaltação de qualidades próprias para o exercício de mandato, assim como a divulgação de plataformas de campanha ou planos de governo acarreta, sobretudo quando a forma de manifestação possua expressão econômica minimamente relevante, os seguintes ônus e exigências: (i) impossibilidade de utilização de formas proscritas durante o período oficial de propaganda (*outdoor*, brindes, etc.); e (ii) respeito ao alcance das possibilidades do pré-candidato médio.

Com base nesses critérios, afastaram-se da conceituação de propaganda eleitoral antecipada as mensagens ou as imagens em que o pré-candidato ou alguma outra pessoa faz na internet e em outras formas de mídia social a menção à pretensa candidatura ou exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, conforme se aduz do conteúdo deontológico da redação do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997. Agasalharam-se várias condutas que não podem ser definidas como propaganda antecipada, considerando-as como propagandas lícitas, albergadas expressamente pelo ordenamento jurídico, inclusive com transmissão pelas redes sociais³⁸.

ou de massa. [...] Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados”. BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade*. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. III, p. 105-106.

³⁸ Eleições 2016. Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Representação. Propaganda eleitoral extemporânea. Reunião. Divulgação no Facebook. Não configuração. Ausente pedido explícito de votos ou menção expressa à candidatura futura. Art. 36-A da Lei nº 9.504/1997. Reexame de fatos e provas. Vedação. Súmula nº 24/TSE. Histórico da demanda 1. Contra acórdão do TRE/PB pelo qual julgado improcedente o pedido formulado na representação por propaganda eleitoral extemporânea em face de, interpueram recursos especiais o Ministério Público Eleitoral e Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). 2. Negado seguimento

Não obstante vedado o pedido explícito de voto, em todas as atividades supramencionadas são permitidos o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver, permissão que não se aplica aos profissionais de comunicação social no exercício da profissão (§§ 2º e 3º do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997).

Depois das disposições normativas do art. 36-A, não há mais sentido em se falar em propaganda eleitoral implícita por meio de mensagens subliminares que acontecia muito na apresentação de propostas e na exaltação das qualidades pessoais dos candidatos. Como houve restrição drástica do campo de incidência da propaganda extemporânea, a ilação que se depreende resulta que não há impedimento à propaganda eleitoral explícita, sendo despidiendo mencionar a implícita³⁹.

aos recursos especiais, monocraticamente, aplicadas as Súmulas nºs 28 e 30/TSE. Do agravo regimental 3. Prevalece, nesta Corte Superior, o entendimento de que, para a configuração de propaganda eleitoral antecipada, o pedido de votos deve ser explícito, vedada a extração desse elemento a partir de cotejo do teor da mensagem e do contexto em que veiculada (AgR-AI nº 9-24, rel. Min. Tarcísio Vieira e do AgR-REspe nº 43-46, rel. Min. Jorge Mussi). Ressalva do ponto de vista da relatora. 4. No caso, o Tribunal de origem assentou não configurada a veiculação de propaganda eleitoral extemporânea consubstanciada em reunião realizada pelo agravado juntamente com correligionários, divulgada no Facebook, ausente pedido explícito de voto, com fulcro no art. 36-A da Lei nº 9.504/1997. 5. Conclusão em sentido diverso demandaria nova incursão no acervo fático-probatório, procedimento vedado na instância especial, a teor da Súmula nº 24/TSE. Conclusão Agravo regimental conhecido e não provido. (Recurso Especial Eleitoral nº 5237, Acórdão, rel. Min. Rosa Weber, publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, Tomo 171, data 24.8.2018, p. 73-74.)

³⁹ Eleições 2018. Representação. Propaganda eleitoral antecipada. Improcedência. 1. De acordo com a jurisprudência mais recente desta Corte, cuja formação antecede à edição da Lei nº 13.165/2015, o mero ato de promoção pessoal, sem pedido explícito de voto, não caracteriza a propaganda eleitoral antecipada. 2. “Com o advento da Lei nº 13.165/2015 e a consequente alteração sucedida no âmbito do art. 36-A da Lei das Eleições, bem como até mesmo já considerando a evolução jurisprudencial do tema, a configuração da infração ao art. 36 da Lei nº 9.504/1997, em face de fatos relacionados à propaganda tida por implícita, ficou substancialmente mitigada, ante a vedação apenas ao pedido explícito de votos e com permissão da menção à pré-candidatura, exposição de qualidades pessoais e até mesmo alusão a plataforma e projetos políticos (art. 36-A, I)” (REspe 85-18, rel. Min. Admar Gonzaga, *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, data 13.9.2017). 3. A decisão judicial que superar os permissivos legais da propaganda eleitoral, inclusive o art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, deve considerar os direitos à livre manifestação de pensamento e à informação e ser fundada em elementos objetivos demonstráveis nos autos, e não na subjetividade do julgador ou na intenção oculta de quem veiculou a propaganda. 4. Uma vez observadas as balizas legais, os eleitores, os candidatos, os partidos e os órgãos de imprensa têm plena liberdade de veicular atos, fatos e manifestações de cunho político, ainda que impliquem elogios ou críticas a determinada figura. A regra, em um

Planteia-se que a energia despendida pela Justiça Eleitoral para impedir as outrora propagandas antecipadas deveria ser canalizada para o cerceamento da “compra de voto” e do abuso do poder econômico e político. Dessa forma, toda a antiga jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais terá de ser revista para se adequar à nova hermenêutica perfilhada, no que provoca o relego de todas as decisões proferidas sobre a matéria.

5 Desdobramentos da extinção jurídica da propaganda antecipada

Depois da entrada no mundo jurídico do referido art. 36-A, a denominada propaganda antecipada, apesar de ainda ostentar validade, sofreu redução drástica em seu campo de incidência, passando a ostentar validade residual. Em verdade, tem-se que a referida reforma realizada em 2015 foi deveras contraditória: de um lado, restringiu o período eleitoral para 45 dias; de outro, flexibilizou o conceito de propaganda extemporânea, permitindo diversas condutas que eram proibidas, no que tornou o período de propaganda mais elástico.

Consonante o atual programa normativo, a propaganda eleitoral antecipada ficou bastante mitigada – tornou-se quase uma figura mitológica – porque ela somente pode ser subsumida quando o candidato, expressamente, pedir votos ou quando houver a convocação de redes de radiodifusão para divulgação de atos que denotem propaganda política ou ataques a partidos políticos ou seus filiados ou instituições (art. 36-B da Lei das Eleições)⁴⁰. Todas as outras condutas que antes eram

regime democrático, é a livre circulação de ideias. 5. No caso, além de a mensagem veiculada ter consistido em ato de mera promoção pessoal, sem pedido explícito de voto, não há prova do prévio conhecimento do beneficiado a respeito da propaganda supostamente extemporânea, o que impede a aplicação de multa. Representação julgada improcedente. Agravo regimental prejudicado. (Representação nº 060116194, Acórdão, rel. Min. Admar Gonzaga, publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, Tomo 55, data 20.3.2018.)

⁴⁰ Art. 36-B. Será considerada propaganda eleitoral antecipada a convocação, por parte do Presidente da República, dos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo

consideradas ilícitas foram permitidas. Assim, não há mais sentido na subsistência do conceito da propaganda extemporânea, haja vista que o pré-candidato pode pedir apoio político, exaltar suas qualidades, realizar encontros ou propor projetos sem que qualquer tipo de admoestação lhe seja imputada⁴¹.

Como foi explicitado, houve redução quase que completa do campo de incidência da propaganda antecipada porque se permitiram várias condutas que detêm a taxionomia eminentemente política, como menção expressa à pretensa candidatura, exaltação de qualidades pessoais, permissão de encontros partidários e com entidades da sociedade civil, demonstração de posicionamentos políticos, inclusive com ampla cobertura por parte dos vários instrumentos presentes nas redes sociais. Não existe mais funcionalidade pragmática para a existência da subsunção da campanha antecipada quando houver o pedido explícito de voto, em razão de que essa amplitude de veiculação de narrativas políticas permite perfeitamente a captação da vontade política do eleitor, sem a necessidade de qualquer forma de solicitação. Aliás, essa forma de captação eleitoral tornou-se um relicário paleolítico da legislação eleitoral diante de sua ineficácia, da mesma forma que a convocação de redes de radiodifusão com finalidade eleitoral, pois seu enquadramento se configurou em um equívoco, já que representa uma forma de abuso de poder político.

Tribunal Federal, de redes de radiodifusão para divulgação de atos que denotem propaganda política ou ataques a partidos políticos e seus filiados ou instituições.

⁴¹ Agravo regimental. Recurso especial. Eleições 2016. Representação. Propaganda antecipada. Art. 36-A da Lei nº 9.504/1997. Facebook. Fotos com o número e sigla do partido. Divulgação. Pré-candidatura. Possibilidade. Pedido explícito de voto. Ausência. Desprovemento. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior firmada para as Eleições 2016, a configuração de propaganda eleitoral extemporânea – art. 36-A da Lei nº 9.504/1997 – pressupõe pedido explícito de votos. 2. No caso dos autos, mera divulgação de fotos em rede social de pessoas junto ao pré-candidato, “portando cartazes com o número e a sigla do partido por meio do qual viria a se candidatar” (fls. 157-158), configura apenas divulgação de pré-candidatura, o que é admitido pela norma de regência e encontra amparo no vigente entendimento do Tribunal Superior Eleitoral acerca do tema. 3. Agravo regimental desprovido. (Recurso Especial Eleitoral nº 13969, Acórdão, rel. Min. Jorge Mussi, Publicação: *Diário de Justiça Eletrônico (DJe)*, Tomo 212, data 23.10.2018, p. 7.)

Liberaram-se de cominação vários atos de manifestação política que poderiam ser utilizados perfeitamente para o proselitismo político, como entrevistas e debates públicos, encontros partidários, congressos e mobilizações partidárias – todos eventos que se realizam na seara da normalidade – que tornam sem sentido o impeditivo de pedido explícito de voto. A contradição maior é que se vedou estratégia secundária de proselitismo político, permitindo-se vasta gama de opções para a conquista do voto do eleitor.

Igualmente, como sentido principalmente nas eleições de 2018, houve maior concretização da campanha virtual, realizada através das mais variadas formas de mídias sociais, com diminuição – que crescerá ao longo das novas eleições – da campanha eleitoral material, realizada nas ruas. Não que essa possa ser relegada, mas pela amplitude de alcance, pela criação de um mundo pós-real, pela instantaneidade de informações, pela facilidade de seu acesso, etc., cada vez mais haverá a primazia da campanha virtual nos processos eleitorais.

De outra parte, essa forma de propaganda, em relação a seu alcance e sua eficácia, constitui-se em modalidade mais barata do que a propaganda física, veiculada nas ruas. Mesmo que a opção pela propaganda eleitoral por meio de “disparos” e de impulsionamento de conteúdos no âmbito das redes sociais possa custar vários milhões, esse tipo de propaganda igualmente pode ser realizado de forma eficaz, sem grandes recursos técnicos e sem maiores gastos.

Pelas peculiaridades dessa forma de propaganda, as tentativas de seu cerceamento e de impor-lhe obstáculos se mostram pouco eficazes. Como ela se constitui em ferramenta indissociável do processo eleitoral, podendo haver estratégias de comunicação mais eficientes e sem grandes custos, há vários exemplos disso em nível nacional e internacional, no que não faz mais sentido seu enquadramento como propaganda antecipada.

A fixação de termo para o início da propaganda eleitoral apenas faz sentido para aquela que ocorre no mundo real, nas atividades políticas ocorridas nas várias localidades da sociedade. Esse prazo inicial, todavia, não pode suplantiar o direito fundamental à liberdade de expressão e de participação política. Quarenta e cinco dias de campanha é surreal, ainda mais quando os custos financeiros, em razão da propaganda nas redes sociais, sofrem redução. Esse período premia os detentores do poder político e estimula a oposição a burlar a legislação para que sua mensagem possa alcançar o eleitorado. Pondera-se que o prazo anterior de 90 dias era algo muito razoável, permitindo a expressão do direito fundamental de participação política, com todos seus apanágios.

Como não existem campanhas de rua sem o alicerce em grandes estruturas que forçosamente acarretam fortes gastos financeiros não existem incentivos para que ela comece antes do termo inicial. Sua função será totalmente desempenhada pela propaganda nas redes sociais, havendo várias candidaturas que concentrarão majoritariamente seus esforços na veiculação de sua mensagem de forma virtual. Além do que, como apresentam impacto visual de fácil percepção, sua fiscalização demandará menores esforços por parte da Justiça Eleitoral. Em um país em que há grande contingente de hipossuficientes, infelizmente, o que continuará a ocorrer no período eleitoral ou antes dele, são os vários ilícitos ligados ao abuso de poder econômico e político, que ainda continuam a ser instrumentos para a conquista e manutenção do poder.

A grande questão, ponto nodal de toda essa discussão, restringe-se na clareza e na eficiência do registro dos gastos eleitorais, tanto das manifestações virtuais como naquelas físicas. Mesmo havendo a possibilidade de que as campanhas nas redes sociais não necessitem de grandes valores financeiros, resta indubitável que o poder econômico igualmente pode não equiparar o conceito abstrato de igualdade de armas na propaganda virtual. A fiscalização financeira tem de ser

realizada de forma muito rígida e criteriosa, o que não é muito difícil porque os “impulsos” e os “disparos” são realizados por poucas empresas que detêm controle sobre as plataformas. O que deveria ser estabelecido seria um prazo para que essa fiscalização tivesse início, no que poria fim à infundável discussão a esse respeito. Como sugestão ela poderia começar no início do ano, mesmo sabendo que as comunidades podem ser formadas antes do ano eleitoral por meio de “impulsos” e de “disparos”, e depois apenas mantidas por meio de informações.

De qualquer maneira, o art. 36-A e a possibilidade de propaganda eleitoral nas redes sociais demandam modificação completa na conceituação de propaganda eleitoral antecipada, deprecando-se sua extinção. Portanto, as duas formas do que resta como sua denominação não têm mais razão de existência. Uma devido à falta de funcionalidade e a outra pelo equívoco em seu enquadramento normativo. A melhor alameda que se descortina é a extinção jurídica, com sua ab-rogação, por ausência de *telos* pragmático, da conceituação de propaganda antecipada, enquadrando-se os acintes cometidos na propaganda eleitoral como propaganda irregular e crimes eleitorais.

6 Considerações finais

Pode-se asseverar, depois da entrada em vigor do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, que a conceituação da propaganda antecipada, apesar da manutenção de sua validade, perdeu seu escopo teleológico, pois, com a mencionada estrutura normativa, seu campo de incidência foi quase que totalmente mitigado. Ou seja, diante de tantas possibilidades de captar o voto do eleitor, o pedido explícito de voto se mostra despidendo. Mesmo as tentativas pretorianas de avolumar o espaço de incidência para a propaganda antecipada, considerando seu contexto, apesar de colidir com a *mens legis* da alteração, não se mostra factível de propiciar maior tônus ao mencionado conceito.

A questão crucial não é o lapso temporal da permissão de veiculação da propaganda eleitoral, haja vista que a dinâmica das redes sociais não permite, realisticamente, outro posicionamento que não seja o de sua liberdade, com uma normatização factível para evitar excessos. O maior desafio é a fiscalização dos recursos que são despendidos para fins de veiculação da propaganda eleitoral, os quais devem ser determinados com a maior clareza para a veiculação de mensagens virtuais e reais. A funcionalidade da propaganda antecipada foi ferida mortalmente, sendo pungente a ab-rogação de sua validade para o aperfeiçoamento do sistema eleitoral, possibilitando que a Justiça Eleitoral direcione suas energias para atividades mais pungentes, evitando que ela siga no hercúleo e improdutivo trabalho de Sísifo.

Referências

AGRA, Walber de Moura. *Manual Prático de Direito Eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

AGRA, Walber de Moura; CAVALCANTI, Francisco Queiroz. *Comentários à Nova Lei Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

AGRA, Walber de Moura; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de Direito Eleitoral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e Prática do Direito Eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 15. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013.

NEVES FILHO, Carlos. *Propaganda Eleitoral e o Princípio da Liberdade da Propaganda Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PINTO FERREIRA, Luiz. *Código Eleitoral Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ROLLO, Alberto. *Propaganda Eleitoral: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

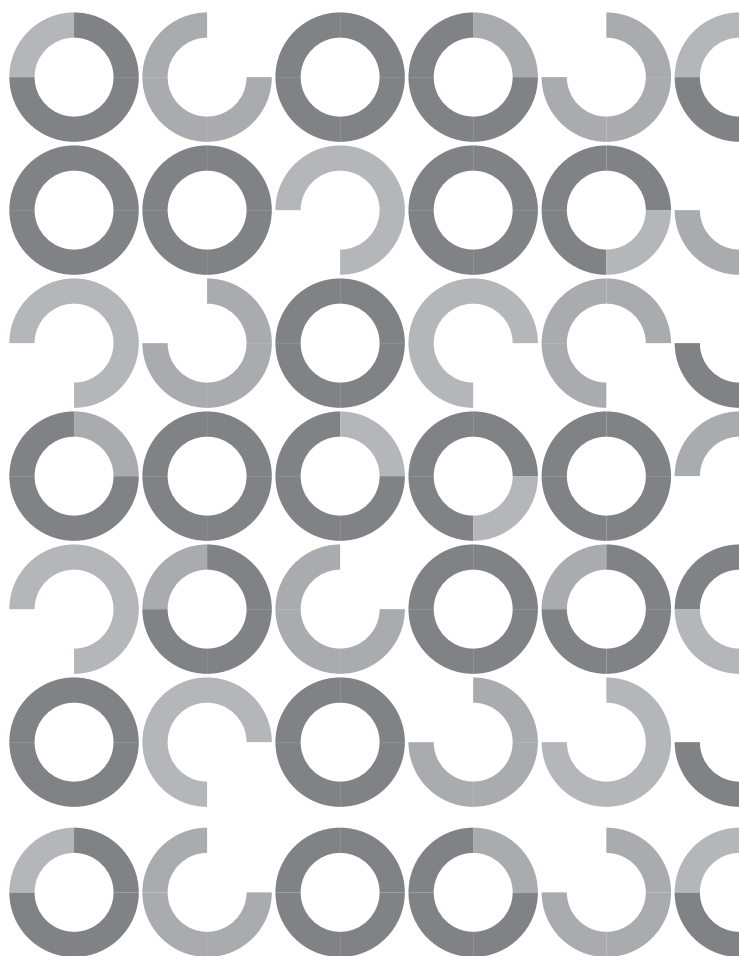
VATTIMO, Gianni. *O Fim da Modernidade: Niilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

ZÍLIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral: da convenção à prestação de contas*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

ESTUDOS ELEITORAIS
NA HISTÓRIA

O VOTO SECRETO NO BRASIL

MÁRIO PINTO SERVA



O VOTO SECRETO NO BRASIL¹

THE SECRET VOTE IN BRAZIL

MÁRIO PINTO SERVA²

RESUMO

Este artigo discorre sobre a instituição do voto secreto e da Justiça Eleitoral no Brasil. Apresenta momentos históricos importantes para a formação da identidade democrática brasileira e faz comparações com os avanços de outras nações nesse sentido. Conclui que a consciência eleitoral democrática pode ser realizada no Brasil com o voto secreto e a Justiça Eleitoral.

Palavras-chave: Voto secreto. Justiça Eleitoral. Democracia.

ABSTRACT

This article discusses the institution of the secret ballot and Electoral Justice in Brazil. It presents important historical moments for the formation of the Brazilian democratic identity and makes comparisons with the advances of other nations in this sense. It concludes that the democratic electoral conscience can be realized in Brazil with the secret ballot and the Electoral Justice.

Keywords: Secret vote. Electoral justice. Democracy.

¹ Transcrito do *Jornal do Comércio*, de 29.4.1953. <https://seer.tse.jus.br/index.php/estudoseleitorais/article/view/123>

² Deputado eleito para a Constituinte de 1934 e autor das leis do voto secreto e da alfabetização obrigatória. Fundou a Liga Nacionalista, o Partido Democrático e também o Partido Constitucionalista. Atuou de forma notável como jornalista na imprensa paulista, sendo porta-voz de causas iluministas na *Folha da Noite*, no *Estadinho* e na *Revista de Antropofagia*.

Desde os primórdios de nossa existência como nação independente, sempre o povo brasileiro demonstrou tendência acentuada pelas ideias democráticas junto com a repulsa pela tirania e o despotismo sob quaisquer de suas formas.

Mesmo ainda sob o domínio colonial, os motins e revoltas aqui e ali evidenciavam esse impulso nativo e sofrido pela liberdade, cujo sentimento porventura haurimos na vastidão dos nossos descampados e na distância que nos separava do domínio ultramarino.

Entre os promotores da Inconfidência Mineira, já um deles, José Joaquim da Maia, buscou entender-se com o grande Jefferson, então embaixador dos Estados Unidos em Paris, sobre a possibilidade de serem os mineiros auxiliados por Washington ao tentarem movimento libertador igual. Assinalemos que a Inconfidência Mineira antecedeu a Revolução Francesa de 1789.

Como quer que seja, desde a proclamação da independência nacional em 1822, a história nacional é uma afirmação permanente do sentimento democrático do povo brasileiro. Ao contrário de todos os povos latino-americanos, nunca tivemos na política nacional o caudilhismo, que apenas repontou uma única vez na Revolução de 1930, mas como fenômeno anômalo na nossa história. A não ser o chefe da revolução desse ano, ninguém mais na história nacional ousou fazer-se ditador no Brasil, e com os resultados que se evidenciam nos fatos.

Como quer que seja, entretanto, a nossa democracia sob o Império sempre funcionou defeituosamente com partidos precários, e de fato foi o poder pessoal do Imperador D. Pedro II que conferia a vitória eleitoral aos escolhidos pela vontade imperial.

A verdade eleitoral, bem ou mal orientada, só existiu no Brasil depois que instituímos o voto secreto e a Justiça Eleitoral.

Tais os dois ideais supremos a que o subscritor destas linhas dedicou sua iniciativa através de múltiplos anos.

Nesse sentido, fomos até o autor dos dois únicos livros que sobre o assunto existem no Brasil. E, pela paternidade dessas duas ideias brasileiras na história nacional, nunca merecemos no Brasil o reconhecimento ou constatação de quem quer que fosse. *Sic vos non vobis*.

Esses dois livros que focalizaram o grande ideal nacional foram: “O Voto Secreto” e subtítulo, “Ou a Organização dos Partidos Nacionais” de nossa autoria, editado em agosto de 1924 pela Imprensa Metodista de São Paulo, e também em 1927 o outro sob o mesmo título “O Voto Secreto”, e cuja autoria atribuímos ao Partido Democrático de São Paulo, com uma variedade enorme de documentos que acumuláramos sobre o assunto, servindo de base para a reforma legislativa.

Em vão os estadistas do Império buscaram permanentemente realizar a verdade eleitoral. Nunca o conseguiram. Após a República também nunca se o alcançou, e nem mesmo o gênio de Ruy Barbosa.

De 1889 a 1930, as eleições no Brasil foram uma verdadeira calamidade nacional, constituindo estelionatos em vasta escala e habituando o nosso povo à constatação de nossa incapacidade democrática.

Mas o voto secreto e a Justiça Eleitoral redimiram o Brasil completamente dessa suposta incapacidade, embora o caudilhismo instituído em 1930 constantemente o tivesse traído.

Eis porque reivindicamos a paternidade dessas duas ideias. Não que as tivéssemos inventado; mas porque as erguemos como lábaro sagrado por sobre tudo mais. O Poder Judiciário Eleitoral só existe no Brasil?

De onde surgiu o voto secreto?

O livro *História da Inglaterra* de Smollet, contendo os discursos inteiros no Parlamento inglês durante um século, registra as orações de Charles Grote que permanentemente, depois de 1850, durante anos, reclamou o estabelecimento do “ballot” na Inglaterra. E foi Gladstone nesse país que em 1881 o adotou no governo com o fundamento de que o mesmo sigilo que se assegurava ao voto dos jurados no Júri devia logicamente ser ampliado aos eleitores nos pleitos.

Os australianos, pela mesma época, instituíram um sistema que no mundo se denominou *australian ballot*.

No Brasil o assunto permaneceu completamente esquecido. Vagamente a ele se referiu Campos Salles, uma vez só, em discurso quando senador federal em 1891.

Também ao voto secreto dedicou o Senador espírito-santense Muniz Freire uma luminosa conferência. Mas só.

E ninguém mais cogitou do assunto. Ruy Barbosa a ele se referiu em uma frase única na campanha civilista. Só e mais nada.

Ocorreu-nos então o conselho de Goethe: “concentrar-se e não esperar-se”.

Abandonando múltiplas outras questões, nós fizemos uma campanha permanente desde 1914; em primeiro lugar do voto secreto e, em seguida, da Justiça Eleitoral.

Projetamos e concentramos toda a luz sobre esses dois lemas. Do nosso trabalho restam centenas de artigos na imprensa e aqueles dois livros, que são o documentário completo da questão.

Pleiteamos o direito a essa reivindicação histórica como documentos do nosso sentimento de patriota.

Sob a monarquia foi sempre o poder pessoal do Imperador que decidiu os resultados eleitorais.

Sob a República, de 1889 a 1930, há uma frase que tudo resume. Carlos Peixoto Filho, convidado por Barbosa Lima para um estudo completo da eleição Hermes, respondeu a este último: “Neste congresso ninguém tem autoridade moral para tanto: nós todos somos produto de duas causas — bico de pena e ata falsa!”.

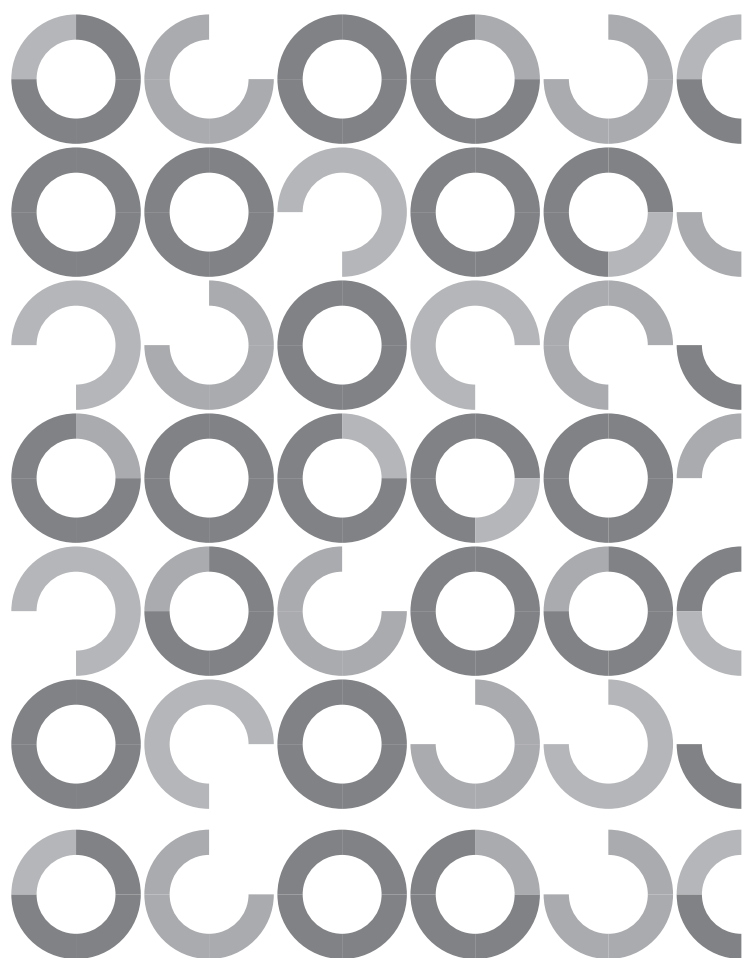
Portanto, a verdade eleitoral só pode realizar-se no Brasil com o voto secreto e a Justiça Eleitoral. Resta à outra face do problema a consciência eleitoral, o discernimento na escolha dos partidos, dos programas e dos homens.

Se desde 1920 tivessem executado o “Plano de Alfabetização e Educação do Brasil” que permanentemente, propugnamos desde então, a estas horas não haveria mais iletrados em nosso país pela mesma razão pela qual não os há nas colônias alemãs e japonesas existentes em nossa terra.

ESTUDOS ELEITORAIS
NA HISTÓRIA

OS PARTIDOS E A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

PAULINO JACQUES



OS PARTIDOS E A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA¹

PARTIES AND POLITICAL REPRESENTATION

PAULINO JACQUES²

RESUMO

Este artigo apresenta um traçado histórico sobre partidos e representação partidária na doutrina brasileira e de outros países. Objetiva demonstrar a importância dos partidos políticos para a instituição e manutenção de uma democracia. Conclui que o polipartidarismo assegura a livre manifestação da opinião e a democracia em si.

Palavras-chave: Partidos políticos. Representação política. Democracia.

ABSTRACT

This article presents a historical trajectory on parties and party representation in Brazilian doctrine and from other countries. It aims to demonstrate the importance of political parties for the institution and maintenance of a democracy. It concludes that multi-partyism ensures the free expression of opinion and democracy itself.

Keywords: Political parties. Political representation. Democracy.

¹ Transcrito do *Jornal do Comércio*, de 12.9.1954. <https://seer.tse.jus.br/index.php/estudoseleitorais/article/view/124>

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Já vai longe o tempo em que autores como Ostrogorski asseguravam que “l'exercice du pouvoir par les partis, survivance du temps des luttes pour la liberté, n'est plus nécessaire pour en assurer les bénéfices. Il est la cause de tous les maux du regime actuel' de partis”³. No fim do século XIX, era compreensível que se fulminassem os partidos com tais anátemas, sobretudo se, como no caso, partissem eles de escritor francês. O horror da Revolução às corporações até então existentes, que anulavam as individualidades, levou Le Chapetier, em 1791, a tomar a iniciativa da célebre lei que proibia as “associações profissionais”, entre as quais se incluíam os partidos revolucionários, como nota Dugüit⁴. Para os contemporâneos da Revolução, a associação afetava a liberdade individual, que devia ser assegurada em toda a sua plenitude, princípio que bem mostrava à origem rousseauiana. Por isso mesmo, nenhuma das Constituições revolucionárias (de 1791, 1793 e 1795), nem mesmo as napoleônicas (anos X e XII) ou as legitimistas (1814 e 1830), falavam do “direito de associação”. Foi a Constituição republicana de 1948 que, pela primeira vez, reconheceu tal direito (art. 8º). Praticamente só com a Lei Waldeck Rousseau, de 1901, foi garantido o pleno gozo e exercício desse direito. Na Federação Americana, também, silenciavam não só a Constituição Federal, como as dos Estados-membros sobre o “direito de associação”, que só foi expressamente reconhecido com a ratificação em 1868, da 14ª Emenda⁵. Por aí se vê como foi poderosa, apesar de tudo, a influência de Rousseau, como o seu individualismo absolutista, verdadeiramente anárquico no sentido filosófico, e da qual nem os norteamericanos lograram furtar.

Daí, o anátema de Ostrogorski, mentalidade forjada na prática do idealismo de 1789, o qual, um século após, ainda mostrava chamus. Para

³ OSTROGORSKI, M. *La Démocratie et l'Organisation des Partis Politiques*. Paris, 1903, t. 1, p. 611.

⁴ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris, 1927, t. 2, p. 206.

⁵ ROTTSCHAEFER, Henry. *American Constitutional Law*. Saint Paul, Minnesota, 1939, p. 736.

ele, pois, “o exercício do poder pelos partidos” não pode deixar de ser “a causa de todos os males do regime atual de partidos”, embora esquecesse que a experiência inglesa, como a própria norte-americana, constituía um formal desmentido a essa assertiva. Os tempos, porém, mudaram e, com eles, as ideias dos homens de tal forma que, há pouco, escritores, como Manoilescu, sustentavam, precisamente, o contrário do autor francês, como se verifica deste passo:

Le parti est un ordre et une armée. Il est un ordre, par sa foi, et une armée, par les droits illimités, qu'il a sur l'homme. *Le parti est, dans la pensée de ses membres, un instrument divin pour le salut de la patrie.* Ondoit tout donner a patrie. Il n'y a pas de limite a sa puissance, vis-à-vis de ses membres⁶.

Se Ostrogorski anatematizava os partidos no princípio deste século, Manoilescu, três décadas após, divinizava-os, à maneira tedesca. O partido não era mais uma associação nociva, nem, apenas, uma corporação de homens livres reunidos em torno de ideias políticas; porém, uma “ordem”, com feição religiosa, uma verdadeira irmandade ou confraria, e, ao mesmo tempo, um “exército”, fundado na disciplina e na obediência, e com direitos ilimitados sobre os seus membros, que tudo lhes deviam dar como se dessem à própria pátria; em suma, um “instrumento divino” para a salvação dela. O exagero, fruto de fanatismo do “partido único”, ressumbra por todos os poros desses conceitos exóticos. Os indivíduos vivem para os partidos e não estes para aqueles, tal era a orientação dessa doutrina, que estruturou os Estados totalitários, quer os da direita (Alemanha “nazista”, Itália “fascista”, Portugal “estadonovista” e Espanha “legionária”), quer os da esquerda (Rússia “bolchevista” e satélites, Bulgária, România, Tchecoslováquia, Hungria, Polónia, etc.).

Felizmente, não estamos diante de um dilema, neste particular, porque, nem ausência de partido, como o queria Ostrogorski, nem um só partido, como desejava Manoilescu, são soluções que possam atender às necessidades, aos interesses e às aspirações políticas deste segundo,

⁶ MANOILESCU, Mihail. *Le Parti Unique*. Paris, 1937, p. 53.

após-guerra. O apartidismo é tão nocivo quanto o unipartidismo. Se o primeiro não permite que a opinião pública se organize, para, salutarmente, influir no Governo, o segundo só admite uma opinião organizada a do partido que tomou o poder, a qual se impõe a todos como uma lei natural. *Falta de opinião e opinião única se equivalem, porque, onde não há discussão nem debate, não existe opinião livre, e opinião que não é livre, não é opinião. Logo, o “partido único” de opinião imposta à força é tão prejudicial ao bem-estar geral, quanto o apartidismo, sem opinião organizada.*

Só o polipartidismo, que assegura a pluralidade de partidos, através dos quais todas as opiniões que buscam o bem-estar geral, se organizam em corporações políticas livres, com ideias e programas definidos e obedientes à lei máxima, será capaz de atender às necessidades, aos interesses e às aspirações dos homens deste segundo após guerra, bastante descrentes das aventuras unipartidistas do primeiro após-guerra, responsáveis, em grande parte, pela tremenda catástrofe. Sendo os partidos no conceito de Sampaio Doria, “a opinião pública organizada”⁷, e não se podendo compreender que, numa sociedade política, só exista uma opinião, é óbvio que deverão organizar-se os diferentes grupos de opinião que possam influir beneficemente no governo e na administração pública.

Não há negar a influência que esses grupos de opinião organizada, desde o advento do Estado de direito, têm exercido na direção dos negócios públicos. Mac Iver, em substancioso estudo sobre a estrutura do governo, reconhece que “although party is often ‘extra-constitutional’ it is *an essential organ* of every large scale democracy”⁸. De fato, organizar as opiniões, até então, dispersas e sem expressão política, de modo a pesarem no exercício do poder e na organização dos serviços públicos, era tarefa que, ao tempo do filósofo céptico, causava admiração; porém,

⁷ SAMPAIO DORIA, A. de. *Curso de Direito Constitucional*, Rio. 1946, v. 1, p. 394.

⁸ MAC IVER, R. M. *The Web of Government*. New York, 1948, p. 208.

nestes dias sombrios do segundo após-guerra, em que todas as opiniões ponderáveis e bem intencionadas precisam ser ouvidas, para a melhor solução dos complexos e múltiplos problemas que o conflito gerou, tais organizações não podiam deixar de ser tidas como “órgãos essenciais” de todos os governos democráticos, mesmo nos países cujas Constituições silenciavam a respeito dos partidos, conforme observa o professor da Universidade de Columbia. Aliás, apenas quatro leis magnas, ao que nos consta, aludem a “partidos políticos”; a da Alemanha, de 1919, art. 124, 2ª parte; a da URSS, de 1936, art. 142; a do Uruguai, de 1942, item I, alínea *d*, das “disposições transitórias e especiais”; e a do Brasil, de 1946, art. 40, parágrafo único, art. 48, parágrafo 1º, do art. 134, e art. 141 parágrafo 13º. Não obstante, todos os povos civilizados reconhecem e proclamam o importante papel das corporações políticas no exercício do governo e na prática da administração.

Munro, um dos mais autorizados conhecedores do direito norte-americano contemporâneo, afirma que nenhum estudioso desse direito pode ignorar a existência de duas instituições políticas, que se completam e explicam a técnica de governo naquela grande nação: *national government e o party system*⁹. É que, lá, como na mãe-pátria, a velha Albion, os partidos indicam ao eleitorado os candidatos, cujas ideias e programas se propõem defender e, por isso mesmo, são sufragadas nas urnas, constituindo-se, assim, o governo por inspiração deles. Kelsen, aliás, não hesita em proclamar que “la démocratie moderne repose entièrement sur les partis politiques, dont l’importance est d’autant plus grande que le principe démocratique reçoit une plus large application”¹⁰. Democracia é liberdade de pensamento e de palavra, de discussão e de debate, como também, segurança individual e defesa social, o que só os partidos políticos podem realizar, reunindo, como reúnem, as diferentes

⁹ MUNRO, William Bennett. *The Government of the United States* New York, 1932, p. 155.

¹⁰ KELSEN, Hans. *La Démocratie, sa Nature, sa Valeur*, trad. de Charles Eisenmann. Paris, 1932, p. 19.

opiniões em torno de programas e planos precisos, que fazem por executar, quando sobem ao poder. Órgãos de manifestação dos sentimentos e necessidades populares, os partidos atuam com incontestável eficiência na defesa dos direitos e aspirações não só de seus membros, mas também de todos quantos se encontram sob sua tutela. Cada partido, certo, tem um critério peculiar, para satisfazer às necessidades gerais e atender aos reclamos do povo, critério esse dado pela ideologia que o inspira e contido no programa que o plasma. Todos, no entanto, visam a um mesmo objetivo, embora por caminhos diferentes – a promoção do bem-estar geral.

Não podendo, porém, os partidos, por si sós, realizar os altos fins de sua destinação, e, muito menos, o povo, aglomerado mais ou menos heterogêneo e amorfo, escolhem eles representantes capazes de fazê-lo. Primeiro, organizam seus programas e planos de ação; depois, indicam ao povo, ou melhor, ao eleitorado, que é o povo dotado de capacidade de escolha, os seus membros capacitados para a execução dos respectivos programas e planos. Pelo processo das eleições, são aqueles escolhidos, tendo em conta evidentemente, não as suas belas figuras físicas ou morais, mas as ideias, o programa e o plano do partido que os indicou, incluindo-os em suas legendas. Os votos são, pois, dados, na realidade, mais aos partidos do que aos candidatos, porque estes, politicamente falando, não valem senão pelas ideias, programas e planos que encarnam. Isso, aliás, ocorre em toda a parte, mesmo nos países, como a Inglaterra e os Estados Unidos, que admitem o “candidato avulso”, não filiado a partido. É o que, por exemplo, informa Jennings, um dos mais modernos e autorizados constitucionalistas britânicos: “Moreover, *the electors do not vote for a candidato, but a party...* There is a core of voters who would think it treachery to vote against party”, even the so-coled “fix ling votes” which possesses no fixed party affiliations *is affected more by reputation of a party than by the reputation of a candidate*”¹¹. É sabido que, na pátria do

¹¹ JENNINGS, Ivor. *Gabinet Government*. Cambridge, 1947, p. 18.

eminente catedrático da Universidade de Londres, os partidos políticos são instituições extralegais, mas, nem por isso, como ele o proclama com sua respeitável autoridade, o eleitor vota no candidato e, sim, no partido a que está filiado, mesmo “eleitor flutuante”, que se deixa arrastar pela “reputação do partido”. Nada mais natural, porque, sendo os partidos os órgãos que coordenam e realizam as opiniões, um candidato não representa senão o programa do seu partido, de modo que, ao elegê-lo, o eleitor tem em mira sobretudo esse programa, que é o valor político do candidato. A finalidade da representação política é a realização de ideias, programas e planos de interesse geral, cabendo ao eleitorado escolher entre elas as que lhe pareçam melhor satisfazer às suas necessidades e atender às suas aspirações. E onde, senão nos partidos, encontrarão os eleitores, penhor seguro dessa realização? Beara, expondo a teoria norte-americana do “party system”, conclui que “our copybook theory of party politics is that one party offers another program, that *one party receives a majority of votes* and, thus victorious at the politics, proceeds to carry that program – and nothing more – into effect”¹². Os votos, como acentua o insigne professor, são dados, na realidade, aos partidos, porque os candidatos não passam de encarnações dos programas partidários, cuja sacração nas urnas impõe execução imediata.

Na Alemanha, de Weimar, cuja Constituição estabelecia, no art. 21, que os mandatários políticos eram “representantes de todo o povo”, comentadores autorizados, como Buhler, sustentavam que “en realidad muy frecuentemente *es una pura ilusión el principio* de que el diputado es el representante de toda la nacion y no debe someterse a instruccion de ninguna clase”¹³. Justificando sua assertiva, o ilustre expositor prosseguia: “É precisamente para oponerse a la coaccion de partido, que tiene eficacia practica el art. 21, cujo propósito, es *hacer meramente interna*

¹² BEARD, Charles. *The Republic*. New York, 1946, p. 263.

¹³ BUHLER, Ottmar. *La Constitucion Alemana*, trad. de J. R. A. [S.L., 19__?], p. 58. Ver também, de Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, § 18.

tal_ sujección, evitando así que jamás pueda invalidar un voto el hecho de haber obrado contra ella”¹⁴. Apesar de preceituação constitucional, que é reminiscência da metafísica rousseauiana, essa representação da integridade do povo não passava realmente de “pura ilusão”, pois o próprio preceito reconhecia a coação de partido, o candidato e tinha por escopo, em última análise, “fazer meramente interna tal sujeição”, sem, a qual evidentemente não haveria representante devidamente capacitado para executar o programa partidário, não passando ele, no caso contrário, de representante de si próprio, já que não estaria adstrito a nenhum programa.

Não é fora de propósito invocar os Estados totalitários, da esquerda ou da direita, porque eles, neste particular, dão exemplo impressionante da relação íntima que existe entre os partidos e o mandato político. Se nas próprias democracias individualistas, como a Inglaterra, até o primeiro após guerra, e os Estados Unidos, como vimos, ninguém nega essa vinculação do mandato ao partido através do eleitorado nas chamadas “democracias socialistas”, que são os referidos Estados totalitários, tal vinculação é um truísmo, porque só havendo um partido político, o que exerce a ditadura, obviamente, só poderão existir os candidatos por ele indicados ao eleitorado. Não se trata aí de mera vinculação, porém, de verdadeira sujeição do mandato ao partido, que, aliás absorve toda a atividade política do Estado, a ponto de autores como Schlesinger e Vega entenderem, não sem razão, que, nesses países (Rússia e satélites), o partido é o próprio Estado. Assim, o primeiro deles observa, em seu magnífico ensaio sobre a teoria legal soviética, que “the one-party-system had rendered *the statute of the Communist Party a essential part of the real constitution of the country*”¹⁵ e o segundo que “*bien plus les notions d'Etat et de parti communiste sont si intimement liées qu'il est impossible de les dissocier et qu'on ne peut meme pas prevoir une*

¹⁴ Idem. Ver também, de Ludwig Adamovich, *Grundriss des Oster: Reichschen Venfassungsgareâ chts*, s. 342.

¹⁵ SCHLESINGER, Rudolf. *Soviet Legal Theory*. London, 1946, p. 119.

transformation constitutionnelle résultant du libre jeu des influences-
-idéologiques que le mouvement social crée spontanément et incessamment
dans les groups humaines”¹⁶. O Estado, em suma, é o partido comunista,
que, praticamente, concentra em si os três poderes políticos, legislando
através do “soviet suprême”, executando as leis por meio do “comissariado
do povo” e distribuindo justiça por intermédio das “cortes”. O partido,
portanto é o titular único, senão nos próprios interesses partidários, que,
de toda a soberania, não encontra limites tudo está subordinado, mesmo
a pátria, a família, a propriedade, a religião, a ciência e a arte.

Em situação semelhante encontravam-se os Estados totalitários
da direita, como a Itália “fascista” e a Alemanha “nazista”. Naquela, o
partido era, realmente, uma “ordem”, e um “exército”, ao mesmo tempo
consoante a terminologia precisa de Manoilescu, acarretando todas
as consequências do sistema opressor, e nessa, isto é, na Alemanha
“nazista”, além disso, o culto do chefe o *fuhrer-prinzip* levava ao extremo
o poder de opressão, porque o individualizava na pessoa quase sagrada
do Fuhrer, que era a mais alta expressão do “espírito do povo”. É o que
ensina Bonnard neste passo “Le pouvoir du Fuhrung doit être un pouvoir
personnel parce que, *devant proceder de l'esprit du peuple, il doit être
exerce par um individu et spécialement par celui qui est le plus peut être
de cet esprit*: car l'esprit du peuple a pour suport les individus et il existe
toujours dans une *volkogemenshaft* un individu qui *est pénétré a un
suprême degré de l'esprit du peuple*. Cet individu est celui qui doit être le
Fuhrer [...]”¹⁷. Assim, se, na Itália, o Estado era o “partido fascista”, tanto
quanto, na Rússia o “partido comunista”; na Alemanha, não era, apenas,
o “partido nazista”, mas o próprio chefe, o *Fuhrer*, muito mais poderoso
que o *Duce* o mesmo, que o “secretário geral do partido Comunista”.
Por isso, Bonnard denomina, ali, a representação política, de “mandato
confiança” que, conforme vimos atrás, é à negação do próprio mandato.

¹⁶ DE LA VEGA, José. *Democratie et Soviétisme*. Paris, 1331, pág. 207.

¹⁷ BONNARD, Roger. *Le Droit et l'État dans le Doutrine Nationale-Socialiste*. Paris, 1936, p. 49.

Eis o paradoxo, em que os Estados totalitários, quer da esquerda, quer da direita, transformam a representação política, que não passa neles, de negação de si mesma visto como os representantes, que são o partido, não representam senão a si próprio.

Vale notar por fim o que ocorre, atualmente, no Paraguai. O Partido Colorado, há algum tempo exerce, ali, uma verdadeira ditadura, porque não só indica com absoluta exclusividade os candidatos aos mais altos cargos públicos, como também, mediante golpes sangrentos, ou não, depõe o próprio presidente da República, dissolve o Congresso e convoca o eleitorado. Para demonstrar o seu imensurável poderio basta dizer que, em pouco mais de um ano, aquele partido depôs seis presidentes da República, dissolveu alguns Congressos e fez realizar novas eleições. É um fenômeno interessante, porque, embora não seja aquela República um Estado totalitário, contemporiza, todavia, com a atividade tipicamente totalitária de um partido que não admite a interferência de quaisquer outro na escolha dos supremos dirigentes da nação. Não há dúvida que lá o mandato político é caracteristicamente partidário, pelo menos, de fato, limitando-se o eleitorado a ratificar as escolhas do Partido Colorado.

Que significa isso? Evidentemente que mesmo os países menos organizados têm necessidade de dar aos partidos a função que lhes cabe no governo da nação, embora em forma espúria, porque as opiniões inorgânicas, apartidárias, são destituídas de força política, e, sem a organização delas, por meio dos partidos, não há governo democrático.

Podemos, assim, concluir:

a) o “apartidismo” e o “unipartidismo” são males políticos, pois ou inorganizam a opinião ou a unificam – suprimem-na, ferindo de morte a democracia;

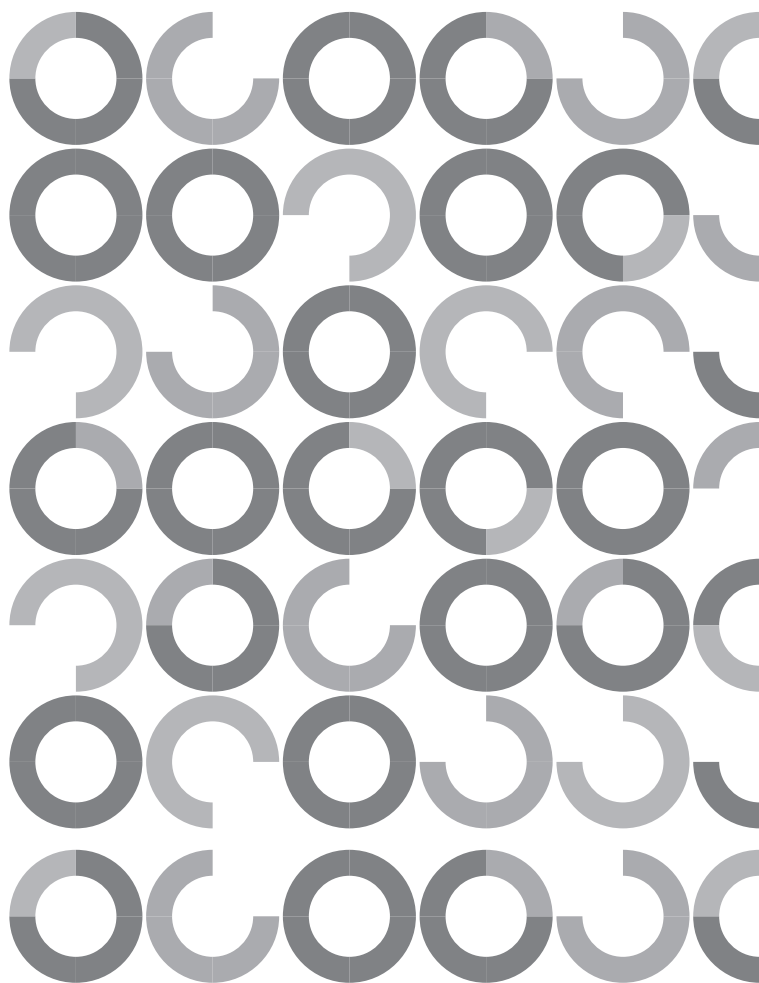
b) o “polipartidismo”, ao contrário, pressupondo a existência de partidos organizados, com ideias programas e planos definidos e precisos, asseguram a livre manifestação da opinião, vivificando a democracia;

c) os mandatários políticos, encarnando as ideias programas e planos dos partidos, que os elegem por meio do povo, representam estes por meio daqueles, pelo que devem contas a ambos.

ESTUDOS ELEITORAIS
NO MUNDO

LOS DERECHOS POLÍTICOS ELECTORALES
EN MÉXICO, A CIEN AÑOS DE SU
CONSTITUCIÓN

ALEJANDRO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
LUIS ENRIQUE CONCEPCIÓN MONTIEL
AURORA DE LAS FUENTES LACAVEX



LOS DERECHOS POLÍTICOS ELECTORALES EN MÉXICO, A CIEN AÑOS DE SU CONSTITUCIÓN

THE POLITICAL ELECTORAL RIGHTS IN MEXICO, HUNDRED YEARS OF ITS CONSTITUTION

ALEJANDRO SÁNCHEZ SÁNCHEZ¹

LUIS ENRIQUE CONCEPCIÓN MONTIEL²

GLORIA AURORA DE LAS FUENTES LACAVEX³

RESUMEN

Publicada el cinco de febrero de 1917 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagró los derechos políticos electorales de sus ciudadanos en su artículo 35, derechos que han progresado incluyendo el voto de las mujeres, el voto en el extranjero, las candidaturas independientes y, estableciendo un sistema integral de justicia electoral para garantizarlos, volviendo una realidad el Juicio para la Protección de los Derechos Políticos Electorales del Ciudadano, como un recurso judicial efectivo en esta materia. El objetivo del estudio se centró en analizar los derechos mencionados, a cien años de la publicación de la Constitución, utilizando un alcance descriptivo, correlacional y explicativo desde un enfoque cualitativo, utilizando el método histórico, dogmático, documental, jurídico y comparativo. Obteniendo como resultados la evolución de los

¹ Doctor en Derecho. Profesor investigador de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la UABC, Mexico, perfil Promep. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. E-mail: alexsasacc@uabc.edu.mx. <https://seer.tse.jus.br/index.php/estudoseleitorais/article/view/125>

² Doctor en Ciencias Políticas y Sociales. Profesor Investigador de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la UABC, México, perfil Promep. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. E- mail: enriquepolitik@uabc.edu.mx

³ Doctora en Derecho. Profesor Investigador de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la UABC, México, perfil Promep. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. E-mail: gloriaaurora@uabc.edu.mx

derechos con un sistema jurídico electoral garantista, considerando que los derechos político electorales de las y los ciudadanos se encuentran garantizados, considerando que se debe avanzar hacia el bien común.

Palabras clave: Derechos políticos. Justicia Electoral. Mexico.

ABSTRACT

Published on February 5, 1917, the Political Constitution of the United Mexican States, consecrated the electoral political rights of its citizens in its article 35, rights that have progressed including women's vote, overseas voting, candidacies And establishing a comprehensive electoral justice system to guarantee them, making the Trial for the Protection of the Electoral Rights of the Citizen a reality, as an effective judicial remedy in this matter. The objective of the study was to analyze the mentioned rights, one hundred years after the publication of the Constitution, using a descriptive, correlational and explanatory scope from a qualitative approach, using the historical, dogmatic, documentary, legal and comparative method. Obtaining as results the evolution of the rights with a legal electoral electoral system, considering that the political electoral rights of citizens and citizens are guaranteed, considering that progress towards the common good.

Keywords: Political rights. Electoral Justice. Mexico.

1 Introducción

A cien años del cinco de febrero de mil novecientos diecisiete, los derechos políticos electorales del ciudadano en los Estados Unidos Mexicanos, se ha mantenido como los consagró el poder constituyente originario, al sólo haber sido objeto de adiciones constitucionales, progresando con ello en el contenido de esos derechos; por ello, en su origen, el artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establecía: como prerrogativas de los ciudadanos, el votar en las elecciones, poder ser votado para todos los cargos de elección popular y, asociarse para tratar los asuntos políticos del País, al evolucionar y en la adición de fecha nueve de agosto del año dos mil doce se adiciona la prerrogativa de: El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral, que correspondía a los partidos políticos, ahora, también, a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente.

Bajo esta delimitación, se aborda en este análisis los antecedentes de los derechos político electorales del ciudadano, partiendo del siglo XIX sosteniendo que esos derechos son equiparados o se encuentran en un mismo nivel jerárquico que los derechos fundamentales, avanzando hacia el siglo XX en el que se establece que forman parte del derecho electoral, eliminando las restricciones, de tipo educativo y económico y de género. De esa forma el 17 de octubre de 1953, la mujer logra el derecho al voto, realizándolo por primera vez a nivel federal en 1954.

Con base en lo anterior, nace la exigencia de las sociedades modernas a una mayor democratización, de respeto a los derechos humanos y de mayor libertad, por lo que se han modificado las reglas electorales, dando origen a la justicia electoral, esta es la aspiración al cumplimiento de las normas que se refieren a los procedimientos, actos jurídicos y materiales que llevan a la elección de los gobernantes, así fue como se dio el fenómeno de judicialización de los procesos electorales en México a finales del

siglo XX, lo que resultó en la creación de un sistema de medios de impugnación y en la incorporación de mecanismos de control constitucional de leyes en materia electoral.

En el contexto anterior, se realiza la inmersión a las bases constitucionales de los derechos político electorales en México, del que se emerge con un análisis de sistematización al artículo 41 de la CPEUM, que determina el principio de soberanía del pueblo para la renovación de los poderes legislativo y ejecutivo, y que regula a los partidos políticos como entidades de interés público, su función y operación, así como su régimen de financiamiento, al Instituto Nacional Electoral y organismos públicos locales, sus facultades y competencias, al control de la constitucionalidad y legalidad electoral.

Bases constitucionales que al concretizarse como políticas publicas permiten que los ciudadanos ejerzan sus derechos políticos electorales de votar, ser votado, de afiliación libre a los partidos políticos o participación independiente en las elecciones, consagrados en el artículo 35 de la CPEUM.

A efecto de garantizar el principio de Supremacía Constitucional directamente concatenado con los derechos políticos electorales de los ciudadanos en México, se cuenta con un sistema de mecanismos de control constitucional, para el caso en análisis, es el Juicio para la Protección de los Derechos Políticos Electorales del Ciudadano, llamado comúnmente como (JDC).

La presente investigación se fundamenta en premisas sostenidas en la doctrina de autores como: BEGNÉ GUERRA, Alberto, de su obra *“Democracia y Control de Constitucionalidad: Los derechos político-electorales del ciudadano y el acceso a la justicia, en México”*; de igual manera, del autor CIENFUEGOS SALGADO, David, de su obra *“El juicio de revisión constitucional electoral”*; de la misma forma, del Doctor FIX-FIERRO, Héctor, de su obra *“Los derechos políticos de los mexicanos. Un ensayo de*

sistematización"; entre otros, además, de la CPEUM y leyes secundarias; así como de jurisprudencia; por último, de las inducciones, deducciones, experiencias, comparaciones, descripciones y explicaciones de los autores, estando conscientes de que no se agota la temática por delimitación, por lo que se invita a la aportación y construcción del conocimiento, para fortalecer la democracia en las sociedades y con ello el bien común.

Antecedentes de los derechos políticos electorales

En su origen el artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos CPEUM establecía: como prerrogativas de los ciudadanos, el votar en las elecciones, poder ser votado para todos los cargos de elección popular y, asociarse para tratar los asuntos políticos del país, lo que evoluciona a la fecha de su última adición, que fue publicada el nueve de agosto del año dos mil doce, en la que se consagra:

Son derechos del ciudadano: I. Votar en las elecciones populares; II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos, así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación; III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; ..., VI. Poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley; VII. Iniciar leyes, en los términos y con los requisitos que se señale en la Constitución y la Ley del Congreso. El Instituto Nacional Electoral tendrá las facultades que en esta materia le otorgue la ley, y Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional.

Ahora bien, los derechos políticos electorales al ser considerados en un mismo nivel jerárquico como derechos humanos, tienen su origen desde el iusnaturalismo, lo que se comenta, aunque de forma somera, en la siguiente cita:

Los derechos fundamentales presentes en la generalidad de las constituciones del siglo XX, no se reducen a derechos impuestos por el derecho natural. Hay muchos otros: derechos del ciudadano activo, del trabajador del gobernado, etc. Hay derechos conferidos a instituciones, grupos o personas colectivas: derechos de las familias, de las asociaciones, de los sindicatos, de los partidos.

Y muchos son derechos creados pura y simplemente por el legislador positivo, en armonía con sus opciones legítimas y con las condiciones de su respectivo País. Así, los derechos políticos son derechos fundamentales en un sentido doble: primero, como derechos subjetivos de carácter básico que constituyen el fundamento de otros derechos e instituciones; y segundo, como derechos subjetivos consagrados en las normas fundamentales (la Constitución) del ordenamiento jurídico⁴.

Hablar de los derechos político electorales, implica necesariamente hablar del derecho electoral, del derecho político, y la relación de estos con otras áreas del conocimiento, así lo afirma Pérez Reyes:

El derecho electoral se ubica dentro del derecho político, en el que predominan relaciones jurídicas entre gobernantes y gobernados. Los contenidos del derecho político son identificados por una gran parte de la doctrina como contenidos del derecho público. Esta área jurídica integra a disciplinas tan importantes como los derechos constitucionales, administrativo, penal, fiscal y el municipal principalmente⁵.

La historia de México en el siglo XIX representó en gran medida la lucha por la garantía de los derechos y, entre ellos, los de participación política. Como señala Fix-Fierro, la evolución constitucional decimonónica refleja las consideraciones leales de esta lucha desde la Constitución de Cádiz (1812), la Constitución de Apatzingán (1814), la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (1824) y la Constitución centralista (1836), hasta la Constitución Federal de 1857⁶. En todas ellas, se consignan los derechos políticos son diversas restricciones etarias, patrimoniales y de nacionalidad, así como las causas de suspensión de los mismos, que variaban también conforme lo hacía la situación política del país⁷.

El siglo XIX y buena parte del XX presencian fuertes luchas para lograr la extensión, tanto formal como real, del derecho de participación política,

⁴ Fix-Fierro, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*. 2da. edi., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 95, 2006, p. 26.

⁵ Pérez de los Reyes, Marco Antonio, "Origen y evolución del Derecho Electoral y Procesal Electoral en México"

⁶ Fix-Fierro, Héctor, *Ibid.* p. 5 y ss.

⁷ De la Madrid, Rafael, *Reporte sobre la discriminación en México 2012 Derechos Políticos*, CONAPRED, 2012, p. 17 y 18.

que en su formulación original era *igual y universal*. Tal lucha se enfocó primero a eliminar las restricciones, de tipo educativo y económico, que impedían el ejercicio del sufragio y del derecho de organización política de las clases populares⁸.

Los derechos políticos son aquellos derechos fundamentales que tiene todo ciudadano para intervenir en las actividades que se encuentren relacionadas con el Estados en el ejercicio de la función pública, es decir, son derechos que reconocen y garantizan a la ciudadanía la participación en la toma de decisiones públicas. Ordinariamente, se clasifican en tres formas básicas de actuación: el derecho a votar, el derecho a ser votado y el derecho de asociación política⁹.

Los derechos electorales se encuentran en estrecha relación con la política, si bien pertenecen a un género diverso al de los derechos políticos, relacionados con las atribuciones que concede la ley al individuo y a los partidos políticos para intervenir en la organización y gobierno del Estado¹⁰.

En relación al derecho electoral, este regula: la organización de las elecciones, la validez de los resultados electorales y el control legal y constitucional. En el ejercicio de los derechos político electorales, como derechos fundamentales que permiten el ejercicio de la participación política en decidir el sistema de gobierno, elegir representantes políticos, ser elegidos y ejercer cargos de representación, definir y elaborar normas y políticas públicas, y controlar el ejercicio en la función pública de sus representantes.

⁸ Fix-Fierro, Héctor, "Los derechos políticos de los mexicanos. Un ensayo de sistematización", Colección de cuadernos de divulgación sobre aspectos doctrinarios de la Justicia Electoral, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005, p. 113.

⁹ De la Madrid, Rafael, Reporte sobre la discriminación en México 2012 Derechos Políticos, CONAPRED, 2012, p. 16.

¹⁰ Melgar Adalid, Mario, Cuadernos para la reforma de la justicia 6. La justicia electoral, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999, [en línea], disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=110>, consultado el 12 de abril de 2016., consultado el 12 de mayo de 2016, p. 25.

Es así que, el derecho electoral está contenido en disposiciones de distinto rango que van desde la Constitución, en la cúspide, y seguidamente en las leyes electorales de carácter federal¹¹ como son La Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación a partir de la incorporación del Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación, la Ley General de Sistemas de Medios de Impugnación en Materia Electoral, las constituciones de los estados, las leyes estatales de carácter electoral y las leyes orgánicas municipales que contienen disposiciones electorales.

La exigencia de las sociedades modernas a una mayor democratización, de respeto a los derechos humanos y de mayor libertad, han modificado las reglas electorales. Ya no es suficiente que la democracia electoral se refiera en exclusiva al voto y ni siguiera al arbitrio de un mecanismo electoral para la designación de los gobernantes. La legitimidad de un proceso electoral tiene que satisfacer otros requerimientos más complejos y amplios. Tres cuestiones centrales ocupan el tema: el Estado democrático, los derechos humanos, y el derecho electoral.

La justicia electoral es la aspiración al cumplimiento de las normas que se refieren a los procedimientos, actos jurídicos y materiales que llevan a la elección de los gobernantes. Su conceptualización es importante en tanto permite conocer los alcances y límites de una materia cuyo desarrollo está en proceso y se enriquece con las aportaciones cotidianas de la vida política y que se vincula con el derecho electoral¹².

El fenómeno de judicialización de los procesos electorales que se dio en México a finales del siglo XX resultó en la creación de un sistema de

¹¹ Melgar Adalid, Mario, Cuadernos para la reforma de la justicia 6. La Justicia Electoral, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999, [en línea], disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=110>, consultado el 12 de abril de 2016., consultado el 12 de mayo de 2016, p. 34.

¹² Ibid. p. 26.

medios de impugnación y en la incorporación de mecanismos de control constitucional de leyes en materia electoral en 1996¹³.

El medio más antiguo e importante del control constitucional lo conformaba el juicio de amparo. Desde sus orígenes, el amparo mexicano estuvo sujeto a un escrutinio sobre su alcance con respecto a la constitucionalidad de actos o leyes relacionados con la materia electoral. Los grandes cambios llegaron después de un largo periodo durante el cual en el sistema jurídico mexicano prevalecía la llamada “tesis Vallarta”. Con base en ésta se justifica la no intervención de los tribunales en las cuestiones políticas y la improcedencia del juicio de amparo en materia político-electoral.

El debate tuvo lugar hace más de cien años y los protagonistas fueron dos insignes juristas mexicanos, cuyas vidas y obras todavía son materia de análisis y controversia en nuestro tiempo. José María Iglesias e Ignacio L. Vallarta, ambos ministros presidentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y opuestos en sus planteamientos sobre el tema electoral¹⁴.

Para Iglesias:

Si el amparo cabe contra todos los actos de autoridad incompetente, cabe por lo mismo contra los actos de las falsas autoridades, de las autoridades ilegítimas, debiendo entonces la Suprema Corte desconocer como legítima a la autoridad de un Estado cuando está funcionando sin que haya sido elevada al poder en virtud del voto popular, por no provenir de elecciones debiendo haberlas o cuando en las elecciones habidas se haya infringido la Constitución Federal o cuando en ella no se ha procedido en los términos establecidos por las Constituciones particulares de los estados en materia electoral.

¹³ Monika Gilas, Karolina et al., “Control de constitucionalidad en materia electoral”, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Centro de capacitación judicial electoral, noviembre 2011, México, [en línea], Disponible en: http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/investigacion_control_constitucional.pdf, consultado el 12 de abril de 2016, p. 1.

¹⁴ Melgar Adalid, Mario, Cuadernos para la reforma de la justicia 6. La justicia electoral, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999, [en línea], disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=110>, consultado el 12 de abril de 2016., consultado el 12 de mayo de 2016, p. 23.

Ignacio L. Vallarta estuvo en contra de tal criterio, y sostuvo que el amparo no debía utilizarse como:

... arma política para herir a sus enemigos, jueces que han querido derogar una Ley Electoral. Quien piense que una elección ilegítima a un presidente, a un congreso, a un gobernador, a una legislatura, no puede ir a los tribunales entablando una demanda contra ellos, aunque esa demanda sea de amparo, sino debe ocurrir ante el Colegio Electoral, que se revisa y computa los votos, que aprecia las causas de nulidad de la elección y resuelve en definitiva y finalmente sobre la validez del acto político.

José Ramón Cossío¹⁵ da algunos ejemplos de los argumentos para evitar que el amparo se ocupara de cuestiones electorales: En 1918 la Suprema Corte señaló que la violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo porque no se trata de garantías individuales. En 1974 la Corte estableció que:

De conformidad con el artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, el juicio de amparo sólo procede por violación de garantías individuales, debiendo entenderse por tales aquellas que conciernen al hombre y no las que se refieren al ciudadano; por lo que cualquier infracción de un derecho político no puede remediarse por medio del juicio constitucional; supuesto que no constituye violación de una garantía individual.

El propio Cossío concluye su argumentación señalando que la Ley de Amparo, consecuentemente con estos criterios, establece la improcedencia del juicio de amparo contra las resoluciones o declaraciones de los organismos en materia electoral¹⁶.

La Suprema Corte tenía una tarea estrictamente jurisdiccional y ajena a la política electoral, en tanto se refiere al elector, a las elecciones y, en su conjunto, a los derechos electorales¹⁷.

¹⁵ Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala.

¹⁶ Melgar Adalid, Mario, Cuadernos para la reforma de la justicia 6. La justicia electoral, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999, [en línea], disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=110>, consultado el 12 de abril de 2016., consultado el 12 de mayo de 2016, p. 23-24.

¹⁷ Ibid. p. 25.

La creación del Tribunal de lo Contencioso Electoral Federal en 1987 derivó de la iniciativa de reforma constitucional presentada por el presidente de la República en noviembre de 1986.

El Tribunal de lo Contencioso Electoral Federal era un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de plena jurisdicción para resolver los recursos de apelación y queja, estando facultado para confirmar, modificar o revocar los actos impugnados, o bien ordenar, si fuera el caso, que no se extendieran las constancias de mayoría a diputados federales o senadores. No obstante, las decisiones del Tribunal de lo Contencioso Electoral Federal quedaban sujetas a una segunda instancia de carácter político, en tanto los colegios electorales de las Cámaras mantenían la facultad de auto calificación definitiva, por una parte, y por la otra, podían alterar las determinaciones en primera instancia del Tribunal¹⁸.

En 1989 se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 41 y 60, y en 1990 se expidió el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), dando origen al Tribunal Federal Electoral, se establecía en la Constitución que el Tribunal era autónomo y máxima autoridad jurisdiccional electoral, en su artículo 41, párrafo décimo tercero¹⁹.

En 1993 decide el constituyen permanente abolir la calificación política de la elección de diputados y senadores – que validaban a través de los colegios electorales de ambas cámaras – y otorgar esa facultad tanto al entonces IFE (Instituto Federal Electoral, ahora Instituto Nacional Electoral, por sus siglas INE)²⁰, creado en sustitución la autoridad gubernamental en las elecciones

¹⁸ Melgar Adalid, Mario, Cuadernos para la reforma de la justicia 6. La justicia electoral, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999, [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=110>, consultado el 12 de abril de 2016., consultado el 12 de mayo de 2016, p. 34.

¹⁹ Ibid. p. 35.

²⁰ A partir de reforma constitucional en materia de político electoral, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2014.

federales y al Tribunal Federal Electoral, al que se le confirió, entre otras, una facultad de calificación jurídica importante, subsistiendo únicamente el Colegio Electoral para la calificación de la elección presidencial²¹.

Por lo que se refiere a las elecciones, el artículo 41, dispone que la renovación de los poderes ejecutivo y legislativo se realice “mediante elecciones libres, auténticas y periódicas” expresiones que fueron incorporadas en la Constitución en 1996 y provienen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que ha ratificado nuestro País. Los principios anteriores son complementados por los de *certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad*, como principios rectores en la organización de las elecciones (artículos 41, fracción III y 116, fracción IV, inciso b) de la Constitución)²².

Conviene agregar, por último, que un principio implícito en este régimen es el de la *judicialización plena* de las controversias político-electorales. En efecto, las sucesivas reformas electorales a partir de 1987 fueron incrementando el grado de la intervención y control definitivos de los órganos jurisdiccionales en la resolución de controversias electorales, desapareciendo en la misma medida la calificación de las elecciones por órgano político. Esta evolución culmina en 1996, cuando se confiere al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación²³, y en ciertos casos también a la Suprema Corte de Justicia de la Nación²⁴ la última palabra en la resolución de las controversias sobre la constitucionalidad y legalidad de todos los procesos electorales del país²⁵.

²¹ Martínez Porcayo, José Fernando O., “Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano”, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 217-233, [en línea], disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/347/16.pdf>, consultado el 06 de junio de 2016, p. 220-221.

²² Fix-Fierro, Héctor, Los derechos políticos de los mexicanos. Un ensayo de sistematización, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005, Colección de cuadernos de divulgación sobre aspectos doctrinarios de la Justicia Electoral, número 8, p. 77.

²³ En adelante, Tribunal Electoral o TEPJF.

²⁴ En adelante, Corte o SCJN.

²⁵ Ibid. p. 77-78.

El Tribunal Electoral pasó de ser solo una autoridad administrativa a ser una jurisdiccional. La reforma estableció nuevos recursos para impugnar los actos electorales, introduciendo dos de carácter administrativo (de queja y de reclamación) y dos jurisdiccionales (de apelación y de reconsideración). Sin embargo, la calificación de las elecciones aún quedaba a las manos del Colegio Electoral²⁶.

En 1996, la reforma que marcó jurídicamente para la solución de conflictos electorales al imperio de la ley, giró alrededor de cinco temas fundamentales: ²⁷

1. Fortalecimiento y protección de los derechos políticos de los ciudadanos, a través de la participación de los habitantes del Distrito Federal en la elección de un Jefe de Gobierno y de diputados a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como la creación del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.
2. Mayor equidad de las reglas de la competencia electoral, con el establecimiento constitucional del principio de que el financiamiento público a los partidos políticos debe ser mayor al privado y el porcentaje de setenta-treinta relativo a la entrega de recursos con base a dos principios: el de representatividad basado en la fuerza electoral (70%) y el principio de igualdad (30%).
3. Fortalecimiento del IFE al excluir al Poder Ejecutivo de su integración.
4. Fortalecimiento de la justicia electoral a través de la creación e inclusión del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, así como un control estricto de la constitucionalidad en la materia electoral, y la desaparición del Colegio Electoral para la elección presidencial.
5. Una mayor representatividad en la Cámara de Diputados y la de Senadores, acorde con la fuerza electoral de los partidos.

La heterocalificación de las elecciones inicia en 1996, con la reforma electoral que ubica al Tribunal Electoral dentro del Poder Judicial de la

²⁶ Monika Gilas, Karolina et al., "Control de constitucionalidad en materia electoral", Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Centro de capacitación judicial electoral, noviembre 2011, México, [en línea], disponible en: http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/investigacion_control_constitucional.pdf, consultado el 12 de abril de 2016, p.15.

²⁷ Martínez Porcayo, José Fernando O., "Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano", Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 217-233, [en línea], disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/347/16.pdf>, consultado el 06 de junio de 2016, p. 221-222.

Federación y le otorga las facultades de resolver en forma definitiva e inatacable las impugnaciones relacionadas con los comicios²⁸.

La reforma dio al Tribunal la estructura que conserva aún hoy en día, es decir “seis salas: cinco regionales – Guadalajara, Monterrey, Xalapa, Distrito Federal y Toluca. A partir de la reforma de 2007-2008 las salas regionales se integran de forma permanente –, integradas por tres magistrados cada una, correspondientes a las cinco circunscripciones plurinominales en las que se divide el país para efectos de elección de diputados federales de representación proporcional, y una sala superior, integrada por siete magistrados”²⁹.

Con la reforma el Tribunal Electoral se eleva a ser la máxima autoridad en materia electoral, con excepción de las acciones de inconstitucionalidad, reservadas con esta reforma para la Suprema Corte.

Bases constitucionales de los derechos políticos electorales en México

Los artículos constitucionales que establecen las reglas y principios del derecho electoral mexicano son 29, los cuales se encuentran dispersos tanto en la parte dogmática, como la orgánica de la Ley Fundamental³⁰.

En un análisis de sistematización en primer término se reconoce al artículo 41, que determina el principio de soberanía del pueblo para la renovación de los poderes legislativo y ejecutivo, y que regula a los partidos políticos como entidades de interés público, su función y operación, así

²⁸ Monika Gilas, Karolina et al., “Control de constitucionalidad en materia electoral”, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Centro de capacitación judicial electoral, noviembre 2011, México, [en línea], disponible en: http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/investigacion_control_constitucional.pdf, consultado el 12 de abril de 2016, p. 15.

²⁹ Ibid. p. 16.

³⁰ Moctezuma Barragán, Gonzalo, “Marco jurídico del derecho electoral en México”, Consejo de la Judicatura Federal, p. 10, [en línea], disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx/Congreso/CongresoInt/ww.ponencias/gmb.pdf, consultado el 18 de marzo de 2016, p. 2.

como su régimen de financiamiento, al Instituto Nacional Electoral y organismos públicos locales, sus facultades y competencias, al control de la constitucionalidad y legalidad electoral.

Además, y de manera importante en el artículo 41, fracción VI, se determina que para garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, se establecerá un sistema de medios de impugnación en los términos de la Constitución y de la ley reglamentaria, con el objeto de garantizar la protección de los derechos políticos de los ciudadanos de votar, ser votados y de asociación.

Por otro lado, y en vinculación con el párrafo anterior, los supuesto normativos que reconocen los derechos políticos electorales por especialidad para impugnar o demandar cualquier violación a los ciudadanos se encuentran en los artículos 99, 105 y 107 de la Constitución, que establecen el ejercicio de las atribuciones y funcionamiento del Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación y la competencia exclusiva de la Suprema Corte para conocer de las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral, así como de las excepciones para ejercer el juicio de amparo en materia electoral, respectivamente.

Reconocidos los derechos políticos electorales como derechos fundamentales y no solo como prerrogativas de los ciudadanos, se encuentran en la parte dogmática de la Constitución los artículos del 6 al 9, que establecen los derechos políticos de expresión, acceso y difusión de la información, imprenta, petición y de asociación política.

La parte toral de los derechos políticos electorales de los ciudadanos se reconocen de los artículos 34 al 39, de la Constitución que establecen el reconocimiento como ciudadanos mexicanos, los derechos de votar, ser votado y de afiliación libre e individual a los partidos políticos, las obligaciones como ciudadanos, derecho a la nacionalidad mexicana,

la pérdida de la ciudadanía, la suspensión de los derechos y prerrogativas de los ciudadanos y el principio de soberanía nacional, respectivamente.

Existen además diversas disposiciones constitucionales complementarias en materia de derechos político electorales que se encuentran en los artículos siguientes: 2 (autodeterminación de los pueblos indígenas para elegir a sus autoridades o representantes); 3 (concepto de democracia); 5 (gratuidad de las funciones electorales); 33 (prohibición de los extranjeros de inmiscuirse en los asuntos políticos del país); 40 (carácter democrático de la República); 60 (sistema electoral y declaración de validez de las elecciones); 108 a 114 (régimen de responsabilidad de los servidores públicos, incluyendo los electorales); 115 (régimen municipal); 116 (bases electorales para los estados); y, finalmente el artículo 122, relativo a las bases electorales para el Distrito Federal³¹.

En este contexto se enlistan los artículos de la Constitución que reconocen los derechos político-electorales, tanto en la parte dogmática como en la orgánica que analizamos anteriormente:

Artículo 35. Son derechos de los ciudadanos:

- I. Votar en las elecciones populares;
- II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos, así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación;
- III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;
- IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes;
- V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.
- VI. Poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley;

³¹ En virtud de que aún no se han realizado los cambios normativos de denominación de Distrito Federal a Ciudad de México y considerado como el estado 32 de la República se continuará denominando igual y bajo su misma conformación jurídica. Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal por el que se cambia la denominación del Distrito Federal por Ciudad de México en todo su cuerpo normativo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 05 de febrero de 2016.

VII. Iniciar leyes, en los términos y con los requisitos que señalen esta Constitución y la Ley del Congreso. El Instituto Nacional Electoral tendrá las facultades que en esta materia le otorgue la ley, y

VIII. Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional...

Artículo 36. Son obligaciones de los ciudadanos de la República [...]

III. Votar en las elecciones y en las consultas populares, en los términos que señale la ley;

IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados...

V. Desempeñar los cargos concejiles del municipio donde reída, las funciones electorales y las de jurado.

Por disposición expresa de la nueva Ley de Amparo, reglamentaria de los artículo 103 y 107, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la fracción IV, del artículo 61, señala que “El juicio de amparo es improcedente: [...], contra resoluciones dictadas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”.

La reforma electoral federal de 1996 elevó al texto de la ley suprema de la Unión la protección de estos derechos fundamentales al disponer en su artículo 99, párrafo cuarto, fracción V, que corresponde al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la facultad de conocer y resolver, en forma definitiva e inatacable, sobre:

Las impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos político electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país, en los términos que señale la Constitución y las leyes...³²

En el devenir histórico en México, en el ámbito federal, el derecho político electoral concedido a las ciudadanas mexicanas se publica en el *Diario Oficial de la Federación* el día sábado 17 de octubre de 1953, siendo hasta el año siguiente, es decir, en 1954 cuando ejercen por primera vez este derecho. En la actualidad, se garantiza en igualdad de circunstancia

³² Escalante Topete, Luis Rolando, “Los derechos político-electorales del ciudadano mexicano habitante y residente de Baja California”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, p. 365-384 [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1784/22.pdf>, consultado el 16 de febrero de 2016, p. 368-367.

la paridad de género, es decir, la participación de las mujeres en las elecciones con la obligatoriedad para los partidos políticos de proponer como candidatos el 50% de sus postulados en igualdad de género. De igual forma, se establece el derecho de los mexicanos a votar en el extranjero para el Presidente de la República, y Gobernadores; De la misma manera, se establece el derecho a los ciudadanos de postularse para candidaturas de elección popular, es decir, las candidaturas independientes; cuando esto es violentado existen los mecanismos de control constitucional en materia electoral como lo es el Juicio para la Protección de los Derechos Políticos Electorales del Ciudadano.

Los mecanismos de control constitucional en materia electoral

El estado constitucional se basa en un principio fundamental, el de control de constitucionalidad, que en líneas generales se refiere al examen de la regularidad o de conformidad de las normas generales y actos de autoridad con el contenido de las disposiciones fundamentales de un ordenamiento jurídico determinado, que generalmente son identificadas con su Constitución, al ser ésta la norma fundamental suprema de un ordenamiento, al que el resto de las normas jurídicas y actos deben ajustarse³³.

El control de constitucionalidad supone un conjunto de instrumentos procesales destinados a salvaguardar el contenido y alcance de la ley fundamental que da a ciertos órganos la facultad de resolver asuntos derivados de la interpretación y aplicación de las disposiciones fundamentales, con la premisa fundamental de garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones de la autoridad. Comúnmente se

³³ Monika Gilas, Karolina et al., "Control de constitucionalidad en materia electoral", Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Centro de capacitación judicial electoral, noviembre 2011, México, [en línea], Disponible en: http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/investigacion_control_constitucional.pdf, consultado el 12 de abril de 2016, p. 4.

ha considerado al sistema constitucional de México como un sistema de control mixto, dada la existencia de un mecanismo de control abstracto con mecanismos de control difuso³⁴.

El control de constitucionalidad tiene como efectos, declarar en caso que corresponda, la inconformidad de las normas generales o actos de autoridad, tanto como por sus cuestiones sustanciales, es decir, por contrariar el contenido de la Constitución o normas fundamentales, o bien, como por incumplir con las formalidades (reglas procesales) del proceso legislativo por el que se crea una norma general, o bien que sustenta un acto de autoridad. El control de constitucionalidad implica la declaración de invalidez de dichos actos o de las normas, ya sea con efectos generales o para el caso concreto, esto es con efectos relativos³⁵.

El control constitucional en materia electoral ha pasado por diferentes etapas del desarrollo de su modelo de justicia electoral. Cabe resaltar que los mecanismos de protección de los derechos político electorales se consideran como una especie de “amparo político-electoral”³⁶ que se ejercen ante el Tribunal Electoral del Poder de Judicial de la Federación, el cual se reconoce constitucionalmente con la reforma de 1996, hecho que rompía con el paradigma de la no justiciabilidad de los asuntos políticos³⁷.

El sistema de justicia electoral en México tiene por objeto garantizar la vigencia del Estado democrático de derecho que postula la celebración de elecciones libres, auténticas, periódicas y estrictamente apegadas a la Constitución y a la ley. Por ello contempla un control judicial de la

³⁴ Ibid. p. 6.

³⁵ Ibid. p. 8.

³⁶ Fix-Fierro, Héctor, Los derechos políticos de los mexicanos. 2 da. Edi., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 95, 2006, p. 105.

³⁷ Cienfuegos Salgado, David, “El juicio de revisión constitucional electoral”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, [en line], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2976/2.pdf>, consultado el 17 de marzo de 2016, p. 15.

constitucionalidad y legalidad de las leyes y de todo acto y resolución de naturaleza electoral, ya sea federal o local³⁸.

El establecimiento de un sistema integral de medios de impugnación en materia electoral es una de las características de la justicia mexicana, basado en el reconocimiento de una jurisdicción especial para la resolución de asuntos de naturaleza política electoral.

En el marco de la reforma electoral de 1996, se aprobó la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME), la cual regula los recursos y juicios encaminados a garantizar la legalidad y constitucionalidad de los actos y resoluciones de las autoridades electorales, tanto federales como de las entidades federativas. Dichos recursos y juicios son los siguientes:³⁹

I. Recurso de revisión, para garantizar la legalidad y constitucionalidad de los actos y resoluciones de la autoridad electoral federal, el cual es resuelto por el IFE (INE).

II. Recurso de apelación, juicio de inconformidad y recurso de reconsideración para garantizar la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones de la autoridad electoral federal.

III. Juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano.

IV. Juicio de revisión constitucional electoral, para garantizar la constitucionalidad de los actos y resoluciones de las autoridades electorales locales.

³⁸ Monika Gilas, Karolina et al., "Control de constitucionalidad en materia electoral", Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Centro de capacitación judicial electoral, noviembre 2011, México, [en línea], Disponible en: http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/investigacion_control_constitucional.pdf, consultado el 12 de abril de 2016, p. 21.

³⁹ Fix-Fierro, Héctor, Los derechos políticos de los mexicanos. 2da. edi., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 95, 2006, p. 96-98.

De los medios de impugnación previstos en la ley reglamentaria, el recurso de revisión, el recurso de apelación, el juicio de inconformidad y el recurso de reconsideración fueron concebidos para garantizar la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones de las autoridades electorales federales⁴⁰.

De los medios señalados, sólo el recurso de apelación puede ser interpuesto por ciudadanos en lo individual, y únicamente contra las resoluciones que recaigan a la aplicación de sanciones que en los términos de la Ley General de Instituciones y Procedimientos electorales realice el Consejo General del Instituto Federal Electoral (INE), según consta en el artículo 45, párrafo primero, inciso b), fracción II, con relación al artículo 42, de la LGSMIME.

Por otro lado, el recurso de revisión, el juicio de inconformidad y el recurso de apelación pueden ser promovidos por partidos políticos, agrupaciones políticas y candidatos.

Esto significa que, entre los medios de impugnación jurisdiccionales señalados, sólo el recurso de apelación contra resoluciones emitidas por la autoridad electoral administrativa a raíz de un recurso de revisión, legitima al ciudadano en lo individual como actor⁴¹.

Por otro lado, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, por su parte, puede ser promovido por ciudadanos que, conforme a los supuestos previstos en la ley, consideren que sus derechos político-electorales han sido violentados por una autoridad electoral federal o local. El juicio de revisión constitucional electoral sólo

⁴⁰ Begné Guerra, Alberto, Democracia y Control de Constitucionalidad: Los derechos político-electorales del ciudadano y el acceso a la justicia, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003, p. 54, Colección de cuadernos de divulgación sobre aspectos doctrinarios de la justicia electoral, número 3, p. 43.

⁴¹ Id.

procede contra actos o resoluciones de las autoridades electorales locales y únicamente están legitimados para promoverlo los partidos políticos.

En suma, sin considerar el recurso de revisión que se interpone ante la autoridad electoral administrativa, la legitimación de los ciudadanos en lo individual para hacer valer sus derechos ante la autoridad jurisdiccional electoral se reduce al recurso de apelación y al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.

Ahora bien, el sistema de medios de impugnación en materia electoral, como hemos señalado, se integra tanto por instrumentos que podríamos considerar como propios del control de legalidad, como por instrumentos de control constitucional. Al respecto, hay consenso en que son dos los instrumentos que pueden considerarse como mecanismos de control constitucional: el juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano (JDC) y el juicio de revisión constitucional electoral (JRC)⁴².

El juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano y el juicio de revisión constitucional electoral cumplen funciones similares a las que en las materias no electorales desarrolla el juicio de amparo. Puede decirse, en este sentido, que constituyen una especie de “juicio de amparo político electoral”.

La reforma de 1996 que dio lugar a los medios de impugnación en materia electoral, puede decirse que dejó una “laguna” en el control de constitucionalidad, pues no permite a los ciudadanos, pero si a las minorías y a los partidos a través de la acción de inconstitucionalidad, impugnar las leyes electorales por considerarlas contrarias a la Constitución con motivo de algún acto de aplicación que afectar sus derechos político electorales⁴³.

⁴² Cienfuegos Salgado, David, “El juicio de revisión constitucional electoral”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, [en line], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2976/2.pdf>, consultado el 17 de marzo de 2016, p. 15.

⁴³ Begné Guerra, Alberto, Democracia y Control de Constitucionalidad: Los derechos político-electorales del ciudadano y el acceso a la justicia, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de

El artículo 105, de la Constitución establece que:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los siguientes asuntos:

- I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre [...].
- II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible de contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse [...], por: [...]

- f. Los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro [...].

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

De esa manera la reforma de 1996 creó un sistema de control de constitucionalidad por dos vías: bajo este régimen electoral a la Suprema Corte le corresponde decidir en los casos de contradicción entre las tesis sustentadas por una Sala del Tribunal Electoral y una de las Salas o el Pleno de la Suprema Corte y conocer las acciones de inconstitucionalidad en contra de la leyes electorales y analizar, mediante éstas las posibles contradicciones entre una norma de carácter general y la Constitución, con fundamento en el artículo 105, fracción II, de la Constitución.

El Tribunal Electoral le corresponde resolver en forma definitiva e inatacable, las impugnaciones y los conflictos mediante los recursos y juicios señalados – *in supra* –, como determina el artículo 99, la Constitución.

En 1998 en el ejercicio de sus funciones el Tribunal Electoral resolvió tres juicios de revisión constitucional electoral, en los que determino la

la Federación, 2003, p. 54, Colección de cuadernos de divulgación sobre aspectos doctrinarios de la justicia electoral, número 3, p. 43.

inaplicabilidad de disposiciones contenidas en las leyes electorales por considerarlas contrarias a la Constitución, criterios que confrontaron para que la Suprema Corte revisara los asuntos con implicaciones importantes para la distribución de competencias entre ambos órganos jurisdiccionales⁴⁴.

En este sentido, es importante citar el criterio que la Corte sostiene de la facultad del Tribunal Electoral para resolver las controversias en materia de derechos político-electorales y la competencia exclusiva de la Corte para conocer de las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral:

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. De lo dispuesto en los artículos 99 y 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende, por un lado, que el Tribunal Electoral es la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral y es el órgano especializado del Poder Judicial de la Federación, cuya competencia es la de garantizar la especialización, objetividad e imparcialidad en el ejercicio de esa función jurisdiccional, así como la custodia de los derechos políticos electorales de los ciudadanos, y verificar que los actos y resoluciones que al respecto se dicten, se ajusten al marco jurídico previsto tanto en la propia Constitución Federal, como en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral y, por otro, que a la Suprema Corte de Justicia de la Nación le corresponde en forma exclusiva conocer de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma general y la Constitución Federal, siendo dichas acciones la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la propia Ley Fundamental. En congruencia con lo anterior, se concluye que la facultad para resolver sobre la contradicción de normas electorales y la Carta Magna está claramente limitada por mandato constitucional al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que el Tribunal Electoral sólo puede manifestarse respecto de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto constitucional, siempre que ésta no sea para verificar la conformidad de una ley electoral con el propio Ordenamiento Supremo, ya que de lo contrario estaría ejerciendo una facultad que constitucionalmente no le corresponde⁴⁵.

⁴⁴ Monika Gilas, Karolina et al., "Control de constitucionalidad en materia electoral", Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Centro de capacitación judicial electoral, noviembre 2011, México, [en línea], disponible en:

http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/investigacion_control_constitucional.pdf, consultado el 12 de abril de 2016, p. 17-18.

⁴⁵ Novena Época / Registro: 165367/ Instancia: Pleno/ Jurisprudencia/ Fuente: Semanaria Judicial de la Federación y su Gaceta/ Tomo XXXI, enero 2010 /Materia (s): Constitucional/ Tesis: P/J. 23/2002/ p. 22.

Por otro lado, el criterios de diversos juristas sostienen en su interpretación, que el Tribunal Electoral tiene atribuciones para determinar la inconstitucionalidad de una norma electoral general y por tanto dejar de aplicar leyes secundarias que fueran contrarias a la Constitución, considerando que en ejercicio de sus atribuciones, debía de examinar las dos posibles fuentes de inconstitucionalidad de los actos y resoluciones de las autoridades electorales, es decir, su posición directa a un precepto constitucional, o su fundamentación en una ley que fuera contraria a la norma constitucional.

El Tribunal Electoral sostiene que esta interpretación podía armonizarse con la disposición del artículo 105, constitucional – *in supra* –, pues ésta sólo refiere a la posibilidad de atacar directamente, mediante una acción (abstracta) de anulación, una norma electoral general. Como consecuencia de todo lo anterior, correspondía al Tribunal desaplicar la norma inconstitucional, sin declarar su inconstitucionalidad en los puntos resolutive de la sentencia⁴⁶.

Sin embargo, la Corte determinó que el Tribunal se había extralimitado en sus atribuciones, pues solamente la Suprema Corte, por vía de la acción de inconstitucionalidad, como ya lo citamos en la tesis anterior, puede examinar la constitucionalidad de una norma electoral general⁴⁷.

Como resultado de esas críticas y buscando subsanar la laguna normativa, en el 2007 el legislador decidió reformar el artículo 99, constitucional para otorgarle al Tribunal Electoral la facultad de inaplicar las normas generales en materia electoral por considerarlas violatorias a la Carta Magna, con excepción por lo dispuesto en el artículo 105, fracción II, de la misma.

⁴⁶ Fix-Fierro, Héctor, Los derechos políticos de los mexicanos. 2da. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 95, 2006, p. 98

⁴⁷ Véase contradicción de tesis 2/2000-PL, en Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª. Época, tomo XV, junio 2002, p. 6 y ss., aprobada por unanimidad de votos (aunque con voto concurrente del ministro Gudiño Pelayo).

La reforma amplió también los supuestos de procedencia en el juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano.

Al respecto, el Tribunal Electoral, sólo podrá resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral, contrarias a la Constitución, como se manifiesta en el artículo 99, párrafo sexto de la Constitución, que señala:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105 de la Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación...

Aunque en general la reforma fue un paso en dirección correcta, al incluir al Tribunal Electoral en el proceso de control de constitucionalidad de las normas generales, presenta todavía algunos problemas. El principal es la limitación de los efectos de las sentencias mediante las que se inaplican las normas a casos particulares. Es decir, la norma considerada inconstitucional por el Tribunal Electoral se anula únicamente para el actor que presentó la demanda, pero no es expulsada del sistema jurídico⁴⁸.

Así mismo, señalan algunos especialistas, que el sistema de medios de impugnación en materia electoral no será integral mientras esté vedado al ciudadano, quien es el titular de los derechos políticos originarios, la posibilidad de impugnar, de manera directa o en juicio concreto, la constitucionalidad de las leyes político electorales, habida cuenta de que las minorías legislativas y los partidos políticos no siempre tendrán oportunidad ni interés (piénsese en el régimen relativo al financiamiento público que los beneficia) para solicitar a la Suprema Corte que ejerza sus facultades de control constitucional⁴⁹.

⁴⁸ Monika Gilas, Karolina et al., "Control de constitucionalidad en materia electoral", Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Centro de capacitación judicial electoral, noviembre 2011, México, [en línea], disponible en: http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/investigacion_control_constitucional.pdf, consultado el 12 de abril de 2016, p. 20.

⁴⁹ Fix-Fierro, Héctor, Los derechos políticos de los mexicanos. 2da. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 95, 2006, p. 99.

De esta forma, todas las leyes, sin excepción posible y de todo tipo de contenido, están sujetas al control de constitucionalidad, y en el caso de la materia electoral es ejercido tanto por la Suprema Corte y el Tribunal Electoral de manera separada,⁵⁰ como lo hemos analizado *in supra*.

Se reconoce, que el control de constitucionalidad en materia electoral, cuenta con un entramado sistema de medios de impugnación para garantizar que los actos y resoluciones electorales estén sujetos a los principios de constitucionalidad y legalidad. El cual tiene por objetivo que, en las distintas etapas de los procesos electorales, la protección de los derechos político- electorales y la definitividad de las distintas etapas del mismo estén garantizadas.

Conclusión

Desde su naturaleza jurídica, los derechos políticos electorales de los ciudadanos corresponden al derecho natural, es decir, corresponden al ser humano por el hecho de haber nacido como tal; cuando un país los reconoce constituyen derechos fundamentales de los ciudadanos de ese territorio, en el caso de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentran consagrados en el artículo 35 de su Constitución, el cual consagra las prerrogativas de los ciudadanos mexicanos, las cuales son: el derecho a votar para nombrar a los representantes del gobierno en los cargos de elección popular; otro derecho político electoral, es el de poder ser votado para Presidente de la República, Senador o Diputado federal, así como para Gobernador, diputados en las entidades federativas y, municipios; también existe, el derecho de afiliación libre e individual a los partidos políticos.

⁵⁰ Monika Gilas, Karolina et al., "Control de constitucionalidad en materia electoral", Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Centro de capacitación judicial electoral, noviembre 2011, México, [en línea], disponible en: http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/investigacion_control_constitucional.pdf, consultado el 12 de abril de 2016, p. 21.

Para sostener lo anterior, se reconoce en el artículo 41 de la CPEUM, el principio de soberanía del pueblo, para la renovación de los poderes legislativo y ejecutivo, además, regula a los partidos políticos como entidades de interés público, su función y operación, así como su régimen de financiamiento, al Instituto Nacional Electoral y organismos públicos locales, sus facultades y competencias. En su fracción VI, se determina que, para garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, se establecerá un sistema de medios de impugnación, con el objeto de garantizar la protección de los derechos políticos de los ciudadanos de votar, ser votados y de asociación.

La parte sustantiva de esos derechos se reconocen en los artículos 34 al 39 de la CPEUM, los cuales establecen el reconocimiento a los ciudadanos mexicanos de votar, ser votado y de afiliación libre e individual a los partidos políticos, además, sus obligaciones como ciudadanos, su derecho a la nacionalidad mexicana, la pérdida de la ciudadanía, la suspensión de los derechos y prerrogativas de los ciudadanos y el principio de soberanía nacional.

El derecho político electoral concedido a las ciudadanas mexicanas se publica en el DOF el 17 de octubre de 1953, siendo hasta el año siguiente, cuando ejercen por primera vez este derecho. En la actualidad, se garantiza en igualdad de circunstancia la paridad de género. De igual forma, se establece el derecho de los mexicanos a votar en el extranjero, de la misma manera, se establece el derecho de las candidaturas independientes; cuando esto es violentado, existen los mecanismos de control constitucional en materia electoral.

Para garantizar los derechos político electorales de los ciudadanos en México, en el supuesto de que sean vulnerados por las autoridades electorales, ya administrativas o jurisdiccionales de las entidades federativas, existe un sistema jurídico electoral, el cual establece diferentes mecanismos de control constitucional, estos son: el recurso de revisión, el recurso de

apelación, juicio de inconformidad y recurso de reconsideración, el juicio de revisión constitucional electoral y, el juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano, este último, es el mecanismo de control constitucional por excelencia en materia electoral para el ciudadano, equiparado al juicio de amparo.

Además de las bases constitucionales analizadas en materia de derechos político electorales para los ciudadanos en México, se encuentran las leyes secundarias que permiten concretizar esas garantías, dichas leyes son: a) Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral; b) Ley General en Materia de Delitos Electorales; c) Ley General de Partidos Políticos; d) Ley Federal de Consulta Popular; y, e) Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Es importante establecer el sistema institucional en materia de los derechos políticos electorales, iniciando de lo general a lo particular, se afirma que en México se cuenta con el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el cual se compone de una Sala Superior y cinco salas regionales, además, en cada entidad federativas se cuenta con un Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado que corresponda; en el ámbito administrativo a nivel federal, está el Instituto Nacional Electoral, a nivel de cada entidad federativas, existe el Instituto Estatal Electoral.

En base a la investigación realizada, en la que se indagó en premisas teóricas, constitucionales, legales y jurisprudenciales, considerando que es una investigación cualitativa en la que se parte de lo general a lo particular, además, histórica-jurídica, al realizar el análisis con descripción de las premisas y se realiza la comparación y explicación de variables, por lo que se considera que en México, los derechos político electorales de las y los ciudadanos se encuentran garantizados, estableciendo con ello un sistema democrático en el País, el cual tiene por objeto el ejercicio del poder con

el fin último de establecer el bien común. Empero, se sugiere que los derechos y el sistema electoral analizado, se cristalicen con una actuación transparente con cara a los ciudadanos, para con ellos legitimar el ejercicio del poder.

Fuentes consultadas

Libros y artículos

BEGNÉ GUERRA, Alberto, Democracia y Control de Constitucionalidad: Los derechos político-electorales del ciudadano y el acceso a la justicia, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003, pp 54, Colección de cuadernos de divulgación sobre aspectos doctrinarios de la justicia electoral, número 3.

CIENFUEGOS SALGADO, David, “El juicio de revisión constitucional electoral”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, [en line], disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2976/2.pdf>, consultado el 17 de marzo de 2016.

De la Madrid, Rafael, Reporte sobre la discriminación en México 2012 Derechos Políticos, CONAPRED, 2012, p. 17 y 18.

ESCALANTE TOPETE, Luis Rolando, “Los derechos político-electorales del ciudadano mexicano habitante y residente de Baja California”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, p. 365-384 [en línea], disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1784/22.pdf>, consultado el 16 de febrero de 2016.

FIX-FIERRO, Héctor, Los derechos políticos de los mexicanos. Un ensayo de sistematización, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005, Colección de cuadernos de divulgación sobre aspectos doctrinarios de la Justicia Electoral, número 8.

Los derechos políticos de los mexicanos. 2da. edi., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 95, 2006, p.126.

MARTÍNEZ PORCAYO, José Fernando O., “Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano”, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM, p. 217-233, [en línea], disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/347/16.pdf>, consultado el 06 de junio de 2016.

MELGAR ADALID, Mario, Cuadernos para la reforma de la justicia 6. La justicia electoral, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999, [en línea], disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=110>, consultado el 12 de abril de 2016., consultado el 12 de abril de 2016.

MONIKA GILAS, Karolina et al., “Control de constitucionalidad en materia electoral”, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Centro de capacitación judicial electoral, noviembre 2011, México, [en línea], disponible en: http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/investigacion_control_constitucional.pdf, consultado el 12 de abril de 2016.

MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, “Marco jurídico del derecho electoral en México”, Consejo de la Judicatura Federal, p. 10, [on line:], disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx/Congreso/CongresoInt/ww.ponencias/gmb.pdf, consultado el 18 de marzo de 2016

PÉREZ DE LOS REYES, MARCO A., “Origen y evolución del derecho electoral y procesal electoral en México”, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Vol. XVIII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006, [en línea], disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/18/pr/pr18.pdf>, consultado el 30 de marzo de 2016.

Normatividad

CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES, Nuevo código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 2008, que con fundamento en su artículo tercero transitorio se abroga el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, publicado en el DOF el 15 de agosto de 1990, [en línea], http://norma.ife.org.mx/documents/27912/234587/2008_COFIPE.pdf/56e9c54e-2481-48f9-9122-a8231dc3806b.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2016, [en línea], <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>.

LEY GENERAL DEL SISTEMA DE MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN MATERIA ELECTORAL, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014, [en línea], <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/149.pdf>.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES, nueva ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014, que con fundamento en el artículo segundo transitorio, se abroga el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales publicado en el DOF el 14 de enero de 2008 [en línea], http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIPE_130815.pdf.

LEY GENERAL EN MATERIA DE DELITOS ELECTORALES, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de junio de 2014, [en línea], http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMDE_270614.pdf.

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de noviembre de 2015, [en línea] http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/172_041115.pdf.

NOVENA ÉPOCA / REGISTRO: 165367/ INSTANCIA: Pleno/
Jurisprudencia/ Fuente: Semanaria Judicial de la Federación y su
Gaceta/ Tomo XXXI, enero 2010 /Materia (s): Constitucional/ Tesis:
P./J. 23/2002/ p. 22.

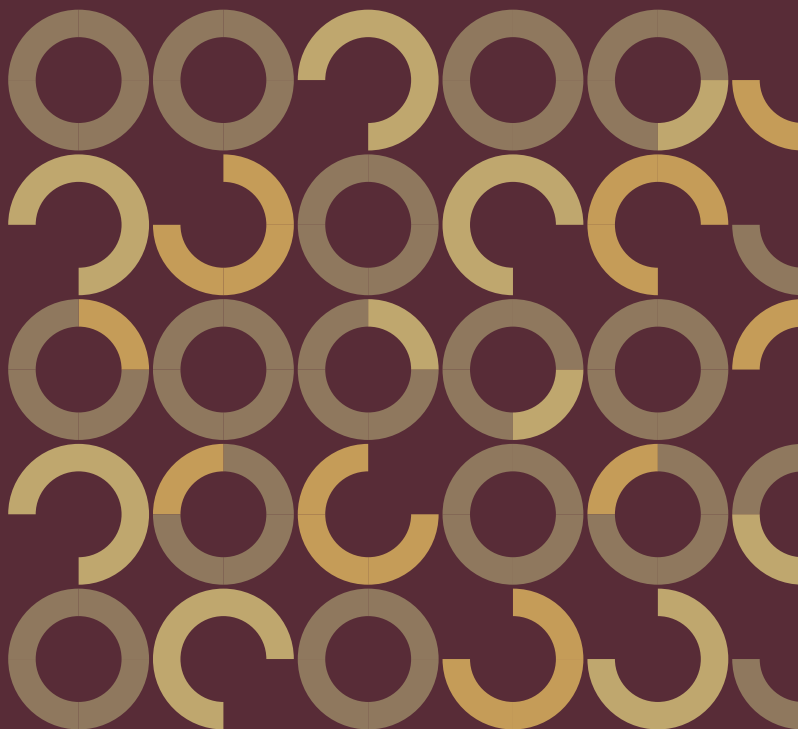
REGLAMENTO DE QUEJAS Y DENUNCIAS DEL INSTITUTO
NACIONAL ELECTORAL, Instituto Nacional Electoral, México,
Aprobado en sesión extraordinaria del Consejo General, celebrada el 7
de octubre de 2014, mediante acuerdo INE/CG191/2014, [en línea],
[http://norma.ine.mx/documents/27912/276868/Reglamento_Quejas.
pdf/313b5579-5d66-4ef2-8c37-8189b610d5fe](http://norma.ine.mx/documents/27912/276868/Reglamento_Quejas.pdf/313b5579-5d66-4ef2-8c37-8189b610d5fe).

REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES
EN MATERIA DE FISCALIZACIÓN, Instituto Nacional Electoral,
México, Aprobado en sesión extraordinaria del Consejo General,
celebrada el 19 de diciembre de 2014, mediante Acuerdo INE/
CG264/2014, Se adicionan las modificaciones mediante Acuerdo INE/
CG319/2016.

Publicado originalmente na Revista de Direito da Cidade, v.9, n.4,
p. 2023-2046. ISSN 2317-7721.



Esta obra foi composta na fonte Fierfield, corpo 11,
entrelinhas de 17 pontos em papel Couché 230g/m² (capa)
e papel AP 75g/m² (miolo).



A revista Estudos Eleitorais é apresentada ao leitor, em seu terceiro número do ano de 2018, composta de oito artigos.

Com mais esta edição, a EJE/TSE reafirma seu compromisso com a valorização dos estudos eleitorais, concebidos de forma abrangente, para alcançar reflexões históricas, teóricas e práticas não apenas sobre o Direito Eleitoral material e processual, mas também sobre o processo político-eleitoral.



EJE
Escola Judiciária Eleitoral
Tribunal Superior Eleitoral



**Tribunal
Superior
Eleitoral**

ISSN 1414-5146



9 771414 514001