

# A Máquina Propagandística Oficial: a gravidade *a priori* da conduta vedada (art. 73, VII, da Lei nº 9.504/97) atinente aos gastos elevados com publicidade institucional no ano eleitoral

*The Official Propagandatic Machine: the gravity in abstract of the prohibited conduct (article 73, VII, general election law) on the expenses increased with institutional advertising in the electoral year*

Rodrigo Cyrineu

**Resumo:** A utilização da máquina pública causa mais desequilíbrio nas eleições a cada dia que passa, e a desfaçatez dos agentes políticos em usar o dinheiro do contribuinte para se promoverem atingiu o ineditismo, razão pela qual se propõe uma inversão do ônus argumentativo no que toca à conduta proibida do artigo 73, VII, da Lei nº 9.504/1.997 ante a conclusão de sua gravidade *a priori*, como forma de resgatar o equilíbrio nas disputas eleitorais.

**Palavras-chave:** Eleições. Utilização da máquina pública. Desequilíbrio.

**Abstract:** The use of the public machine causes more unbalance in the elections with each passing day, and the lack of ethics of the political agents to use the money of the taxpayer to selfpromote reached the novelty, reason why it is proposed a reversal of the argumentative onus about the prohibited conduct of article 73, VII, of Law nº 9.504/1.997, because it is gravity in abstract, as a way of rescuing the balance in the electoral disputes.

**Keywords:** Elections. Use of the public machine. Imbalance.

## 1 Introdução

A relação da Administração Pública com as eleições na jovem democracia brasileira é palco para todo tipo de perplexidade. O voto de cabresto, as eleições a bico-de-pena, o fenômeno do coronelismo, o Estado Novo getuliano (usando da peculiar expressão do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho), o período de chumbo do regime militar, e outros tantos episódios lamentáveis da nossa história institucional, marcaram a preocupação dos participantes da última Assembleia Nacional Constituinte.

Mais recentemente, o caso “Mensalão” e a Operação “Lava Jato” trouxeram à tona o assalto ao Estado Nacional como forma de perpetuação no poder num sistema de “*cleptocracia*” inédito. Ou nem tanto, pois há quem diga que as fraudes já existiam desde a delimitação espacial introduzida nestas terras com o Tratado de Tordesilhas. (FAORO, 2012).

Porto (2012, p. 16) lembra que “já no período colonial, nas únicas eleições que ocorriam, então, para a escolha dos ‘juizes, vereadores, almotaçês e outros oficiais’, ouviam-se reclamações de que os pleitos se fizessem ‘com subornos e induzimentos’

Faoro (2012, p. 819) <sup>1</sup>, a esse respeito, é cirúrgico:

De Dom João I a Getúlio Vargas, numa viagem de seis séculos, uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do oceano largo. O capitalismo politicamente orientado – o capitalismo político, ou o pré-capitalismo –, centro da aventura, da conquista e da colonização moldou a realidade estatal, sobrevivendo, e incorporando na sobrevivência o capitalismo moderno, de índole industrial, racional na

---

<sup>1</sup> Segundo o autor, nem mesmo a transição da Monarquia para a República surtiu qualquer efeito prático significativo nas incontáveis fraudes eleitorais: “A passagem do regime imperial ao republicano irá acentuar a exacerbar a função eleitoral do coronel. Tirar-lhe-á as albardas centrais, não para autonomizá-lo, mas para entregá-lo aos poderes estaduais. Esta transição está na essência dos acontecimentos que partem do 15 de novembro. O Governo Provisório, instalado em nome da soberania nacional, momentaneamente representa pelas forças armadas, pretendia, na forma de promessa inscrita no seu primeiro ato, legitimar a revolução com o ‘pronunciamento definitivo da nação, livremente expressado pelo sufrágio popular’. A tarefa estava definida: converter a opinião republicana, até então largamente minoritária, na opinião dominante. Nada mais simples. Substituir-se-ia a farsa eleitoral monárquica pela farsa eleitoral republicana, com a mesma unanimidade”. FAORO, Raimundo. **Os donos do poder**. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012, pp. 700-1.

técnica e fundado na liberdade do indivíduo – liberdade de negociar, de contratar, de gerir a propriedade sob a garantia das instituições. A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi.

A briga pelo poder (e para manter-se no poder político) é, indubitavelmente, um fenômeno complexo que precisa de remédio amargo. Não é por outro motivo que o ordenamento jurídico, em especial a Constituição, elenca bens jurídicos objeto de peremptória proteção pelo Direito Eleitoral, quais sejam, a igualdade de oportunidades, a lisura, a legitimidade, e a proibição contra toda e qualquer sorte de abuso de poder (art. 14, §9º, da CF/88), como forma de tornar um pouco mais sadia a disputa eleitoral.

No que atine ao aludido regramento constitucional, diz Ribeiro (1997, p. 10) que:

[...] além dos casos de inelegibilidade nesta (leia-se, CF/88) definidos, outros serão contemplados por lei complementar, ficando a esta reservado traçar a armação estratégica para ‘proteger a normalidade e a legitimidade das eleições’ ameaçadas por abusos de poder em suas diferentes origens e modalidades.

A conformação jurídica dessa anunciada proteção das regras de normalidade democrática ocorre de várias formas, como por exemplo e dentre outras, criminalizando condutas atentatórias à liberdade do voto, instituição do voto secreto, ampla legitimação dos atores processuais e previsão de amplo leque de ações judiciais de repressão a ilícitos eleitorais, instituição de regras de desincompatibilização e, ainda, tipificação de atos antijurídicos por parte de agentes públicos (condutas vedadas) – o que importa, em especial, à presente análise.

A esse propósito, Salgado (2010) elenca duas categorias de vícios na liberdade do voto: (a) diretas, dentre as quais se inserem a coação, a fraude, a corrupção e a compra de votos; e (b) indireta, caracterizada por

restrições ou favorecimentos a determinados discursos políticos ou por tratamento diferenciado a partidos e candidatos.

O abuso do poder político quase sempre é dissimulado, disfarçado, não atingindo de maneira direta a liberdade de voto do eleitor, de modo que, ao se inserir na categoria de vício indireto na liberdade de escolha eleitoral, reclama maiores cuidados do intérprete legal, sendo imprescindível a fundamentação convincente a propósito de sua ocorrência, sob pena de violação, na precisa lição de Jorge e Rodrigues (2014), do princípio “*in dubio pro sufrágio*”<sup>2</sup>.

Sob a nomenclatura “abuso de autoridade”, Ribeiro (1997, p. 496) conceitua o abuso do poder político:

Há abuso de autoridade quando os instrumentos do poder público são aleivosamente manipulados para favorecimento a candidatos ou agremiações políticas. Essa intromissão abusiva pode manifestar-se em forma de pressões através de desmandos policiais, com detenções frequentes e por fúteis pretextos, com abertura despropositada de inquéritos, com buscas pessoais vexatórias e tantas outras mazelas engendradas para atemorização de adversários dos grupos governistas. Outras vezes a atividade abusiva de autoridade revela-se, ao contrário, com empenhos e intromissões no processo político, disseminando favores, com nomeações ou promoções políticas, com manipulação de recursos oficiais, utilização de veículos e aeronaves oficiais em proveito de candidatos patrocinados pelo oficialismo, com a pulverização de ajudas financeiras às proximidades dos pleitos, enfim, por diferentes maneiras em que fica demonstrado o envolvimento de órgãos públicos na disputa eleitoral.

Por outro lado, existem condutas que foram de antemão recortadas pelo legislador como hipóteses de quebra da igualdade de oportunidades, as quais receberam a nomenclatura de “*condutas vedadas*”. Sobre o tema, confira-se a doutrina de Gomes (2016, pp. 315-6):

---

<sup>2</sup> Destaca-se o seguinte excerto encontrado *op.cit.*, p. 145: “[...] é importantíssimo que se mantenha vivo o princípio *in dubio pro sufrágio* para que o Poder Judiciário Eleitoral não fragilize a democracia representativa, só admitindo a cassação de mandatos políticos em situações que sejam evidentes e incontestes a prova do abuso de poder, da corrupção eleitoral, etc.”.

No Brasil, é público e notório que agentes públicos se valem de suas posições para beneficiar candidaturas. Desde sua fundação, sempre houve intenso uso da máquina administrativa estatal: ora são as incessantes (e por vezes inúteis) propagandas institucionais (cujo real sentido é, quase sempre, promover o agente público), ora são as obras públicas sempre intensificadas em anos eleitorais e suas monótonas cerimônias de inauguração, ora são os acordos e as trocas de favores impublicáveis, mas sempre envolvendo o apoio da Administração Pública, ora é o aparelho do Estado desviado de sua finalidade precípua e posto a serviço de um fim pessoal, ora são oportunistas transferências de recursos de um a outros entes federados.

[...]

Atenta a essa realidade, a Lei nº 9.504/97 proibiu aos agentes públicos, servidores ou não, a consecução de certas condutas. Trata-se das chamadas *condutas vedadas*, previstas nos artigos 73 a 78 daquele diploma [...].

É dizer: a simples existência do art. 73, incisos e parágrafos, da Lei nº 9.504/1997 pressupõe, logicamente, uma condição de vantagem natural daqueles que estão no exercício do poder político no seio do Poder Executivo<sup>3</sup>, não só pela sua condição hierárquica, como também pela qualidade de portador da chave do cofre do dinheiro do contribuinte, árvore de muitos e contínuos frutos, o que se agravou com a introdução da reeleição no ano de 1997.

Abra-se um parêntese a propósito da reeleição. A irrelegibilidade, na expressão de Porto (2017), é vital para se minorar (porque evitar completamente é impossível no campo jurídico, sendo um fenômeno inerente ao campo moral-cultural) o uso da máquina pública para fins privados.

Sobre o tema da reeleição, calha a transcrição da crítica acerba do ex-Senador constituinte Cavalcanti (2002, p. 166 apud PORTO, 2017, p. 53):

---

<sup>3</sup> Nesse mesmo sentido, SALGADO, Eneida Desiree; BERNARDELLI, Paula. *A adoção da reeleição para o Poder Executivo no Brasil e suas incoerências com o sistema constitucional e eleitoral*. In: **Reeleição Presidencial nos sistemas políticos das Américas**. SANTANO, Ana Cláudio (Coord.). Curitiba: Íthala, 2015, p. 102. Destaca-se, a propósito do assunto: “No artigo 73 da Lei das Eleições, Lei nº 9.504/97, há uma série de condutas que são ‘tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais’. Para configuração destas condutas não é necessário demonstrar a má-fé ou o desvio de finalidade do agente público: a lei presume um comportamento antirrepublicano e ímprobo dos candidatos e os candidatos à reeleição não são excluídos dessa reputação legal”.

De que poderosos meios não poderá lançar mão o presidente que pretender se fazer reeleger? Admitir presidente candidato é expor o eleitorado à pressão, corrupção e fraude na mais larga escala. Já de si a eleição presidencial engendra no país agitação não pequena e temerosa; e o que não se dará quando o candidato for o homem que dispõe da maior soma de poder e força, pela sua autoridade, pelos vastos recursos que pode pôr em ação para impor sua reeleição? E que perturbação na administração pública e que enorme prejuízo para o país no emprego de elementos oficiais como esse fim?

Porto (2017, p. 53) destaca, ainda, os debates da Comissão do Itamaraty que antecederam a Constituição de 1934:

Em 1933, no anteprojeto elaborado pela “Comissão do Itamaraty”, propôs-se que o Presidente seria eleito por um quadriênio e não poderia ser reeleito “senão seis anos depois de terminado o seu período presidencial”, havendo João Mangabeira, no debate, entendendo sábia a Constituição de 1891 quando evitara a reeleição: “Não fora essa proibição e não haveria um só presidente que não fosse reeleito, sem competir”.

A Emenda Constitucional 16, ao inserir na Constituição o instituto da reeleição, ocasionou grave distorção no quadro eleitoral, tanto é assim que todos os Presidentes da República foram reeleitos daí em diante, o que, por outro lado, torna ainda mais importante o combate do abuso do poder político, sobretudo pelas hipóteses do artigo 73, da Lei nº 9.504/1997, tratando-se de legislação essencial à saúde da democracia brasileira.

Retomando o raciocínio anterior ao recorte atinente à reeleição, Zílio (2016, p. 586) salienta que “o legislador presume que tais condutas, efetivamente, inclinam-se a desigualar os contendores”. Ou seja, mera incursão do agente público em uma das hipóteses previstas no extenso rol legal do dispositivo alhures referenciado denota, a princípio, a quebra da igualdade de oportunidades na corrida eleitoral, na medida em que a condição de titular de função pública beneficiou a pretensão política iminente do agente estatal, em detrimento de seu(s) concorrente(s) que não conta(m) com a mesma sorte, salvo em hipótese de conduta “substancialmente irrelevante”.

A respeito da igualdade de oportunidades, objeto de proteção do artigo 73, da LGE (Lei Geral das Eleições), confira-se a lição de Fux e Fração (2016, p. 119):

O princípio da igualdade de chances (*Chancengleichheit*), também referido como igualdade de oportunidades, é um mandamento nuclear na seara eleitoral. Sua *origem* remonta ao direito alemão. Aludido princípio reclama uma postura de neutralidade do Estado em face dos *players* da competição eleitoral (*i.e.*, partidos, candidatos e coligações), de forma a coibir a formulação de desenhos e arranjos que favoreçam determinados atores em detrimento de outros.

Outrossim, impende salientar que algumas condutas vedadas revelam-se mais danosas do que outras. As hipóteses previstas na legislação eleitoral vão de simples utilização de materiais e servidores da administração em proveito próprio – o que não é nada incomum em se tratando de Brasil –, até a excessiva canalização de dinheiro público em publicidade institucional no ano eleitoral (art. 73, VII, da Lei nº 9.504/1.997), conduta esta que se reveste da maior gravidade entre todas aquelas previstas no rol legal, a qual, justamente por isso, merece tratamento mais acurado.

## 2 A Lesividade da Excessiva Publicidade Institucional em Ano Eleitoral

Ao tratar especificamente do inciso VII do artigo 73 da Lei Geral das Eleições, ensina Zílio (2016, p. 621) que “o objetivo do legislador é soffrear a difusão massiva de publicidade institucional em ano eleitoral, afetando a voluntariedade de opção de sufrágio do eleitor, com quebra na igualdade de oportunidade entre os candidatos” – o que se pretende evitar é “que o administrador concretize uma forma indireta de financiamento público de campanha, sob o pretexto da efetivação do princípio da publicidade”.

Leal (2012, p. 61) lembra que justamente “nos períodos que precedem às eleições é que o ambiente de opressão atinge o ponto agudo”. Canalizado o dinheiro público para a publicidade, é certo que os adversários da gestão ordenadora da despesa, no primeiro semestre do ano eleitoral, sofrerão uma saraivada de ataques, na mesma intensidade com que a figura do gestor será promovida a patamares inalcançáveis pelos seus opositores, sobretudo em municípios pequenos, onde a força do erário é decisiva.

De forma mais direta, numa análise não propriamente jurídica, Bucci (2015, p. 65) obtempera, ao tratar dos critérios da publicidade institucional: “Ela é pública no financiamento (primeiro critério), embora possa não ser quanto aos outros dois: os processos decisórios dos quais emerge e a finalidade que busca alcançar”.

Gomes (2016, p. 764), por seu turno, aduz que em razão da “sofisticação das técnicas de *marketing*, é ingenuidade acreditar que a propaganda institucional não promove sobremaneira a imagem e os feitos de quem a autoriza”, a evidenciar a lesividade da hipótese legal em apreço. E não é exagero dizer que a publicidade institucional no Brasil, a pretexto de informar, serve, na maioria esmagadora dos casos, como forma de promover a imagem do governante, ao arrepio do §1º<sup>4</sup> do artigo 37 da Constituição Federal, não sendo nenhuma surpresa a quantidade significativa de ações de improbidade voltadas contra o uso do Erário para fins meramente particulares.

Daí o porquê da gravidade *a priori* dessa conduta, porque a um só tempo se verifica a ocorrência dos três tipos tradicionais de abuso de poder no Direito Eleitoral (sem contar a infringência à Lei de Improbidade Administrativa<sup>5</sup>). Abusa-se do poder político, porque a máquina governamental é voltada para propósitos pessoais como forma de alavancar candidatura<sup>6</sup>. Abusa-se do poder econômico, porque há um aumento exponencial das despesas no ano eleitoral, com a agravante de serem recursos do contribuinte<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> §1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

<sup>5</sup> Nesse sentido, igualmente, o §7º do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997: “As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III”.

<sup>6</sup> Veja-se, ainda, o que disposto no artigo 74 da Lei nº 9.504/1997: “Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no §1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma”.

<sup>7</sup> A esse respeito, confira-se BUCCI, *op. cit.*, p. 63: “[...] a comunicação pública aí está, mais ou menos como uma montanha na planície. Montanha milionária: além de ser visível e palpável, é também sensível ao bolso do contribuinte, custando alguns bilhões de reais por ano aos cofres públicos”.

E, ainda, utilizam-se indevidamente os meios de comunicação social <sup>8</sup>, porquanto a publicidade institucional é feita também (e, sobretudo) nesses instrumentos (televisão, rádio, jornais, mídia eletrônica), em franca desigualdade com os demais competidores.

Mais especificamente sobre o uso indevido dos meios de comunicação, o que pode perfeitamente ser verificado pela hipótese do inciso VII do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997, confira-se (BUCCI, pp. 330-1):

Os veículos de comunicação social têm alcance e penetração inimagináveis na nossa população e diversas são as formas de beneficiar ou prejudicar um partido ou candidato, seja por mensagem direta ou indireta ao eleitor. O uso do meio impresso enaltecendo algum candidato e seus feitos políticos, com uma roupagem de reportagem isenta sem que na verdade o seja, a ampla e repetitiva divulgação de notícias e fatos deliberadamente em desfavor de apenas um candidato, etc. são formas de se usar indevidamente os meios de comunicação social.

Em estudo com o título “Strategic Political Communication: Mobilizing Public Opinion in Audience Democracies”, Haspeter Kriesi destacou o papel dos meios de comunicação social na formação da opinião pública:

The media increasingly constitute the crucial channel for conveying politics. In the process, they not only provide information, but they also become actors of their own in the political process.

[...]

Media commentaries are of particular importance in this context. Commentaries serve to define and interpret political problems, their provide analysis of their causes (“diagnostic framing”) and formulate solutions (“prognostic framing”).

[...]

With the surveys the organize and the results they stage as public events, the media routinely put established political actors under public pressure.

<sup>8</sup> Diz BUCCI (*op. cit.*, pp. 66-67): “[...] a finalidade da chamada comunicação pública não é outra que não a de fixar, para o governo, uma imagem positiva na opinião pública, por meio de um investimento público que gerará dividendos privados nas eleições seguintes. Como se vê, o nosso problema é um senhor problema”.

[...]

Using pools and presenting them as medias events, the media are also able to create political facts. (ESSER, 2004 apud JOBIM, 2016, p. 39).

Por sua vez, Alvim (2017, p. 42) enumera dez estratégias comuns do uso indevido dos meios de comunicação social (as quais serão enumeradas na ordem citada pelo autor para fins de organização):

- (1) a escolha tendenciosa de pautas (algumas vezes reforçada por uma descabida insistência ou um intempestivo resgate de temas específicos benéficos a candidatos prediletos ou prejudiciais a candidatos preteridos), manifestada também pelo que não se publica;
- (2) o *timing* tendencioso, como nos casos de fatos perniciosos momentaneamente silenciados para virem à luz na véspera ou na própria data do pleito;
- (3) a redução ou superexposição do tempo de cobertura, mais comum em meios audiovisuais, sujeitos à obrigação de conferir tratamento isonômico entre os participantes;
- (4) a omissão ou redução de destaque na divulgação de pesquisas de intenção de votos cujos resultados desagradem a linha editorial do veículo;
- (5) o oferecimento de cobertura com visibilidade desproporcional, colocando em exagerada evidência a figura de um candidato em detrimento dos demais;
- (6) a marginalização de atores, deixando-os de fora de rodadas de entrevistas ou negando-lhes convites para a participação em debates;
- (7) a recusa ou a obstrução do acesso a espaços de propaganda comercializáveis, no caso da mídia impressa;
- (8) a recusa deliberada ou a simulação de problemas técnicos como justificativa para a não reprodução total ou parcial de programas ou spots de propaganda referentes ao horário eleitoral gratuito;
- (9) a desabilitação de ferramentas de comentários em notícias pontuais, a fim de bloquear a possibilidade de apresentação de desmentidos ou versões alternativas, por parte do público interativo;
- (10) a realização de maquiagem informativa, conferindo às reportagens velados matizes ideológicos, a partir da construção elaborada de pontos de vista suspeitos ou que excluam uma ótica plural.

O governo, maior anunciante das concessionárias de televisão e rádio, e, sobretudo das novas mídias digitais, pode impor aos seus credos-

res facilmente a maioria dessas estratégias <sup>9</sup>, especialmente para sufocar a oposição e bombardear alvos estratégicos, a multiplicar exponencialmente o perigo da destinação excessiva e ilegal de dinheiro no ano eleitoral, revelando-se a conduta vedada do inciso VII do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997 como verdadeira bomba atômica, apta a destruir qualquer candidatura oposicionista.

Para piorar, a maioria dos casos é feita mediante a utilização de ardis. Alvim (2017, p. 42), no referido artigo, aduz que “a abordagem midiática desigual pode ocorrer sob as mais variadas formas, inclusive as mais sutis”. Da mesma forma, Bucci (2015, p. 23) a respeito da campanha eleitoral fora do período eleitoral “[...] age por meio de subterfúgios. Ela visa produzir no eleitorado uma predisposição de fundo, um vínculo de simpatia aos futuros candidatos que o governo, no devido tempo, irá apresentar à sociedade”.

Por conta disso, a jurisprudência vem tratando, já há certo tempo, a incidência no referido dispositivo legal com significativo rigorismo. No *leading case* de Goiás (eleições 2002), o TSE assim se posicionou:

Propaganda institucional estadual. Governador. Responsabilidade. Ano eleitoral. Média dos últimos três anos. Gastos superiores. Conduta vedada. Agente público. Art. 73, VII, da Lei nº 9.504/97. Prévio conhecimento. Comprovação. Desnecessidade.

1. É automática a responsabilidade do governador pelo excesso de despesa com a propaganda institucional do estado, uma vez que a estratégia dessa espécie de propaganda cabe sempre ao chefe do executivo, mesmo que este possa delegar os atos de sua execução a determinado órgão de seu governo.

2. Também é automático o benefício de governador, candidato à reeleição, pela veiculação da propaganda institucional do estado, em ano eleitoral, feita com gastos além da média dos últimos três anos.

Recurso conhecido e provido <sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Destaca ALVIM, *op. cit.*, p. 43: “Há, como se nota, amplo espaço para a manipulação da opinião pública, desde a eleição do conjunto de temas a serem discutidos (*agenda-setting*) e da forma de aproximação e representação da realidade (enquadramento), até a escolha de palavras (seleção léxica) e imagens (seleção icônica) utilizadas, sendo claro que a arbitrariedade das escolhas é completamente ignorada pelos consumidores da informação (BARROS FILHO, 2003, p. 71)”.

<sup>10</sup> Recurso Especial Eleitoral nº 21307, Relator Min. Francisco Peçanha Martins, Relator designado Min. Fernando Neves da Silva, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 06/02/2004, página 146.

Nos debates que antecederam o pedido de vista do Ministro Fernando Neves, a Corte já sinalizava (como de fato se registrou ao final) preocupação quanto a se fazer letra morta do dispositivo legal, principalmente ante a gravidade da conduta tendente a afetar a igualdade de chances eleitorais. Tanto é assim que a Corte Superior, no citado caso, aplicou a multa em grau máximo:

A aplicação da multa no valor máximo, por transgressão à regra do art. 73, VII, da Lei nº 9.504/97, justifica-se pelo uso da propaganda institucional em benefício do candidato à reeleição e, ainda, pela grande monta de recursos, o que evidencia a gravidade da infração”<sup>11</sup>.

O tratamento se torna ainda mais severo a partir do advento da Lei Complementar nº 135/2010, na medida em que não se passa mais a exigir a “potencialidade lesiva” da conduta, mas apenas a “gravidade das circunstâncias”. A doutrina de ponta registrou com precisão essa reforma introduzida com a Lei da Ficha Limpa:

Frise-se que não é mais necessário que se perquirira a *potencialidade de o ato causar* desequilíbrio do pleito eleitoral, para configurá-lo como ensejador da hipótese de cabimento do art. 221 da lei. Com a alteração promovida pela LC 135/2010, e, a nova redação dada ao inc. XVI, basta que as circunstâncias que caracterizam o ato tido como indevido seja tipificadora da abusividade para que o mesmo seja tomado como tal. Ora, deixou-se de lado a potencialidade do efeito do ato como capaz de configurá-lo como abusivo para considerar apenas as suas características e circunstâncias em que foi realizado. Retira-se do *efeito do ato* e coloca-se na sua *essência* o elemento que determinará se ele é ou não abusivo. (JORGE; RODRIGUES, 2014, p. 331).

Tal raciocínio se reforça quando o Tribunal Superior Eleitoral, ao interpretar conduta vedada relacionada à publicidade institucional (art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97), entende que aquela “[...] qual seja, veiculação de publicidade institucional nos três meses anteriores ao pleito, reclama, para

---

<sup>11</sup> Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral nº 21307, Relator Min. Fernando Neves Da Silva, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, Data 19/03/2004, página 123.

sua configuração, apenas e tão somente a realização do ato ilícito, tornando-se desnecessária a comprovação de potencialidade lesiva”<sup>12</sup>.

O Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, em precedente luminoso, bem delineou a problemática tocante à hipótese do inciso VII do artigo 73 da Lei das Eleições (gastos com publicidade no ano eleitoral):

ELEIÇÕES 2012 - RECURSOS - DESPESAS COM PUBLICIDADE INSTITUCIONAL EM PERÍODO VEDADO - ART. 73, INCISO VI, “B”, DA LEI N. 9.504/1997 - CONFIGURAÇÃO - CONDENAÇÃO EM MULTA - MÍNIMO LEGAL - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - ART. 73, INCISO VII, DA LEI N. 9.504/1997 - MÉDIA DOS GASTOS NOS TRÊS ÚLTIMOS ANOS OU DO ÚLTIMO ANO IMEDIATAMENTE ANTERIOR - LIMITES LEGAIS ULTRAPASSADOS - EXCESSIVO AUMENTO DAS DESPESAS COM PUBLICIDADE INSTITUCIONAL, SUPERIOR À MÉDIA DE GASTOS DOS ÚLTIMOS TRÊS ANOS ANTERIORES AO PLEITO - DESEQUILÍBRIO DA DISPUTA ELEITORAL CONFIGURADO - GRAVIDADE DA CONDUTA - CONDENAÇÃO EM MULTA E CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS DOS REPRESENTADOS - INELEGIBILIDADE - EFEITO DA CONDENAÇÃO A SER DECLARADO EM EVENTUAL/FUTURO REGISTRO DE CANDIDATURA.

Mantendo-se dentro dos limites legais de gastos com publicidade institucional, os candidatos à reeleição já têm uma evidente vantagem sobre os demais, extrapolando-os, realizando despesas excessivas com propaganda oficial no ano da eleição, fica patente o desrespeito à paridade da disputa eleitoral, com comprometimento da regularidade e legitimidade do pleito, o que deve ser exemplarmente combatido, com a cassação dos mandatos conquistados por meio desse artifício<sup>13</sup>.

No *case* Brusque/SC, o Tribunal Superior Eleitoral manteve o critério interpretativo do Regional catarinense, o que deu azo, inclusive, à reforma do dispositivo legal pelo Congresso Nacional:

<sup>12</sup> Recurso Especial Eleitoral nº 20871, Acórdão, Relator Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - Diário de Justiça eletrônico, Tomo 149, Data 06/08/2015, páginas 53-4.

<sup>13</sup> TRE-SC - RECURSO CONTRA DECISÕES DE JUIZES ELEITORAIS nº 117173, Acórdão nº 31103 de 04/11/2015, Relator BÁRBARA LEBARBENCHON MOURA THOMASELLI, Publicação: DJE - Diário de JE, Data 11/11/2015.

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CONDU TA VEDADA. GASTOS EXCESSIVOS COM PUBLICIDADE INSTITUCIONAL NO PRIMEIRO SEMESTRE DO ANO DA ELEIÇÃO. ABUSO DE PODER POLÍTICO/AUTORIDADE. DESVIRTUAMENTO DA PUBLICIDADE INSTITUCIONAL NO PRIMEIRO SEMESTRE DO ANO DA ELEIÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

[...]

3. O Tribunal Regional Eleitoral concluiu pela cassação do diploma, declaração de inelegibilidade e aplicação de multa com fundamento em conduta vedada (extrapolação dos gastos com publicidade institucional) e abuso do poder político (desvirtuamento da publicidade institucional).

4. Conduta vedada e gastos com publicidade institucional: os gastos com publicidade institucional não podem ultrapassar a média dos três anos anteriores ou a do ano imediatamente anterior à eleição - art. 73, inciso VII, da Lei nº 9.504/1997. A compreensão sistemática das condutas vedadas, que busca justamente tutelar a igualdade de chances na perspectiva da disputa entre candidatos, leva à conclusão de que, no primeiro semestre do ano da eleição, é autorizada a veiculação de publicidade institucional, respeitados os limites de gastos dos últimos três anos ou do último ano, enquanto, nos três meses antes da eleição, é proibida a publicidade institucional, salvo exceções (art. 73, inciso VI, alínea b, da Lei nº 9.504/1997). Consequentemente, os gastos com publicidade institucional, no ano de eleição, serão concentrados no primeiro semestre, pois no segundo semestre, além das limitações, algumas publicidades dependem de autorização da Justiça Eleitoral. O critério a ser utilizado não pode ser apenas as médias anuais, semestrais ou mensais, nem mesmo a legislação assim fixou, mas o critério de proporcionalidade. O acórdão regional demonstra que os gastos no primeiro semestre de 2012 (R\$1.340.891,95 - um milhão, trezentos e quarenta mil, oitocentos e noventa e um reais e noventa e cinco centavos) representaram aproximadamente: 68% dos gastos realizados em 2011 (R\$1.958.977,91 - um milhão, novecentos e cinquenta e oito mil, novecentos e setenta e sete reais e noventa e um centavos), 24% a mais do que os realizados em 2010 (R\$1.079.546,97 - um milhão, setenta e nove mil, quinhentos e quarenta e seis reais e noventa e sete centavos) e 94% dos gastos do ano de 2009 (R\$1.415.633,93 - um milhão, quatrocentos e quinze mil, seiscentos e trinta e três reais e noventa e três centavos), o que dispensa maiores cálculos matemáticos acerca da

evidente desproporcionalidade das despesas com publicidade institucional no primeiro semestre de 2012, a revelar quebra da igualdade de chances. Some-se a isso o fundamento ressaltado pelo acórdão regional de que “os números demonstram que os gastos em excesso foram bastante expressivos, superiores a 80% (oitenta por cento) do valor autorizado por lei, o que torna a conduta ainda mais grave” (fl. 356).

5. Abuso de poder político no desvirtuamento da publicidade institucional: o princípio da publicidade, que exige o direito e o acesso à informação correta dos atos estatais, entrelaça-se com o princípio da impessoalidade, corolário do princípio republicano. A propaganda institucional constitui legítima manifestação do princípio da publicidade dos atos da administração pública federal, desde que observadas a necessária vinculação a temas de interesse público - como decorrência lógica do princípio da impessoalidade - e as balizas definidas no art. 37, § 1º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual, “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”. Enquanto a propaganda partidária é um canal de aproximação entre partidos e eleitores, disponível a todas as agradações registradas no Tribunal Superior Eleitoral, a publicidade institucional de municípios é uma ferramenta acessível ao Poder Executivo local e sua utilização com contornos eleitorais deve ser analisada com rigor pela Justiça Eleitoral, sob pena de violação da ideia de igualdade de chances entre os contendores - candidatos -, entendida assim como a necessária concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, sem a qual fica comprometida a própria essência do processo democrático. Acórdão regional que demonstra concretamente grave desvirtuamento da publicidade institucional. É inviável o reenquadramento jurídico dos fatos.

6. Desprovemento do recurso <sup>14</sup>.

De se ver, portanto, não ter a Justiça Eleitoral, via de regra, poupado o mandato daqueles que de qualquer forma se aproveitaram do Erário para elevar a publicidade institucional em ano eleitoral, violando de forma

<sup>14</sup> TSE - Recurso Especial Eleitoral nº 33645, Acórdão de 24/03/2015, Relator Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: REPDJE - Republicado DJE, Tomo 73, Data 17/4/2015, Página 45/46 DJE - Diário de Justiça eletrônico, Tomo 72, Data 16/4/2015, página 92-3.

chapada a Lei nº 9.504/1997 e, conseqüentemente, o vetor da igualdade de oportunidades.

Por outro lado, convém esclarecer o que se tem por “despesa” para fins de configuração da incidência do agente público na hipótese do artigo 73, VII, da Lei nº 9.504/1997. A esse propósito, Zílio (2016, p. 621) se posiciona:

[...] a despesa – que é prevista no art. 73, VII, da LE – não se subsume apenas aos valores efetivamente gastos pelo erário, abrangendo também os valores empenhados e liquidados. A exegese do dispositivo compreende a expressão “*despesas*”, de modo a abarcar todas as obrigações assumidas pelo órgão público, pois uma publicidade contratada, mesmo não paga, já é passível de veiculação, revelando-se suscetível de influenciar o equilíbrio do processo eleitoral, através da exposição da Administração Pública no período vetado.

Não é outra a orientação jurisprudencial que promana do Tribunal Superior Eleitoral:

Recurso especial. Representação. Conduta vedada. Art. 73, VII, da Lei nº 9.504/97.

1. O Tribunal Regional Eleitoral entendeu não configurada a conduta vedada do art. 73, VII, da Lei nº 9.504/97, reconhecendo que as despesas com publicidade em Município, efetivamente realizadas em 2012, não ultrapassaram o limite legal. Diante das premissas contidas no voto condutor da decisão recorrida, seria necessário reexaminar os fatos e as provas contidas nos autos para concluir, ao contrário, que foram realizados gastos acima da média legal no ano da eleição. Incidem, no particular, as Súmulas 7 do STJ e 279 do STF.

2. O art. 73, VII, da Lei nº 9.504/97 previne que os administradores públicos realizem no primeiro semestre do ano da eleição a divulgação de publicidade que extrapole o valor despendido no último ano ou a média dos três últimos, considerando-se o que for menor. Tal proibição visa essencialmente evitar que no ano da eleição seja realizada publicidade institucional, como meio de divulgar os atos e ações dos governantes, em escala anual maior do que a habitual.

3. A melhor interpretação da regra do art. 73, VII, da Lei das Eleições, no que tange à definição - para fins eleitorais do que sejam despesas com publicidade -, é no sentido de considerar o momento da liquidação, ou seja, do reconhecimento oficial de que o serviço foi

prestado - independentemente de se verificar a data do respectivo empenho ou do pagamento, para fins de aferição dos limites indicados na referida disposição legal.

4. A adoção de tese contrária à esposada pelo acórdão regional geraria possibilidade inversa, essa, sim, pernicioso ao processo eleitoral, de se permitir que a publicidade realizada no ano da eleição não fosse considerada, caso a sua efetiva quitação fosse postergada para o ano seguinte ao da eleição, sob o título de restos a pagar, observados os limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal <sup>15</sup>.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONDOTA VEDADA. ART. 73, VII, DA LEI Nº 9.504/97. DESPESAS COM PUBLICIDADE DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS EM ANO ELEITORAL SUPERIOR À MÉDIA DOS GASTOS REALIZADOS NOS TRÊS ANOS QUE ANTECEDERAM O PLEITO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. SÚMULA Nº 182/STJ. DESPROVIMENTO.

1. O tecnicismo a que alude o agravante, pretendendo a aplicação rigorosa dos conceitos próprios do direito financeiro, não resulta na interpretação do disposto no art. 73, VII, da Lei nº 9.504/97 mais consentânea com os princípios constitucionais da razoabilidade e da moralidade, não sendo possível utilizar-se a expressão “despesas” no sentido pretendido, quando o espírito da lei é combater o excesso de dispêndio com publicidade dos órgãos públicos ou respectivas entidades da administração indireta em anos eleitorais.

2. Fundamento não infirmado (Súmula nº 182/STJ) <sup>16</sup>.

De fato, em um campo já propício a fraudes e ardis de toda a sorte, é correta e prudente a delimitação da fase de liquidação do gasto público como fator de contabilidade das despesas para fins legais, porque esse é momento no qual o serviço é prestado ao órgão público, resultando daí os impactos na coletividade, atingindo diretamente o bem jurídico tutelado pela norma, a saber, a igualdade de oportunidades.

<sup>15</sup> Recurso Especial Eleitoral nº 67994, Acórdão, Relator Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 242, Data 19/12/2013.

<sup>16</sup> Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 176114, Acórdão de 26/05/2011, Relator Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 25/08/2011, Página 19 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 22, Tomo 3, Data 26/05/2011, Página 156.

Alvim (2016, p. 494) defende, nesse particular, “que os valores antes gastos devem ser corrigidos, a fim de evitar defasagens que conduzam a injustiças, o que ocorre quando, num país em que a inflação aumenta, o julgador se amarre a valores nominais”. Não há como deixar de concordar com a advertência, sob pena de condenar o ordenador de despesa por injusta variação do poder real da moeda.

Como se vê, a conduta vedada específica do artigo 73, VII, da Lei nº 9.504/1997, diferentemente das demais<sup>17</sup> constantes do rol legal, possui gravidade *a priori*, isto é, a subsunção do agente público pressupõe, a menos em hipóteses de ultrapassagem em percentual ínfimo, a quebra absoluta da igualdade de chances, o que sugere não só a aplicação da sanção pecuniária, mas também a cassação do registro e/ou a desconstituição do diploma.

Ou seja, inverte-se (assim se propõe) o ônus argumentativo, porquanto possuindo gravidade *a priori*, numa atenta leitura de todo o plexo normativo-eleitoral, cabe ao agente público transgressor convencer a Justiça Eleitoral de que, embora tenha agido ao arrepio da regra legal, não se desequilibrou o certame a ponto de se aplicar a pena capital, o que pode ocorrer em casos de urgência e relevância pública em determinada área vital, como, por exemplo, epidemias, surtos de criminalidade, desastres naturais (tempestades; tornados; nevoeiro; desabamentos) etc.

Do contrário, e ainda mais num cenário de proibição de doações por pessoas jurídicas, a máquina pública ditará os rumos da maioria dos pleitos eleitorais, dos grandes Estados aos menores Municípios, compensando torrar o erário em publicidade institucional se a penalidade *a priori* aplicada for apenas sanção pecuniária, a qual não raras vezes será paga mediante a utilização da mesma estrutura pública já utilizada para promover o agente público, num odioso ciclo vicioso.

<sup>17</sup> A esse propósito, confira-se: “RECURSO ELEITORAL - AIJE - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL - VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL - SITIO DA CÂMARA MUNICIPAL NA INTERNET - PERÍODO VEDADO - ABUSO DE PODER - NÃO CONFIGURADO - APLICAÇÃO DE MULTA - SANÇÃO PROPORCIONAL AO ILÍCITO - CIRCUNSTÂNCIAS DE CADA CASO CONCRETO. 1.A veiculação de publicidade institucional durante o período de três meses antes do pleito constitui justa causa para aplicação de multa aos responsáveis e candidatos beneficiados, não se impondo, sempre e só por isso, a cassação do diploma ou a declaração de inelegibilidade, se as características de cada caso concreto não indicarem a gravidade do ato”. (Recurso Eleitoral nº 36935, ACÓRDÃO nº 24035 de 28/04/2014, Relatora MARIA HELENA GARGAGLIONE PÓVOAS, Publicação: DEJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 1640, Data 14/05/2014, página 2-8)

### 3 Impedimentos e Ilícitos Eleitorais: a brutal – e imprescindível – diferença de tratamento

Quando se propõe controle judicial rigoroso aos ilícitos eleitorais, fatalmente se faz necessário enfrentar a questão, volta e meia levantada, referente ao indesejável fenômeno de judicialização das eleições. Ao assim fazer, é importante tocar num ponto crucial não tão explorado pela doutrina: a diferença de tratamento a ser dado pela Justiça Eleitoral entre as ações que envolvem impedimentos para a disputa (inelegibilidade/condição de elegibilidade) e as ações de prevenção/repressão a ilícitos eleitorais.

O direito político de se candidatar, como já tive a oportunidade de escrever (CYRINEU, 2016), é uma das mais fundamentais prerrogativas do cidadão, inserindo-se na categoria de direitos humanos, pelo menos sob a ótica do Pacto de São José da Costa Rica, razão pela qual o seu não reconhecimento deve se dar em hipóteses excepcionais.

Ao tratar do governo democrático, Dahl (2015, p. 127) assevera que nenhuma democracia prescinde de um corpo de “direitos, liberdades e oportunidades”, incluindo-se neste seleto rol, dentre outros, “o direito de votar na escolha das autoridades, em eleições livres e imparciais; o direito de concorrer a cargos eletivos; o direito à liberdade de expressão; o direito de formar e participar de organizações políticas independentes”.

Nessas hipóteses, o que está em jogo é a possibilidade de tomar parte das decisões coletivas, de modo que qualquer restrição deve passar pelo filtro da teoria dos direitos fundamentais (SILVA, 2017)<sup>18</sup>, mediante análise pormenorizada ao sabor do princípio da proporcionalidade.

Diferente é, contudo, a análise que se deve fazer em sede de ações de prevenção/repressão a ilícitos eleitorais. É truísmo dizer que todo direito guarda consigo um dever correspondente (SARLET, 2012)<sup>19</sup>, mas é preciso que se diga: ao direito fundamental de se candidatar corresponde o dever,

---

<sup>18</sup> Adotamos a proposta de SILVA, Virgílio Afonso da. in **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., 4ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

<sup>19</sup> SARLET, 2012, p. 227, a esse propósito, leciona: “Não é a toa que a máxima de que direitos não podem existir sem deveres segue atual e mais do que nunca exige ser levada a sério, ainda mais quando na atual CF houve menção expressa, juntamente com os direitos, a deveres fundamentais, como dá conta a redação do art. 5º, *caput*, ao se referir aos direitos e deveres individuais e coletivos, isto sem levar em conta outras referências diretas a deveres ao longo do texto constitucional”.

também de estatura fundamental, de respeitar as regras constitucionais e legais de disputa.

Quicá o Direito Eleitoral seja a área mais sensível à teoria dos deveres fundamentais, na medida em que a Constituição Federal, ao disciplinar as regras de alcance dos postos políticos (CF, art. 14, §9<sup>o</sup> <sup>20</sup> e 10 <sup>21</sup>, *verbi gratia*), impõe uma série de cuidados e limitações, exigindo, ao fim e ao cabo, o *fair play* dos contendores. Cidadania, participação ativa e democracia – três palavras que, a pretexto de imprimirem prerrogativas ao cidadão, trazem consigo, de forma ínsita, a ideia de deveres fundamentais.

A esse propósito, confira-se a doutrina constitucional contemporânea:

O reconhecimento de deveres fundamentais diz com a participação ativa dos cidadãos na vida pública e implica, na acepção de José Carlos Vieira de Andrade, “um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais”, portanto, reclama um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual e implica a existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na esfera das relações entre privados, justificando, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais. Com efeito, as limitações aos direitos fundamentais não se encontram unicamente fundamentadas na ordem subjetiva das liberdades ou direitos dos outros particulares (como propõe a teoria liberal burguesa ou clássica dos direitos fundamentais), mas também por razões de ordem objetiva, representadas pelas justas exigências da moral, da ordem pública e do bem numa sociedade democrática. (SARLET, 2012, p. 228).

Ao explicar sobre os deveres fundamentais, o mestre de Coimbra os divide em duas categorias: os deveres de caráter econômico-social e os deveres cívico-políticos (CANOTILHO, 2003), a evidenciar a íntima ligação dessa categoria jurídica com o Direito Eleitoral.

---

<sup>20</sup> §9<sup>o</sup> Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

<sup>21</sup> §10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Canotilho (2003) propõe, entretanto, cautela redobrada no tocante à instituição de deveres fundamentais *ex lege*, invocando a doutrina dos direitos fundamentais como forma de evitar excessos. Diz ele: “[...] como a criação *ex lege* de deveres fundamentais implica, muitas vezes, uma restrição da esfera jurídica dos cidadãos, impõe-se um regime particularmente cauteloso semelhante ao das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias”. (CANOTILHO, 2003, p. 534).

Da mesma forma Silva (2017, p. 102) adverte que “nem tudo aquilo que se refira à forma de exercício de uma liberdade é mera regulamentação”. É dizer, “é perfeitamente possível que com base em medidas aparentemente inofensivas e meramente regulamentadoras o exercício de um direito fundamental possa ser restringido de forma contundente. O que aparenta ser mera regulamentação é, na verdade, restrição”.

Postas essas balizas, é imperioso destacar, no entanto, lembrando a distinção inicial feita neste tópico, a preponderância do interesse público na observância das regras eleitorais constitucionais e legais, não podendo o voto popular, expressão máxima da soberania, servir como salvo-conduto para o cidadão eleito mediante desrespeito ao *fair-play*.

Ao tratar da hermenêutica tocante ao abuso de poder, Ribeiro (1998, p. 46), ao conclamar, sobretudo, à adoção de medidas de caráter preventivo, assevera:

Deve, portanto, o aparelhamento de controle mobilizar-se com presteza para que os abusos sejam interrompidos em tempo, não completando o processo degenerativo, com a transmutação da liberdade em licenciosidade e o comportamento da autoridade em despotismo. Não podem os órgãos que estão incumbidos da aplicação da codificação eleitoral permitir seja esta apontada como estando a carecer de medida de pronta eficácia, transferindo à lei, uma omissão que pertence, nessas circunstâncias, exclusivamente ao aplicador.

O direito fundamental do cidadão é o de participar das decisões coletivas, principalmente mediante a submissão do seu nome ao escrutínio popular, prerrogativa essa que só pode ser suprimida em casos gravíssimos. Isto é, não há direito fundamental de participar da forma como bem entender, praticando tudo aquilo que lhe vier em mente, tendo em vista que a liberdade que se protege para o ingresso na disputa é infinitamente maior do que aquela que se busca resguardar no *iter* da competição político-eleitoral.

É possível defender, portanto, a existência de dois momentos distintos de preponderância alternada de interesses: na primeira fase do processo eleitoral, momento da admissão das candidaturas, deve preponderar o direito do cidadão de ter seu nome avalizado para a disputa, porquanto se trata de um direito político fundamental de estatura não só constitucional como também internacional (o direito de participação política é inserido na categoria de direitos humanos).

Na segunda fase, contudo, se sobrepõe o interesse comunitário de observância irrestrita às regras estabelecidas, previamente estudadas e legisladas para evitar que um competidor comece a corrida em posição mais avançada do que o outro, ou que, no meio da competição, haja práticas não republicanas com o fito de ludibriar a autenticidade eleitoral.

De modo que, ainda que se exija máxima cautela para a previsão de regras tipificadoras de ilícitos eleitorais, sobretudo aquelas que rendam ensejo à cassação do registro e/ou desconstituição do diploma/mandato eletivo, fato é que o rol de condutas vedadas da Lei nº 9.504/1997, ao regulamentar hipóteses concretas de abuso de poder (econômico, político, político-econômico etc.), longe de arranhar a fonte formal/material de sua validade (Constituição Federal), felizmente instituiu, pode-se assim dizer, deveres fundamentais legais, de caráter notadamente preventivo do desequilíbrio competitivo, os quais têm papel sobranceiro na fase de controle da validade/lisura do pleito eleitoral.

A desconstituição de mandatos conquistados ao arrepio das regras constitucionais e legais, longe de se configurar como uma espécie de atuação *ultra vires* da Justiça Eleitoral, insere-se no desejado dever-poder de *accountability* impregnado em vários pontos da Lei Magna, não sendo válida, portanto, a crítica hodierna de que os juízes eleitorais estão agindo desmedidamente, porquanto a soberania popular deve ser respeitada mediante manifestação autêntica do corpo eleitoral, a qual só se aperfeiçoa se as regras de *fair play* forem rigorosamente respeitadas.

Isso, aliás, já foi constatado por Ribeiro (1998, p. 24) há duas décadas:

Parecia que a jurisdicionalização do controle eleitoral teria estancado os desmandos provindos de autoridades públicas, com a utilização da maquinaria estatal em favor dos partidos e candidatos afeiçãoados aos grupos situacionistas.

Foi-se observando, porém, de eleição para eleição, que recomeçavam

de forma cada vez mais nociva e ousada as intromissões indébitas do poder público, exacerbando o clientelismo político, com prestações de serviços ou admissão de pessoal em larga escala, ou afetação de situações vantajosas a servidores públicos como prebendas eleitorais. O patrimônio público experimentava rateios nos funerais governamentais, mas, de tudo, o mais profundamente danoso é a descrença que se apossava do povo em suas instituições, vendo-as deformadas em suas aplicações, amontoando-se causas para armazenar o seu dissenso e pouco ou quase nada restando para vingar um lastro consensual, que conduz à coesão coletiva e estimula a estabilidade dos sistemas políticos.

Portanto, o rigoroso controle jurisdicional, além de não ser recente, como muitos advogam, revela-se essencial à saúde da democracia brasileira, não sendo por outra razão que Jorge e Rodrigues (2012, p. 283) obtemperam atualmente:

A verdade é que a cultura arraigada de corrupção e abuso de poder nas eleições, que foi marca indelével da política brasileira, a tal ponto que foi necessária a criação da Justiça Eleitoral como meio para se terminar com as fraudes, ainda está presente nos diversos rincões do país e nos milhares de Municípios espalhados pelo Brasil, onde impera a ignorância, o analfabetismo e a prática de compra de votos. Não há outro caminho senão moralizar o processo eleitoral com a intervenção do Poder Judiciário, que deve ter a máxima cautela de apenas o fazer quando existir provas robustas que justifiquem a alteração do resultado das urnas [...].

É impossível não reconhecer o papel imprescindível da Justiça Eleitoral em *terrae brasilis*, revelando-se mesmo injusta, portanto, a crítica infundada de que juízes eleitorais estão interferindo na soberania popular: não é verdade. A prática de ilícitos eleitorais é que viola a soberania popular, porquanto a sua manifestação deve ser autêntica, é dizer, dentro do formato preestabelecido pelo Constituinte e pelo legislador, e é papel do Poder Judiciário fazer prevalecer o império da lei.

#### 4 Considerações Finais

Atenta ao longo histórico de abusos e ilicitudes cometidos nos pleitos eleitorais, a Assembleia Nacional Constituinte grafou no texto cons-

titucional forte mensagem de repressão à utilização abusiva do dinheiro e do poder, à improbidade e à imoralidade nos pleitos, de forma a prevalecer o princípio da máxima igualdade de oportunidades.

O desenho constitucional, e principalmente o legal, se conformaram de forma a se evitar que o poderio econômico e a máquina administrativa tivessem condição de desequilibrar as eleições, propiciando um ambiente de disputa regular, equânime e sadio, com previsão de condutas ilícitas por parte de agentes públicos tendentes a afetar a igualdade de chances.

O ponto fora da curva, indubitavelmente, foi a Emenda Constitucional nº 16/1997, a qual, ao instituir a possibilidade de reeleição no Poder Executivo, esgarçou a máxima igualdade de chances. Nas palavras de Mello (1997, p. 5-14), permitir a reeleição de quem já se encontra no exercício do cargo é “inculcar imbecilidade à norma jurídica”, isto é, “o mais rematado absurdo, a mais completa inconsistência, a mais radical estultice, a mais cabal incongruência da Lei Magna”.

E as instituições tiveram que conviver com a reeleição, resultando não só daí, mas, sobretudo por isso, uma maior atuação da Justiça Eleitoral a fim de reprimir o uso da máquina pública, destacando-se a cassação por abuso de poder político e por prática de condutas vedadas.

Dentre o rol das condutas proibidas, assume relevo aquela inserida no inciso VII do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997, como explanado à exaustão, por envolver a estrutura administrativa, com servidores e canais de acesso, quantia significativa de dinheiro do contribuinte, e, ainda, o uso enviesado dos meios de comunicação social, inviabilizando, ou ao menos reduzindo significativamente, a possibilidade de sucesso de qualquer oposição.

Daí porque ter se defendido a inversão do ônus argumentativo, porquanto possuindo gravidade *a priori*, numa atenta leitura de todo o plexo normativo eleitoral, cabe ao agente público transgressor convencer que, embora tenha agido ao arrepio da regra legal, não se desequilibrou o certame a ponto de desconstituição do diploma.

É necessário coibir essa prática, a qual, além de ser ilícito eleitoral, volta e meia envolve, ainda, improbidade administrativa, crimes contra a administração pública e violação ao §1º do artigo 37 da Constituição Federal, devendo a Justiça Eleitoral não poupar o mandato eletivo conquistado ao arrepio da referida norma proibitiva.

Mais que isso: a sintomática situação costumeiramente observada nos pleitos eleitorais referente à publicidade institucional <sup>22</sup> sugere a reflexão a propósito do tema, como forma de evitar que os recursos financeiros à disposição da Administração não escorram pelo ralo da corrupção ou se enviesem para a promoção pessoal de um grupo em detrimento da comunidade.

## Referências

ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2016, p. 494.

\_\_\_\_\_. O Peso da Imprensa na Balança Eleitoral. Efeitos, estratégias e parâmetros para o exame da gravidade das circunstâncias em hipóteses de uso indevido dos meios de comunicação social. **Resenha Eleitoral (Florianópolis)**, v. 20, n. 2, p. 33-60, maio 2017, p. 42.

BUCCI, Eugênio. **O Estado de Narciso: a comunicação pública a serviço da vaidade particular**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 65.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 534.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal brasileira (1891)**. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 166 apud PORTO, Walter Costa, 2017, p. 53.

CYRINEU, Rodrigo Terra. Direitos políticos como categoria de direitos humanos e sua interpretação pretoriana: da necessária recuperação do garantismo em sede de análise do sufrágio passivo. In: PEREIRA, Rodolfo Viana; SANTANO, Ana Cláudia (Orgs.). **Conexões Eleitoristas**. Belo Horizonte: Abradep, 2016. p. 219-239. ISBN 978-85-93139-01-7. Disponível em: <http://bit.ly/2ebcaFj>

DAHL, Robert A. **A constituição norte-americana é democrática?** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015, p. 127.

ESSER, Frank; PFESTSCH, Barbara. **Comparing Political Communication: Theories, Cases and Challenges**. Cambridge University Press, 2004 apud JOBIM, Alexandre Kruehl. A influência dos meios de comunicação no processo eleitoral. In **Sistema político e Direito Eleitoral brasileiros: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli**. NORONHA, João Otávio de; KIM, Richard Pae (Coords). São Paulo: Atlas, 2016, p. 39.

<sup>22</sup> Leitura disponível em: <<http://www.folhamax.com.br/politica/juiz-cassa-prefeita-e-vice-em-vg-por-abuso-da-maquina-na-eleicao-de-2016/128667>>

- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012.
- FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos Paradigmas do Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 119.
- GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, pp. 315-6.
- JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Eleitoral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 144 e seguintes.
- LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto**. 7ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 61.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Desincompatibilização e inelegibilidade de chefes de Executivo. **Revista Trimestral de Direito Público**, 18, 1997, p. 5-14.
- PORTO, Walter Costa. **Dicionário do voto**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lexicon, 2012, p. 16.
- \_\_\_\_\_. A constituição de 1988 e nossa cena eleitoral e partidária. In **Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: análise crítica**. MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (coords.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53.
- RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 4ªed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 10.
- \_\_\_\_\_. **Abuso de poder no Direito Eleitoral**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 46.
- SALGADO, Eneida Desirée. **Princípios Constitucionais Eleitorais**. Edição inicial. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 35
- SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., 4ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- ZÍLIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 5ª ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 586.

---

**Rodrigo Cyrineu** - Advogado. Especialista em Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito Eleitoral pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Membro-fundador e atual tesoureiro da ABRADep (Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político).