

AS MUDANÇAS QUE NÃO DEVERIAM SER FEITAS

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves¹ e Rodrigo López Zilio²

Mudanças apresentam, *a priori*, uma conotação positiva na mente das pessoas. Traduzem uma ideia de movimento, de ir para outro rumo ou local, de corrigir falhas e alcançar outro patamar, presumidamente melhor. Quando vivemos numa sociedade ainda muito injusta e desigual como a brasileira, dividida e violenta, a ideia de buscar novos caminhos e soluções costuma ser bem recebida. Não seria diferente num tópico tão essencial para a vida democrática: a legislação que rege as eleições. Vivemos enredados por uma legislação já antiga, dispersa em diplomas como o Código Eleitoral, a Lei das Eleições, a Lei dos Partidos Políticos e a Lei das Inelegibilidades. Unificar estas leis, dar-lhes coerência e corrigir desencontros soa, portanto, como algo benfazejo, necessário e, até, urgente.

Este artigo, porém, sugere que nem todas as mudanças são bem vindas e que, algumas que se têm anunciado, seria melhor que não viessem.

Não se trata de conservadorismo, mas da esperança de que o viés das alterações seja no sentido de aprimorar nossa democracia e nosso processo eleitoral, para tentar superar o que se convencionou chamar de “crise da representatividade”, equalizando oportunidades e assegurando a liberdade de voto dos eleitores e nos aproximando da igualdade de chances para os partidos e candidatos. Se não forem para isso, melhor ficarmos onde já estamos.

¹ Mestre e Doutor em Direito do Estado. Procurador Regional da República. Membro Auxiliar da Procuradoria Geral Eleitoral. Professor de Direito Eleitoral. Autor de livros sobre Direito Eleitoral.

² Mestre em Direito. Promotor de Justiça. Coordenador do Gabinete de Assessoramento Eleitoral do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Membro auxiliar da Procuradoria Geral Eleitoral. Professor de Direito Eleitoral. Autor de livros sobre Direito Eleitoral.

O tema que apresentamos se refere a propostas de modificação legislativa, sugeridas ou em tramitação no Congresso Nacional. Não contestamos o *locus*. As decisões políticas – ou “*determinações de valor*” –, em uma democracia representativa, devem ser feitas pelos representantes eleitos. Assim o enuncia John Hart Ely³, quando realça a importância de deferência aos trabalhos concertados no âmbito do Poder Legislativo e expõe uma visão restrita⁴ sobre a *judicial review* (2016, p. 136-138).

Uma dessas propostas é o novo Código Eleitoral (PLP nº 112/2021 da Câmara dos Deputados, cuja ementa “[d]ispõe sobre as normas eleitorais e as normas processuais eleitorais brasileiras”). Considerando a referida dispersão e anciandade da legislação eleitoral brasileira, um projeto de codificação eleitoral respira aquele ar favorável às mudanças.

Uma análise desapassionada do que se apresenta em debate no Congresso Nacional, no entanto, recomenda cautela. Sem pretensão de exaurimento, destacamos nesse breve artigo alguns dos itens que geram maior apreensão⁵, restritos às ações cassatórias e à adesão do candidato ao estatuto jurídico eleitoral.

No bloco atinente ao contencioso judicial eleitoral – sob o título “*Das condutas que sujeitam o candidato à cassação de registro, diploma ou mandato*” – existem bons motivos de preocupação, sobretudo sob a perspectiva da eficácia do direito sancionador eleitoral cuja racionalidade “*é constitucionalmente*

³ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 136-138.

⁴ Para o jurista norte-americano, “*o juiz deve intervir somente quando um time obtém uma vantagem injusta, não quando o time ‘errado’ faz gol*” (p. 136-7).

⁵ É fértil o espaço de preocupação quanto às pretensões de reforma da nova legislação, como é dado perceber, por exemplo, das regras sobre a prestação de contas partidária, do veto absoluto ao poder consultivo da Justiça Eleitoral, da permissão do Congresso Nacional sustar resoluções do TSE e da criação do agravo de instrumento contra decisão interlocutória.

justificada a partir da diretriz de garantidor [necessário] das regras do jogo e [eventual] restaurador da legitimidade do pleito”⁶.

A intenção do legislador reformista é fixar o prazo final das ações cassatórias em “15 dias após a eleição”⁷; assim, considerando a data do primeiro turno. Em meados de outubro do ano eleitoral, lá se foi embora o tempo para levar ao Judiciário ações sobre abuso do poder em suas variadas formas. Tendo em vista que o atual prazo é a diplomação, concebida como a data final fixada no calendário eleitoral (ou seja, 19 de dezembro)⁸, haverá a subtração de cerca de 60 dias para ajuizamento das ações! Não é preciso muito esforço intelectual para compreender que essa perda de 60 dias – superior ao próprio tempo de campanha eleitoral (16 de agosto até a data da eleição) – é consideravelmente significativa, tendo forte potencial de frustrar a finalidade de um sistema normativo que tem por objetivo “fomentar um comportamento de fidelidade ao marco regulatório das eleições pelos competidores”⁹.

⁶ ZILIO, Rodrigo López. *Decisão de cassação de mandato: um método de estruturação (os critérios de conformação democrática)*. São Paulo: Juspodivm, 2ª edição, 2023, p. 86

⁷ Nesse sentido, v.g.: art. 614, §4º que versa sobre a captação ilícita de sufrágio (“A representação de que trata este artigo poderá ser ajuizada até 15 (quinze) dias após a eleição, e seguirá o procedimento previsto comum deste Código”); art. 617 que trata das condutas vedadas (A ação judicial para a apuração das condutas previstas neste Título poderá ser ajuizada até 15 (quinze) dias após a eleição, e seguirá o procedimento previsto comum deste Código); art. 622, §2º que trata do uso indevido dos meios de comunicação (A ação judicial para a apuração das condutas previstas no caput poderá ser ajuizada até 15 (quinze) dias após a eleição, e seguirá o procedimento comum previsto neste Código); art. 625, §2º sobre o abuso de poder econômico (A ação judicial para a apuração das condutas previstas no caput poderá ser ajuizada até 15 (quinze) dias após a eleição, e seguirá o procedimento comum previsto neste Código); art. 626, §3º do abuso de poder político (A ação judicial para a apuração das condutas previstas no caput poderá ser ajuizada até 15 (quinze) dias após a eleição, e seguirá o procedimento comum previsto neste Código).

⁸ [...] 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) pode ser intentada até a diplomação dos eleitos. Essa data deve ser entendida de modo geral e objetivo como sendo o último dia fixado na resolução deste Tribunal Superior que disciplina o Calendário Eleitoral. [...] (AREspEl nº 0600994-58 Acórdão TEJUPÁ – SP - Relator Min. Benedito Gonçalves - Julgamento: 20/04/2023 Publicação: 28/04/2023)

⁹ ZILIO, Rodrigo López. *Decisão de cassação de mandato: um método de estruturação (os critérios de conformação democrática)*. São Paulo: Juspodivm, 2ª edição, 2023, p. 94

Ao contrário de diminuir a quantidade de ações, essa injustificada subtração de prazo para a investigação de fatos com aptidão de abalar a legitimidade do pleito vai incentivar a apresentação de peças temerárias e incompletas, judicializadas conforme o estado em que se encontram, apenas para cumprir o curto prazo decadencial adotado. Será uma diminuição qualitativa, não quantitativa. O argumento da estabilidade do cenário eleitoral advindo das urnas não procede: que estabilidade é essa, que finge não ver abusos? Perdem a igualdade de chances nas campanhas eleitorais e o incentivo à observância das regras comuns a todos. Quem ganha?

Outro ponto aflitivo é o tratamento dispensado pelo novo Código Eleitoral à figura da captação ilícita de sufrágio.

Introduzida no ordenamento jurídico pela Lei nº 9.840/99 e aprovada por meio de um projeto de iniciativa popular, a captação ilícita de sufrágio recebeu interpretação jurisprudencial que representou significativa mudança de paradigma no tocante às ações cassatórias eleitorais. É firme a orientação do TSE no sentido de que *“[a] compra de um único voto é suficiente para configurar captação ilícita de sufrágio, pois o bem jurídico tutelado pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97 é a livre vontade do eleitor, sendo desnecessário aferir eventual desequilíbrio da disputa”* (RO-El nº 0601707-34 - Macapá – AP - Relator Min. Raul Araujo Filho – j. 14/03/2023 - Publicação 17/04/2023).

Por meio dessa exegese, o TSE faz uma adequada clivagem entre os abusos clássicos (econômico, político, midiático, etc.) e a captação ilícita de sufrágio. Fundamentam essa compreensão: i) a autonomia de bem jurídico da captação ilícita de sufrágio (vontade do eleitor) e sua distinção com o tutelado na AIJE e na AIME (legitimidade e normalidade do pleito) e, ii) o exame correlacional com o impacto no pleito (somente exigido para a primeira categoria de ilícitos, e não na captação ilícita de sufrágio). Portanto, não se

cogita do exame da gravidade, nos termos do art. 22, XVI, da LC nº 64/90, quando se trata de captação ilícita de sufrágio. É dizer, a configuração da captação ilícita de sufrágio “*com as consequências legalmente previstas*” se dá com “*a subsunção do fato à norma, sem causa de justificação*”¹⁰.

Se, por um lado, o projeto de código avança ao suprimir a expressão “*candidato*” – presente no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 –, de modo a permitir que qualquer pessoa que pratique a conduta proscrita seja responsabilizada, o retrocesso das demais modificações é inequívoco.

De acordo com o art. 614, §2º, do Projeto de Lei, “[*a captação ilícita de sufrágio sujeita os responsáveis a multa de R\$5.000,00 (cinco mil) a R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais), sem prejuízo da cassação do registro ou do diploma do candidato beneficiado, quando reconhecida a gravidade¹¹ das circunstâncias*”. Essa previsão normativa nega à captação ilícita de sufrágio o seu inerente e acentuado desvalor de fazer comércio com a manifestação de vontade do eleitor, a essência da democracia representativa. Coloca-a na “*vala comum*” dos demais ilícitos eleitorais, negando-lhe sua especificidade e, até, sua historicidade, vez que avacalha as eleições brasileiras desde sempre. Cabe repisar a compreensão de que “*a vulneração à liberdade de voto afeta diretamente a fidúcia que o eleitor deposita na observância das regras democráticas pelos players eleitorais, representando, nesse aspecto, uma quebra da genuína relação de confiança que*

¹⁰ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Ações Eleitorais contra o registro, diploma e mandato: aspectos materiais e processuais*. São Paulo: Publique. 2ª edição, 2024, p. 353

¹¹ Os artigos 629 e 632, por sua vez, tratam sobre a gravidade. O primeiro para afirmar que “[*a cassação do registro, mandato ou diploma constitui medida excepcional, reservada aos casos em que for reconhecida a gravidade das circunstâncias*”]; o segundo, estabelecendo alguns elementos de aferição da gravidade (ocorrência de violação manifesta de norma jurídica; comportamento do candidato beneficiado no contexto da prática ilícita; a presença de alguma forma de violência; a categoria, o alcance e a intensidade da transgressão apurada; a probabilidade de nexos causal entre a conduta ilícita e o resultado da eleição); o terceiro, especificando o uso indevido dos meios de comunicação; o último, falando da multa de natureza não penal.

deve amparar a relação entre os representantes eleitos e seus representados”¹². Mas não é apenas isso.

A redação do novo dispositivo prescreve que a sanção de multa é a resposta preferencial no caso de captação ilícita de sufrágio (*“sujeita os responsáveis a multa”*), ressaltando que a cassação é *“medida excepcional”* que depende da prova da *“gravidade”*; no ponto, ainda, quando trata da gravidade, o projeto de lei – ao elencar *“a probabilidade de nexo causal entre a conduta ilícita e o resultado da eleição”* – inacreditavelmente ressuscita o critério aritmético abandonado pelo TSE há décadas, o que confere a real dimensão do retrocesso legislativo.

Qual a sinalização que esta mudança traz? Afinal, havendo compra de votos de modo *“ponderado”* e sem excessos, não haverá como se cogitar de gravidade, sobretudo quando é ônus do autor da representação demonstrar qual foi exatamente a probabilidade da compra de votos interferir no resultado da eleição. Numa grande circunscrição eleitoral, qual será o percentual de votos comprados que se vai considerar apto para gerar aquele efeito? Aqui vale a arguta e eloquente indagação de Olivia Raposo da Silva Telles¹³:

“A se admitir algum grau de captação ilícita de sufrágio, o que aconteceria nas grandes circunscrições, com eleitorado formado por milhões de eleitores, como a cidade de São Paulo, que tem 9 milhões de eleitores ? 1% disso são 90 mil eleitores, mais do que dois estádios do Pacaembu repletos (onde cabem 40 mil pessoas). Seria esse um grau “tolerável” de compra de votos ?”

A multa, por maior que seja, dificilmente terá o condão de desincentivar a conduta, até porque será possível ao infrator postular um parcelamento de até

¹² ZILIO, Rodrigo López. *Decisão de cassação de mandato: um método de estruturação (os critérios de conformação democrática)*. São Paulo: Juspodivm, 2ª edição, 2023, p. 77-78

¹³ Descabimento de juízo de proporcionalidade em captação ilícita de sufrágio e o projeto de novo Código Eleitoral. In: *Quatro Estudos sobre temas eleitorais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.

60 vezes para pagamento (art. 11, §8º, III, da Lei nº 9.504/97), preservando, inclusive, sua quitação eleitoral.

Parece uma sanção premial, não uma vedação.

Do exposto, portanto, não é difícil concluir que, com a aprovação do referido artigo, o adágio “*voto não tem preço, tem consequências*”¹⁴ transformar-se-á em um triste anagrama “*(compra de) voto não tem consequências, tem preço*”.

Por outro lado, a participação dos partidos e cidadãos nas eleições, como registra a justificativa da relatora originária do projeto na Câmara dos Deputados, tem por primado a regra do “*amplo direito à elegibilidade*”¹⁵. Considerando a escassez, no projeto, de ações afirmativas em prol de segmentos politicamente sub-representados – como as mulheres, os negros, a comunidade LGBTQI+ - não se mostra de todo impertinente a pergunta: elegibilidade de quem?

A Constituição fixa determinadas diretrizes que servem de baliza para o estabelecimento dos requisitos de habilitação dos candidatos nos processos eleitorais (art. 14, §9º¹⁶), o que não afasta certa polêmica quanto aos limites adequados de acesso à disputa dos cargos eletivos. Nesse cenário, a edição da Lei Complementar nº 135/2010, denominada “*Lei da Ficha Limpa*”, representou uma significativa mudança de paradigma no tocante às hipóteses de inelegibilidade. O impacto dessa nova legislação, decerto, causou (e ainda

¹⁴ A campanha da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil nesse sentido precede a criação da captação ilícita de sufrágio. <https://www.cnbb.org.br/voto-nao-tem-preco-tem-consequencias/>

¹⁵ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2071059&filename=Parecer-CCJC-2021-09-09, p. 15

¹⁶ Art. 14 [...]§ 9º 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. ([Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994](#))

causa) grande debate sobre eventual excesso nas hipóteses de restrição ao direito de elegibilidade.

De todo modo, é indiscutível que o direito de participação na competição eleitoral somente pode ser exercido mediante o preenchimento de determinadas condições, até mesmo porque o direito de sufrágio se exerce por meio de organização e procedimentos próprios. Dizendo de outro modo, *“porque potencializam um direito de representação política em um modelo concorrencial democrático amplo, os direitos políticos são necessariamente exercidos em face de determinadas condições (adequação ao estatuto das elegibilidades), exigindo condutas comportamentais de integridade na adesão às regras do jogo”*¹⁷.

Nesse cenário, é igualmente com desconforto que se assiste a um debate de proposta consubstanciada no Projeto de Lei Complementar nº 141/2023¹⁸ – de forte coloração de inconstitucionalidade – que pretende reduzir (de oito para dois anos) o prazo de inelegibilidade nas condenações por abuso de poder eleitoral. Para além do caráter casuístico e personalista da proposta, direcionada especificamente para tirar a eficácia de uma condenação particular proferida pelo TSE¹⁹, o que vulnera a ideia de abstração e generalidade que deve pautar a atuação do Congresso Nacional, observa-se que o prazo de dois anos – caso

¹⁷ ZILIO, Rodrigo López. *Decisão de cassação de mandato: um método de estruturação* (os critérios de conformação democrática). São Paulo: Juspodivm, 2ª edição, 2023, p. 120

¹⁸ Art. 1º. A Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração: “Art. 22. (...) XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 2 (dois) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

¹⁹ Em 30 de junho de 2023, o TSE, por maioria, condenou o então Presidente da República Jair Messias Bolsonaro por abuso de poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação, decretando-lhe a inelegibilidade pelo período de oito anos, a contar da eleição de 2022 (AIJE nº 0600814-85/DF, rel. min. Benedito Gonçalves, DJE 30.08.2023), e no dia 04 de julho de 2023 (ou seja, dois dias úteis após a condenação), foi apresentado o aludido projeto de lei.

mantido o teor da Súmula nº 19/TSE que trata da contagem dessa causa de inelegibilidade (“*a contar da eleição em que ocorreu o abuso*”) – permitirá a esdrúxula situação de uma condenação por abuso de poder não significar óbice sequer para a eleição subsequente. Basta imaginar essa regra valendo para o pleito de 2022 (cuja data da eleição foi 2 de outubro) e a possibilidade de o condenado concorrer já para o próprio pleito de 2024, tendo em vista que a restrição ao direito de candidatura se dará até 2 de outubro de 2024 e a eleição foi realizada no dia 6 de outubro de 2024. Isso, claro, se houver uma decisão colegiada – requisito básico para a incidência dessa causa de inelegibilidade – no prazo de dois anos a contar da eleição!

Ignora-se todo o debate e a busca por consensos que levou a edição da Lei Complementar 64/90: a necessidade de tutela da probidade administrativa, o exame da vida pregressa dos candidatos, o estabelecimento de exigências que seriam comuns até para cargos públicos de menor poder e projeção mas que, até aquele momento, não eram repetidas para quem disputava os mais altos cargos representativos.

Se a Lei Complementar 64/90 não pode, nem mesmo por sua origem em projeto de iniciativa popular, ser considerada “intocável”, como se fosse uma cláusula pétrea, disso não decorre que a desproteção dos bens jurídicos indicados pelo art. 14, § 9º da Constituição possa ser feita sem incorrer em inconstitucionalidade e retrocesso político e social.

Mudanças legislativas não podem frustrar a justa expectativa de que os bens jurídicos mais relevantes da Constituição e do Direito Eleitoral sejam preservados e de que seja assegurada a possibilidade de que os ilícitos perpetrados em detrimento da integridade do certame eleitoral sejam devidamente apurados, com a responsabilização adequada subsequente ao justo processo.

Ademais, é igualmente certa a nossa convicção de que projetos legislativos não podem significar respostas particularizadas para situações específicas e personalizadas – sobretudo quando significam inefetividade na proteção das diretrizes estabelecidas pelo legislador constituinte.

Enfim, enquanto o debate segue incessante no âmbito legislativo, fazendo coro a Dworkin, nosso alerta é que o esforço como intérpretes é no sentido de que *“a lei fundamental do nosso país seja compatível com nosso senso de justiça – não porque o direito deva às vezes curvar-se perante a moral, mas porque é exatamente isso que o próprio direito exige, quando é bem compreendido”*²⁰.

Que venham as mudanças que levem ao avanço da democracia e da representação popular, não as outras.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 635.