

## **CRIME NA PROPAGANDA ELEITORAL**

### **Denúncia contra Chefe do Poder Executivo candidato à reeleição**

Torquato Jardim\*

A Lei Eleitoral (Lei nº 9.504/97) cria a figura do crime na propaganda eleitoral. Dispõe seu art. 40: "O uso, na propaganda eleitoral, de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista constitui crime, punível com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de dez mil a vinte mil UFIR."

2. Os crimes eleitorais são crimes comuns, conforme compreensão do Supremo Tribunal Federal (CJ 7000-4, DJU 7.ago.92; TSE, Rep. 11742, JTSE 4 (3), p.157).

3. No caso do Presidente da República, a admissão da acusação para julgamento perante o Supremo Tribunal Federal compete à Câmara dos Deputados, por deliberação de dois terços de seus membros (Const., art. 51, I, c/c 86, caput).

Recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal, o Presidente da República ficará suspenso por até 180 dias. Decorrido tal prazo sem julgamento concluído, reassumirá ele suas funções (Const., art. 86, §§ 1º e 2º).

Na expressão constitucional - "o julgamento não estiver concluído" (art. 86, § 2º), entenda-se julgamento definitivo. Não pode ser de outro modo em face da garantia fundamental, também de sede constitucional, segundo a qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII).

4. No caso de Governadores de Estado, o processo e o julgamento originários dos crimes eleitorais são da competência do Superior Tribunal de Justiça (Const., art. 105, I, a; TSE, Resp 15584, DJU 30.jun.00).

A deliberação sobre a denúncia ou queixa-crime, contudo, só se dará após a autorização da respectiva Assembléia Legislativa. Leia-se o precedente: "Penal. Governador de Estado. Denúncia. Notificação. Descabimento. Após oferecida a denúncia contra Governador de Estado, a providência primeira é o pedido de autorização à Assembléia Legislativa, descabendo, portanto, a notificação prevista no art. 4º da Lei 8030/90. Agravo provido" (Ag. Reg. Inq. 185, DJU 25.maio.98; no mesmo sentido, decisão na NC 179, fls. 88-89).

5. Os Prefeitos Municipais, nos crimes eleitorais, já assentou o Tribunal Superior Eleitoral, são processados e julgados perante o Tribunal Regional Eleitoral por simetria com o art. 29, inciso X, da Constituição, que lhes confere o foro privilegiado de segunda instância - o Tribunal de Justiça (Resp 19355, DJU 25.maio.01; Resp 16199, DJU 29.set.00; HC 360, DJU 11.jun.99; Resp 14850, DJU 24.out.97; NC 2, DJU 16.ago.96).

6. O tema requer se estude a natureza da deliberação do Poder Legislativo quando, no caso do Presidente da República e dos Governadores dos Estados, autoriza o início do exame da denúncia, assim como as conseqüências necessárias da reeleição no âmbito da publicidade institucional e da propaganda eleitoral, e, por fim, da identificação do dolo específico como exigência geral dos crimes eleitorais.

#### **II - A natureza da deliberação da Assembléia Legislativa**

7. A deliberação do Poder Legislativo tem - num primeiro plano, caráter eminentemente político, como é da natureza intrínseca de um poder político de sede constitucional.

Tal juízo de conveniência e oportunidade, por conseguinte, não se contrasta com norma legal substantiva - apenas as processuais. Por isso mesmo, a judicial review, ainda que sempre cabível, contém-se no exame da forma prescrita, sem adentrar a substância ou o mérito da deliberação política.

Razoável, todavia, que, em processo dessa natureza e complexidade, no qual a ação de um Poder Constitucional é julgada politicamente por outro Poder Constitucional, os dois "independentes e harmônicos entre si" (Const. Fed., art. 2º), que a deliberação política também contenha - ainda que num plano subsidiário, um fundamento jurídico de caráter técnico.

É o fundamento jurídico de caráter técnico que revestirá o juízo político de um sentido de objetividade apartidária - que conferirá à deliberação legislativa o traço legitimador do interesse público.

Não se cuida de subtrair da discricionariedade ínsita ao juízo político, mas - ao contrário, de conferir-lhe um conteúdo material objetivo que faça transparecer um juízo de razoabilidade - fora e além das injunções metajurídicas que casos dessa natureza necessariamente comportam.

As duas perspectivas se completam e se reforçam mutuamente.

8. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, constitucionalista emérito e considerado, ao comentar o art. 86 da Constituição Federal - parâmetro das normas constitucionais estaduais, observa a propósito da admissão da acusação contra o Presidente da República pela Câmara dos Deputados: "Esta declaração, feita pela Câmara dos Deputados como juízo de acusação, é uma apreciação de probabilidade e não de certeza. A decisão é sobre a probabilidade de que a ação ou omissão do Presidente da República possa ser caracterizada como crime definido em lei, seja como crime de responsabilidade, seja como crime comum. Assim, a eventual admissão da acusação significa apenas que a Câmara dos Deputados entendeu provável a existência de um crime, considerando também provável que tal crime haja sido praticado pelo Presidente da República" (Coment. à Const. Bras. de 1988, vol. 2, p. 173, Saraiva, S. Paulo, 1992; ênfase acrescida).

9. O juízo político de conveniência e oportunidade tem, nessa hipótese, uma nuance jurídica inarredável, qual seja, a probabilidade, primeiro, de que uma ação ou omissão configure crime definido em lei; segundo, que tal ação ou omissão haja sido praticada pelo Chefe do Poder Executivo.

O juízo de probabilidade não é, contudo, repetir a cena bíblica de lavar as mãos - eximir-se de uma responsabilidade político-legal e delegar a terceiro o quanto lhe seja intrinsecamente próprio.

O juízo político nesta hipótese é um pré-juízo legal; projeta ele sobre o âmbito dos direitos do Chefe do Poder Executivo - sejam os individuais, sejam os institucionais, um ônus político e obrigações legais.

10. A deliberação da Câmara dos Deputados tem, pois, em relação ao Presidente da República, duplo efeito de larga repercussão. O primeiro efeito é político e definitivo: um poder político de sede constitucional torna outro poder político também de sede constitucional - seu igual, suspeito de violar a lei.

Cuida-se de competência excepcionalíssima e desigual. Não dispõe o Executivo de instrumento análogo - político ou jurídico, para expressar, sobre membros do Legislativo, "suspeita política" de igual natureza e consequência.

O segundo efeito é legal em sentido restrito: o processo poderá ser instaurado perante o Supremo Tribunal Federal, no caso de crimes comuns, ou perante o Senado Federal, nas hipóteses de crimes de responsabilidade (Const. Fed., art. 51, inciso I c/c art. 86, caput).

11. As repercussões não são diversas em relação ao Governador do Estado.

12. A gravidade do duplo efeito da deliberação legislativa impõe, por conseqüência, que o juízo político, em face da imputação legal pretendida, se ponha acima de qualquer dúvida razoável - "beyond reasonable doubt".

Nos regimes constitucionais libertários assentados e estáveis - e o nosso data apenas de 5 de outubro de 1998, é pressuposto dogmático da liberdade que as imputações legais restritivas de direito sejam impostas tão somente quando acima de qualquer dúvida razoável.

O conteúdo substantivo do conceito é objeto de vasta literatura acadêmica e extenso corpo de jurisprudência. Tomem-se, a título de ilustração, o quanto se tem consagrado na sua gênese no direito norte-americano.

ALAN DERSHOWITZ, advogado criminalista militante e consagrado constitucionalista da Universidade de Harvard, citando jurisprudência das cortes federais, anota que o princípio demanda "prova de convencimento firme da culpa do réu" ("proof that leaves you firmly convinced of the defendant's guilt").

Refere-se o Autor, por igual, a decisão de tribunal da Califórnia: "não é apenas a mera dúvida possível porque tudo que se refira aos afazeres humanos está aberto à dúvida possível ou imaginária. Trata-se da circunstância em que, após comparação e exame integrais de toda a prova, deixe as mentes dos jurados na condição de não poderem sentir uma convicção firme sobre a verdade da acusação" ("It is not a mere possible doubt because everything relating to human affairs is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of the jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction about the truth of the charge") ("Reasonable Doubts...", p.71, Touchstone Books, 1997).

BLACK, em seu dicionário clássico, registra estes requisitos: "para a prova significa satisfação total, convencimento integral, a satisfação de uma certeza moral (...) é o equivalente das palavras clara, precisa e indubitável" ("In evidence means fully satisfied, entirely convinced, satisfied to a moral certainty (...) is the equivalent of the words clear, precise and indubitable") (West Pub. Co., St. Paul, 1968).

13. Do quanto até aqui exposto resulta razoável afirmar:

(a) embora judicialmente incontrastável no seu mérito, o juízo político do Poder Legislativo para autorizar perseguição criminal contra o Chefe do Poder Executivo deve revestir-se de fundamento jurídico determinante como razão de sua legitimidade em face do interesse público de validade do mandato eletivo conferido pelo corpo eleitoral;

(b) em se tratando de competência unilateral e desigual, que substantivamente excepciona o mandamento-premissa de "poderes independentes e harmônicos entre si", é impositivo, também como condição de legitimidade, que o juízo de probabilidade emitido pelo Poder Legislativo, em face de suas conseqüências legais e políticas, revele, mais do que a razoabilidade, uma probabilidade fora de qualquer dúvida razoável diante dos fatos e das provas.

### **III - A ausência de cultura de reeleição**

14. Muito do que confunde a compreensão dos fatos que informam este processo decorre da ausência de uma cultura histórica, sociológica, política, administrativa e jurídica do fato "reeleição".

A transformação do mores político e da noção de res publica é muito mais extensa do que a mera reforma constitucional. A propósito, este articulista já teve a ocasião de registrar:

"153. A grande inovação do pleito eleitoral de 1998 será a possibilidade de reeleição dos atuais chefes executivos - o Presidente da República e os governadores dos Estados. Tal cenário terá lugar na ausência de qualquer "cultura de reeleição". Advogados, promotores e juizes eleitorais vão atuar num cenário sem precedentes judiciais. Tradicionalmente, é o precedente que permite ao advogado aconselhar o candidato, ao

promotor refletir sobre seu parecer ou representação e ao magistrado justificar, com mais autoridade, sua própria decisão.

Mais do que isto: a cultura estabelecida na Constituição, nas leis, nos tribunais e na sociedade civil é de presunção negativa para com o candidato a cargo eletivo; toda a construção legislativa e jurisprudencial é para restringir e controlar seus atos. Assim, os prazos de desincompatibilização, as inelegibilidades por parentesco, a noção de abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, as limitações ao uso de franquias parlamentares e, até há pouco, a irreelegibilidade.

Inexiste, entre nós, qualquer expressão de cultura política - tomado o termo em sentido largo, que enseje antecipar um ambiente de crítica institucional esclarecida ao chefe executivo candidato à reeleição, especialmente para com os reflexos eleitorais inevitáveis de suas decisões de política pública e de gerência administrativa. É intrínseco ao novo sistema que a viabilidade de uma reeleição seja um dos fatores condicionantes dessas decisões.

Num ambiente em que a desconfiança começa na Constituição, passa por uma lei complementar de inelegibilidade, por uma lei ordinária geral com normas dúbias sobre a conduta dos agentes públicos candidatos e pela jurisprudência, até chegar à opinião pública e à mídia, a tarefa dos chefes executivos candidatos à reeleição e de seus conselheiros de construir uma nova versão de democracia eletiva constitui um desafio notável.

154. A nova lei não ajuda na empreitada. Seus termos, mais do que vagos, são imprecisos tecnicamente, e, não raro, incoerentes e casuísticos.

O Presidente da República, em campanha, pode utilizar transporte oficial, mediante reembolso pelo seu partido ou coligação (art. 76). Da regra são excluídos os governadores e os prefeitos. Por quê? Alguns de nossos estados, e mesmo municípios, são maiores que vários países europeus reunidos, mas estão fora da regra de tolerância. Não há lógica jurídica sob a Constituição que justifique a discriminação legislativa.

Exclui-se, e por igual injustificadamente, o vice-presidente da República. Figura político-constitucional, primeiro na linha de substituição e sucessão do presidente da República, não poderá, na letra da lei, atuar em campanha eleitoral fazendo uso, ainda que reembolsado ao tesouro público, das prerrogativas inerentes ao seu cargo.

A instrução do Tribunal Superior Eleitoral, mais realista, admite que o vice-presidente da República, os governadores e os vice-governadores utilizem, no transporte oficial, os servidores indispensáveis à sua segurança e atendimento pessoal (Inst. 35, art. 32, § 4º).

155. Os chefes executivos podem usar suas residências oficiais para reuniões de campanha desde que "não tenham caráter de ato público" (art. 73, § 2º). Ou seja, é vedado comício no Palácio da Alvorada e no Palácio do Jaburu. O que fazer, no entanto, nos palácios que reúnem as duas instalações, a oficial e a residencial? Como distinguir a ala residencial, na qual se pode realizar ato de campanha, e a ala oficial, onde é expressamente vedada a atividade eleitoral?

Mais: a lei proíbe expressamente, em dois incisos diversos, a cessão ou o uso de bens móveis ou imóveis e o uso de materiais ou serviços custeados pelo Governo (art. 73, I e II). Quando abre exceção às residências oficiais cita expressamente apenas o inciso dos bens imóveis (art. 73, § 2º). Pergunta-se: continuam proibidos o uso dos telefones, fax, secretárias e serviços em geral nas residências oficiais quando dos atos de campanha? O que ou o quanto deve estar compreendido na locução "materiais ou serviços"?

A cláusula final do inciso II do mesmo art. 73 - "que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram", pode servir ao presidente da República se interpretada para admitir o uso de materiais e serviços até o valor já consignado no orçamento anual, vedada, para maior cautela, a realocação dos recursos.

A instrução do Tribunal Superior Eleitoral compreende a utilização da residência oficial "com os serviços inerentes à sua utilização normal" (Inst. 35, art. 31, § 2º). A jurisprudência conceituará "utilização normal".

Igualmente ainda sem definição o que seja o "caráter público" vedado à reuniões de campanha, como tal entendido o acesso, ou não, da imprensa, ou o número limitado de participantes.

156. A mesma regra se aplica aos parlamentares, desde que não "excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram" (art. 73, II). Vale dizer, podem eles usar telefones, transporte, franquias postais e gráficas conforme os limites e volumes postos em causa própria nos regimentos e normas de suas casas legislativas ainda que em campanha eleitoral.

Fica a pergunta: o que aconteceu com a proibição do uso de gráficas oficiais para fins de campanha expressamente posto na lei anterior (Lei nº 9.100/94, art. 40)? Pretendeu-se, uma vez mais, "revogar" a jurisprudência da Justiça Eleitoral no controle dos abusos de poder no exercício de cargo, emprego ou função pública?

157. A ausência de uma "cultura de reeleição", principalmente de compreensão da natureza das coisas, levou o Congresso a editar esta outra regra esdrúxula: se precisar o chefe do executivo fazer comunicação institucional "em caso de grave e urgente necessidade pública", ou se entender de convocar cadeia de rádio ou televisão, fora do horário eleitoral, para tratar de "matéria urgente, relevante e característica das funções de governo", terá ele que pedir autorização da Justiça Eleitoral (art. 73, VI, b, c).

Explique-se: se houver um ataque especulativo ao real, e o governo federal precisar acalmar a população e os investidores, antes de falar à Nação o Presidente da República terá que pedir licença ao Tribunal Superior Eleitoral. Ou seja, o Judiciário poderá ser chamado a decidir sobre a oportunidade e a conveniência, ou a gravidade e a urgência, de falar o Chefe do Poder Executivo à Nação sobre economia, reforma previdenciária ou tributária, paz interna ou relações internacionais.

São três as inconstitucionalidades: (i) por criar censura prévia, (ii) por ferir a independência e harmonia dos poderes e (iii) por atribuir, mediante lei ordinária, competência à Justiça Eleitoral, matéria atribuída, na Constituição, à lei complementar (Const., art. 121). O máximo admissível seria, após o pronunciamento do Presidente, e em face de representação de candidato ou do Ministério Público, decidir o Tribunal Superior Eleitoral se, excedendo sua função de estado, atuou ele ostensivamente como candidato.

158. Outra falha está na má regulamentação do ressarcimento das despesas com o uso de transporte oficial pelo Presidente da República "e sua comitiva" (art. 76). Ora, comitiva não é conceito jurídico; mesmo sua descrição prática envolve margem excessiva de discricionariedade.

Melhor teria sido admitir a presença de convidados e de auxiliares de campanha no uso do transporte oficial, em companhia do candidato à reeleição, mediante ressarcimento das despesas. Nessa hipótese, e quanto ao presidente da República, seriam excluídas do ressarcimento as despesas pertinentes à sua segurança pessoal, à segurança pública, aquelas inerentes à dignidade e ao decoro do cargo, assim como as indispensáveis à eficácia da gerência do cargo (pessoal e meios necessários ao exercício dos encargos e responsabilidades de chefe executivo quando em campanha).

Compreenda-se a extensão do problema. Há um limite constitucional evidente ao controle dos Chefes do Poder Executivo candidatos à reeleição: eles detêm um mandato constitucional pleno para governar. O interesse público de equilíbrio de oportunidades entre candidatos, que encontra sede constitucional no princípio da isonomia, não contém valor absoluto nem se sobrepõe hierarquicamente ao interesse público em ter um governante que desempenhe integralmente o mandato eletivo e cumpra inteiramente o ordenamento legal de gerência da res publica.

A instrução do Tribunal Superior Eleitoral considera como "integrantes da comitiva de campanha eleitoral todos os acompanhantes do candidato à reeleição que não estejam em serviço oficial" (Inst. 35, art. 32, § 2º).

Por "serviço oficial" deve-se compreender o transporte dos servidores indispensáveis à segurança e ao atendimento pessoal do presidente, assim como os equipamentos, veículos e materiais necessários a tais fins, os quais estão excluídos da regra do ressarcimento (Inst. 35, art. 32, § 3º).

159. A possibilidade de reeleição dos Chefes do Poder Executivo impõe reflexão jurídica isenta de paixões políticas; exige um repensamento sobre o princípio da isonomia no campo do direito eleitoral. A norma jurídica não pode ser concebida contra a evidência dos fatos, salvo, na experiência histórica, aquelas de cunho ideológico ou revolucionário que pretenderam reconhecer a natureza humana. Por isso mesmo foram os instrumentos preferidos dos regimes totalitários.

Há uma evidência fática a condicionar a concepção da norma: da autoridade inerente ao cargo decorre uma maior exposição à mídia e à opinião pública. A carga psicológica da autoridade fará sempre do Chefe do Executivo o primeiro alvo do interesse geral.

Há uma autoridade gerencial inerente ao cargo; são decisões administrativas de toda sorte, escolhas de políticas públicas, regionalização de investimentos públicos em áreas críticas essenciais (educação, saneamento, saúde, transporte vicinal, etc.). Não é razoável que a norma jurídica de controle possa inferir que qualquer dessas decisões tenham, sempre e necessariamente, um objetivo de captação de votos. Não pode a norma jurídica ter por premissa um governante que gerencie a res publica numa redoma infensa às condições normais de temperatura e pressão em que se passam os fenômenos naturais e humanos.

Sendo a vontade de reeleição, substantivamente, a busca de um atestado público de boa conduta e boa administração, não pode o legislador a essa vontade imprimir uma nota negativa, como se tal significasse, mesmo na democracia representativa, um desvio de conduta do postulante.

160. Por fim, do ângulo do direito positivo, não pode a norma de lei ordinária, com a escusa de garantir legitimidade a um pleito eleitoral, negar eficácia à Constituição. Tome-se, por exemplo, a vedação da chamada "propaganda institucional" (Const., art. 37, § 1º). Não se tem aí um direito do Chefe do Executivo - um instrumento para promoção de seus interesses; ao contrário, os rigores do cânone constitucional constituem um direito da cidadania - configuram dever de um Estado democrático controlado pela sociedade civil.

O que pode a lei ordinária, na busca de um equilíbrio juridicamente legal e politicamente legítimo entre os princípios constitucionais da isonomia de oportunidades e o da prestação de contas à sociedade civil, é reforçar a proibição de que àquele mecanismo seja dado fim diverso do comando constitucional.

O que não pode a norma, sob pena de inconstitucionalidade, é conferir tratamento idêntico a candidatos intrinsecamente diferentes no plano da cidadania passiva, vale dizer, não pode a norma ignorar a distinção substantiva que torna dois candidatos necessariamente objeto de tratamentos jurídicos diversos à vista de um inconstrangível mandato eletivo de sede constitucional.

Cuida-se, aí, na lição de todos os clássicos que versaram o tema da isonomia, exatamente da hipótese em que discrimines legais são possíveis em face de uma distinção substantiva entre dois indivíduos quando se tem por finalidade atender uma condição posta na Constituição ou exigida pelo interesse público.

161. De outra parte, no que o Chefe do Executivo deixe de atuar como tal, e se apresenta exclusivamente como candidato, faz sobre ele incidir obrigações específicas, tais como o ressarcimento dos custos das viagens dedicadas à campanha eleitoral (art. 73 c/c 76).

Indevido será inibir o Chefe do Executivo no atendimento necessário do interesse público.

162. As inaugurações de obras públicas também são objeto da tutela legal. Na ausência de uma "cultura de reeleição" - de uma visão crítica informada sobre a natureza da res pública e do sistema eletivo de renovação de mandatos executivos, a lei proíbe "aos candidatos a cargos do Poder Executivo participar, nos três meses que antecedem o pleito, de inaugurações de obras públicas" (art. 77).

A norma é inócua; se alguma eficácia tiver será resultado ou da auto-contenção do candidato, ou de interpretação politicamente engajada do Judiciário.

Primeiro, porque o candidato, especialmente o chefe executivo que busque a reeleição, poderá participar das inaugurações até noventa e um dias antes do pleito, conferindo à festa a repercussão que escolher na imprensa escrita e nos outdoors; segundo, que poderá, no período de noventa dias, e durante o horário de propaganda gratuita, referir-se às obras; terceiro, que as obras poderão ser inauguradas por pessoa de sua família ou candidato a cargo legislativo de notória identidade com o candidato ao cargo executivo; quarto, e muito mais importante, é que nada explicitamente proíbe que as imagens das obras, inauguradas ou por concluir, sejam exibidas na televisão no horário da propaganda gratuita.

163. Relembre-se que a lei da eleição de 1994 expressamente vedava a utilização de gravações externas (Lei nº 8.713/93, art. 76, § 1º). A nova lei, assim como a lei da eleição municipal passada, ao descrever exaustivamente as restrições ao formato dos programas eleitorais gratuitos, repetiu as cláusulas da lei da eleição de 1994, à exceção daquela que proibia as gravações externas (art. 53, § 1º). Ora, em se tratando de lei de campanha eleitoral, concebida, redigida e votada pelos próprios destinatários das normas, o silêncio eloqüente é expressivo por si só.

Decorre daí um espaço largo de interpretação para o candidato. Poder-se-á dizer que essa leitura aberta de uma norma restritiva de direito não condiz com seu sentido de cerceio da atividade do candidato — ainda que em nome do interesse público, porquanto o candidato, por presunção, abusaria do exercício da função pública em proveito eleitoral próprio. Não se perca de vista, contudo, não ser da tradição da nossa cultura jurídica interpretar a norma restritiva de direito para lhe expandir o âmbito da restrição.

Daí qualificar-se de politicamente engajada a interpretação judicial que busque impor restrição a direito político individual em campo não expressamente visado pelo legislador, ainda que buscando esteio na sua própria visão de interesse público e do princípio constitucional da igualdade de oportunidades entre os candidatos; daí, também, a importância que se confere ao silêncio eloqüente do legislador" ('Direito Eleitoral Positivo', 2ª ed., pp. 116-122, Brasília Jurídica, 1998).

15. Da circunstância nova da reeleição impende, por conseguinte, afirmar:

(a) tanto a inexistência de uma "cultura de reeleição", e, particularmente, de uma jurisprudência consolidada sobre a conduta possível dos candidatos à reeleição, quanto a eficácia de uma ordem jurídica extensa que tanto presume contra os candidatos, para daí fixar largo rol de restrições legais no âmbito familiar e na conduta pública, demandam - uma e outra, que, do fato constitucional revolucionário da reeleição, resulte reflexão jurídica que tenha por finalidade não a imputação de desvios e má conduta aos candidatos para atender a contumélias partidárias e a personalismos, mas, ao contrário, que objetive, com razoabilidade e pragmático bom senso, reforçar a legitimidade democrática dos mandatos eletivos;

(b) por isso mesmo, a lei eleitoral, concebida em 1997, é expressão primeira da "reeleição", donde sua compreensão revelar-se nociva à consolidação da representação democrática legítima se tomar por referência valores e normas do "anciên regime"; sua utilidade e estabilidade decorrem, necessariamente, da visão que incorpore o fato cultural revolucionário da reeleição;

(c) conseqüentemente, no plano da incidência das normas, não se pode pretender tenham tratamento aritmeticamente idênticos candidatos intrinsecamente diferentes - vale

dizer, quando um deles já é detentor de mandato constitucional válido e eficaz cujo desempenho lhe é assegurado, sem interrupção, até o último dia.

#### **IV - A compreensão do art. 37, § 1º, da Constituição Federal em face do fato constitucional da reeleição**

16. O mandamento do §1º, art. 37, da Constituição, é importante inovação do constituinte de 1988: "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."

A norma decorre do princípio republicano, vale dizer, da capacidade política e administrativa do Estado derivada da delegação de poderes da sociedade civil emitida mediante eleições livres e periódicas e por mandato certo. O mesmo princípio republicano que, no âmbito da Administração Pública, já ditara, como premissas da validade legal e da legitimidade política de seus atos, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (caput do mesmo art. 37).

A compreensão dessa norma constitucional, todavia, há de se harmonizar com a inovação - também constitucional, da reeleição. Vale dizer que a obrigação republicana de prestar contas à sociedade civil por meio institucional (§ 1º, art. 37) agora convive com o fato de que o Chefe do Poder Executivo - no exercício pleno de um mandato eletivo republicano, pode, concomitantemente, buscar sua renovação (§ 5º, art. 14).

17. O quadro constitucional, por conseguinte, leva à harmonização necessária de três normas que não guardam entre si qualquer hierarquia e que visam, à primeira vista, três âmbitos diversos do interesse público: (i) o princípio geral da isonomia de oportunidades entre os candidatos, (ii) o § 5º do art. 14 - reeleição no exercício do mandato, e, (iii) o caput e o § 1º do art. 37 - publicidade institucional.

Essa leitura harmônica significa conferir-lhes, no âmbito do direito eleitoral, um conteúdo comum, de sorte que nenhuma delas possa perder eficácia no plano da incidência. Escapa à lógica jurídica cientificamente estabelecida de interpretação constitucional exacerbar uma em detrimento de outra.

Retome-se o quanto já posto especificamente sobre este tema:

"160. Por fim, do ângulo do direito positivo, não pode a norma de lei ordinária, com a escusa de garantir legitimidade a um pleito eleitoral, negar eficácia à Constituição. Tome-se, por exemplo, a vedação da chamada "propaganda institucional" (Const., art. 37, § 1º). Não se tem aí um direito do Chefe do Executivo - um instrumento para promoção de seus interesses; ao contrário, os rigores do cânone constitucional constituem um direito da cidadania - configuram dever de um Estado democrático controlado pela sociedade civil.

O que pode a lei ordinária, na busca de um equilíbrio juridicamente legal e politicamente legítimo entre os princípios constitucionais da isonomia de oportunidades e o da prestação de contas à sociedade civil, é reforçar a proibição de que àquele mecanismo seja dado fim diverso do comando constitucional.

O que não pode a norma, sob pena de inconstitucionalidade, é conferir tratamento idêntico a candidatos intrinsecamente diferentes no plano da cidadania ativa, vale dizer, não pode a norma ignorar a distinção substantiva que torna dois candidatos necessariamente objeto de tratamentos jurídicos diversos à vista de um inconstrangível mandato eletivo de sede constitucional.

Cuida-se, aí, na lição de todos os clássicos que versaram o tema da isonomia, exatamente da hipótese em que discrimines legais são possíveis em face de uma distinção substantiva entre dois indivíduos quando se tem por finalidade atender uma condição posta na Constituição ou exigida pelo interesse público."



18. Em conclusão, neste passo, afirme-se que a Lei Eleitoral, ao dispor sobre a propaganda das campanhas, haverá de ser compreendida como o instrumento mais relevante para a acomodação harmônica e eficiente dos conteúdos substantivos das três normas constitucionais antes explicitadas.

Daí três assertivas:

(a) do exigir a observância dos fins da publicidade institucional não poderá resultar, durante a campanha eleitoral, a redução da eficiência da atuação gerencial do Chefe do Poder Executivo, pois a lei o obriga a dar execução ao orçamento e a cumprir os planos de governo;

(b) pela mesma razão, a gerência pública eficiente e publicizada não deve ceder à imposição abstrata de uma isonomia aritmética impossível entre candidatos intrinsecamente diferentes em face do corpo eleitoral;

(c) a isonomia de oportunidades entre os candidatos implicará uma publicidade institucional que, mesmo quando contida na sua forma de expressão, não retire do corpo eleitoral a possibilidade de se informar inteiramente do desempenho administrativo do Chefe do Poder Executivo candidato à reeleição.

## **V - Propaganda eleitoral, promoção pessoal e publicidade institucional**

- a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral -

19. A Lei Eleitoral, ao cuidar da propaganda de campanha em geral e daquela mediante outdoors, estabelece condições de forma - não de conteúdo (estas continuam a ser as do art. 243 do Código Eleitoral).

Assim, e com destaque para os tópicos mais importantes:

- a vedação de pichação ou inscrição a tinta, a veiculação de propaganda nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do Poder Público, ou a ele pertençam, e nos de uso comum (art. 37, primeira parte);

- desde que sem dano ou prejuízo à sua destinação pública, a possibilidade de fixação de placas e assemelhados em postes da iluminação pública e viadutos, passarelas ou pontes (art. 37, segunda parte);

- a livre veiculação de propaganda em bens particulares e de volantes e outros impressos independentemente de licença municipal ou autorização judicial, exceto outdoors (art. 37, § 2º e art. 38);

- a livre realização de reuniões e comícios em recintos abertos ou fechados independentemente de licença policial, ressalvadas as comunicações prévias inerentes à segurança pública (art. 39, caput e § 1º);

- o uso de amplificadores de som limitado a horas e locais em razão de interesse público superior (art. 39, §§ 3º e 4º);

- a utilização de outdoors sempre mediante sorteio, ainda que em propriedade privada, e em número de unidades e utilização proporcional conforme a natureza dos diversos pleitos eleitorais (art. 42).

20. Dessas normas resulta extensa jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral que distingue entre promoção pessoal e propaganda eleitoral.

É mera promoção pessoal, por exemplo:

- a distribuição de exemplar de código de trânsito, ainda que com foto do político, desde que sem menção a "circunstâncias político-eleitorais" (Resp 15234, Ement. '98, p.265);

- a distribuição de calendário com "fotografia e mensagem de felicitações (...) ano novo - semelhante ao que enviara, em anos anteriores, a destinatários de seu relacionamento pessoal, não configura propaganda subliminar" (Resp 15273, DJU 7.abr.00);

- "distribuição de calendários com fotografia e votos de feliz ano novo" não configura propaganda, mesmo em se tratando de cinco mil unidades com referência expressa ao ano das eleições de 1998 (Resp 15307, DJU 24.mar.00);

- parabéns pelo dia das mães, ainda que com foto e indicação do cargo eletivo e de presidência de Legislativo "não se confunde necessariamente com a propaganda eleitoral" se ausente menção a circunstâncias eleitorais (Resp 15318, Ement. '98, p. 269); e, por fim,
- não configura propaganda eleitoral antecipada, ainda que possa "traduzir promoção pessoal", a "fixação de adesivo em veículo de propriedade de parlamentar contendo seu nome e menção a trabalho social por ele desenvolvido" (Ag 1205, DJU 24.mar.00);
- a distribuição de "cartão de visita contendo foto, nome e endereço eletrônico, no qual há menção a ano de realização de eleição" (Resp 18958, DJU 5.jun.01).

É propaganda eleitoral antecipada, e não mera promoção pessoal, por exemplo:

- "mensagem que exterioriza pensamento político, possuindo inegável imbricação com a atividade eleitoral" (Resp 15432, Ement. '98, p. 269);
- a distribuição de tabela de copa do mundo de futebol com nome, foto e dizeres de conclamação (Ag 1334, Ement. '98, p. 269); e,
- a utilização de ambulância com nome de candidato "com dizeres que relacionam seu nome com atividades de assistência social" (Ag 1560, Ement. '98, p. 269).

21. Essa distinção que a jurisprudência consolida torna harmônicos os conteúdos substantivos de dois princípios constitucionais: o da livre expressão das idéias na comunicação social e a isonomia de oportunidades entre os candidatos.

22. Faz mais o Tribunal Superior Eleitoral na proteção da livre expressão das idéias no ambiente eleitoral. Em face das restrições infra-constitucionais das formas de expressão da propaganda de campanha, não admite aquela Corte a presunção da responsabilidade do candidato - que tenha ele a intenção de violar a lei (Lei Eleitoral, art. 36, § 1º e art. 37).

São numerosos os precedentes afirmando que para a configuração da propaganda irregular necessária a prova do "prévio conhecimento do candidato" (Ag 1959, DJU 15.out.99; Ag 1730, DJU 14.maio.99; Ag. 2091, DJU 24.maio.99).

Ainda no Agravo 1273: "Propaganda eleitoral extemporânea. Aplicação de multa ao beneficiário. Imprescindibilidade da comprovação de ter ele tido prévio conhecimento da propaganda. Insuficiência da mera presunção, ainda que 'juris tantum'. Inexigibilidade da apresentação pela representada de prova de que não tenha conhecimento da referida propaganda. Violação do art. 333 do CPC" (Ement. set.'98, p. 121).

Daí a consolidação na Súmula nº 17 do Tribunal Superior Eleitoral: "Não é admissível a presunção de que o candidato, por ser beneficiário da propaganda eleitoral irregular, tenha prévio conhecimento de sua veiculação (Arts. 36 e 37 da Lei nº 9.504/97)."

23. O entendimento pacífico da Corte Eleitoral Superior neste tema tem motivação nas normas constitucionais que tutelam a livre expressão do pensamento e a liberdade individual.

Vale dizer que o condicionamento da forma de expressão do pensamento, posta na lei ordinária, é convalidado pelo contraste de outros valores constitucionais. Daí a função da Lei Eleitoral de instrumento o mais relevante para a acomodação harmônica e eficiente dos conteúdos substantivos das normas constitucionais da isonomia de oportunidades entre os candidatos, da publicidade institucional e da reeleição (nº 18 supra).

24. Nessa ordem de idéias - a de conter os interesses eleitorais dentro dos cânones constitucionais, o Tribunal Superior Eleitoral faz mais.

Ao conjugar a propaganda institucional - § 1º, art. 37, Const., em face do fato novo da reeleição (nº 15 supra), com a compreensão de que a Lei Eleitoral deve servir à acomodação harmônica dos conteúdos substantivos das normas constitucionais da isonomia de oportunidades entre candidatos, da reeleição e da mesma publicidade institucional (nº 15 e 18 supra), o Tribunal Superior Eleitoral despolitizou o comando constitucional da publicidade institucional. Para tanto, aquela Corte firmou o entendimento de que "a arguição de ofensa ao

princípio da impessoalidade pela utilização de publicidade oficial para a promoção de autoridades em propaganda institucional não encontra foro adequado no âmbito da Justiça Eleitoral, devendo ser formulada em ação própria, prevista na Lei nº 8429/92" (Resp 15813, DJU 4.jun.99).

No mesmo sentido: "Propaganda eleitoral. Não se confunde com a propaganda institucional, regendo-se por normas distintas. A infringência do disposto no art. 37, § 1º, da Constituição, atrai a incidência do que se contém no art. 74 da Lei 9504/97" (Resp 15495, DJU 24.mar.00).

Em outras palavras, porque despolitizado o tema - i.e., retirado do âmbito eleitoral e posto fora de sua jurisdição constitucional, a matéria é remetida à Justiça Estadual ordinária.

O único espaço que restaria à Justiça Eleitoral seria o abuso de poder de autoridade, nos termos do art. 74 da Lei Eleitoral ("Configura abuso de autoridade, para os fins do 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 de sua candidatura").

25. O quanto lançado neste capítulo enseja afirmar que:

(a) a livre manifestação das idéias no âmbito largo da comunicação social de massa, e no espaço do direito eleitoral, quebrará o quadro normativo - constitucional e infra-constitucional, somente quando, com o conhecimento prévio do candidato, promova intervenção direta no processo eleitoral fora do tempo e das condições da lei eleitoral;

(b) se tal manifestação infringir o § 1º do art. 37 da Constituição, configurar-se-á hipótese de incidência da Lei nº 8429/92, cujo julgamento compete à primeira instância da Justiça Estadual ordinária; e, por fim,

(c) se tal manifestação traduzir abuso de poder - ou de autoridade, a apuração dar-se-á nos termos do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90.

## **VI - Da inépcia da denúncia se inexistente o dolo específico**

26. A exigência básica - da essência mesma, dos crimes eleitorais é o dolo específico de causar dano ou prejuízo à verdade eleitoral - i.e., à apuração desimpedida da manifestação livre da vontade do eleitor credenciado e ao regular funcionamento dos serviços administrativos da Justiça Eleitoral.

Sem dolo específico não há falar em crime eleitoral. É inequívoca a doutrina e pacífica a jurisprudência.

27. A própria classificação doutrinária dos crimes eleitorais revela a tutela legal da verdade eleitoral mediante a garantia do regular funcionamento dos serviços administrativos da Justiça Eleitoral e da desimpedida apuração da manifestação livre da vontade do eleitor credenciado.

ANTONIO ROQUE CITADINI traz esta classificação: crimes no alistamento eleitoral, crimes no alistamento partidário, crimes na propaganda eleitoral, crimes na votação, crimes na apuração, e crimes no funcionamento do serviço eleitoral.

FÁVILA RIBEIRO, tendo em mira os bens atingidos pela conduta delitiva, os classifica em crimes eleitorais lesivos (i) à autenticidade do processo eleitoral, (ii) ao funcionamento do serviço eleitoral, (iii) à liberdade eleitoral e, (iv) aos padrões éticos igualitários nas atividades eleitorais.

NELSON HUNGRIA os compreende em seis grupos: (i) os abusivos à propaganda eleitoral, (ii) de fraude eleitoral, (iii) de corrupção eleitoral, (iv) de coação eleitoral, (v) de aproveitamento econômico da ocasião eleitoral, e (vi) irregularidades no ou contra o serviço público eleitoral.

O renomado JOEL JOSÉ CÂNDIDO agrupa-os em crimes contra: (i) a organização administrativa da Justiça Eleitoral, (ii) os serviços da Justiça Eleitoral, (iii) a fé pública eleitoral, (iv) a propaganda eleitoral, (v) o sigilo e o exercício do voto, e (vi) os partidos políticos.

28. A pacífica jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, por seu turno, igualmente explicita o dolo específico como a vontade ou intenção de fraudar o processo eleitoral. Tomem-se alguns exemplos.

Nos arts. 289 e 290, a indução à inscrição fraudulenta se consuma "independentemente do fato de ter sido deferida a inscrição ou transferência" porquanto a ação típica é a intenção dolosa de fraudar o serviço eleitoral (Resp. 15177, Ement.'98, p. 103).

Assim, no art. 299, não há o crime "se o oferecimento da vantagem não se vincula à obtenção do voto. Omitida essa circunstância, elementar do crime, inviável o processo" (HC 292, Ement.'98, p. 98); ou, "inexistência do crime se o oferecimento da vantagem não visa a obter promessa de voto" (HC 295, Ement.'98, p. 98); ainda, "requer abordagem direta ao eleitor, com o objetivo de dele obter a promessa de que o voto será dado ou de que haverá abstenção em decorrência da oferta feita, não sendo suficiente o mero pedido de voto realizado de forma genérica" (Resp 15326 e HC 366, Ement.'99, p. 76; HC 283 e HC 319, Ement.'97, p. 28); e, por fim, "presunção da responsabilidade do paciente por simples presença ao ato [sorteio de televisão em comício]. Contrariedade do Direito" (HC 323, Ement.'97, p. 27).

No art. 326, "se a afirmação injuriosa não possui por si só fins de propaganda eleitoral, não se configura o crime eleitoral" (HC 356, Ement.'99, p. 77).

No art. 354: "não há o crime [de falsidade] se a declaração carece de seriedade sendo absolutamente incapaz de enganar" (HC 295, Ement.'98, p. 102).

No transporte de eleitores no dia das eleições, "para a aplicação das penas previstas na Lei nº 6091/74, art. 11, impõe-se a constatação da existência do dolo específico, consistente no aliciamento de eleitores em prol de partido ou candidato" (Resp 15499, Ement.'99, p. 87).

29. No art. 40 da Lei Eleitoral, no que se criminalize o uso, na propaganda eleitoral, dos símbolos, frases ou imagens da publicidade institucional, igualmente haverá que se exigir, assim como em todas as outras figuras eleitorais penais, a demonstração do dolo específico consistente - repita-se, na vontade consciente de manipular, fraudar, desvirtuar ou aliciar a livre manifestação da vontade do eleitor.

Tal demonstração queda dificultada na hipótese de Chefe do Executivo candidato à reeleição. Com que credenciais deve ele se apresentar perante o eleitorado? Evidentemente que com a prestação de contas de sua primeira gestão, lembrando aos eleitores, na propaganda eleitoral, o quanto já conheciam por intermédio da publicidade institucional. A forma de expressão da propaganda eleitoral, obviamente, no âmbito constitucional da reeleição, necessariamente fará recordar o quanto já publicizado em obediência ao § 1º, art. 37, da Constituição.

É exatamente neste passo que se põe o fato revolucionário da reeleição. Pecará o denunciante se situar a propaganda eleitoral nos quadrantes do regime jurídico anterior à emenda constitucional da reeleição.

Por isso mesmo, no que inexistente crime, o Tribunal Superior Eleitoral já decidiu que a eventual quebra da impessoalidade na publicidade institucional encontra foro adequado sob a Lei de Improbidade Administrativa ou sob a Lei de Inelegibilidade - abuso de poder (nº 22 supra).

30. Conclui-se, pois, que, do ângulo do direito eleitoral penal, em face do quanto elucidado pela doutrina e jurisprudência, será inepta a denúncia que, a par de ignorar o fato da reeleição - com seus consectários necessários no âmbito da propaganda eleitoral, não revele o requisito inarredável do dolo específico.

## VII - Conclusões

## VII - Conclusões

31. No que tange a natureza e os requisitos de legitimidade e de validade do procedimento legislativo de autorização prévia para o processo penal, embora juridicamente incontestável no seu mérito, o juízo político do Poder Legislativo, para autorizar perseguição criminal contra o Chefe do Poder Executivo, deve revestir-se de fundamento jurídico determinante como razão de sua legitimidade em face do interesse público de validade do mandato eletivo conferido pelo corpo-eleitoral.

No que exerça o Legislativo uma competência unilateral e desigual, que substantivamente excepciona a norma fundamental dos "poderes independentes e harmônicos entre si", é impositivo, também como condição de legitimidade, que o juízo de probabilidade que emita, em face de suas conseqüências legais e políticas, revele, mais do que a razoabilidade, uma probabilidade fora de qualquer dúvida razoável diante dos fatos e das provas.

32. Será inepta a denúncia que não recolha os seguintes traços.

(a) No pertinente à percepção cultural do quadro fático que tem diante de si, se o denunciante ignorar a circunstância constitucional revolucionária da reeleição, impondo a tal quadro os parâmetros infra-constitucionais próprios do regime eleitoral anterior, em especial pretendendo uma isonomia aritmética absoluta entre candidatos intrinsecamente diversos, seja no plano jurídico-administrativo, seja aos olhos dos eleitores.

A grande distinção - inarredável mesma, quando da reeleição, é que o candidato que postule um segundo mandato, revelará objetivamente o quanto já tenha realizado. No que se lhe assegure exercer o mandato que já detém até o último dia, e se lhe imponha, por lei, administrar o interesse público e executar o orçamento, tem ele, intrinsecamente, uma vantagem comparativa em relação aos seus oponentes que nenhuma ficção jurídica poderá jamais compensar.

(b) No plano da publicidade institucional, enquanto direito da sociedade civil e obrigação do Estado, o denunciante, ainda que desprezando as conseqüências necessárias do fato constitucional da reeleição, não pode pretender inibir o Chefe do Executivo no cumprimento do seu dever de informar, nem restringir o acesso da população à prestação de contas do Governo.

É inerente à reeleição que, na propaganda eleitoral, reencontre o eleitor os temas antes postos perante si mediante a publicidade institucional constitucionalmente obrigatória. Fora de qualquer juízo razoável supor que a ordem jurídica infra-constitucional - derivada do comando constitucional da reeleição, impeça absolutamente que, na propaganda eleitoral, encontre o eleitor a mesma informação antes lançada em decorrência de outro comando constitucional - o da publicidade institucional.

(c) Atento à jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, o denunciante haverá de distinguir entre propaganda eleitoral, mera promoção pessoal e publicidade institucional, para daí, eventualmente, inferir quebra dos comandos constitucionais e infra-constitucionais. Este quadro normativo, de um lado, obriga o Chefe do Executivo a informar, e, de outro, assegura, a ele e a todos os cidadãos sob sua jurisdição administrativa, o direito da livre manifestação do pensamento e o livre acesso às informações cuja divulgação é imposta pela Constituição.

No que candidato à reeleição, o Chefe do Executivo tem, como credencial maior, que o distingue absolutamente dos demais candidatos, justamente reinformar, na propaganda eleitoral, o quanto, na publicidade institucional, já revelara de sua capacitação para o cargo.

(d) Ainda atento à jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, o denunciante haverá de qualificar os fatos para distinguir entre o tipo penal, a hipótese de improbidade administrativa e a possibilidade de abuso de poder de autoridade.

A eventual quebra da impessoalidade na publicidade institucional será objeto de exame sob a Lei de Improbidade Administrativa ou sob a Lei de Inelegibilidade. Crime não haverá.

(e) O denunciante, presentes a doutrina e a jurisprudência consagradas, apontará o dolo específico - a intenção de causar dano ou prejuízo à verdade eleitoral, isto é, à apuração desimpedida da manifestação livre da vontade do eleitor credenciado e ao regular funcionamento dos serviços administrativos da Justiça Eleitoral. Sem dolo específico não há falar em crime eleitoral.

(f) A denúncia qualificará a propaganda alegadamente imprópria para então afirmar que tenha ela, pelos meios de expressão utilizados, iludido o eleitor, ainda que potencialmente. Consolida a jurisprudência que, se incapaz a ação descrita de, por qualquer forma, enganar o eleitor, ou se ausente a intenção dolosa de abordar diretamente o eleitor para fraudar, inibir, manipular ou desvirtuar sua manifestação livre, ausente estará o dolo específico.