

Eleições municipais e pandemia: limitação dos atos de propaganda eleitoral à luz da Emenda Constitucional n. 107

Lívia Maria de Sousa

Procuradora Regional Eleitoral no Ceará. Ex-promotora eleitoral nos Estados do Piauí e do Rio Grande do Norte. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil.

Raul Lustosa Bittencourt de Araújo

Advogado. Ex-assessor da Procuradoria Regional Eleitoral no Ceará. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduando em Direito Eleitoral e em Processo Civil.

Resumo: A Emenda Constitucional n. 107 buscou diminuir o risco de disseminação intensa da Covid-19 durante as eleições municipais brasileiras de 2020, o que impôs o adiamento do processo eleitoral e a busca pela conciliação deste com as normas de direito sanitário em vigor. Com esse fim, à Justiça Eleitoral foi concedido o poder de limitar atos de propaganda eleitoral em razão da pandemia, desde que amparada em parecer técnico sanitário estadual ou federal, poder esse interpretado açodadamente por muitos como parte da sua função jurisdicional. O presente artigo procura analisar o adequado sentido da norma constitucional transitória, considerando alguns preceitos jurídicos gerais e específicos eleitorais, como a dinâmica peculiar daquela Justiça especializada. Conclui-se que a EC n. 107/2020 não condicionou a aplicação jurisdicional de restrições sanitárias para a propaganda eleitoral a parecer técnico, e sim viabilizou que a Justiça Eleitoral ampliasse normativamente as proibições para a campanha eleitoral de 2020.

Palavras-chave: Emenda Constitucional n. 107. Eleições municipais. Direito sanitário. Justiça eleitoral. Propaganda eleitoral. Poder normativo.

Abstract: Brazilian Constitutional Amendment no. 107 sought to diminish the increase of Covid-19's spread during 2020's local elections, postponing the electoral process and adapting it to health law rules in act. To that end, Brazilian Electoral Justice was granted the power to limit acts of electoral propaganda due to the pandemic, as long as supported by a state or federal technical sanitary opinion, a power which was misinterpreted by many as part of the electoral jurisdiction. This article seeks to analyze the adequate intent of that transitory constitutional comand, considering some general legal and specific electoral precepts, such as the peculiar dynamics of that specialized Justice. It is concluded that Amendment no. 107/2020 did not conditioned the jurisdictional application of health restrictions for electoral propaganda to the elaboration of a technical opinion, but rather made it possible for the Electoral Justice to normatively expand the prohibitions for the 2020 election campaign.

Keywords: Constitutional Amendment no. 107. Local elections. Health law. Electoral Justice. Election propaganda. Normative power.

Sumário: 1 Introdução. 2 Justiça Eleitoral: poder-dever de realizar eleições seguras. 2.1 Da distinção entre poder de polícia eleitoral, função jurisdicional eleitoral e função normativa eleitoral. 2.2 A adequada interpretação do art. 1º, § 3º, VI, da EC n. 107. 2.3 A limitação dos atos de propaganda eleitoral por decretos. 3 Conclusão.

1 Introdução

O disruptivo abalo social encetado pela pandemia da Covid-19 tornou inevitável uma série de restrições a liberdades e garantias individuais consideradas extremamente relevantes num Estado Democrático de Direito como o Brasil, porquanto não são bens jurídicos absolutos, devendo ceder diante de ameaça concreta e grave ao direito à vida, à saúde e à dignidade humana.

A reflexão jurídica relevante para a doutrina do Direito Eleitoral objeto do presente estudo versa sobre o sentido do art. 1º, § 3º, VI, da Emenda Constitucional n. 107, de 2 de julho de 2020, promulgada num contexto de conciliação entre o direito à democracia, por meio

do processo eleitoral (eleições municipais de 2020), e a necessidade de máxima observância das normas de direito sanitário que visam a resguardar o direito à vida e à saúde neste momento de crise.

Além de autorizar, excepcionalmente, o adiamento das eleições, estabelecendo novas datas e regras de contagem de prazos, o dispositivo constitucional disciplinou regramento específico para os atos de propaganda eleitoral em meio à grave crise de saúde pública. Leia-se a aludida disposição acrescida pelo legislador constituinte derivado:

Art. 1º As eleições municipais previstas para outubro de 2020 realizar-se-ão no dia 15 de novembro, em primeiro turno, e no dia 29 de novembro de 2020, em segundo turno, onde houver, observado o disposto no § 4º deste artigo.

[...]

§ 3º Nas eleições de que trata este artigo serão observadas as seguintes disposições:

[...]

VI- os atos de propaganda eleitoral não poderão ser limitados pela legislação municipal ou pela Justiça Eleitoral, salvo se a decisão estiver fundamentada em prévio parecer técnico emitido por autoridade sanitária estadual ou nacional; [...].

A expressão contida na parte final do dispositivo constitucional adentra na esfera jurídica do poder-dever da Justiça Eleitoral de garantir um processo eleitoral democrático e seguro. Por certo, há uma tênue linha hermenêutica a distinguir duas possibilidades: a) o legislador constituinte limitou a atuação jurisdicional da Justiça Eleitoral, impedindo-a de atuar para restringir atos de propaganda eleitoral, salvo se houver parecer técnico emitido por autoridade sanitária estadual ou nacional; b) a norma transitória ampliou a atividade normativa da Justiça Eleitoral, na medida em que possibilitou a limitação dos atos de propaganda eleitoral com base em parecer técnico emitido por autoridade sanitária estadual ou nacional.

A disposição constitucional transcrita anteriormente maneja uma garantia basilar do processo eleitoral, qual seja, o livre exercício da propaganda das candidaturas. A adequada interpretação da emenda exige a sólida compreensão das peculiares características da Justiça Eleitoral, notadamente do seu poder normativo, que originariamente não poderia inovar no ordenamento jurídico restringindo direitos.

Contudo, diante da necessidade de manter o respeito às normas sanitárias pandêmicas, que estabelecem restrições à realização de eventos capazes de promover aglomerações, houve expressa ampliação do poder normativo da Justiça Eleitoral, autorizando-a a restringir direitos, desde que com base em parecer técnico estadual ou federal, conforme será demonstrado neste artigo.

2 Justiça Eleitoral: poder-dever de realizar eleições seguras

A Justiça Eleitoral é uma instituição especializada da União, integrante do Poder Judiciário, que possui características sabidamente peculiares quando comparada com os demais ramos da Justiça brasileira.

De fato, além da clássica função jurisdicional, a atuação da Justiça Eleitoral é marcada por um incremento das suas funções atípicas, relacionadas à organização do processo eleitoral eficiente, transparente e legítimo, de forma a possibilitar a alternância no exercício dos Poderes Legislativos e Executivos por meio do sufrágio universal e livre.

Nesse sentido é que, desde o alistamento eleitoral até a diplomação dos eleitos, a Justiça Eleitoral exerce intensa atividade administrativa organizacional e normativa, ao lado da típica atividade jurisdicional. Outra função especial marcante da Justiça especializada é a consultiva, destinada a fomentar a segurança jurídica no momento político crucial para a democracia, mas não será explorada na presente análise.

2.1 A distinção entre poder de polícia eleitoral, função jurisdicional eleitoral e função normativa eleitoral

À luz do art. 2º da CF/1988, vigora no País o tradicional princípio da tripartição harmônica dos Poderes do Estado. Bem resume o corolário desse preceito estatal a doutrinadora Raquel Ramos Machado, ao dizer:¹

Em suma, enquanto por meio da função legislativa, o Estado inova o ordenamento criando direitos e obrigações, por meio da edição de textos de normas jurídicas primárias, por meio da função administrativa realiza, nos limites da lei, atividades que garantem a execução de tais textos normativos, e, para tanto, age, ainda que de ofício, por meio da prestação de serviços públicos, do fomento e do exercício do poder de polícia. Já por meio da função jurisdicional, diante de desavença quanto à correta aplicação do texto das normas jurídicas, ou mesmo de seu desprezo, o Estado garante, pelo processo, e quando solicitado para tanto por meio da ação, a observância das normas jurídicas.

Apesar desse panorama, alerta a autora para a existência das funções atípicas no âmbito de cada Poder, por meio das quais estes são habilitados a alcançar efetivo desempenho nas suas vocações principais e típicas. Em suas funções atípicas, o Judiciário normatiza os regimentos dos tribunais e as questões procedimentais da prestação dos serviços judiciais, bem como administra seu pessoal e seu orçamento financeiro.

A Justiça Eleitoral é marcada por um forte incremento das suas funções supostamente atípicas, relacionadas a atos tradicionais do Poder Executivo ou do Legislativo. Isso é uma decorrência do modelo de controle do processo eleitoral que nós adotamos desde 1932, no primeiro Código Eleitoral pátrio, quando as eleições brasileiras passaram a ter todas as suas etapas organizadas e fiscalizadas pela Justiça Eleitoral, exercendo uma função administrativa de preparo e condução do pleito.

1 MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 74-75.

Como corolário dessa atividade administrativa e fora da função jurisdicional (típica), há a previsão do exercício do denominado “poder de polícia” sobre os atos de propaganda eleitoral pela Justiça especializada em comento. O art. 41 da Lei n. 9.504/1997 preconiza a exata finalidade e a competência para esse múnus judicial:

§ 1º O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

§ 2º O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet.

Não obstante, a definição legal mais completa acerca da natureza jurídica e dos contornos concretos do termo “poder de polícia” está no art. 78 do Código Tributário Nacional, que anuncia:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Naturalmente, essa função administrativa também é exercida pela Justiça Eleitoral enquanto função atípica limitada à inibição de atos contrários ao ordenamento jurídico. Nas palavras de Edson Castro:

É fácil compreender: se um determinado candidato a prefeito veicula sua propaganda em bem público, caracteriza-se infração ao art. 37 da Lei n. 9.504/97, e todas as providências, desde a retirada da propaganda (exercício do poder de polícia) até a imposição da multa, são da competência do Juiz Eleitoral. Entretanto, se esta propaganda refere-se a um candidato a Governador, o Juiz limita-se a determinar sua retirada e isso significa exercer seu poder de polícia.²

2 CASTRO, Edson de Resende. *Curso de direito eleitoral*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2020. p. 93.

Portanto, a punição dos atos de propaganda infringentes à Lei Eleitoral não se dá no exercício do poder de polícia, mas sempre no bojo de feitos jurisdicionais com contraditório e ampla defesa. A Resolução n. 23.608/2019 do TSE é contundente em reforçar os limites do poder de polícia eleitoral, trazendo em seu art. 54 os seguintes comandos:

Art. 54. A competência para o processamento e julgamento das representações previstas no Capítulo II não exclui o poder de polícia sobre a propaganda eleitoral e as enquetes, que será exercido pelos juízes eleitorais, pelos membros dos tribunais eleitorais e pelos juízes auxiliares designados.

§ 1º O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral é restrito às providências necessárias para inibir ou fazer cessar práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas e das matérias jornalísticas ou de caráter meramente informativo a serem exibidos na televisão, na rádio, na internet e na imprensa escrita.

§ 2º No exercício do poder de polícia, é vedado ao magistrado aplicar sanções pecuniárias, instaurar de ofício a representação por propaganda irregular ou adotar medidas coercitivas tipicamente jurisdicionais, como a imposição de astreintes (Súmula nº 18/TSE).

§ 3º O mandado de segurança é a via jurisdicional cabível contra atos comissivos e omissivos praticados pelo juiz eleitoral no exercício do poder de polícia.

Observa-se do texto infralegal que atos exercentes do poder de polícia são sempre questionáveis por meio do mandado de segurança em matéria eleitoral (art. 29, I, e, do Código Eleitoral), o que é o oposto da regra geral para a impugnação de atos jurisdicionais, não podendo o referido remédio servir de sucedâneo recursal.³ A cominação de qualquer multa no âmbito do poder de polícia está vedada, o que abarca a multa coercitiva do art. 139, IV, do CPC/2015 (astreintes).

Em adição, o Tribunal Superior Eleitoral recebeu do Código Eleitoral (arts. 1º e 23) ainda vigente a alta incumbência de expedir

3 Nesse sentido: Súmula-TSE n. 22. “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial recorrível, salvo situações de teratologia ou manifestamente ilegais”.

instruções normativas para a sua fiel execução, o que foi reiterado pela Lei n. 9.504/1997 (art. 105). Explana Raquel Machado:⁴

Quanto à função normativa infralegal, de caráter administrativo, sabe-se que, em regra, o poder regulamentar é atribuído ao Poder Executivo, nos termos do art. 84, IV da Constituição Federal. Ou seja, em regra, compete aos Chefes do Executivo expedir decretos e regulamentos para fiel execução da lei. Em matéria eleitoral, porém, tal função foi atribuída à Justiça Eleitoral, mais precisamente ao Tribunal Superior Eleitoral, que elabora as Resoluções para fiel execução da lei, nos termos do art. 1º, parágrafo único do Código Eleitoral e do art. 105 da Lei nº 9.504/1997.

Essas normas regulamentares exaradas pelo Tribunal Superior Eleitoral, naturalmente, não devem inovar no teor do ordenamento jurídico, de modo a “restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas” legalmente, como assinala o art. 105 da Lei n. 9.504/1997.

De outro lado, o exercício da jurisdição eleitoral, ou seja, a resolução das lides eleitorais instauradas por iniciativa das partes com legitimidade ativa para tanto (Ministério Público, partidos, coligações e candidatos), se consuma quando “diante de desavença quanto à correta aplicação do texto das normas jurídicas, ou mesmo de seu desprezo, o Estado garante, pelo processo, e quando solicitado para tanto por meio da ação, a observância das normas jurídicas”.⁵ A jurisdição eleitoral visa, portanto, à concretização da força normativa da legislação eleitoral, de maneira a garantir a lisura do pleito quando constatado possível ilícito de competência daquela Justiça, que poderá aplicar sanções e astreintes.

Nessa senda, urge observar que o julgamento de alguma lide eleitoral com a conclusão pela procedência da demanda – determinado-se à parte ré que desfaça determinado ato ou deixe de fazê-lo – jamais se cofunde com a tal “limitação” da propaganda eleitoral

4 MACHADO, 2016, p. 77.

5 MACHADO, 2016, p. 75.

abordada na EC n. 107/2020. É uma intolerável atecnia jurídica a afirmação de que a jurisdição eleitoral pode ser responsável pela limitação da liberdade de campanha. A Justiça Eleitoral, no exercício da função jurisdicional, não restringe o processo eleitoral, e sim intervém para garantir o respeito ao ordenamento jurídico, declarando seu sentido e seu alcance no caso.

2.2 A adequada interpretação do art. 1º, § 3º, VI, da EC n. 107

A propaganda eleitoral é ferramenta indispensável ao efetivo desenvolvimento do processo eleitoral, estando diretamente conectada ao direito à liberdade de expressão na esfera política. Porém, a “*liberdade de expressão, como qualquer outro direito fundamental, submete-se a restrições que decorrem da necessidade de harmonizá-la com outros valores e direitos constitucionalmente tutelados*”, bem aponta Aline Osório.⁶

Como visto, afirma o art. 1º, § 3º, VI, da EC n. 107/2020 que “os atos de propaganda eleitoral não poderão ser limitados pela legislação municipal ou pela Justiça Eleitoral, salvo se a decisão estiver fundamentada em prévio parecer técnico emitido por autoridade sanitária estadual ou nacional”.⁷ Esse texto tem ensejado muitas leituras em crassa dissintonia com a lógica jurídica básica da seara eleitoral, à luz do revisitado sobre suas diferentes funções no tópico anterior, propiciando grave risco institucional e sociopolítico, conforme explanado a seguir.

Uma interpretação açodada do dispositivo reproduzido pode levar o operador do Direito a entender que, para a norma constitucional, só será possível a limitação de atos de propaganda eleitoral se existir um parecer técnico (emitido por autoridade sanitária estadual ou federal) que sirva de fundamento direto para a Justiça Eleitoral inibir a conduta. Quer dizer, caso não haja tal parecer, não

6 OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 116.

7 Recurso Ordinário n. 378375, Acórdão de 3.5.2016, Relator(a) Min. Herman Benjamin, Publicação: *DJE - Diário de justiça eletrônico*, Tomo 107, 6 jun. 2016, p. 9-10.

poderia a Justiça Eleitoral exercer sua função jurisdicional nem seu poder de polícia (ambos baseados na efetivação do ordenamento jurídico), de modo a limitar atos de campanha.

Essa lógica de compreender o dispositivo supratranscrito como uma norma restritiva da atuação jurisdicional dessa Justiça especializada leva – em uma interpretação literal daquele art. 1º, § 3, VI – à conclusão insustentável de que, por exemplo, showmícios só poderiam ser inibidos com fundamento em parecer técnico estadual ou federal.

É verdade que o art. 12 da Resolução n. 23.614/2020 do TSE ajustou o texto normativo, de maneira a prever: “Os atos *regulares* de propaganda eleitoral não poderão ser limitados pela legislação municipal ou pela Justiça Eleitoral”, mas o que seriam atos regulares no contexto da pandemia? A propaganda violadora das regras sanitárias em vigor não seria ato irregular também? Afinal, preceitua o art. 243, VIII, do Código Eleitoral que não será tolerada propaganda lesiva à higiene pública.

Ora, não existe hierarquia entre os ramos do Direito Público. O que define a regra prevalecente quando caracterizada antinomia entre textos normativos vigentes de mesma estatura e abrangência temporal – como assinala Norberto Bobbio⁸ – é o critério da especialidade da lei, o qual “se aplica porque vem a existir uma antinomia”. Quer dizer, a norma mais específica é identificada no caso concreto, conforme a circunstância fática que permeia a dúvida jurídica. No contexto pandêmico da Covid-19, em que foi reconhecido pela Lei n. 13.979/2020 o “estado de emergência de saúde pública de importância internacional” ora vivenciado, é evidente que a legislação eleitoral redigida com espeque em realidade totalmente diversa não pode ser reputada mais específica que as normas sanitárias.

Supor que a EC n. 107/2020 teria unguído a campanha eleitoral como uma prerrogativa superior ao direito fundamental à saúde

8 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Introdução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Universidade de Brasília, 1989. p. 91-97.

e à vida é presumir que o constituinte reformador teria elevado o direito à propaganda eleitoral a um supradireito. Verifique-se que o próprio direito de ir e vir no território nacional – a imperiosa liberdade de locomoção (art. 5º, XV, da CF/1988) – vem sofrendo inusitadas restrições nesse cenário tão vulnerável, chegando ao ponto da decretação de *lockdown* em muitas das cidades brasileiras. Embora haja grupos sociopolíticos opositores a tais medidas, tanto o Poder Legislativo como o Judiciário vêm corroborando a importância dessa postura estatal combativa amparada na ciência médica internacional.

Foi a própria Lei Federal n. 13.979/2020 que reconheceu essa crise sanitária em curso e autorizou medidas de restrição de direitos para combater o avanço da Covid-19, as quais podem ser implementadas pelo Poder Executivo (art. 3º, § 7º, da citada lei). E ao julgar a ADI 6343/DF,⁹ ação proposta contra aquele mesmo diploma, o Supremo Tribunal Federal foi cristalino ao assentar interpretação conforme a CF/1988 ao seu art. 3º, §§ 6º e 7º, II, de forma a garantir autonomia normativa e administrativa para os estados e municípios. Portanto, é descabida tese de que decreto estadual concernente a normas sanitárias de contenção da pandemia em curso não poderia prevalecer sobre legislação nacional, como a eleitoral.

Ressalte-se que a *decisão monocrática do Min. Celso de Mello que indeferiu a Medida Cautelar na Petição 8830/DF*¹⁰ se cingiu à análise da possibilidade de censura de manifestações sociais por suposto *risco à ordem pública ou à honra de pessoas alvo das críticas políticas lançadas*.

No que se refere ao poder da Justiça Eleitoral de limitar atos de propaganda, é patente que a EC n. 107/2020 aludiu à regulamentação de atos pela Justiça Eleitoral no exercício do poder normativo. Inexistem dúvidas de que o Tribunal Superior Eleitoral tem poder normativo para criar legislação infralegal regulamentar, assim como é fato conhecido a recorrente expedição de portarias ou provimentos por juízes ou tribunais regionais com a previsão

9 ADI 6343, Acórdão de 6.5.2020, Relator(a) designado Min. Alexandre de Moraes, Publicação da certidão de julgamento: *DJE - Diário de justiça eletrônico*, 3 jun. 2020.

10 Julgamento em 7.5.2020, Publicação: *DJe* de 12 maio 2020.

de vedações não especificadas em lei¹¹ – e, logo, tendentes à ilegalidade –, visando a evitar tumultos sociais ao longo do processo eleitoral e, especialmente, no dia da votação.

No presente ano, essa atuação normativa da primeira instância da Justiça Eleitoral foi até mesmo demandada por muitos diretórios partidários municipais como uma forma de preservar a segurança sanitária do pleito e a própria isonomia eleitoral, uma vez que algumas candidaturas estavam respeitando os decretos executivos e outras não.

É importante observar que a matéria resta disciplinada pelo dispositivo da EC n. 107/2020 no mesmo contexto da restrição a atos de propaganda pelos municípios (ente federado com poder normativo) na sua legislação, o que já sugere o viés normativo – e não jurisdicional – da atuação judiciária que foi modulada pela norma constitucional transitória.

Como já discorrido, falar em limitação a atos de propaganda pela Justiça Eleitoral, sob a perspectiva legislativa, foge à sua função jurisdicional. Em termos técnicos, o juiz não limita ato de propaganda no julgamento de lides, mas tão somente aplica o ordenamento jurídico. Esse sim é que pode limitar direitos, no caso a liberdade de propaganda eleitoral, dentro das balizas constitucionais.

De fato, em relação ao exercício do poder jurisdicional, violaria o princípio do Estado Democrático de Direito exigir que, para um juiz eleitoral aplicar as normas sanitárias cogentes, ele precisasse fundamentar-se em parecer técnico ao sentenciar um caso concreto, sendo absurdo que um parecer opinativo importe mais que a legislação sanitária vigente.

11 “Eleições 2014. Mandado de segurança. Ato de autoridade. Juízo eleitoral. Propaganda eleitoral em vias públicas. Cavaletes. Restrição. Poder de polícia. Ausência de ilegalidade ou abuso. I – *Ao Juízo eleitoral é franqueado normatizar a propaganda eleitoral através de objetos não fixos (cavaletes, bonecos, cartazes, mesas para distribuição de material de campanha e bandeiras ao longo das vias públicas), de modo a permitir o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos (Lei nº 9.504/1997, art. 37, § 6º).*” (TRE-RO – Mandado de Segurança n. 143418, Acórdão n. 263/2014 de 1º.10.2014, Relator(a) Delson Fernando Barcellos Xavier, Publicação: DJE/TRE-RO – *Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral*, Tomo 190, 9 out. 2014, p. 8-9. Grifo nosso.)

A emenda não poderia falar em decisão de juiz ou de Tribunal Eleitoral no bojo de processo jurisdicional, como o presente feito, de modo a tornar a solução da lide pela Justiça Eleitoral dependente de um parecer técnico de autoridade sanitária, o qual sequer é uma norma jurídica. Ora, em relação ao exercício do poder jurisdicional, o princípio da inafastabilidade da jurisdição é cláusula pétrea, expressa no art. 5º, XXXV, restando inconstitucional qualquer interpretação que condicione o julgamento da lide a um parecer técnico de autoridade sanitária, uma vez que cabe ao juiz aplicar as normas e, inexistindo estas, deverá julgar a lide de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, conforme art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil.

O juiz aplica o ordenamento jurídico em vigor, compatibilizando ao máximo as regras aparentemente opostas, resolvendo as antinomias e sopesando os princípios colidentes. Uma interpretação constitucional que impeça a Justiça Eleitoral de aplicar a legislação sanitária vigente, de mesma hierarquia e mais especial que a Lei n. 9.504/1997, afronta o próprio âmago do papel do Judiciário no funcionamento do Estado.

É certo que a competência privativa para legislar sobre direito eleitoral é da União, contudo a necessidade de respeito às normas sanitárias já foi prevista expressamente no próprio Código Eleitoral, ao proibir qualquer propaganda que prejudique a higiene pública,¹² vedação esta reproduzida no art. 22, IX, da Resolução n. 23.610/2019 do TSE.

Dessa forma, em nenhuma hipótese um parecer técnico (ato administrativo opinativo) pode ser considerado como norma (caracterizada por ser geral, abstrata e cogente), mas tão apenas como um fundamento para a decisão de editar uma norma jurídica restritiva, no caso municipal ou emitida pela Justiça Eleitoral, que busque modular atos de propaganda.

12 “Art. 243. Não será tolerada propaganda: [...] VIII – que prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municipais ou a outra qualquer restrição de direito; [...]”

Tanto as legislações municipais (*a priori*) como as resoluções do TSE e – mais ainda – eventuais instruções de TREs ou juízos zonais não podem, normalmente, restringir atos de campanha. E como já dito, a jurisdição eleitoral não restringe a liberdade de campanha, mesmo quando inibe determinado ato ao interpretar a lei que determina a limitação em si.

Portanto, é nítido que o sentido da norma constitucional é de, na verdade, ampliar o campo de restrição dos atos de campanha eleitoral, e não limitá-los, porque não era necessário que a EC n. 107 impedisse a limitação de ato de propaganda pela Justiça Eleitoral ou pelas leis municipais, algo já vedado. Entretanto, a alteração na CF/1988 trouxe uma exceção a essa usual impossibilidade de restrição normativa da propaganda pelos municípios ou pela Justiça: a existência de parecer técnico emitido por autoridade sanitária estadual ou federal.

Uma vez embasada em documento dessa natureza, tanto uma lei municipal como um ato normativo da Justiça Eleitoral poderá restringir a liberdade de propaganda, nos termos da orientação científica. Essa é a única interpretação do art. 1º, § 3º, VI, da EC n. 107/2020 que preserva a hermenêutica jurídica básica: o ordenamento jurídico é uno e o juiz deve aplicar as normas vigentes sem inová-las, ainda que firme interpretação extensiva ou restritiva. Dizer que o juiz, no exercício do poder jurisdicional, necessita de um parecer técnico para poder aplicar as normas sanitárias vigentes, legais ou infralegais, é em absoluto atentatório à ideia de resolução jurisdicional dos conflitos sociopolíticos.

2.3 A limitação dos atos de propaganda eleitoral por decretos

Tendo o STF reconhecido a competência estadual concorrente e prevalecte em relação à União para normatizar restrições sociais de combate à pandemia, e estando previsto na Lei n. 13.979/2020 – uma lei federal mais nova e específica do que a própria Lei n. 9.504/1997 – o isolamento social e a quarentena enquanto “medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública”, não há motivo para se cogitar

a impossibilidade de aplicação do ordenamento sanitário no contexto das atividades eleitorais.

O Direito Eleitoral não possui hierarquia em relação ao Direito Sanitário, e, no tocante às possibilidades dos eventos de campanha, já contém expressamente previsão sobre a necessidade de que os atos de propaganda eleitoral observem normas sanitárias, notadamente no momento atual em que se vive uma emergência de saúde pública de importância internacional, com nuances sem precedentes.

Em regra, compete privativamente à União legislar sobre direito eleitoral (art. 22, I, da CF/1988), contudo, mencionado dispositivo não retira a eficácia das normas estaduais e municipais que, de forma reflexa, interfiram na extensão dos atos de campanha política.

De fato, inexistente outra interpretação minimamente plausível a ser adotada que não conduza igualmente à conclusão de que os atos de campanha eleitoral devem respeitar fielmente os limites para o contato físico estabelecidos pelos decretos estaduais publicados pelo governo do estado. Afinal, tais normativos infralegais são elaborados com a notória orientação do órgão regional máximo de controle sanitário: a secretaria de saúde do estado.

É absolutamente desarrazoado sugerir que um decreto emitido pelo chefe de Poder Executivo estadual acerca de restrições sociais no presente contexto de emergência de saúde pública de importância internacional (Lei Federal n. 13.979/2020) e de estado de calamidade pública nacional (Decreto Legislativo n. 06/2020) não teria se baseado nas orientações da secretaria de saúde do estado respectivo. E é incontroverso que os estados – na qualidade de entes federados autônomos – adotaram posturas mais cautelosas e combativas diante desta pandemia do que o próprio Governo Federal.

É natural que decretos governamentais estaduais sirvam como meio de normatização expressa e vinculante – inclusive para fins penais (art. 268 do CP)¹³ – das diligências e consequentes relató-

13 “Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.”

rios técnicos dos órgãos sanitários sob a coordenação da secretaria de saúde. Foi nesse sentido que se manifestaram os Tribunais Regionais Eleitorais dos Estados de Pernambuco e de Alagoas em sede de consulta, veja-se:

[...]

1. Considerando o teor da previsão do inciso VI, § 3º, do art. 1º da EC nº 107/20 e o disposto no § 1º, art. 7º, da Resolução TSE nº 23.623/20, os atos de propaganda eleitoral de natureza externa ou intrapartidária que gerem aglomeração de pessoas (como comícios, carreatas, passeatas, caminhadas, reuniões, confraternizações, distribuição e afixação de adesivos, entre outros); os atos do período conhecido como pré-campanha, referidos no art. 36-A da Lei das Eleições (Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997); e a realização das convenções partidárias presenciais são permitidos desde que atendam às normas vigentes fundamentadas em prévio parecer técnico emitido por autoridades sanitárias da União e do Estado de Pernambuco, em razão da pandemia decorrente do Covid-19, dentre as quais, a título de exemplo, o atual limite de 10 pessoas (art. 14 do Decreto Estadual 49.055/20) concentradas no mesmo ambiente, necessidade de verificação do distanciamento social, além do uso obrigatório de máscaras pelos participantes e a necessária advertência neste sentido, podendo a Justiça Eleitoral, no seu exercício do poder de polícia administrativo, inibir as práticas que contrariem as referidas normas sanitárias. 2. Deliberou-se, igualmente, orientar os partidos no sentido de realizar as convenções partidárias preferencialmente pelo meio virtual. 3. Consulta conhecida e respondida nos termos acima especificados.

(TRE-PE – Consulta n. 060052989, Acórdão de 28.8.2020, Relator(a) Des. Carlos Frederico Goncalves de Moraes, Publicação: DJE – *Diário de Justiça eletrônico*, 2 set. 2020).

[...]

1. Considerando o previsto no art. 1º, VI, § 3º, da EC nº 107, de 02 de julho de 2020, e no art. 7º, § 1º, da Resolução TSE nº 23.623/20, os atos de propaganda eleitoral de caráter amplo ou mesmo de alcance intrapartidário que gerem aglomeração de pessoas (como comícios, carreatas, passeatas, caminhadas, reuniões, confraternizações, distribuição e afixação de adesivos, entre

outros); os atos listados no art. 36-A da Lei das Eleições (Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997); e a realização de convenções partidárias presenciais são permitidos, mas desde que atendam rigorosamente às normas vigentes, fundamentadas em prévio parecer técnico emitido por autoridades sanitárias da União e do Estado de Alagoas, em razão da pandemia decorrente do Covid-19, como, por exemplo, a necessidade de observância do distanciamento entre as pessoas, o uso obrigatório de máscaras pelos participantes e a necessária advertência neste sentido, podendo a Justiça Eleitoral, no regular exercício do poder de polícia administrativo, coibir as práticas que contrariem as referidas normas sanitárias. 2. Consulta conhecida e respondida nos termos acima delineados.

[Voto condutor]

Em Alagoas, o Poder Executivo editou diversos atos normativos reconhecendo a gravidade e a persistência da pandemia, a partir das informações técnicas da Secretaria de Estado da Saúde. Cabe mencionar o Decreto 69.541, de 20 de março de 2020, ainda em pleno vigor, que declara “situação de emergência no âmbito do Estado de Alagoas, da emergência de saúde decorrente do COVID-19 (coronavírus)”. [...] Embora tenham permitido a abertura de diversos setores econômicos, os atos normativos estaduais mais recentes continuam a exigir a observância de rígidas medidas sanitárias, tendo em vista inclusive que a grande maioria dos municípios de Alagoas permanece nas fases amarela e laranja e está passando por delicada e importante fase no enfrentamento da pandemia, sendo o distanciamento entre as pessoas e o uso de máscaras, as principais medidas de combate à doença. O pleito eleitoral de 2020 não ficaria imune a todo esse contexto.

(TRE-AL – Consulta n. 060018613, Acórdão de 4.9.2020, Relator(a) Des. Pedro Augusto Mendonça de Araujo, Publicação: DJE - *Diário de Justiça eletrônico*, 9 set. 2020).

Tais acórdãos reconheceram a eficácia plena das normas sanitárias estabelecidas por Poder Executivo estadual via decreto no campo dos atos de campanha eleitoral, os quais não são blindados às restrições disciplinadas para o contato físico humano em prol da vida, bem jurídico mais sagrado em qualquer Estado Constitucional de Direito.

Assim, mesmo que se entenda pela necessidade de parecer técnico para a aplicação de regras restritivas de aglomerações na seara eleitoral, o que implica negação ao acórdão do STF na ADI n. 6341/DF, é incontestável que todos os decretos executivos publicados pelos estados observaram diligências e relatórios empreendidos pelas suas secretarias de saúde, geralmente disponibilizados virtualmente em sítio institucional. Foi o próprio sobredito julgado do STF que exigiu a consulta de recomendações técnicas para a elaboração dos decretos pandêmicos.

Logo, se o requisito para a inibição de atos eleitorais pela referida Justiça especializada, no desempenho da sua função jurisdicional, fosse o parecer técnico feito por autoridade sanitária estadual ou federal, caberia aos juízes eleitorais sentenciar com fundamento em decreto estadual ou federal, podendo inclusive indicar orientações oficiais da secretaria de saúde ou do Ministério da Saúde como razão de decidir.

Não obstante, a má interpretação do art. 1º, § 3º, VI, da EC n. 107/2020 levou muitos operadores do direito, inclusive juízes, a adotarem ou cogitarem a perspectiva de que a jurisdição eleitoral não poderia inibir atos de propaganda sem que houvesse um parecer técnico estadual ou federal com previsões específicas para o cerne do caso concreto, ainda que vigorasse decreto estadual dotado de determinações incompatíveis com várias atividades desenvolvidas no período de campanha eleitoral.

Foi apenas nas últimas semanas do período de campanha que alguns tribunais regionais eleitorais começaram a publicar resoluções usando esse poder normativo extraordinário,¹⁴ o que foi

14 TRE-PE: <https://www.tre-pe.jus.br/imprensa/noticias-tre-pe/2020/Outubro/tre-pe-proibe-atos-presenciais-de-campanha-que-causem-aglomeracao>.

TRE-CE: <https://www.tre-ce.jus.br/imprensa/noticias-tre-ce/2020/Novembro/tre-ce-proibe-eventos-com-aglomeracoes-na-campanha-eleitoral>.

TRE-PA: <https://www.tre-pa.jus.br/imprensa/noticias-tre-pa/2020/Novembro/tre-proibe-atos-de-campanha-eleitoral-no-para-com-aglomeracoes>.

importante para o controle do momento mais acalorado do prélio, dado que muitos decretos de governos estaduais foram dúbios ou imprecisos quanto a possibilidade de eventos eleitorais em locais abertos. O problema é que, ao promoverem eventos em locais abertos e convidarem toda a população, agremiações e candidatos ignoravam o risco patente de que não seria viável controlar o número de presentes nem a forma como se comportariam.

Fato é que nenhum candidato ou partido conclama o eleitorado para realizar evento de campanha com apenas cem ou duzentas pessoas. Especialmente nas eleições municipais, os atos de campanha são canalizados para a ostentação da suposta força política das candidaturas, e a negativa do acesso de eleitores ao local devido à sua lotação tenderia a ocasionar uma perda de votos. Portanto, as cortes eleitorais precisaram explicitar o óbvio: carreatas, passeatas, comícios e adesivações são eventos que, intrinsecamente, presumem a aglomeração de pessoas em nível de contato físico largamente violador das medidas pandêmicas, sendo ilícitos.

3 Conclusão

As reflexões tecidas ao longo da pesquisa evidenciaram que a EC n. 107/2020 não limitou a atuação jurisdicional da Justiça Eleitoral, e sim lhe concedeu uma aptidão extraordinária para normatizar restrições à liberdade de propaganda por força da pandemia da Covid-19, para além das decorrentes da legislação sanitária em vigor. Tal conclusão somente é alcançada a partir da consideração das peculiaridades daquela Justiça.

Nessa toada, afere-se que: I) o poder de polícia da Justiça Eleitoral é exercido pelos juízes ou desembargadores eleitorais e se limita à inibição administrativa de atos irregulares de propaganda, sem espaço para a punição da conduta ou para a cominação de astreinte; II) a competência normativa da Justiça Eleitoral regulamenta o exercício dos atos de campanha abstratamente, sem impor obrigações não decorrentes do texto legal ou constitucional regulamentado nem penalidades diversas; III) o exercício da jurisdição

eleitoral nunca é responsável pela restrição de atos de propaganda, pois cabe ao órgão judicial, na resolução da lide instaurada, tão somente aplicar o ordenamento jurídico já em vigor, sem ampliar as restrições previstas nas normas jurídicas incidentes, as quais são a efetiva causa da eventual necessidade de inibição da propaganda.

Diante do dever de observância das recomendações científicas de contenção da corrente pandemia, o legislador constituinte, de forma excepcional, autorizou a Justiça Eleitoral a restringir atos de propaganda eleitoral por meio do exercício do seu poder normativo, desde que fundamentada em parecer técnico de ente federal ou estadual.

A previsão expressa em norma constitucional transitória se faz necessária, uma vez que não cabe à Justiça Eleitoral ampliar restrições a direitos a partir de normas gerais e abstratas, sendo seu poder normativo pensado originariamente apenas para a prática de atos administrativos necessários à eficiente condução do processo eleitoral. Mesmo o TSE, ao produzir normas infralegais para esclarecer a legislação, não pode inovar no ordenamento jurídico de modo a limitar direitos ou estender sanções.

O mencionado dispositivo constitucional foi determinante para a segurança das eleições municipais, porque a legislação eleitoral ordinária – apesar de dispor expressamente que é intolerável qualquer propaganda eleitoral em desrespeito a normas sanitárias – não explicita a essencial prevalência do art. 243, XVIII, do Código Eleitoral sobre as normas permissivas dos diversos atos de campanha normalmente lícitos, o que propiciou divergência entre os juristas e as lideranças políticas no tocante à aplicabilidade eleitoral das normas sanitárias restritivas. Noutro giro, os decretos governamentais foram dúbios e omissos.

Dessa forma, ao exercer esse poder normativo especial, além de possibilitar tratamento isonômico entre os candidatos no prélio, uma vez que se trata de norma geral e abstrata direcionada a todos os concorrentes, a Justiça Eleitoral pode evitar aglomerações de pessoas e a multiplicação de demandas judiciais para discutir a efi-

cácia das normas sanitárias na seara eleitoral, o que gera insegurança jurídica e prolonga o risco de contágio pelo vírus em circulação.

Embora os tribunais eleitorais, em geral, tenham tardado para exarar normatizações com esteio no art. 1º, § 3º, VI da EC n. 107 durante as eleições de 2020, é certo que esse novo instrumento ainda será útil para o controle das eleições suplementares que se façam necessárias, já que a real superação da corrente crise de saúde segue longe de ocorrer.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Introdução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de direito eleitoral*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2016.

OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.