

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES EM SENTIDO ESTRITO E SEUS INFLUXOS SOBRE A NORMATIVIDADE ELEITORAL BRASILEIRA NO TOCANTE AO USO PROPAGANDÍSTICO DA INTERNET

*Gustavo Vitorino Cardoso**

*“O que não está na Internet não está no mundo”
Alexandre Libório Dias Pereira¹*

Sumário: 1 Introdução. 2 A descoberta do conteúdo democrático subjacente no método concorrencial de escolha dos governantes. 2.1 A teoria de Joseph Alois Schumpeter. 2.2 A crítica de Óscar Sánchez Muñoz à teoria schumpeteriana. 2.3 A autonomização dogmática do princípio da igualdade de oportunidades na obra de Óscar Sánchez Muñoz. 3 Desenvolvimento histórico. 4 A perspectivação do princípio da igualdade de oportunidades eleitorais na Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e União Européia. 5 Estruturação constitucional de um princípio próprio do Direito eleitoral. 6 O princípio da igualdade de oportunidades no direito eleitoral brasileiro. 7 Análise constitucional. 8 Legislação infraconstitucional. 9 Contribuição jurisprudencial. 10 A Internet no contexto eleitoral. 11 A Internet e sua utilização na propaganda política. 12 O Brasil e o problema do uso da internet nas corridas eleitorais. 13 A regulamentação brasileira. 13.1 Primeira fase: as resoluções minimalistas do TSE. 13.2 Segunda fase: a Resolução n.º 22.718 do Tribunal Superior Eleitoral. 13.3 Terceira fase: a lei n.º 12.034 de 2009. 13.4 O esforço final: cotejo do princípio da igualdade de oportunidades em sentido estrito com as disposições da lei n.º 12.034/2009.

Resumo: Em recente tese de doutoramento, o autor espanhol Óscar Sánchez Muñoz constrói aquilo que pretende ser a autonomização dogmática do princípio da igualdade de oportunidades nas democracias contemporâneas. E o faz sem olvidar as intrincadas barreiras que o contexto prático impõe ao seu prevalecimento como princípio

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia

¹ Afirmção feita pelo autor em sua obra *Comércio eletrônico na sociedade de informação*. Da segurança técnica à confiança jurídica (1999, p. 9) apud REGO (2002, p. 845).

normativo. Identificado na obra de referência o princípio da igualdade de oportunidades em sentido estrito no Direito espanhol, o presente trabalho busca a aproximação do princípio em tela com o Direito eleitoral brasileiro, notadamente quanto à recente regulamentação sobre o uso da internet nas campanhas eleitorais.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direito eleitoral. Princípio da igualdade de oportunidades. Campanha eleitoral. Internet.

1 Introdução

Correntemente, fala-se em democracia como o governo do povo, correspondente ao significado etimológico do termo construído pelos gregos, os quais lançaram para o futuro não só a terminologia, mas também parte do imaginário associado a esse regime de governo. Entretanto, a democracia também se refere ao processo eleitoral como modalidade de escolha dos governantes, de sorte que o traço comum aos regimes considerados democráticos é o estabelecimento de pleitos livres e também periódicos – “livres” significando, via de regra, a ausência de coerção física. Outras interferências sobre a eleição, como o uso do poder econômico e o partidarismo da mídia, devem ser vistas como prejudiciais, até o ponto que venham a objetar a legitimidade do processo.

Sem que se questione acerca da provável incompatibilidade entre essas duas facetas da democracia,² o fato é que o desenvolvimento da teoria schumpeteriana sobre a democracia que a resume – e também a identifica – como o método de escolha dos governantes, teve o condão de fomentar as discussões em torno do método concorrencial democrático, justificando inúmeras tentativas no sentido de lapidá-lo.

Na sociedade moderna, a disponibilidade de informação é um elemento crítico para a tomada de decisões, tanto por parte dos cidadãos eleitores como daqueles dedicados à construção das campanhas e ideologias partidárias. Nos mercados econômicos, os consumidores precisam de dados precisos e confiáveis para comparar e avaliar os produtos e serviços. De maneira análoga, no mercado político os eleitores precisam de informações para julgar os feitos governamentais e para selecionar entre as várias alternativas de candidatos e partidos. Se os cidadãos são mal informados, se carecem de conhecimento prático, se desconhecem

² Para mais informações, ver Miguel (2002).

as possibilidades de escolha, a tendência é que o voto por eles depositado não corresponda aos seus reais interesses (LUIA; McCUBBINS, 1998).

Além disso, aqueles que se dedicam à formação das decisões políticas, os chamados *policymakers* (URBANO, 2009, p. 76), necessitam de informações precisas sobre os cidadãos, as quais provêm, usualmente, de duas fontes principais. As interações pessoais geralmente incluem os contatos pessoais com amigos, parentes, conhecidos e também por fóruns desenvolvidos no seio da própria comunidade. Esses meios permanecem importantes, especialmente nas democracias mais pobres, mas esses canais tradicionais têm sido suplantados pela utilização da *mass media*, incluindo a mídia impressa, a televisão, o rádio e, mais recentemente, todas as tecnologias associadas à internet. O emprego dessas várias modalidades de comunicação ao longo do tempo tem sido descrita como a evolução das campanhas pré-modernas para as pós-modernas (BIMBER; DAVIS, 2004, p. 20). Atualmente, o fato é que a grande maioria da população continua utilizando os meios tradicionais de comunicação para receber as informações eleitorais, sendo que quando procuram a rede mundial de computadores o fazem, via de regra, a partir de grandes sítios mantidos pela mídia tradicional e somente uma pequena parte recorre a ambientes virtuais ditos “alternativos” (BIMBER; DAVIS, 2004).

Não obstante, a internet não pode ser desprezada como importante vetor de propagação do cenário eleitoral. Já são inúmeras as concretizações desse meio, com efeitos sentidos na realidade de diversos países. Lembramos, a título ilustrativo, o recentíssimo uso da internet feito pelo então candidato à presidência dos Estados Unidos Barack Obama, cuja estratégia de marketing foi notoriamente um ponto fulcral da sua bem-sucedida campanha.

Nesse contexto de soerguimento da internet como mais um fator a ser considerado no método concorrencial eleitoral, surge a tese de doutoramento de Óscar Sánchez Muñoz, intitulada *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, na qual o autor debate o princípio da igualdade de oportunidades no Direito Eleitoral, tratando, entre outros relevantes pontos, sobre a utilização das novas tecnologias da informação e comunicação, dentre elas a internet nas campanhas eleitorais.

Buscando uma maior densidade e a própria autonomização do princípio da igualdade de oportunidades no Direito Eleitoral, o autor espanhol “joga luzes” na importância de se garantir a igualdade de oportunidades estritamente considerada dos competidores eleitorais também na web, servindo tal exigência como corolário da necessária

adaptação às mudanças sociais que se espera do Direito Eleitoral para que possa continuar a cumprir sua primordial função de legitimação do sistema democrático (MUÑOZ, 2008, p. 57). É essa, portanto, a obra de base para o presente estudo.

Entretanto, o objetivo da pesquisa não é reproduzir integralmente o entendimento de Sánchez Muñoz, mas sim transpô-lo à realidade jurídica e política brasileira. Tal escopo se justifica em razão não só da necessidade, comum a todos os países, de regular esse novo meio (MUÑOZ, 2008, p. 340) – ao menos no que diz respeito ao seu uso eleitoral, mas também diante das recentes e acaloradas discussões no âmbito jurídico brasileiro que desaguarão na edição da Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, que alterou vários regramentos atinentes à propaganda política, logrando, em especial, regulamentar a propaganda política através da internet.

Destaca-se, desde esse início, que os limites temporais e mesmo materiais estabelecidos para o desenvolvimento do estudo impedem que a discussão se aprofunde em questões que abarquem, por exemplo, colisões entre direitos fundamentais.

2 A descoberta do conteúdo democrático subjacente no método concorrencial de escolha dos governantes

2.1 A teoria de Joseph Alois Schumpeter

Joseph Alois Schumpeter (1883 - 1950) foi um economista austríaco que emigrou para os Estados Unidos na década de 1930, vindo a ensinar economia na prestigiada Universidade de Harvard. Suas contribuições para o conhecimento humano foram as mais variadas: notadamente para a economia e para a ciência política, no campo da democracia.³ Em uma de suas principais obras, *Capitalism, Socialism and Democracy*, cuja primeira edição foi publicada durante a Segunda Guerra Mundial, em 1942, Schumpeter discute o futuro do capitalismo, do socialismo e da democracia. Um ponto crucial desse legado é a transformação na compreensão do processo eleitoral, que deixa de ser um *meio* para a realização democrática (o governo do povo), para ser a democracia *em si* (MIGUEL, 2002, p. 21). Ao mesmo tempo, o autor elucida que o momento central democrático-concorrencial, a eleição, é desprovido

³ Para uma visão mais completa sobre o autor e suas obras é possível o acesso aos respectivos arquivos no banco de dados da Universidade de Harvard, disponíveis em: <<http://oasis.lib.harvard.edu/oasis/deliver/~hua11007>>.

de qualquer conteúdo, pois não indica a vontade do povo, nem mesmo a da maioria.

Depois de apresentar e contraditar a teoria clássica de democracia, Schumpeter (1950, p. 269) principia o capítulo XXII da sua obra fornecendo a síntese do seu esforço conceitual, na qual ele argumenta: “the democratic method is that institutional arrangement for arriving at political decisions in which individual acquire the power to decide by means of a competitive struggle for people’s vote”.⁴

A nosso ver, o principal aspecto da teoria schumpeteriana, esposada na obra em comento, e que deve ser ressaltado em apoio ao tema de estudo, é a diferença existente entre a propaganda política e a comercial: a impossibilidade de ser efetivamente testada. Segundo Schumpeter (1950, p. 263):

We find the same attempts to contact the subconscious. We find the same technique of creating favorable and unfavorable associations which are the more effective the less rational they are. We find the same evasions and reticences and the same trick of producing opinion by reiterated assertion that is successful precisely to the extent to which it avoids rational argument and the danger of awakening the critical faculties of the people. And so on. Only, all these arts have infinitely more scope in the sphere of public affairs than they have in the sphere of private and professional life. The picture of the prettiest girl that ever lived will in the long run prove powerless to maintain the sales of a bad cigarette. There is no equally effective safeguard in the case of political decisions. Many decisions of fateful importance are of a nature that makes it impossible for the public to experiment with them at its leisure and at moderate cost. Even if that is possible, however, judgment is as a rule not so easy to arrive at as it is in the case of the cigarette, because, effects are less to interpret.⁵

⁴ Tradução livre: o método democrático é aquele acordo institucional para se chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decisão através de uma luta competitiva pelos votos das pessoas.

⁵ Tradução livre: Nós achamos as mesmas tentativas para contatar o subconsciente. Nós achamos a mesma técnica de criar associações favoráveis e desfavoráveis que são mais efetivas o quanto menos racional elas são. Nós achamos as mesmas evasões e reticências e o mesmo truque de produção de opinião por afirmações reiteradas que tem êxito até o ponto em que evita o argumento racional e o perigo de despertar as faculdades críticas das pessoas. E assim por diante. Todas essas artes têm infinitamente mais extensão na esfera de negócios públicos que eles têm na esfera de privada e na vida profissional. O retrato da mulher mais bonita do mundo mostrar-se-á, no longo prazo, incapaz de sustentar as vendas de um cigarro ruim. Mas não há qualquer salvaguarda igualmente efetiva no caso das decisões políticas. Muitas decisões de importância fatal são de natureza a tornar impossível para o público experimentá-las à vontade e a custos moderados. Mesmo se isso fosse possível, o julgamento é uma regra não tão fácil de se atingir como se dá no caso do cigarro, porque são menos os efeitos para interpretar”.

Em síntese: o pensamento schumpeteriano concluído em 1942 já destacava a incapacidade do eleitorado de aprender com os próprios erros, uma vez que as conjunturas políticas são mutáveis, e estaria condenado a sempre ser “presa fácil” das campanhas demagógicas, reconhecendo a indefectível fragilidade do eleitor diante da campanha eleitoral.

2.2 A crítica de Óscar Sánchez Muñoz à teoria schumpeteriana

Segundo Sánchez Muñoz (2008), o método concorrencial de democracia é o principal ponto em comum dos Estados constitucionais da atualidade, tendo como característica determinante, além da própria ideia de competição, a coexistência do princípio majoritário com o pluralismo político. O autor reconhece que dentre aqueles que se dedicaram ao tema, Schumpeter foi o mais destacado, mas se recusa a concordar com este no sentido que a democracia “*no es más que un metodo, un procedimiento de toma de decisiones en el cual es totalmente irrelevante el contenido de las mismas*” (SCHUMPETER, 2008 apud SÁNCHEZ MUÑOZ, 2008).

“A democracia não pode ser reduzida a mero procedimento”, adverte o autor espanhol (2008, p. 20), na mesma senda em que destaca um necessário reforço na legitimação democrática do poder, inicialmente conferida pelo método concorrencial, o que defende ser possível a partir da verificação fática de outros requisitos, tais como o controle do governo nos limites de um Estado de Direito e a possibilidade de troca dos governantes periodicamente, além de um consenso valorativo entre governantes e governados voltado à defesa da liberdade e da igualdade.

De qualquer modo, é a partir de Schumpeter que Sánchez Muñoz desenvolve sua tese, não sem antes perguntar: a quem compete e qual o objeto da competição eleitoral? As respostas o autor mesmo fornece, sublinhando que a competição eleitoral se dá basicamente entre organizações políticas altamente burocratizadas – os partidos – e não entre indivíduos, sendo que o objeto imediato é o próprio voto e apenas mediatamente e forjada coletivamente aparece o acesso às posições políticas dispostas na Lei Maior.

2.3 A autonomização dogmática do princípio da igualdade de oportunidades na obra de Óscar Sánchez Muñoz

Acentuamos, na introdução, que o objetivo do presente trabalho é o cotejo da doutrina de Sánchez Muñoz com o contexto brasileiro no que se

refere tanto ao princípio da igualdade de oportunidades em sentido estrito, quanto ao uso da internet nas eleições. Sendo assim, passamos agora a apresentar uma síntese do Capítulo I da obra de base,⁶ na qual o autor desenvolve a fundamentação do citado princípio, sem nos olvidarmos de inserir o raciocínio de outros autores quando a discussão assim nos apresentar.

3 Desenvolvimento histórico

Na primeira metade do século XIX, fala-se em igualdade de oportunidades no cenário eleitoral era o mesmo que se referir à garantia que o eleitor não viesse a sofrer pressões, coações ou mesmo violência física na formação do seu voto. Essa concepção, oriunda do liberalismo democrático clássico (DONWAY; KELLEY, 1991), apetecia que se considerasse a liberdade dos candidatos como elemento fundamental da autenticidade do processo, época esta em que o eleitorado era reduzido e socialmente homogêneo, com influências de tipo tradicional, sendo que o único meio de comunicação existente, a imprensa, era geralmente acessível a todos.

Contemporaneamente à progressiva democratização do Estado liberal, o eleitorado se amplia substancialmente, ao mesmo tempo em que nascem os partidos de massa, isso já na segunda metade do século XIX.⁷ É nesse contexto que as propagandas partidárias começam a se firmar como “pedra de torque” da concorrência eleitoral, atraindo a necessidade de regulamentação de garantias de igualdade de oportunidades entre os concorrentes.

No século XX, a evolução do sistema liberal-democrático coloca os partidos políticos como protagonistas de uma realidade que evidencia o fracasso da igualdade apenas formalmente assegurada para a garantia do livre convencimento do eleitorado, mormente diante do progressivo uso dos meios de comunicação de massa. É assim que se chega à conjuntura atual, em que o almejado livre convencimento dos eleitores – num ambiente de liberdade de atuação dos candidatos – somente se torna possível a partir da conjugação desta última com a igualdade de oportunidade entre os seus titulares.

É inegável que hoje o Direito eleitoral tem que se adaptar a uma sociedade na qual os meios de intervenção no processo de formação da

⁶ Capítulo I: *Visión general y encaje constitucional del principio de igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, cf. MUÑOZ, 2008, p. 11-90.

⁷ Para uma completa evolução dos partidos políticos vide URBANO, 2009, p. 54-66.

opinião pública, sejam eles públicos ou privados, são mais intensos e elaborados do que nunca.

4 A perspectivação do princípio da igualdade de oportunidades eleitorais na Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e União Europeia

De fato, a primeira manifestação elaborada do princípio que se encontra na jurisprudência alemã é posterior à Lei Fundamental de 1949, segundo a qual o princípio da igualdade de oportunidades (*Chensengleichheit*), apesar de não estar formalmente previsto na lei, se estendia também aos partidos políticos, significando que os envolvidos no processo deviam gozar das mesmas possibilidades na campanha e no processo eleitoral em seu conjunto, de modo que tivessem todos as mesmas oportunidades na competição, ou seja, igualdade de concorrência (CANOTILHO, 2003, p. 319). É também daquele país as maiores contribuições dogmáticas sobre a igualdade de oportunidades (MUÑOZ, 2008).

Na Itália, a melhor expressão do princípio em tela subjaz na *par conditio*, conceito este que veio a lume através do Decreto-Lei de 20 de março de 1995, como conseqüência da crise institucional da década de 1990, tendo como âmbito de incidência especialmente a regulamentação do acesso dos partidos e candidatos aos meios de comunicação e a propaganda eleitoral em geral.

Na Espanha, o princípio ainda é tratado apenas numa perspectiva formalista, pautado na igualdade de acesso aos cargos públicos propugnada pela Lei Maior.

No âmbito europeu sobressai a destacada atuação do Conselho da Europa no apoio à democratização dos países do centro e leste do continente, estimulando o desenvolvimento de democracias pautadas em eleições livres, notadamente através de uma autêntica competitividade entre as opções políticas em disputa. Tanto é assim que logo na primeira linha do Código de Boa Conduta em Matéria Eleitoral subscrito no Conselho⁸ vem o preceito afirmativo da imperatividade do princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos e partidos.

Em acréscimo às informações constantes da obra de base, citamos a doutrina de António Francisco de Sousa (2007) que, após relacionar as muitas passagens que avocam a igualdade de oportunidades no seio da Constituição Portuguesa, menciona especialmente o preceito insculpido

⁸ O referido Código resultou dos trabalhos da *Comissão Europeia para a Democracia através do Direito*, mais conhecida como *Convenção de Veneza*.

no artigo 13, nº 1 cumulado com o artigo 50, nº 1, ambos transcritos na sequência:

Artigo 13.º Princípio da igualdade 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei; Artigo 50.º Direito de acesso a cargos públicos 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso, em condições de igualdade e liberdade, aos cargos públicos.

Com base em tais preceitos, o autor português lembra que a Constituição impõe exigências a respeito da formação da vontade política, devendo ser garantido um tratamento formalmente igual, numa perspectiva aritmética. Entretanto, por razões imperiosas impostas pela lei, pode ocorrer de ser dispensado aos partidos políticos tratamento desigual, mas sempre dentro da proporcionalidade.

A propósito do sufrágio universal relacionado no artigo 10, nº1º da Lei Maior portuguesa, Sousa (2007, p. 190) assevera:

significa que todos os cidadãos portugueses têm igual capacidade de eleger e serem eleitos. A universalidade do voto é uma manifestação específica da igualdade de sufrágio eleitoral. No direito eleitoral activo, igualdade de sufrágio eleitoral significa igual valor, ou seja, um voto por pessoa. Na perspectiva do resultado eleitoral, a igualdade de voto significa que os votos têm igual valor, pelo que têm de ser considerados de forma igual na conversão dos votos em assentos parlamentares. No direito eleitoral passivo, a igualdade de sufrágio eleitoral significa que os candidatos têm iguais oportunidades. Tanto na perspectiva activa como passiva, a igualdade de sufrágio eleitoral significa que todos os eleitores e candidatos têm direito ao controlo das eleições.

Já Gomes Canotilho aborda a questão sob o pálio do processo eleitoral justo (2003, p. 301), definindo a igualdade de oportunidades como o reconhecimento jurídico a todos os partidos de iguais possibilidades de participação e desenvolvimento na formação da vontade popular.

5 Estruturação constitucional de um princípio próprio do Direito Eleitoral

Na construção de Sánchez Muñoz, o princípio da igualdade de oportunidades no contexto eleitoral coaduna-se com o texto constitucional

⁹ O teor do dispositivo é o seguinte: *O povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, directo, secreto e periódico, do referendo e das demais formas previstas na Constituição.*

espanhol em dois momentos.¹⁰ Num primeiro aspecto, a Constituição Espanhola garante a liberdade do eleitor, nos termos do art. 23.1 a seguir reproduzido¹¹: “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.¹²”

A referida norma garante a liberdade do eleitor, pois não se concebe uma eleição verdadeiramente livre na qual não preexista uma igualdade de oportunidades entre os competidores no momento de influir na vontade eleitoral, ou seja, na formação do voto.

A eleição popular, pedra angular do edifício representativo, cuja expressão se dá por meio do voto, erige como seu pressuposto prévio o direito ao voto com liberdade. Esta em uma eleição conforma-se a partir da possibilidade de o eleitor decidir seu voto sem pressões ou influências inadmissíveis sobre sua pessoa¹³ e sobre condições objetivas de liberdade. Essas condições, ditas objetivas, relacionam-se com um clima de liberdade

¹⁰ Indo além dos limites da obra aqui tomada como de base, entendemos que a Constituição Espanhola fornece outros sustentáculos à defesa do princípio. São eles: “Artículo 9.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Artículo 68. 1. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la ley. Artículo 69. 2. En cada provincia se elegirán cuatro Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale una ley orgánica.” Em todos eles, em comum, a exigência de liberdade e igualdade.

¹¹ Preocupando-nos com a comparação entre os ordenamentos jurídicos, cremos ser imprescindível a transcrição dos preceitos no corpo do texto e na língua oficial respectiva, pretendendo, com tal prática, evidenciar as peculiaridades normativas envolvidas na discussão e em atenção à possível – e enriquecedora – polissemia que a tradução do autor possa prevenir.

¹² Tradução livre do autor: Os cidadãos têm o direito de participar nos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes, livremente eleitos em eleições periódicas por sufrágio universal.

¹³ É o que Muñoz (2008) afirma ser o aspecto subjetivo da liberdade do eleitor, cuja referência é feita à garantia frente a coações, ameaças ou qualquer tipo de pressões ilegítimas que possam viciar a vontade do votante, configurando nítido direito público subjetivo e que, via de regra, é protegido pelo direito penal. O autor reconhece a existência de vícios sobre a vontade do eleitor, tais como condicionamentos ou influências econômicas, etárias, sociais, entre outras, mas as vê como necessárias para a formação da vontade eleitoral num contexto democrático, apenas cabendo à legislação determinar quais influências são legítimas e quais não são. Salienta que o direito parte do pressuposto de que desde o momento em que o direito de votar é atribuído ao eleitor, este é assumido como ser autônomo e capaz de adotar uma decisão livre. Por fim, reconhece que os aspectos subjetivo e objetivo estão mutuamente ligados, sendo factível que um ataque à liberdade objetiva tenha consequências na liberdade do eleitor individualmente considerado, da mesma forma que um ataque à liberdade subjetiva que atinja um número considerável de pessoas pode vulnerar a liberdade objetiva do processo eleitoral.

no contexto da totalidade do processo comunicativo eleitoral, no qual vigora o equilíbrio informacional das propostas em jogo, equilíbrio este cuja garantia cabe, essencialmente, ao Direito Eleitoral.

Esse aspecto objetivo da liberdade apresenta-se, além disso, da condição de que o voto isoladamente considerado nada significa, uma vez que apenas no seu conjunto surte resultados no processo eleitoral. Ademais, o candidato, uma vez eleito, irá representar não apenas os seus eleitores, mas todo o povo conjuntamente. Tal faceta “coletivizante” do sufrágio pressupõe a influência e condicionamento mútuos entre os eleitores e entre eleitores e candidatos, de modo que a votação se concebe como o resultado de um processo de comunicação entre os membros da comunidade política e, conseqüentemente, quanto mais livre for o processo em que se desenvolve essa mesma comunicação mais livre será a própria eleição.

Serve-nos de exemplo a informação viciada de um canal de televisão que, em razão de seu vasto alcance, impossibilita precisar a quantidade de eleitores atingidos, além do que se sabe que a maioria dos eleitores-telespectadores não toma consciência da abusividade da propaganda, contexto em que as garantias conferidas individualmente (contra coações, ameaças ou outras pressões ilegítimas) não têm como surtir efeitos, competindo, portanto, unicamente à legislação eleitoral a tarefa de prevenção.

O princípio fundamental da liberdade de eleição, estampado no artigo acima referido, persegue a otimização da competitividade do processo eleitoral, sendo essa competição ao mesmo tempo elemento constitutivo da própria liberdade de eleição na visão de Sánchez Muñoz. O fim último da liberdade de eleição é a legitimação do processo de escolha dos governantes. E tal princípio se projeta não só sobre toda a regulamentação do Direito Eleitoral tendente a salvaguardar a liberdade de formação da opinião dos eleitores, mas também se insere no que o autor chama de “complejo o red de princípios de la legitimación democrática” (SÁNCHEZ MUÑOZ, 2008, p. 48), presidido pelo princípio da soberania popular.

Nesse contexto, a intervenção do poder público para garantia da liberdade do sufrágio e de sua conseqüente legitimação (fim último da liberdade de eleição) se efetiva notadamente mediante a função de regulação do processo de formação da opinião eleitoral.¹⁴ Mas como se dá essa intervenção legitimadora?

¹⁴ Importante a lição de SOUZA (2007, p. 185): Compete ao legislador determinar – nos limites impostos pelo Estado de direito – a margem que quer deixar aos mais fortes e a igualdade de oportunidades que pretende assegurar aos mais fracos. O respeito pelos direitos fundamentais

O autor responde a questão aduzindo a necessidade que tem o Direito Eleitoral de se adaptar às mudanças na sociedade. Na atualidade, esse ramo específico do Direito carece de uma nova interpretação, mais ampla, alargando o âmbito antes circunscrito do princípio da liberdade de eleição, cujas exigências regulatórias agora incluem a garantia do acesso à competição eleitoral, o que, num primeiro aspecto, remete à proteção do eleitor no tocante à existência de alternativas, ou seja, de várias candidaturas. Num segundo momento, exige que essas candidaturas possam atuar com liberdade para conseguir o apoio dos eleitores. Entretanto, diante desses desígnios, o Direito não mais pode tomar como ponto de partida o homem livre e autodeterminado do liberalismo clássico, mas sim “la cruda realidad del elector manipulable” (2008, p. 58), cabendo ao ordenamento jurídico apontar as influências abusivas e perniciosas (à dimensão objetiva antes referida), coibindo-as para a garantia final de que todos aqueles que têm algo a dizer sejam efetivamente ouvidos.

A liberdade de eleição aparece, assim, conectada à competitividade eleitoral, um em pressuposição ao outro, sendo que esta, por sua vez, não pode ser dissociada do princípio da igualdade de oportunidades.

Já na perspectiva do próprio competidor eleitoral,¹⁵ o princípio da igualdade de oportunidades está estatuído senão no próprio direito de acesso aos cargos públicos em condições de igualdade, tal como se verifica do comando do art. 23.2, *verbis*: “Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.¹⁶

impõe limites nos dois casos.

¹⁵ É válido situar a discussão na dimensão concorrencial constitutiva do direito fundamental de sufrágio passivo, cf. URBANO (2009, p. 465).

¹⁶ Neste aspecto, Echavarría (1993, p. 67), ao tratar da exigência da competitividade eleitoral, afirma que o conceito de concorrência entre os partidos insculpido no artigo 6 da Constituição, enceta a ideia de igualdade de oportunidades no contexto eleitoral. Senão, vejamos o que diz a Lei: “Artículo 6. Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”. (Tradução livre: “Os partidos políticos expressam o pluralismo político, concorrem a formação e manifestação da vontade popular e são instrumentos fundamentais para a participação política. Sua criação e o exercício de sua atividade são livres, com respeito à Constituição e à lei. Sua estrutura interna e funcionamento devem ser democráticos.”)

Esta mesma *concorrência* é presente na Constituição Italiana, artigo 49, e na Constituição Francesa, artigo 4º, assim como na Constituição da República de Portugal, conforme consta do artigo 10.2: “Os partidos políticos concorrem para a organização e para a expressão da vontade popular, no respeito pelos princípios da independência nacional, da unidade do Estado e da democracia política”.

Nesse talante, para que se possa falar em liberdade de sufrágio faz-se necessário que as distintas correntes políticas possam ter acesso à competição eleitoral. Além disso, deve ser juridicamente assegurada aos candidatos a liberdade de influir na formação da vontade eleitoral dentro de um entorno de iguais oportunidades entre os concorrentes. Inexistindo essa igualdade, afetam-se as condições objetivas de liberdade do processo de formação dessa vontade, ainda que a liberdade do eleitor individualmente considerado mantenha-se intocada.

Nesse sentido o autor deixa claro que o princípio da igualdade de oportunidades identifica-se com a ideia de competitividade, configurando uma exigência que se conecta com a legitimidade democrática do processo eleitoral, a ponto de ser visto como um princípio normativo informador de todo o sistema, um autêntico mandado de otimização dirigido aos poderes públicos para atuar sobre as vertentes ativa e passiva do direito do sufrágio.

A otimização dessa igualdade de oportunidades (competitividade), incidente sobre o acesso à competição eleitoral, permite falar em uma igualdade normativa. Entretanto, a liberdade de atuação dos competidores no âmbito da campanha eleitoral atinge espaços para além da simples igualdade normativa, exigindo uma igualdade real nas condições de acesso aos cargos públicos. Nos dizeres de García Roca (apud SÁNCHEZ MUÑOZ, 2008, p. 65), “una dimensión prestacional, muy típica del Estado Social que es, a la vez, un Estado de Partidos”.¹⁷ É justamente essa dimensão prestacional que visa garantir o acesso real dos partidos aos meios de comunicação, juntamente com a neutralidade e o pluralismo das informações.

Em suma: não pode haver igualdade de oportunidades na competição eleitoral se não foi permitida a participação real no processo de todas as alternativas políticas, premissa esta que pressupõe a própria existência dessas alternativas. É esse o entroncamento do princípio em estudo com o pluralismo político, com o princípio da liberdade de criação e atuação dos partidos e, mais além, com o próprio direito de associação; todos esses presentes na Constituição da Espanha.¹⁸

O autor ressalta que tanto os competidores quanto terceiros ocupam posições de influência sobre o eleitorado, concluindo que a liberdade de atuação, se não delimitada, acaba por incorrer contra a própria ideia que nela subjaz, qual seja, a efetiva visibilidade das alternativas políticas

¹⁷ Tradução livre: “uma dimensão prestacional, muito típica do Estado Social que é, por sua vez, um Estado de Partidos”.

¹⁸ Respectivamente nos artigos 1.2, 6 e 22.

diante do eleitorado. É nesse preciso aspecto que se conforma o princípio da igualdade de oportunidades em sentido estrito, intimamente conectado à liberdade de campanha e à necessidade de limitação da liberdade de atuação dos candidatos e terceiros, o que pode ocorrer de variadas formas e múltiplos meios.

O princípio da igualdade de oportunidades em sentido estrito encerra duas dimensões: positiva e negativa. Ela se relaciona com a necessidade de imposição de limites à liberdade de campanha para que assim se garanta adequadamente a igualdade de oportunidades entre os concorrentes. Nessa tarefa, competente ao poder público, na sua atividade legiferante, o descobrimento da igualdade.

A dimensão negativa remete, portanto, ao fim específico embutido no princípio em tela: impedir que as situações de superioridade fática sejam aproveitadas de forma abusiva pelos competidores e em detrimento dos demais concorrentes, efetivando-se a partir de medidas normativas limitadoras. Nessa atividade regulamentar, como dito a cargo do poder público, este pode considerar que determinado fator de superioridade não deve influenciar na tomada de decisões da população eleitoral, assim como em outro caso pode entender que a influência de um outro fator deve ser apenas relativamente contida. Pode considerar, enfim, que determinado fator de superioridade é aceito, não lhe impondo qualquer restrição.

As situações de superioridade fática correspondem, em suma, à superioridade derivada do exercício do poder político, à superioridade financeira e à superioridade midiática, sendo que apenas a primeira deve ser, na opinião do autor, concebida como absolutamente irrelevante, de maneira a justificar todas as medidas tendentes a impedi-la. Em relação às demais, são dois os modelos de tratamento mais comuns: o modelo norte-americano trabalha sobre o pensamento de “livre mercado das idéias”, deixando-o a salvo de proibições, menos no que tange ao controle de gastos e a garantia de *equal time* no mercado radiofônico e televisivo.

Já no modelo operado nas democracias pluralistas europeias é deduzido limitações a partir de um conceito de “opinião pública livre”, com restrições muito mais importantes em relação àquelas verificadas no modelo anterior, a saber: proibição total ou parcial de publicidade paga, exigência de tratamento informativo equitativo para as diferentes candidaturas, controle dos meios de comunicação pelas autoridades administrativas, entre outros.¹⁹

¹⁹ É esse o modelo adotado no Brasil.

Em complemento à dimensão negativa, o princípio da igualdade de oportunidades em sentido estrito é também informado pelo conteúdo prestacional a cargo do poder público, que visa a otimização do direito de visibilidade de todas as possibilidades eletivas perante o público eleitor. Tal dimensão tem como desiderato compensar as situações de desequilíbrio fático entre os competidores, mediante um *facere* estatal sobre os fatores politicamente eleitos como irrelevantes diante do bem buscado (no caso, o voto e o acesso ao cargo representativo).

Sánchez Muñoz deixa claro que se excluem do âmbito dessa dimensão positiva os fatores apontados como absolutamente irrelevantes, bem como os relevantes, uma vez que somente naqueles fatores relativamente irrelevantes sobrepõe alguma situação apta a ser efetivamente compensada.

Como visto, o princípio da igualdade de oportunidades reveste-se de especial transcendência para o modelo concorrencial de democracia. Sendo assim, torna-se imprescindível verificar se na atual conjuntura constitucional brasileira é possível a conformação de tal princípio.

6 O princípio da igualdade de oportunidades no Direito Eleitoral Brasileiro

De uma forma bastante direta, é defensável a dedução do princípio da igualdade de oportunidades a partir do próprio princípio isonômico, previsto no artigo inaugural do Título II da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Entretanto, a simplicidade a que inevitavelmente incorreríamos, bem como o eminente risco de apenas serem reproduzidos discursos alheios à realidade particular do Direito Eleitoral, fomentam a necessidade de uma singularização da abordagem dentro dos seus limites próprios, ainda que na sua perspectiva constitucional.

7 Análise constitucional

Transpondo a discussão para o contexto brasileiro, não se encontra na Constituição Federal de 1988 (CF/88) qualquer menção expressa ao princípio em tela, ao contrário do que ocorre na maioria dos textos constitucionais mencionados anteriormente. Todavia, no intento de traçar um paralelismo entre a construção teórica de Sanchez Muñoz e a realidade jurídico-constitucional brasileira, cremos que ao menos

implicitamente é válido concluir que a concorrência eleitoral no Brasil é limitada pelo princípio da igualdade de oportunidades em sentido estrito. Para tanto, consideramos não somente o pluralismo político erigido como fundamento da República no artigo 1º, inciso V da CF/88, mas alguns outros dispositivos dispersos ao longo da Lei Fundamental brasileira, os quais passamos a apresentar.

A CF/88 afirma no artigo 14 que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei”. Em comentário ao artigo, Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 492) aduz:

Direto é o voto emitido pela escolha própria e independente do eleitor. Na sua prática não influi intermediários nem terceiros interessados. Secreto, por sua vez, é o voto emitido em sigilo, sem qualquer interferência alheia. [...] O voto deve ser igual para todos. Essa igualdade consiste no impedimento de se votar mais de uma vez. Trata-se da aplicação do princípio “um homem, um voto” (one man, one vote). Por outro lado, o voto igualitário reflete o vetor da isonomia (art. 5, caput), pois cada cidadão tem a mesma importância política.

Posto isso e analisada a norma retro a partir do eleitor, temos que a regra brasileira diverge da espanhola. A primeira razão dessa divergência consiste no fato de que a primeira afirma a igualdade de valor entre os votos, enquanto inexistente na segunda qualquer assertiva nesse mesmo sentido.

Mas o que significa dizer que o voto tem igual valor?

Quantitativamente, trata-se, como visto, da aplicação do princípio norte-americano *one man, one vote*, que pode ser reduzido conceitualmente à noção de unidade indivisível da opção feita pelo eleitor no contexto da ida às urnas, noção basilar da democracia. Já qualitativamente reflete o vetor da isonomia no seio da democracia, no sentido de que a opção feita pelo eleitor corresponda ao resultado de um cálculo pessoal livre que considere unicamente os fatores relevantes da disputa política (programa político, ideologia, etc.), descontando todos os outros fatores irrelevantes, tais como o poderio econômico ou midiático de um determinado partido ou candidato, de maneira a evitar que o voto embute em si qualquer desvalor. Isso quer dizer que inexistirá igual valor do voto caso não preexista uma igualdade de oportunidades entre os competidores no momento de influenciar a vontade do eleitor.

Outra característica do voto brasileiro sobressai na discussão: o voto secreto. Historicamente, a primeira menção ao voto secreto provém do *Australian Ballot* ou *Secret Ballot*, sistema de votação no qual os votantes

marcavam suas escolhas com privacidade, fosse em esferas impressas e distribuídas pelo governo ou mesmo por outros meios secretos.²⁰ Assim, a origem do voto secreto remonta à necessidade de se garantir a não influência de fatores externos, tais como a influência das classes mais abastadas (CANNON, 2002).

Entendemos que o voto não é secreto apenas em razão de uma especial garantia no momento específico do depósito da cédula na urna eleitoral. Tal garantia é corolário da liberdade da eleição, o que do ponto de vista do eleitor é conformado pela possibilidade deste decidir seu voto sem pressões ou influências inadmissíveis sobre sua pessoa e também num ambiente de condições objetivas de liberdade, as quais são indissociáveis do princípio da igualdade de oportunidades em sentido estrito, conforme vimos. É aqui que encontramos a resposta, a nosso ver positiva, para a ausência da característica fundamental da liberdade do sufrágio, a não ser a taxatividade do artigo 5º, caput, da CF/88, que aponta a inviolabilidade da liberdade de todos.

Seguindo para aquele que entendemos ser o ponto de vista dos partidos e dos candidatos, destaca-se a seguir o contido nos parágrafos 9º e 10 do artigo 14 da CF/88:

Art. 14. Omissis.

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

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

A literalidade do primeiro preceito arrolado permitiu asseverar que a intenção normativa do legislador constituinte expurgasse do âmbito da concorrência eleitoral a influência do poder econômico. Entretanto, conjugando ambos os parágrafos, vê-se aberto o campo eleitoral para a atuação do poder econômico, sendo tolhido somente nos casos de abuso.

No artigo subsequente, a CF/88 trata da liberdade limitada no momento constitutivo dos partidos. Vejamos o que diz a norma: “Art. 17. É livre a

²⁰ Na mesma época sobreveio o *Ballot Act*, de 1872, lei britânica desenvolvida para proteger os votantes de tentativas de suborno e todas as formas de coerção. Para um resumo sobre o desenvolvimento do meio de voto ao longo dos tempos vide Reynolds e Steenbergen, 2006.

criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”.

Novamente percebemos que a disciplina constitucional escolheu um entre os vários momentos de importância do assunto tratado. Se no momento da criação do elemento partidário quis o constituinte brasileiro que fosse posto a salvo o regime democrático, é totalmente defensável o argumento de que a referida garantia deve subsistir mesmo após o ato criacional do partido, atingindo a própria atuação do partido. A isso se deve a necessidade de maximizar as garantias do regime democrático, cuja maior expressão está consignada logo no preâmbulo da CF/88:

Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.²¹

Bem se vê, portanto, que a igualdade e a harmonia social são valores indissociáveis do Estado Democrático que se pretendeu erigir no Brasil. Cabe salientar que a igualdade democrática observada sob o prisma da concorrência eleitoral relaciona-se com o princípio da igualdade de oportunidades em sentido estrito, ou seja, a igualdade no momento da campanha eleitoral. Não obstante, a harmonia social vindicada pelo

²¹ Quanto a questão da normatividade do preâmbulo constitucional, importa destacar que no Brasil o próprio Supremo Tribunal Federal vem modificando sua clássica tendência de negar normatividade ao preâmbulo para lhe atribuir uma relevância jurídica específica, conforme nos relata o voto da Ministra Cármen Lúcia, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649, julgada em 8.5.2008: “Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei n. 8.899/94 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 [...]. Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]. E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que ‘O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’, tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico’. Também nesse sentido, lembrando expressão de Peter Häberle (1996, p. 165), pode-se dizer que o Preâmbulo é a constituição da constituição porque nele se esboçam, a largos traços, as linhas mestras da Lei Fundamental.

constituente de maneira alguma se coaduna, ao menos no contexto aqui tratado, com a prevalência do poder econômico e midiático em face das ideologias e propostas partidárias.

Conclui-se, assim, que apesar de não constar qualquer referência expressa ao princípio da igualdade de oportunidades no momento da competição eleitoral, a CF/88 alberga o princípio. No passo seguinte, cumpre-nos examinar se a legislação ordinária persegue a mesma principiologia.

8 Legislação infraconstitucional

Enrique Alvarez Conde (1991, p. 9), no intróito da sua exposição sobre os princípios do Direito Eleitoral, afirma que “la Ley Electoral puede ser concebida como la norma primaria de un Estado democrático”.²² A colocação do catedrático espanhol afigura-se atualmente como pura subversão à ordem jurídica. Isso porque os princípios fundamentais do Direito Eleitoral são princípios constitucionais, o que impossibilita, em nosso ver, falar-se de princípios desse ramo específico do Direito que não sejam também princípios político-constitucionais e que não reflitam, ainda que obliquamente, princípios axiológicos fundamentais e que não se garantam, ainda, através de princípios constitucionais instrumentais. Destarte, impõe-nos essa ressalva preliminar, acentuando a premência de uma interpretação e compreensão das normas eleitorais – desde as normas de capacidade até as atinentes à apuração, assim como o processo e procedimentos pertinentes – conforme a Constituição.²³

No Brasil, a normatividade infraconstitucional eleitoral, acerca da igualdade de oportunidades, vê-se circunscrita especialmente por três leis quais sejam: a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, o Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992 e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

No tocante à primeira (Código Eleitoral), são várias as normas que perseguem a otimização da igualdade de participação em sentido estrito.

²² Tradução livre: “A Lei Eleitora pode ser concebida como a norma primaria de um Estado democrático”.

²³ Gomes Canotilho (2003) afirma que o princípio da interpretação, conforme a Constituição, é um princípio geral de interpretação, conducente à ideia de prevalência normativo-vertical ou de integração hierárquico-normativa. Vê-se, portanto, que é a Constituição a norma primária sobre a produção jurídica.

Para o efeito, destacamos o contido nos artigos 237²⁴ e 256.²⁵ O primeiro reproduz o repúdio constitucional ao abuso de poder econômico, porquanto proscreve a interferência do poder econômico em desfavor da liberdade do voto. Além disso, podemos dizer que o preceito esclarece o que seria o abuso do poder econômico referido na CF/88.

O artigo 256, por sua vez, reafirma a igualdade de condições aos partidos na propaganda eleitoral, igualdade esta que deve ser reconhecida como o próprio princípio da igualdade de oportunidades em sentido estrito.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi promulgado no Brasil em razão do Decreto nº 592/92. O referido acordo, celebrado no âmbito da Organização das Nações Unidas, garante ao cidadão o direito de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto e que garantam a manifestação da vontade, bem como o acesso em condições gerais de igualdade, às funções públicas.²⁶

Finalmente, destacamos a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), que expressamente consagra a igualdade de oportunidades em seu sentido estrito, taxando as condutas que possam incorrer contra esse direito no tocante à atuação dos agentes públicos,²⁷ demonstrando com tal enunciado que também no direito brasileiro a superioridade decorrente do poder político é tida como fator absolutamente irrelevante, reptando, outrossim, regulamentação eleitoral esforçada em aboli-lo.

9 Contribuição jurisprudencial

Finalmente, entendemos ser importante destacar que o princípio da igualdade de oportunidades em, sentido estrito, é reconhecido pelo Poder Judiciário brasileiro, consoante denotam as inúmeras decisões proferidas no intuito de resguardar a integridade dele.²⁸

²⁴ “A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos.”

²⁵ “As autoridades administrativas federais, estaduais e municipais proporcionarão aos partidos, em igualdade de condições, as facilidades permitidas para a respectiva propaganda.”

²⁶ Em idêntico sentido, o artigo 24, nº 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), tratado vigente no Brasil por força do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

²⁷ Art. 73.

²⁸ Citamos, a título ilustrativo, o excerto da sentença proferida pelo Ministro Félix Fisher, nos autos do Recurso Contra Expedição de diploma nº 698, de 25/06/2009 e publicado no Diário da Justiça

Feitas essas colocações, é possível encontrar no sistema jurídico brasileiro supedâneo bastante para a defesa do princípio até aqui abordado. Trata-se, assim, de um princípio com o teor juridicidade, porquanto possui aporte no direito positivo e está consagrado em decisões judiciais.

10 A internet no contexto eleitoral

Não é exagerado dizer que a internet – componente e maior aglutinador do complexo feixe da comunicação de massa – alterou substancialmente a forma de se fazer política.²⁹ Com esse fazer político

Eletrônico, Tomo 152/2009, em 12/08/2009, p. 28-30: 1. O conhecimento do fato não é o marco inicial para a atuação da Justiça Eleitoral na apuração de abuso de poder político ou econômico, bem como do uso abusivo dos meios de comunicação, capazes de prejudicar a igualdade de oportunidades nas eleições e a livre manifestação, da vontade política popular. (Precedentes: RCED 761, Rel. Min. Eros Grau, DJ 26.3.2009; RCED 627/CE, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 24.6.2005; RO 725/GO, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, Rel. Designado Min. Caputo Bastos, DJ de 18.11.2005). Também citamos a seguinte ementa, da lavra do Ministro Luiz Carlos Madeira: De resto, cabe esclarecer que a liberdade de imprensa, assim como todos os demais direitos fundamentais, não ostenta caráter absoluto, podendo ceder espaço quando em jogo outro interesse de igual ou maior envergadura, no caso a igualdade de condições entre os candidatos de modo a prestigiar o princípio democrático. Bem por isso, decidiu o TSE que o resguardo da igualdade dos concorrentes ao pleito destinado a constituir os órgãos do poder político é princípio que coexiste com a liberdade de pensamento e de imprensa, sem qualquer violação (TSE, REsp 19.902/GO, julgado em 24.9.2002, publicado DJ 22.11.2002, p. 166).

²⁹ É com acerto que Pau I Vall (1998, p. 195) adverte que “Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación suponen un reto institucional de actualización permanente en relación a su utilización en el funcionamiento de nuestras instituciones, lo que implica importantes modificaciones en su propia organización”. (Tradução livre: “As novas tecnologias da informação e comunicação supõem um desafio institucional de atualização permanente em relação a sua utilização no funcionamento das nossas instituições, o que implica importantes modificações em sua própria organização”.)

³⁰ Não é objetivo deste trabalho se debruçar sobre a discussão do voto através da internet, apesar de ser um tema pujante e instigador. Para ilustrar o tipo e intensidade das discussões a que estamos a nos referir, ressaltamos o argumento que advoga ser o uso da internet uma afronta à igualdade, ante a inquestionável exclusão digital que subsiste em grupos da sociedade e a possibilidade de que o uso da web venha a diluir os votos da minoria e reduzir a participação dessas pessoas no processo, ainda que seja apenas um meio suplementar aos meios tradicionais de sufrágio (STACKER, 2003). No mesmo sentido, encontramos em Robertson e Nicol (1990, p. 309): “however there are special controls to make sure that no individual candidate gains an unfair advantages” (Tradução livre: “entretanto, existem controles especiais que asseguram que nenhum candidato obtenha vantagens injustas”). No sentido oposto reside a opinião de Meagher (2008, p. 4): “In the context of voting procedures, the presence of multiple methods of casting one’s ballot cannot cause one group in society to have an unfair advantage over another group” (Tradução livre: “No contexto dos procedimentos do voto, a presença de múltiplos métodos de depósito da cédula não pode acarretar em vantagens de um grupo social sobre outro”). Muitos países já experimentaram a internet em votações locais, conforme nos relata Gibson (2005). Para uma análise sobre os tipos, os métodos,

e nos procedimentos queremos dizer o *modus* pelo qual todas as relações travadas no âmbito do direito eleitoral são conduzidas e levadas a efeito. É possível desde já mencionar os reflexos dessa tecnologia em vários nortes: no exercício do direito de votar^{30,31} administrativos afetos a esse mesmo direito;³² na organização intrapartidária e na relação dos partidos com seus correligionários;³³ nos processos judiciais eleitorais, a partir do uso de ferramentas eletrônicas e virtuais na tramitação e acompanhamento dos processos judiciais; no discurso político,³⁴ o que permite a alguns estudiosos a defesa de uma democracia de audiência.³⁵ Discute-se até mesmo se a internet pode remediar o baixo interesse da população nos procedimentos democráticos e a crescente alienação.³⁶

os benefícios e os riscos do e-voting e a relação deste com o engajamento das minorias nos Estados Unidos da América, vide Alice Stacker (2003)

³¹ A implicação reflete até mesmo no desenvolvimento da viabilidade da democracia direta, chamada por Paul I Vall (1998, p. 208) como teledemocracia ou ciberdemocracia.

³² No Brasil existe o Título Net, que permite ao eleitor proceder ao alistamento, transferência ou revisão eleitoral de dados pessoais. Também pela internet o eleitor obtém certidões de quitação eleitoral, formulários de justificativa, consulta a locais de votação, dentre outros vários serviços oferecidos online no site: www.tse.jus.br.

³³ Também no Brasil a lista com os filiados de cada partido político está disponível online para consulta aberta no sítio: www.tse.jus.br. Citamos também a disponibilização online de documentos partidários, áreas de acesso restrito, serviços de informação partidária, agenda, etc.

³⁴ Paul I Vall (1998, p. 200) enuncia a possibilidade da Internet “mejorar la comunicación entre ciudadanos y políticos” (Tradução livre: “melhor a comunicação entre cidadãos e políticos”), potencializando a participação popular nos debates às decisões políticas. No mesmo sentido destacamos Norris (2005, p. 60): “If citizens will not come to the polls, [...] why not bring the polls closer to the citizens? (Tradução livre: Se os cidadãos não vão às eleições, porque não trazer as eleições até os cidadãos?)”

³⁵ Expressão de Bernard Manin (apud DURAN MUÑOZ, ?, p.8) propugnando que depois da “democracia dos partidos” nos encontramos agora na “democracia de audiência”, na qual se verifica a intensa substituição dos ativistas políticos e burocratas do partido por *experts* em comunicação. Para essa mesma realidade de substituição dos *staffs* partidários por técnicos de marketing e imagem e a crescente sofisticação das campanhas eleitorais, vide URBANO (2009, p. 74).

³⁶ Daniel Bochsler (2009) mune-se de dados empíricos coletados durante as eleições para o Parlamento da Estônia para assentar em vez de atrair os eleitores novos, os votos pela internet substituíram os votos já existentes. Além disso, em vez de atrair os grupos sociais que geralmente se abstêm das eleições, a votação pela internet geralmente atraiu os mesmos grupos políticos bem conhecidos, ao mesmo tempo em que favoreceram os partidos políticos que recebem o forte apoio da maioria étnica e das áreas ricas, concluindo que a Internet parece destinada a aumentar as desigualdades. No mesmo sentido, embora tendo como objeto de estudo as eleições norte-americanas, Norris afirma “in the early years of the emerging Internet age skeptics suggest that, at least in American campaigns, the web has largely failed to alter politics as usual” (2001, p.9). (Tradução livre: “no período recente da emergência da Internet pesquisas sugerem que, pelo menos nas campanhas norte-americanas, a web tem falhado em alterar as políticas tradicionais”).

Nesse infinito mundo de possibilidades, interessa-nos, sobretudo, as campanhas eleitorais.

11 A internet e sua utilização na propaganda política

“The emerging role of the Internet surrounding elections deserves close attention. It may be that changes in campaigning and citizen action online, rather than e-voting, present the real opportunities for — or challenges to — democratic transformation³⁷” (CLIFT, 2007, p. 21). É a partir desse alerta que Steven Clift conclama a urgente necessidade de adaptação das regras eleitorais com vistas a discernir quais conteúdos e serviços devem ser protegidos no ambiente virtual para a garantia de “free and fair elections”.

Essa apreensão da realidade não é de qualquer modo surpreendente ou mesmo limitada a uma única realidade eleitoral. Atualmente, a utilização desse modal segue o mesmo caminho traçado pela própria internet: a generalização. É por essa razão que não se pretende questionar a utilidade da web para a formação da opinião eleitoral. Trata-se de um meio de comunicação com amplíssimo alcance, cujo emprego pode evitar que a desinformação atinja a comum consequência da eleição de representantes que não reflitam os interesses dos eleitores (LUPIA; McCUBBINS, 1998). Também é inegável o poderio da web para aumentar, ainda que minimamente, a visibilidade daqueles candidatos que não gozam de prestígio perante a mídia convencional.

Por essas e outras razões é que a internet tem envergado questionamentos (leia-se preocupações) relacionados com a real possibilidade de todos se envolverem no processo informacional, tanto do ponto de vista do candidato quanto do eleitor. É que se tratando de uma tecnologia, seu uso intencional-político-eleitoral envolve dispêndio financeiro,³⁸ que varia conforme o *expertise* empregado no desenvolvimento da ferramenta. Bem se vê que nos tempos atuais as campanhas políticas são, na prática, verdadeiras corridas publicitárias cujo objetivo é a venda de uma imagem

³⁷ Tradução livre do autor: “O papel emergente da Internet em torno das eleições merece atenção. Pode ser que as mudanças na campanha e na ação do cidadão on-line, mais do que o voto eletrônico, apresentem possibilidades reais para – ou desafios – a transformação democrática”.

³⁸ Alice Stacker (2003, p. 495) argumenta que num momento em que as campanhas televisivas atingiram custos elevadíssimos, a web oferece condições para que os candidatos alcancem um amplo setor da sociedade a custos relativamente inexpressivos. Vemos tal posicionamento com ressalva. Os limites da visibilidade nos parecem corresponder aos limites econômicos do “anunciante” eleitoral e não vemos motivos para pensar diferentemente diante da realidade do “mundo virtual”.

(URBANO, 2009, p. 74). Sendo assim, não seria a Internet um instrumento para a concorrência desleal, ou, mais propriamente, um estímulo à desigualdade de oportunidades?

Não obstante, é consabido que as práticas e os princípios do comportamento midiático nas eleições foram desenvolvidos para a “velha” mídia: jornais, rádio e televisão.³⁹ Nesse ínterim, a internet surgiu e se desenvolveu rapidamente (MAIOLA; MEYER-RESENDE, 2008, p. 56).

Diante dessas considerações é que se impõe o problema da regulamentação da internet no contexto eleitoral.⁴⁰

12 O Brasil e o problema do uso da internet nas corridas eleitorais

Assim como nos exemplos anteriores, também no Brasil a realidade mostra que o manejo da internet na propaganda partidária já constitui a prática de grande parte dos concorrentes.⁴¹ Em 2001 não havia mil

³⁹ Já em 1996 existia a percepção das dificuldades de aplicação à internet da regulamentação forjada a partir dos meios tradicionais de mídia, cujas noções de espaço e tempo não são compatíveis com a web. É o que nos mostra Donati (1996, p. 472).

⁴⁰ As respostas dadas pelos ordenamentos jurídicos dos países são diversas. Nas últimas eleições no Japão, as leis amplamente restritas abriram espaço para um período de 12 dias de campanha eleitoral, durante o qual o uso da internet tornou-se totalmente vedado. A proibição abrangeu desde os sites pessoais dos candidatos até sites de relacionamento (KIN, 2009). Já na Coreia do Sul, a última eleição presidencial confrontou-se com um cenário no qual a web não era proibida tal como no Japão, mas a existência de inúmeras regras sancionadoras fez com que a população evitasse o acesso às possibilidades de voto e discussões por meio da internet, de maneira que os políticos e a população demonstraram o desejo de um relaxamento na legislação (MIN-HEE, 2007). Nos Estados Unidos, a legislação (Fed. Reg. v. 71, 18589, April 12, 2006: “*In light of the evolving nature of Internet communications, the Commission is not explicitly excluding... any particular software or format used in Internet communications*”). (Tradução livre: “À luz do desenvolvimento da natureza das comunicações via Internet, a Comissão não está explicitamente excluindo qualquer software ou formato usado nas comunicações pela internet”) permite o amplo uso da web nas campanhas eleitorais (HAYWARD, 2008). Na Espanha, diz-nos Sánchez Muñoz (2008, p. 334) sobre a inexistência de regulamento específico, sendo aplicadas as regras gerais de campanha. Em Portugal, Gomes Canotilho (2003, p. 321), ao tratar das controvérsias mais recentes em torno da igualdade de oportunidades, não cita o uso midiático da internet, o que faz-nos entrever que nesse país o problema ainda não se fez sentir. Ressaltamos, ainda, que a pesquisa de acórdão no sítio do Tribunal Constitucional português não retornou resultados sobre o tema.

⁴¹ Segundo Stuart Grudgings (2009), da agência de notícia Reuters, o guru da última campanha presidencial norte-americana Ben Self esteve no Brasil no mês de setembro de 2009 para visitar Dilma Roussef a fim de negociar sua participação na próxima campanha eleitoral para o cargo de Presidente do Brasil. O objetivo da contratação seria encorajar voluntários que possuem acesso à web a espalhar a mensagem política da candidata em suas vizinhanças e, com isso, angariar votos, sendo essa estratégia a mesma utilizada na vitoriosa campanha de Barack Obama.

domínios registrados com a sigla *can.br*,⁴² ao passo que em janeiro de 2009 já constavam quase dez mil registros.⁴³

13 A regulamentação brasileira

O Brasil possui uma peculiaridade no tocante à regulamentação das normas de Direito Eleitoral. É que por imposição legal o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) deve exercer o poder regulamentar, nos termos do artigo 23, inciso IX, do Código Eleitoral, cumulado com o artigo 105, caput, da Lei n.º 9.504/97.

Posto isso, cumpre esclarecer que a legislação ordinária vigente até 29 de setembro de 2009 era silente a respeito do uso propagandístico da internet nas campanhas eleitorais. O que havia até então eram resoluções expedidas pelos tribunais eleitorais no intuito de ocupar o vazio jurídico criado pela nova tecnologia.

13.1 Primeira fase: as resoluções minimalistas do TSE

A primeira normativa regulamentar do TSE, sobre a internet e seu uso nas campanhas, foi a Resolução n.º 21.610, de 5 de fevereiro de 2004, a qual dispôs em seu art. 8.º que em páginas de provedores de serviços de acesso à internet não seria admitido nenhum tipo de propaganda eleitoral, em nenhum período. A norma também criou a possibilidade de uso do domínio *can.br* como mecanismo de propaganda eleitoral, determinando a isenção de taxa de registro, deixando a cargo do candidato as despesas com criação, hospedagem e manutenção da página.

A disciplina, repetida nas resoluções seguintes, enfrentou questionamentos no âmbito judicial. A *ratio essendi* comum a esses questionamentos foi a garantia da igualdade de oportunidades no uso da ferramenta.⁴⁴

⁴² Trata-se do domínio criado no âmbito do Comitê Gestor Internet/Brasil (CGI) e que teve seu uso autorizado pelo Tribunal Superior Eleitoral através da Resolução n.º 21.901, de 24.8.2004 e Resolução n.º 22.460, de 26.10.2006, para uso dos candidatos durante o período de campanha.

⁴³ Disponível em: < <http://registro.br/stat/can.br.html>>. Acesso em: 3 nov. 2009.

⁴⁴ Confira-se, a propósito, a seguinte ementa: “Recurso especial. Representação. Propaganda eleitoral. Veiculação. Banners. Sites. Internet. Natureza. Comercial. Período. Vedação. Legislação Eleitoral. Circunstância. Amplitude. Acesso. Interessado. Notícia. Circulação. Procedência. Aplicação. Multa. Motivo. Comprovação. Desequilíbrio. Igualdade. Oportunidade. Candidato. Participação. Eleição. Faculdade. Utilização. Propaganda. Página. Registro. Órgão. Gestor. Internet Brasil. 1) A discussão de que o proibitivo de propaganda se refere a páginas de provedores, ou a tratadas no § 3º do art. 45 da Lei n.º 9.504/97, permitindo-a em sites pessoais, não é mais absoluta ante a jurisprudência

13.2 Segunda fase: a Resolução nº 22.718 do Tribunal Superior Eleitoral

“É impossível que o direito consiga controlar com eficácia a comunicação através de computadores. O modo de fugir da proibição, de disfarçar, de recorrer a sites internacionais é infinito. O direito não tem como dar conta deste espaço.” Esse foi o protesto feito pelo presidente do TSE, Ministro Carlos Ayres Britto, durante as discussões que renderam ensejo à Resolução nº 22.718, de 29 de setembro de 2009, a qual dispôs sobre a propaganda eleitoral e as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral.

Seguindo a linha de raciocínio traçada pelo ministro, a resolução em epígrafe foi construída no sentido de não limitar o uso da web no ambiente eleitoral, mantendo o minimalismo verificado anteriormente, de modo que a apreciação da demanda eventualmente submetida à corte haveria de ser analisada caso a caso. A única – e bastante tímida – disposição concreta foi estabelecida no artigo 18,⁴⁵ ⁴⁶ o que obrigou a uma pormenorização por parte dos Tribunais Regionais Eleitorais, a exemplo dos Estados do Rio de Janeiro⁴⁷ e do Rio Grande do Sul.⁴⁸

recente. Tanto é que, para propiciar o equilíbrio entre candidatos, abriu-se a possibilidade da página de propaganda registrada no órgão gestor da Internet Brasil, com a terminação ‘can.br’, nos termos do art. 78 da Res.-TSE n.º 21.610/2004, com despesas a cargo do candidato, cujo domínio será cancelado após o primeiro turno, ressalvado aos candidatos concorrentes em segundo turno. 2) Seria indubitavelmente inócua a solução encontrada pela Justiça Eleitoral, relativamente ao domínio ‘can.br’ – o qual, evidentemente, não poderia ser obrigatório –, se fosse ele desprezado, para que o candidato viesse a se utilizar de tantos outros sites que pudesse custear, para veiculação de sua campanha, em prejuízo dos menos aquinhoados financeiramente. 3) Recurso desprovido”. (TSE, RESPE n.º 24.608, Ac. n.º 24.608, de 10.2.2005, Rel. Min. Caputo Bastos).

⁴⁵ “A propaganda eleitoral na Internet somente será permitida na página do candidato destinada exclusivamente à campanha eleitoral”.

⁴⁶ O texto inicial da Resolução illogicamente não contemplava as páginas virtuais dos próprios partidos políticos para albergar a exposição da candidatura (se o que se pretendia era diminuir a influência da capacidade financeira, não se justificava logicamente que o candidato não pudesse se valer do próprio partido para divulgar as suas ideias), o que foi reconsiderado pelo TSE por ocasião do Mandado de Segurança nº 3.738, acórdão publicado em 3/3/2009, no qual o relator ministro Joaquim Barbosa determinou a inclusão, no artigo 18, do partido político como legitimado para realizar, em sua página na internet, propaganda eleitoral de seus candidatos.

⁴⁷ A Portaria nº 2/08 do Coordenador de fiscalização da propaganda eleitoral do Estado do Rio de Janeiro (CFPE) estendeu a liberdade de propaganda para blogs e sites de relacionamento, proibiu a veiculação de propaganda eleitoral paga, bem como a divulgação patrocinada de endereço de página de candidato em sítios de busca e o envio de spams, cominando multas para o caso de transgressão.

⁴⁸ A regulamentação gaúcha seguiu o padrão da norma acima referida. Contudo, o candidato só pôde

13.3 Terceira fase: a lei nº 12.034 de 2009

Desafiado pela conjuntura social a alterar as regras do jogo eleitoral no Brasil, há muito defasadas, o Poder Legislativo aprovou a Lei nº 12.034, em vigor desde 30 de setembro de 2009, a chamada “minirreforma eleitoral”, a qual alterou o Código Eleitoral, a Lei das Eleições e a Lei dos Partidos Políticos.⁴⁹ No bojo desse instrumento normativo, a internet foi especialmente contemplada no tocante ao seu uso como instrumento de promoção eleitoral.

O legislador disciplinou, por exemplo, o início do período de campanha eleitoral na internet;⁵⁰ a doação de dinheiro aos partidos por pessoas físicas através da web; a quantidade máxima de anúncios pagos por candidato em cada veículo de imprensa, inclusive tamanhos, permitindo a reprodução limitada deles em ambiente virtual; o direito de resposta; as formas da propaganda; a vedação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga; a vedação de veiculação de propaganda em sítios de pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos e em sítios oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da administração pública, ainda que gratuitamente, proibiu o anonimato,⁵¹ assim como a comercialização de cadastros de endereços eletrônicos. Também fixou sanções pecuniárias e suspensivas de conteúdo para os casos de inobservância da legislação.

Permite-se, assim, afirmar que hoje o Brasil possui uma legislação rígida sobre o uso eleitoral da Internet.⁵²

13.4 O esforço final: cotejo do princípio da igualdade de oportunidades em sentido estrito com as disposições da lei nº 12.034/2009

Chegamos à parte final do trabalho. Ao longo das páginas volvidas, procuramos apresentar ao leitor o empenho conceitual de Óscar Sánchez Muñoz a fim de autonomizar, a nível jurídico, o princípio da igualdade de oportunidades que, apesar de naturalmente atrair significância aceitável, carecia de melhores representações num contexto em que

se valer de um desses meios, pois se vetou o uso concomitante de dois ou mais sítios na *web*; os spams tinham de conter a identificação do remetente e da legenda partidária, permitindo ao receptor ser excluído da lista; assim como se vedou o uso de banners e pop-ups, a propaganda eleitoral em páginas de empresas e os debates ou chats de candidatos na Internet.

⁴⁹ Respectivamente as Leis nº 4.737/65, 9.504/97 e 9.096/95.

⁵⁰ A partir do dia 5 de julho do ano da eleição.

⁵¹ Seguindo o modelo alemão conforme relatado por Hayward (2008).

⁵² Legislação rígida não nos parece ser sinônimo de legislação perfeita. Para um inventário de possíveis alterações decorrentes da aplicação da lei, vide Lemos (2009).

sobressai a sua autoridade: as competições eleitorais. Buscamos também aproximar a tese do autor espanhol ao direito eleitoral brasileiro, em razão do que defendemos seu assento constitucional, infraconstitucional e jurisprudencial.

Finalmente, trouxemos à baila a internet e seus efeitos na realidade eleitoral, o que nos permitiu chegar até a legislação brasileira em vigor, a qual está a oferecer uma rígida disciplina para o manejo da web nas campanhas eleitorais. Como último esforço, pretendemos, de forma sintética, confrontar o princípio à lei. Serão os eleitores brasileiros os vencedores dessa hipotética batalha?

Partindo do pressuposto por nós assumido que, a internet não pode ser um campo de atuação totalmente livre, temos que a Lei nº 12.034/2009 não incorreu no mesmo minimalismo verificado nas resoluções do TSE que primeiro abordaram a questão. Resta a evidente preocupação legislativa em garantir que – na irresistível virtualização das campanhas eleitorais num ambiente em que as possibilidades são intermináveis, limitadas apenas pela própria criatividade humana e recursos financeiros – oportunidades iguais sejam asseguradas aos competidores no momento de influenciar o sufrágio.

Arrimamos nosso entendimento eminentemente nos limites objetivos impostos pela nova lei, a exemplo dos dispositivos apresentados na página anterior, os quais se somam, por exemplo, a consideração dos custos com a criação e inclusão de sítios na internet como gastos eleitorais e, portanto, sujeitos à limites e prestação de contas.⁵³ Relevo maior verificamos na proibição de veiculação de propaganda paga, o mesmo ocorre com a gratuita veiculada em sítios de pessoas jurídicas e órgãos da Administração Pública. Essas imposições de caráter negativo minimizam a importância do poderio econômico e midiático dos partidos, indo ao encontro do pluralismo político.

Da mesma maneira vislumbramos na garantia do direito de resposta no mesmo veículo, espaço, local, horário, página eletrônica, tamanho, caracteres e outros elementos de realce usados na ofensa, às custas do responsável da propaganda original, mais uma conformação do princípio.

Todavia, a resposta dada pelo legislador às exigências positivas de dito princípio não nos parecem de todo satisfatórias. Não há, como constava das resoluções judiciais prévias, a garantia da gratuidade de registro dos domínios *can.br*. No mesmo sentido, não é de bom alvitre que

⁵³ Lei nº 9.504/97, art. 26, inciso XV e ss.

inexista imposição aos sítios mais visitados, de veicularem gratuitamente propagandas eleitorais de todos os candidatos, situação esta que deixa de guardar relação de conformidade com a necessidade de otimização do direito de visibilidade de todas as possibilidades eletivas perante o público eleitor, porquanto, apesar de haver a fixação de limites máximos de reprodução de propaganda veiculada na mídia impressa na internet, inexistem limites mínimos e suas respectivas garantias (a exemplo do que ocorre com a televisão e o rádio), de maneira que o partido que não dispuser de recursos econômicos quedará excluído da oportunidade.

A legislação em comento albergou, entretanto, uma afronta expressa ao princípio da igualdade de oportunidades em sentido estrito. A Lei nº 12.034/2009, ao determinar a inclusão do artigo 36-A, inciso I⁵⁴ na Lei das Eleições, estranhamente excluiu o tratamento isonômico entre filiados e pré-candidatos no que se refere a entrevistas, programas, encontros ou debates na web, tomando sentido diametralmente oposto em relação às emissoras de rádio e de televisão. Como resultado, temos que um grande sítio pode, à luz da atual legislação, expor a imagem de um determinado “pré-candidato” até que seja declarado o início oficial do período eleitoral na internet. Essa exemplar situação faz com que o fator de poderio midiático, considerado por todo o cipoal normativo brasileiro como irrelevante, readquira preponderância no processo de formação da vontade eleitoral.

Assim, entendemos que o Brasil deu uma resposta relativamente satisfatória à nova realidade que se apresentou. Entretanto, a legislação carece de aprimoramentos. A melhor medida dessas melhorias somente poderá ser aferida a partir do comportamento dos atores eleitorais durante o próximo pleito, que será justamente o mais significativo de todos: a Presidência da República.

⁵⁴ Art. 36-A. Não será considerada propaganda eleitoral antecipada: I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, desde que não haja pedido de votos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico.

THE PRINCIPLE OF EQUAL OPPORTUNITIES IN A STRICT SENSE AND ITS INFLUENCE OVER BRAZILIAN'S ELECTORAL NORMATIVITY CONCERNING THE ADVERTISING USE OF THE INTERNET

Abstract: In a recent doctoral thesis, the spanish author Óscar Sánchez Muñoz build what he aims to be the dogmatic empowerment of the principle of equal opportunities in contemporary democracies. And he does it without avoiding the intricate barriers required by the practical context to its prevalence as a normative principle. After identifying the Spanish Law notion of the principle of equal opportunities (strict sense) in the reference writing, this work aims to approach the principle above to the Brazilian electoral law, particularly regarding the recent regulations on the use of Internet in campaigns.

Keywords: Constitutional Law. Election Law. Principle of equal opportunities. Campaign. Internet.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ CONDE, Enrique. Los principios del Derecho electoral. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madri, n. 9, p. 9-35, maio/ago. 1991.

BIMBER, Bruce; DAVIS, Richard. **Campaign online**: The Internet in the US elections. Oxford: UP, 2004.

BOCHSLER, Daniel. Can the Internet increase political participation? An analysis of remote electronic voting's effect on turnout. In: APSA 2009 Annual Meeting, 3-6 Sept. 2009, Toronto. **Paper**. Disponível em: <<http://www.lexisnexus.com/us/lnacademic>>. Acesso em: 2 nov. 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANNON, John. Secret ballot. In *The Oxford Companion to British History*, **Oxford University Press**, Oxford, 2002. Disponível em: <<http://www.encyclopedia.com/doc/1O110-secretballot.html>>. Acesso em: 3 nov. 2009.

CLIFT, Steven. Challenging the Norms and Standards of Election Administration: Election Management Bodies and Use of the Internet. In: INTERNATIONAL FOUNDATION FOR ELECTORAL SYSTEMS – IFES. **Challenging the Norms and Standards of Election Administration**, 2007, p. 21-33. Disponível em: <<http://www.lexisnexis.com/us/lnacademic/>>. Acesso em: 29 out. 2009.

DONATI, Danielli. L'utilizzo di Internet ai fini della propaganda elettorale. **Quaderni Costituzionali**, Milano, n. 3, ano XVI, p. 461-476, dic. 1996.

DONWAY, Roger; KELLEY, David. Liberalism and free speech: In: **Democracy and the mass media**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. p. 66-101.

DURÁN MUÑOZ, Rafael. **La mediatización de la democracia en la era de la Sociedad de la información**. 2006. Disponível em: <<http://www.ieev.uma.es/rdmunhoz/docencia/dctos/dctos2/compolit.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2009.

ECHAVARRIA, Juan Jose Salozábal. *Una vision institucional del proceso electoral*. **Revista Espanhola del Derecho Constitucional**, n.39, ano 13, p. 63-80, set./ dez. 1993.

GIBSON, Rachel. **Internet voting and the European parliament elections: Problems and prospects**. In: TRECHSEL, A.H; MENDEZ, F. (Org). *The European Union and e-Voting: Addressing the European Parliament's internet voting challenge*. London: Routledge, 2005. p. 29-59.

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

GRUDGINGS, Stuart. **Presidential hopeful tries Obama magic**: Brazilian election Web guru from run to White House hired to plan campaign. Montreal: The Gazette, 26 sep. 2009. Disponível em: <<http://www.lexisnexis.com/us/lnacademic/>>. Acesso em: 3 nov. 2009.

HÄBERLE, Peter. **Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica**. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, cap. 9. p. 151-186.

HAYWARD, Allison R. **Regulation of blog campaign advocacy on the internet**: comparing U.S., German and EU approaches. In: Cardozo Journal of International and Comparative Law, Yeshiva University, 2008.

KIN, Kwan Weng. **Cyberspace out of bounds to candidates**: Election laws ban campaigning online for voter support. Singapore: The Straits Times, 24 agosto 2009. Disponível em: <<http://lexisnexus.com/us/inacademic/>>. Acesso em: 3 nov. 2009.

LEMOS, Marcos. **Os Blogs, Redes-sociais e a nova Lei Eleitoral**: Lei 12.034. Disponível em: <<http://www.ferramentasblog.com/2009/09/os-blogs-e-nova-lei-eleitoral-lei-12034.html>>. Acesso em: 3 nov. 2009.

LUPIA, Arthur; McCUBBINS, M. D. **The Democratic Dilemma**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

MAIOLA, Giovanna; MEYER-RESENDE, Michael. **Regulation of Mass Media Activities during Elections**. Project for the OSCE Project Coordinator in Ukraine. 2008. Disponível em: <<http://lexisnexus.com/us/inacademic/>>. Acesso em: 3 nov. 2009.

MEAGHER, Sutton. When Personal Computers are Transformed into Ballot Boxes: How Internet Elections in Estonia Comply with the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights. **American University International Law Review**, v. 23, n. 2, p. 349-386, 2008.

MIGUEL, Luis Felipe. A Democracia Domesticada: Bases Antidemocráticas do Pensamento Democrático Contemporâneo. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 45, n.º 3, p. 483-511, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v45n3/a06v45n3.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2009.

NORRIS, Pipa. e-Voting as the magic ballot for European Parliamentary elections? Evaluating e-voting in the light of experiments in UK local elections. In: TRECHSEL, A. H; MENDEZ, F. **The European Union and e-Voting**: Addressing the European Parliament's Internet Voting Challenge. Londres: Routledge, 2005. p. 60-90.

_____. **Preaching to the Converted?** Pluralism, Participation, and Party Websites. *Party Politics*, v. 9, n. 1, p. 21-45, 2003.

PAUL I VALL, Francesc. *Democracia e Internet*. **Anuario de Derecho Constitucional Y Parlamentario**. Murcia: Universidad de Murcia, n. 10, p. 195-213, 1998.

REGO, Luís de Araújo. Da (In)Admissibilidade dos Sites de Advogados. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 62, p. 843-870, Dez. 2002.

REYNOLDS, Andrew; STEENBERGEN, Marco. How the world votes: The political consequences of ballot design, innovation and manipulation. **Electoral Studies: an International Journal**, Elsevier, v. 25, n. 3, p. 570-598, Sept. 2006.

ROBERTSON, G.; NICOL, A. G. L. **Media Law: The Rights of Journalists & Broadcasters**. Second Edition. London: Longman, 1990.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalism, Socialism and Democracy**. 3. ed. New York: Harper Colophon Books, 1950.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

SOUSA, António Francisco de. O princípio da Igualdade no Estado de Direito. **POLIS: Revista dos Estudos Jurídico-Políticos**, n. 13-16, p. 181-195, 2007.

STACKER, Allison Anne. Cyber-Elections and the Minority Voter's Response. **North Carolina Journal Law & Technology**, v. 4, p. 475-ss, spring 2003.

URBANO, Maria Benedita. **Representação Política e Parlamento**: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de protecção do mandato parlamentar. Coimbra: Almedina, 2009.

☰ Recebido: março/2010
Aprovado: setembro/2010