



**TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA**

# **REVISTA POPULUS**

ISSN 2446-9319

Salvador  
n. 3 Novembro 2017

## **REVISTA POPULUS**

Salvador n.3 Novembro 2017

### **TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA**

#### **Diretor-Geral**

Raimundo Vieira

1ª Avenida do Centro Administrativo da Bahia, nº 150. CEP 41.745-901 - Salvador-BA

Tel.: (71) 3373-7445 / 7188 / 7156 / 7376

Telefax: (71) 3373-7152

E-mail: [coged@tre-ba.jus.br](mailto:coged@tre-ba.jus.br)

**Periodicidade:** Anual

#### **Edição:**

Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Secretaria de Gestão Administrativa

Coordenadoria de Gestão Documental, Informação e Memória

Seção de Editoração e Publicação

#### **Capa:**

Arte: Assessoria de Comunicação Social e Cerimonial

Revista Populus / Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, Escola Judiciária Eleitoral. – n. 3, nov. 2017 – . – Salvador: TRE-BA, 2017 – .

Anual.

ISSN: 2446-9319

1. Direito Eleitoral - Periódico. 2. Direito Constitucional.  
3. Ciência Política. 4. Filosofia Política. 5. Sociologia Política.

I. Bahia. Tribunal Regional Eleitoral. Escola Judiciária Eleitoral.

**Os artigos são da exclusiva responsabilidade dos autores, podendo ser divulgados em outros meios após autorização prévia e expressa do Conselho Editorial da Revista, citada a publicação original como fonte.**

**O fechamento desta edição foi em 30 de setembro de 2017.**

# **TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA**

Presidente

**JOSÉ EDIVALDO ROCHA ROTONDANO**

Vice-Presidente

**EDMILSON JATAHY FONSECA JUNIOR**

Corregedor Regional Eleitoral

**FÁBIO ALEXSANDRO COSTA BASTOS**

Juízes

**PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA**

**PATRÍCIA CERQUEIRA KERTZMAN SZPORER**

**RUI CARLOS BARATA LIMA FILHO**

**DIEGO FREITAS RIBEIRO**

Procurador Regional Eleitoral

**CLÁUDIO ALBERTO GUSMÃO CUNHA**

Diretora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

**PATRÍCIA CERQUEIRA KERTZMAN SZPORER**

### **COMISSÃO EDITORIAL**

Maria das Graças Tosta Albergaria da Silva  
Marta Cristina Jesus Santiago

### **CONSELHO EDITORIAL**

Profª Drª Ana Carolina Fernandes Mascarenhas  
Profª Drª Cristiana Menezes Santos  
Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior  
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet  
Prof. Dr. José Ricardo Ferreira Cunha  
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta  
Msc. Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer  
Prof. Dr. Rodolfo Viana Pereira  
Profª Drª Roxana Borges Cardoso Brasileiro

### **CONSELHO DE ORIENTAÇÃO EDITORIAL (PARECERISTAS)**

Profª Drª Ana Cláudia Santano (PR)  
Prof. Dr. Cláudio André de Souza (BA)  
Profª Drª Denise Vitale (BA)  
Profª Drª Elaine Harzeim Macedo (RS)  
Prof. Dr. Frederico Alvim (SP)  
Prof. Dr. Gabriel Dias Marques da Cruz (BA)  
Prof. Dr. Jaime Barreiros Neto (BA)  
Prof. Msc. Josafá da Silva Coelho (BA)  
Prof. Dr. José Jairo Gomes (MG)  
Prof. Dr. Maurício Requião de Sant'Ana

### **COMISSÃO TÉCNICA**

Camila Guerra  
Elizabeth Sales Pereira  
Felisberto Bulcão  
Lia Mônica B. Peres  
Lorena Carneiro Freire  
Nizaldo Pereira  
Oneíza Mabel Carneiro Guedes  
Osnir Mendes Madureira  
Rafael Matos Nunes

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

End.: 1ª Avenida do Centro Administrativo da Bahia, nº 150. CEP 41.745-901- Salvador-BA

Tel.: (71) 3373-7445/7221/7376

E-mail: [eje@tre-ba.jus.br](mailto:eje@tre-ba.jus.br)

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÕES.....	9
DOCTRINA	
Direito de Sufrágio activo de estrangeiros legalmente residentes: Dicotomia Schmittiana, Universalismo Kantiano ou Inclusividade? <b>Paula Veiga</b> .....	15
Democracia e jurisdição constitucional contramajoritária: breves considerações <b>Cristian Patric de Sousa Santos</b> .....	39
Imigração e participação democrática no estado de bem-estar social globalizado <b>Ricardo Maurício Freire Soares e Jéssica Fonseca Teles</b> .....	59
Fiel representação política: escopo do processo eleitoral <b>Victor Xavier</b> .....	91
As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral como instrumento de carácter normativo <b>Djalma Barbosa Silva</b> .....	129
Liberdade partidária como viés interpretativo do art. 8º da Lei nº 9.504/97 <b>Rafael Nagime</b> .....	145
A (in)fidelidade partidária dos eleitos pelo sistema proporcional no Direito brasileiro e o conteúdo das ações de perda de mandato eletivo <b>Yuri Oliveira Arléo</b> .....	157
A (in)configuração do <i>venire contra factum proprium</i> diante de violação recíproca do direito à imagem de candidatos adversários durante as campanhas eleitorais no <i>Facebook</i> <b>Lais Neves de Souza Pereira dos Santos</b> .....	187

O *compliance* como mecanismo de combate à corrupção: fundamentos e implementação no Brasil

**Caroline da Rosa Pinheiro e Raphael Vieira da Fonseca Rocha**..221

O princípio da proporcionalidade e o julgamento de prestação de contas de campanha pela Justiça Eleitoral

**Adonai Araújo Cardoso**.....249

Inelegibilidades oriundas da eleição: contagem do tempo

**Olivar Coneglian e Fabíola Roberti Coneglian**.....265

O (des)acerto da decisão do STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 848.826

**Tatiana Andrade Almeida**.....289

Breves digressões sobre condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade

**Vanderléia Oliveira Santos Rodrigues da Silva**.....313

Da viabilidade das Ações Cautelares em matéria de inelegibilidade no âmbito da Justiça Eleitoral sob a égide do novo CPC

**Ubirajara Gondim de Brito Ávila** .....345

A reclamação constitucional em matéria de controle concentrado de constitucionalidade no STF: uma reflexão sobre a segurança jurídica

**Diego Oliveira dos Santos** .....369

A relevância da construção da fundamentação das decisões colegiadas do STF e a legitimidade da formação dos precedentes

**Mirela Rios Cruz de Jesus** .....399

O sistema de precedente no âmbito do novo Código de Processo Civil e sua aplicabilidade no Direito Eleitoral

**Maria Stephany dos Santos** .....421

Tópicos sobre precedente judicial como fonte do Direito Eleitoral no contexto da Teoria das Fontes e Direito Comparado

**Miriã Marques da Silva Araújo** .....439

## JURISPRUDÊNCIA

Abuso de Poder.....	451
Captação Ilícita de Sufrágio.....	477
Contas de Campanha.....	491
Conduta Vedada.....	519
Desincompatibilização.....	545
Inelegibilidade.....	577
Propaganda.....	615



# APRESENTAÇÃO

No ensejo do período comemorativo dos 85 anos da Justiça Eleitoral da Bahia, é com entusiástico prazer que apresento este periódico editado pela Escola Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, a “Revista *Populus*”, que vem se consolidando no meio forense como significativo referencial para indicar as diretrizes deste dinâmico ramo do Direito Público, estimulando o fenômeno jurídico e político eleitoral, através da publicização da produção intelectual com temas relevantes para o Direito Eleitoral e Constitucional.

Nesta 3ª edição, os leitores terão acesso a uma seleção diversificada de artigos doutrinários de autoria de juízes, advogados, professores e servidores da Justiça Eleitoral, versando sobre assuntos de grande relevância, como por exemplo, democracia; representação, liberdade e fidelidade partidária; prestação de contas; inelegibilidades; campanhas eleitorais; e controle de constitucionalidade; bem assim como questões de grande repercussão política e social, notadamente o combate à corrupção, a segurança jurídica e o bem - estar social globalizado.

Consciente do elevado empenho e trabalho árduo para trazer à luz a presente publicação, congratulo toda a equipe de servidores, colaboradores e autores, convencido da importância da presente obra como fonte de pesquisa para todos os interessados nas questões jurídicas e temáticas alusivas, direta ou indiretamente, ao processo eleitoral como um todo.

**Desembargador José Edivaldo Rocha Rotondano**  
Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia



## APRESENTAÇÃO

A democracia, como processo em construção, exige, por parte de todos, conforme lição consagrada por Robert Dahl, participação política efetiva, liberdade, igualdade, sufrágio universal, transparência e, fundamentalmente, educação cívica. Neste sentido, torna-se imperiosa a construção de uma cultura de estudos e reflexões acerca dos desafios inerentes às sociedades democráticas, missão própria às atribuições da Justiça Eleitoral, instituição responsável pelo aperfeiçoamento da soberania popular e, conseqüentemente, pela consecução da normalidade e da legitimidade do sufrágio no Estado Democrático de Direito.

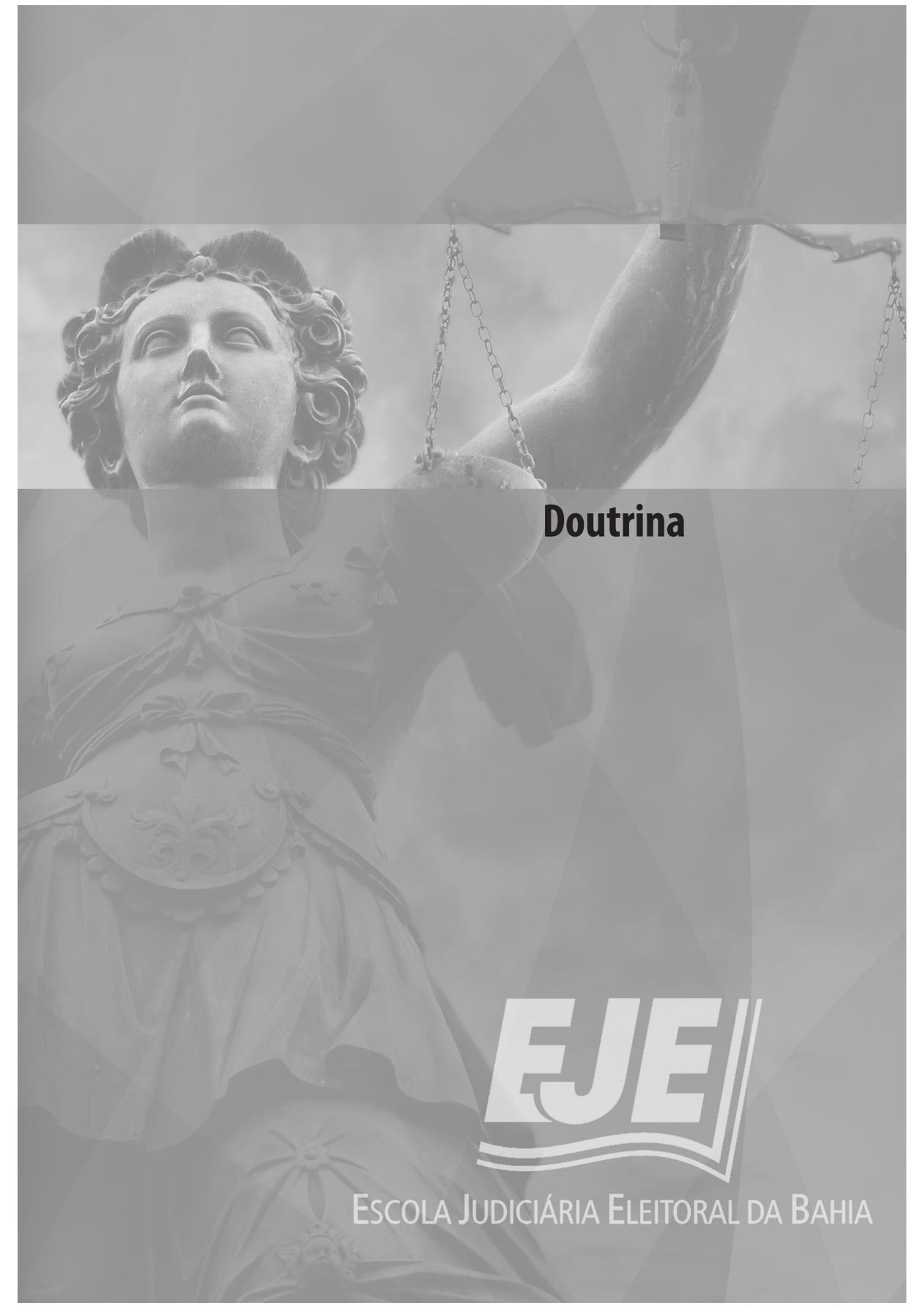
Neste diapasão, a Escola Judiciária Eleitoral da Bahia apresenta a terceira edição da *Revista Populus*, oferecendo, mais uma vez, importante contributo para a formação de um ambiente enriquecedor de ideias, essencial à formulação de uma política emancipatória do conhecimento, requisito preambular à afirmação do regime democrático em qualquer sociedade desenvolvida.

Apresentando dezoito trabalhos inéditos, fruto da contribuição de importantes estudiosos do Direito Eleitoral, da Ciência Política e áreas de conhecimento afins, do Brasil e também do exterior, além de coletânea de jurisprudência, o periódico simboliza a consolidação de um projeto acadêmico voltado à afirmação da educação política como objetivo da Justiça Eleitoral brasileira, juntamente às comemorações do 85º aniversário desta justiça especializada.

Boa leitura a todos!

**Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer**  
Diretora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia





**Doutrina**

**EJE**

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



**DIREITO DE SUFRÁGIO ACTIVO DE ESTRANGEIROS LEGAL-  
MENTE RESIDENTES:  
DICOTOMIA SCHMITTIANA, UNIVERSALISMO KANTIANO OU  
INCLUSIVIDADE? \***

Paula Veiga \*\*

**RESUMO**

O tema escolhido para esta reflexão versa as alterações que possam vir a verificar-se no âmbito do Direito Eleitoral (nomeadamente, no direito de sufrágio activo e passivo) por efeito da modificação da definição constitucional de cidadania, que se impõe por força da mudança do *substratum* pessoal que compõe as sociedades plurais e cosmopolitas hodiernas.

Palavras-chave: Direito de sufrágio. Democracia. Estrangeiros. Cidadania.

15

**ABSTRACT**

This reflection analyses the changes that may occur in the scope of electoral law (in particular, in the active and passive right of vote) due to the modification of the constitutional definition of citizenship, which is imposed by actual change of the personal *substratum* that composes nowadays plural and cosmopolitan societies.

Keywords: Right of suffrage. Democracy. Foreigners. Citizenship.

**1 INTRODUÇÃO**

O tema escolhido para este Escrito – o problema do reconhecimento do direito de sufrágio activo a estrangeiros legalmente residentes – é uma

\* O trabalho que aqui se apresenta foi publicado, em 2012, nos “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho”. *Stvdia Ivridica, 104, Ad Honorem* – 6, v. III, Coimbra Editora, Coimbra, por ocasião da Jubilação do nosso Mestre, e sujeito, agora, a alterações de pormenor para efeitos desta publicação.

\*\* Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, tendo lecionado Direito Constitucional, nos 1º e 2º Ciclos do Curso de Direito e no 1º Ciclo do Curso de Administração Público-Privada, encontrando-se, atualmente, a lecionar Direito Internacional Público, nos 1º e 3º Ciclos do Curso de Direito.

questão relativamente nova, provocada, em larga medida, pelas migrações que caracterizam o mundo hodierno.<sup>3</sup> Identifiquemos, em primeiro lugar e com maior precisão, o problema sobre o qual se pretende reflectir: assumindo como “característica do cenário político das democracias multiculturais”<sup>4</sup> a residência de muitos estrangeiros fora do seu Estado de origem, será que, na Era da Migração,<sup>5</sup> deveremos tomar a sério<sup>6</sup> a ideia de “Nós, o povo”<sup>7</sup> decidimos? Justifiquemos, depois, a escolha do tema. Trata-se de um assunto complexo e controverso, mas importante, porque toca as pessoas.

A título de enquadramento jurídico-constitucional do problema, afirmemos, desde já, que algumas ordens jurídicas vêm oferecendo sinais de abertura para esta questão, embora seja indubitável que as soluções encontradas são distintas para actos eleitorais a nível nacional e a nível local. Com efeito, o reconhecimento do direito de sufrágio activo a estrangeiros legalmente residentes em eleições locais, maxime nos Estados-membros da União Europeia (ainda que em virtude de uma decisão adoptada a nível europeu),<sup>8</sup> começa a ser relativamente usual.<sup>9</sup> Já no que respeita a actos eleitorais a nível nacional, a Europa não oferece grande exemplo.<sup>10</sup> Na realidade, as novidades provêm do Chile, do Malawi, do Uruguai e da Nova

3 Segundo Cristina M. Rodríguez, esta questão terá emergido somente após a II Grande Guerra, isto é, em meados do Século findo. *vide*, da autora, Noncitizen voting and the extraconstitutional construction of polity. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 1, p. 33, 2010.

4 A expressão é de Daniel Munro, Integration Through Participation: Non-Citizen Resident Voting Rights in an Era of Globalization. *Journal of International Migration and Integration*, v. 9, n.1, p. 67, 2008.

5 A terminologia usada é inspirada no título da obra de David C. Earnest, *Old Nations, new voters: nationalism, transnationalism, and democracy in the era of global migration*. State University of New York Press, Albany, 2008.

6 Insinuamos aqui o título do Artigo de J. J. Gomes Canotilho. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

7 As expressões são inspiradas no título do Artigo de Irene Bloemraad, “We the People” in an Age of Migration: Multiculturalism and Immigrants’ Political Integration in a Comparative Perspective. In: Rogers M. Smith (Ed.). *Citizenship, Borders, and Human Needs (Democracy, Citizenship, and Constitutionalism)*, University of Pennsylvania Press, p. 250, 2011.

8 Directiva 94/80/CE do Conselho, de 19 de Dezembro, que estabelece as regras de exercício do direito de voto e de elegibilidade nas eleições autárquicas dos cidadãos da União residentes num Estado-membro de que não tenham a nacionalidade. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31994L0080&from=PT>.

9 Recorde-se, a título de exemplo, e considerando apenas o plano constitucional, os artigos 28 §1 da Lei Fundamental Alemã, 13-2 da Constituição Espanhola e 15.º, n.ºs 4 e 5 da Constituição Portuguesa.

10 Devem recordar-se as excepções dos cidadãos de Estados da Commonwealth que residam no Reino Unido, como assinala David C. Earnest. *Old Nations, new voters...*, *op. cit.*, p. 3, e dos cidadãos brasileiros que residam em Portugal, em virtude da Convenção de Porto Seguro, de 22 de Abril de 2000, e do Decreto-lei n.º 154/2003, de 15 de Julho (enquanto instrumento jurídico interno), que conferem aos brasileiros um estatuto de igualdade em matéria de direitos políticos, podendo estes exercer o direito de sufrágio activo e passivo nas eleições legislativas e o direito de sufrágio activo nas presidenciais (*vide* artigos 12 e ss. da Convenção de Porto Seguro).

Zelândia,<sup>11</sup> sendo este último caso paradigmático, pois, segundo Cristina M. Rodríguez, é o sistema “mais robusto” de votação de estrangeiros do mundo.<sup>12</sup> A apreciação da autora não é isolada. A ela se juntam, nomeadamente, David E. Earnest<sup>13</sup> e Daniel Munro.<sup>14</sup>

Perante o cenário apresentado, há que o questionar. É certo que falar de direito de sufrágio de estrangeiros faz emergir, de imediato, o argumento do medo – do(s) medo(s) da “diluição do nacional” e de um “controlo político efectivo efectuado por estrangeiros”.<sup>15</sup> Esse(s) medo(s), todavia, não parece(m) dever ser considerados para a Europa, a acreditar na projecção de Rogers M. Smith, que refere que, apesar dos 110 milhões de imigrantes existentes neste Continente e na América do Norte, nas próximas décadas o fluxo migratório realizar-se-á, primordialmente, para a Ásia.<sup>16</sup>

Reconhecemos que se trata de um problema complexo, rectius de uma questão que encerra um feixe de problemas, pois, como afirma Jürgen Habermas, para as questões da emigração e da imigração, pensadas no âmbito do “direito de cidadania”, “não existem soluções simples”.<sup>17</sup> A história dá-nos conta dessa complexidade, se recordarmos que, no constitucionalismo europeu ocidental, ao cidadão não foi imediatamente reconhecido o direito de sufrágio.<sup>18</sup> Aliás, a questão vista por este prisma vem, precisamente, levantar um primeiro grande problema com que se confronta uma reflexão sobre a atribuição do direito de sufrágio activo a estrangeiros legalmente residentes: se, como reconhece Peter J. Spiro, para a “perfeição de direitos políticos” é usualmente necessário o “status formal como cidadão”,<sup>19</sup> parece que, à primeira vista, ou se atribui ao estrangeiro o status de cidadão/nacional, ou

11 Neste sentido, vide Cristina M. Rodríguez. Noncitizen voting and the extraconstitutional construction of polity, *cit.*, p. 30-49.

12 *Idem*, p. 32, em que a autora assinala que na Nova Zelândia estrangeiros legalmente residentes podem, após um ano, exercer o direito de sufrágio activo quer localmente, quer a nível nacional.

13 David C. Earnest. Old Nations, new voters. ..., *op. cit.*, p. 22, que refere, outrossim, o caso do Uruguai.

14 Daniel Munro, Integration Through Participation: Non-Citizen Resident Voting Rights in an Era of Globalization, *cit.*, p. 64.

15 Sobre as expressões, vide Rogers M. Smith, Introduction. In: Rogers M. Smith (Ed.). *Citizenship, Borders, and Human Needs (Democracy, Citizenship, and Constitutionalism)*, University of Pennsylvania Press, p. 1, 2011.

16 *Idem, ibidem*, com base num estudo de Demetrios Papademetriou.

17 Jürgen Habermas. *Más allá del Estado nacional*, Editorial Trotta. 2. ed. 1998. p. 92. (trad. Die Normalität einer Berliner Republik. Kleine Politische Schriften VIII, 1995).

18 Com efeito, de entre os 17 artigos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, não se encontra o reconhecimento do direito de sufrágio, ao contrário do que sucede com outros direitos, nomeadamente os direitos à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, ...

19 Peter J. Spiro. Dual Citizenship as human right. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 1, p. 123, 2010.

o problema não existe, por carecer de objecto, uma vez que um estrangeiro não é um cidadão. Todavia, uma interrogação de imediato se levanta: será que o direito de sufrágio activo só pode ser titulado por cidadãos (na acepção moderna de conceito de cidadania, bem entendido)? A esta questão voltaremos mais adiante.

Não obstante a complexidade do problema, o cenário brevemente esboçado incita à continuidade da reflexão. Efectivamente, o facto do reconhecimento de o direito de sufrágio activo a estrangeiros legalmente residentes ser esporádico, ou, se se quiser usar a terminologia de David C. Earnest, “regional”,<sup>20</sup> impele a que nos interroguemos sobre que concepção(ões) poderá(ão) estar na base desta opção político-constitucional.

## 2 EQUAÇÃO DO PROBLEMA À LUZ DAS CONSTRUÇÕES TEÓRICO-CONSTITUCIONAIS DE CARL SCHMITT E DE IMMANUEL KANT

18

A construção teórica schmittiana é caracterizada, como sobejamente se sabe, por dicotomias<sup>21</sup> e, na perspectiva político-constitucional, a *cabeça* metodológica é a dicotomia *amigo/inimigo*. Foi, justamente, com base nessa dicotomia que Carl Schmitt defendeu, na sua *Teoria da Constituição* (obra publicada em 1928), uma “homogeneidade interna” que traduzia uma “identidade nacional democrática”,<sup>22</sup> rejeitando, com esse argumento, o pluralismo,<sup>23</sup> num “medo quase pânico perante a emancipação”.<sup>24</sup> Quiçá possam ser encontradas, na história política germânica, raízes para esta dicotomia *amigo/inimigo* schmittiana. Segundo Germán Gómez Orfanel, o artigo de Schmitt *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches der Sieg des Bürgers über den Soldaten*, de data posterior à *Teoria da Constituição* (1934), é uma “incurção do autor na história política e constitucional da Alemanha”,

20 David C. Earnest. Old Nations, new voters..., *op. cit.*, p. 12.

21 Sobre as dicotomias do pensamento schmittiano, *inclusive* com a apresentação de um quadro sinóptico, *vide* Pablo Lucas Verdú, Carl Schmitt. Intérprete singular y máximo delbedador de la cultura político-constitucional demoliberal. *Revista de Estudios Políticos*, n. 64, p. 51, 1989.

22 Neste sentido *vide* Christoph Burchard. Interlinking the Domestic with the International: Carl Schmitt on Democracy and International Relations. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p. 11, 2006.

23 Recorde-se Schmitt, nomeadamente em duas passagens da sua Teoria de Constituição: “A igualdade que corresponde à essência da Democracia dirige-se [...] sempre ao interior, e nunca para fora: dentro de um Estado democrático são iguais todos os súbditos. Daqui se deduz, para efeitos de consideração política e jurídico-política: quem não é súbdito do Estado não entra no jogo para esta igualdade democrática” / “A igualdade democrática é, na essência, homogeneidade, e, seguramente, homogeneidade do povo”. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, p. 224 e 230, respectivamente, 1996 (trad. Verfassungsgeschichte, 1928).

24 A expressão é de Jürgen Habermas, Más allá del Estado nacional, *op. cit.*, p. 127.

em que Schmitt “defende a tese de que o colapso político-militar de 1918 [que, como sabemos, deu origem à Constituição weimariana] foi consequência da dissolução gerada pelo dualismo que se vinha arrastando desde meados do século XIX entre os componentes militares e constitucionais da Prússia primeiro e, posteriormente, do Império, e que Schmitt condensa na contraposição entre *Estado militar prussiano e constitucionalismo burguês* (Preussischer Soldatenstaat und bürgerlicher Konstitutionalismus), ou, mais sucintamente, entre soldado e cidadão”.<sup>25 26</sup>

A origem da dicotomia schmittiana *amigo/inimigo* na história política germânica parece ir ao encontro do que, recentemente, também tem vindo a ser assinalado por Jürgen Habermas. Efectivamente, Habermas não tem deixado de esclarecer que a “consciência nacional” se fundou, na Alemanha, contra um “*inimigo* externo”,<sup>27</sup> o que poderá explicar que, para Carl Schmitt, a “unidade política” da Nação pressupusesse “comunidades [...] estruturalmente capazes de decidir no sentido do inimigo”.<sup>28</sup> Todavia, a grande questão que se levanta, e independentemente de outras críticas que possam ser assinaladas ao pensamento de matriz schmittiana, é a de saber, tomando em consideração o problema objecto de reflexão – o reconhecimento de direito de sufrágio activo a estrangeiros legalmente residentes –, se uma dicotomia *amigo/inimigo*, seja ela schmittiana ou não, se justificará nas sociedades democráticas plurais hodiernas. Posto de um modo mais simples: haverá lugar para inimigos numa lógica constitucional democrática plural?

Genericamente apresentada a fundamental dicotomia da construção político-constitucional na lógica schmittiana, vejamos-se, agora, conforme se intitulou, quais os fundamentais traços que subjazem ao pensamento de Immanuel Kant, tentando perceber se a sua proposta pode, de algum modo, contribuir teoricamente para a dilucidação do problema em análise.

É consabida a tendência para a universalização do Direito na matriz

25 Germán Gómez Orfanel. Soldados y ciudadanos, según Carl Schmitt. *Revista de Estudios Políticos*, n. 123, p. 251 e 252, 2004. Orfanel esclarece, outrossim, que Schmitt considerou o pedido de indemnização orçamental do Governo ao Parlamento da época bismarkiana como “ponto de partida de uma evolução que, ao longo do Segundo Império”, reflectiu “a paradoxal vitória do cidadão sobre o soldado”, materializada, segundo Schmitt, “com a derrota na Primeira Guerra Mundial e o advento do sistema de Weimar” (*vide* p. 261).

26 Sobre a importância de Schmitt enquanto pensador do “meio espiritual e político da República Federal” *vide*, por todos, Jürgen Habermas, *Más allá del Estado nacional*, *op. cit.*, p. 126-134.

27 *Vide idem*, p. 112.

28 Sobre esta interpretação da “unidade política” em Carl Schmitt *vide* Christoph Burchard. Interlinking the Domestic with the International: Carl Schmitt on Democracy and International Relations, *cit.*, p. 23.

kantiana, porque, segundo Immanuel Kant, há uma “chave” da moral cívica, que é o facto de “cada pessoa [ser] um ser absolutamente valioso”.<sup>29</sup> Essa “chave” habilita Kant a defender uma “cidadania universalista”, fundada na liberdade<sup>30</sup> e, outrossim, assente numa concepção cosmopolita, justamente porque a *República kantiana* é universal(ista),<sup>31</sup> isto é, goza de uma “hospitalidade universal” e não é “hostil” relativamente aos estrangeiros.<sup>32</sup> A esse propósito, recorda José Rubió Carracedo o que Kant escreveu em *Rechtslehre*: “O acto pelo qual o povo se constitui em Estado [...] é o contrato originário, segundo o qual todos (*omnes et singuli*) abandonam no povo a sua liberdade exterior para a encontrarem como membros de uma república, isto é, como o povo considerado como Estado (*universi*) [...]”.<sup>33</sup>

Em suma, a doutrina que assinala a tradição universalista de matriz kantiana é extensíssima. Recordem-se, a título de exemplo, e directamente relacionados com as questões da *cidadania/democracia*, o que afirmam Martha C. Nussbaum e Paulo Ferreira da Cunha: Nussbaum destaca que a opção por uma “cidadania mundial”, que refute os patriotismo, nacionalismo e etnicismo, se funda numa tradição universalista kantiana;<sup>34</sup> Paulo Ferreira da Cunha refere que, para Kant, a cidadania só poderia ser compreendida pelo “assentimento”, acrescentando também que “[e]m Kant está a exaltação da cidadania pelo voto e do sistema representativo”.<sup>35</sup>

Apresentados, ainda que muito genericamente, os pilares das construções teóricas de Schmitt e Kant no que ao tema em apreço diz respeito, parece ser chegado o momento para equacionar o problema (do reconhecimento do direito de sufrágio activo a estrangeiros legalmente residentes) por referência a conceitos operatórios que não podem deixar de se considerar subjacentes a uma tentativa de resposta à questão colocada. Trata-se dos conceitos de

29 Adela Cortina. *Los ciudadanos como protagonistas*. Galáxia Gutenberg, Círculo de Lectores, Barcelona, p. 105, 1999.

30 Gérard Marcou. Le Principe d’Indivisibilité de la République. *Pouvoirs, La République*, n. 100, p. 60.

31 Neste sentido vide Jean-Marc Ferry. La Référence Républicaine au Defi de l’Europe. *Pouvoirs*, n. 100, p. 138.

32 No que respeita aos conceitos vide Immanuel Kant, *Paz Perpétua: um Projecto Filosófico*. Coleção Textos Clássicos de Filosofia, Universidade da Beira Interior, Covilhã, p. 20, 2008 (Terceiro Artigo definitivo para a Paz Perpétua) (trad. Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, 1795). Recordem-se, neste contexto, as palavras de Kant: “Este [o “território de outro”] pode rejeitar o estrangeiro, se isso puder ocorrer sem dano seu, mas enquanto o estrangeiro se comportar amistosamente no seu lugar, o outro não o deve confrontar com hostilidade”.

33 José Rubió Carracedo. Rousseau y Kant: una Relación Proteica. *Revista de Estudios Políticos*, n. 133, p. 25, 2006.

34 Martha C. Nussbaum. Patriotismo y Cosmopolitismo. In: *Los Limites del Patriotismo. Identidad, pertenencia y “ciudadanía mundial”*. Paidós, Barcelona, p. 13, maxime p. 18, 1999.

35 Paulo Ferreira da Cunha. *O Essencial sobre Filosofia Política Romântica*. Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, p. 23, 2007.

*cidadania, povo e democracia*. E, relativamente a eles, não poderemos deixar de recordar o que o reconhecido autor germânico Ulrich Beck afirmava, nos finais do Século transacto: o “léxico político e social” tornou-se “obsoleto” e necessita de ser “reescrito”.<sup>36</sup> Ora, dentro desse “léxico” inserem-se, sem dúvida, os conceitos de *cidadania* e de *povo* e, quiçá, o de *democracia*.

### 3 OS CONCEITOS OPERATÓRIOS SUBJACENTES AO PROBLEMA E A SUA MUTAÇÃO

#### 3.1 CIDADANIA

No Século XXI a cidadania é um conceito controverso e, por isso, altamente discutido, não apenas no campo jurídico, mas em todo o *mundo social*, embora a problemática se tenha encetado já nos finais do Século findo. Richard Bellamy começa, justamente, a sua recente Obra (de 2008) *Citizenship. A very short introduction* dizendo o seguinte: “[i]nterest in citizenship has never been higher. Politicians of all stripes stress its importance, as do church leaders, captains of industry, and every kind of campaigning group [...]”<sup>37 38</sup>

Todavia, no plano jurídico e, concretamente, ao nível do direito constitucional, não obstante os *novos ventos de mudança*, nomeadamente através do incremento da importância do vínculo da *residência*, a cidadania continua, basicamente, a ser entendida como um estatuto jurídico que deriva da nacionalidade.<sup>39 40</sup> Assim, ainda que Daniel Munro refira que os “modelos convencionais de cidadania que ligam o estatuto de membro ao nacional e

36 Ulrich Beck. *The Reinvention of Politics. Rethinking Modernity in the Global Social Order*. Polity Press, p. 6, 1997 (trad. Die Erfindung des Politischen, Suhrkamp Verlag, 1993).

37 Richard Bellamy. *Citizenship. A very short introduction*, Oxford University Press, 2008. p. 1.

38 Algumas observações/reflexões nossas sobre as mutações ao conceito de cidadania podem ser vistas em Cidadania: cambiante de um conceito e suas incidências político-constitucionais. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 82, p. 391-414, 2006, *maxime* p. 402, 406, 412 e 413; e em Alguns dilemas da Emancipação da Cidadania na Era Cosmopolita. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, *Stvdia Iuridica* 101, Coimbra Editora, v. 4, p. 1107-1123, 2010.

39 Neste sentido, *vide* Sujit Choudhry e Cheryl Saunders. Symposium on citizenship: Foreword. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 1, p. 6-8, 2010.

40 Exemplo disso é a nossa Constituição, que continua a oferecer como vínculo fundamental a cidadania/nacionalidade, não obstante a grande abertura conferida pelo princípio da equiparação do estrangeiro ao nacional (art. 15.º, n.º 1), que abre uma(s) janela(s) para a titularidade de direitos políticos por determinados estrangeiros. (Constituição da República Portuguesa. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.)

à identidade étnico-cultural vêm sendo desafiados por modelos emergentes baseados na residência e participação”,<sup>41</sup> a verdade é que muitos poderes constituintes têm resistido a esse *desafio*. Já no âmbito do direito internacional, as novas provocações que a cidadania tem enfrentado, *maxime* pelo incremento dos casos de dupla ou múltipla nacionalidade, *rectius* dupla ou múltipla cidadania,<sup>42</sup> são hoje “lugar[es] comu[ns]”, embora houvessem sido considerados, durante a modernidade, uma “abominação”.<sup>43</sup>

### 3.2 POVO

No Século actual, o conceito de *povo* é, também ele, polémico. Considerando um determinado espaço geográfico, o *povo* não é mais o povo em sentido schmittiano, isto é, um substracto em que a “identidade nacional” é uma “precondição para a reinvenção da autoridade do estado”<sup>44</sup> ou um povo pré-político, enquanto comunidade natural ou “comunidade de destino”.<sup>45</sup> O povo é hoje um *povo plural*.

Tomando de empréstimo a nomenclatura proposta por James Bohman, o povo é, hodiernamente, um *Démoi* e não um *Dêmos*.<sup>46</sup> Efectivamente, ainda que sejamos relutantes (quiçá por preconceito?) na partilha da ideia de James Bohman de uma acepção de democracia universal ou transnacional, que suporta o *Démoi* proposto pelo autor – na justa medida em que Bohman assenta a sua reflexão numa lógica de estruturas transnacionais, com o

41 Daniel Munro, *Integration Through Participation: Non-Citizen Resident Voting Rights in an Era of Globalization*, *cit.*, p. 64.

42 Sobre a preferência do conceito de dupla cidadania em detrimento do de dupla nacionalidade, por força das novas tendências do Direito dos Direitos Humanos, *vide* Peter J. Spiro, *Dual Citizenship as human right*, *cit.*, nota 13 na p. 115.

43 As expressões, ainda que adaptadas, são de Peter J. Spiro, *idem*, p. 111. Neste Artigo o autor defende que a dupla cidadania deve ser perspectivada como um direito humano. Também assumindo a necessidade de convocação da “Humanidade” através do estatuto de membro como direito humano, *vide* James Bohman, *Democracy across Borders: from Dêmos to Démoi*, The MIT Press, Cambridge/Mass./London, p. 101 ss., 2007.

44 Neste sentido, *vide* Christoph Burchard, *Interlinking the Domestic with the International: Carl Schmitt on Democracy and International Relations*, *cit.*, p. 11.

45 Sobre este conceito de povo, usado, nomeadamente, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1990 para recusar o direito de voto a estrangeiros a nível local, *vide* Daniel Munro, *Integration Through Participation: Non-Citizen Resident Voting Rights in an Era of Globalization*, *cit.*, p. 68-69. Mais recentemente, também Cristina M. Rodríguez recorda essa decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão – o Foreign Voters Case – afirmando que o conceito de povo previsto na Constituição alemã se determina pela “cidadania formal e nacional”. Cristina M. Rodríguez, *Noncitizen voting and the extraconstitutional construction of polity*, *cit.*, p. 33- 34. A este propósito, lembre-se ainda que, para Jürgen Habermas, nos anos 90 do Século XX na Grundgesetz sobrevivia, por razões históricas, um “conceito étnico de nação”. Assim, Jürgen Habermas. *Más allá del Estado nacional*, *op. cit.*, p. 113.

46 James Bohman. *Democracy across Borders: from Dêmos to Démoi*, *op. cit.*.

consequente desaparecimento do Estado e das suas instituições<sup>47</sup> – não pode deixar de se considerar que uma das estruturas teóricas que funda essa reconceptualização da democracia por Bohman está correcta: há um novo sujeito que é um *povo plural*, um *Démoi* e não um *Dêmos*. De resto, a sugestão não é exclusiva de Bohman. Seyla Benhabib, por exemplo, também afirma que compreender o *Dêmos* meramente como um *ethnos* já não se afigura “legítimo ou até verossímil”.<sup>48</sup> Do que se trata, no fundo, é de reconhecer o que, de forma simples, assinala Cristina M. Rodríguez: o povo não deve ser considerado uma entidade “estática”.<sup>49</sup>

Esta(s) proposta(s) de entendimento do *povo* como *Démoi* e *povo plural* encontra(m) alguns pontos de contacto com considerações já tecidas, no plano da teoria político-constitucional, por Jürgen Habermas. Relembre-se que a base comum de *todos* a uma dada Constituição é, para Habermas, a “nação de cidadãos”,<sup>50</sup> o que conduz a que o autor refute a tese schmittiana de povo homogéneo perante os seus “inimigos internos ou externos”, preferindo uma “nação de cidadãos ligados uns aos outros por direitos iguais”.<sup>51</sup> Aliás, auxiliado pela sua noção de *patriotismo constitucional*, Habermas insere-se, pelo menos neste particular aspecto, numa corrente de tendência cosmopolita, na justa medida em que assenta os *traços de identificação* não numa base étnica ou religiosa, mas *política*, por referência a *valores universais*. É justamente neste sentido que Daniel Munro salienta, inspirando-se em Habermas, que na “era pós-nacional ou multicultural” as sociedades reclamam novas “fontes de legitimação e integração”, exigindo “integração *social* e legitimação *democrática*”, “não podendo recorrer a identidades pré-políticas”.<sup>52</sup>

Perante estas propostas, parece dever perguntar-se por que não podem, num determinado espaço geográfico, *pessoas estrangeiras* ser incluídas na(s) fonte(s) de legitimação, tomando como pressupostos esta *abertura*

47 No que o autor designa por “republican cosmopolitanism”. *Idem*, p. 8.

48 Seyla Benhabib apud Daniel Munro. Integration Through Participation: Non-Citizen Resident Voting Rights in an Era of Globalization, *cit.*, p. 68.

49 Cristina M. Rodríguez. Noncitizen voting and the extraconstitutional construction of polity, *cit.*, p. 32.

50 Jürgen Habermas. Más allá del Estado nacional, *op. cit.*, p. 113.

51 *Idem*, p. 75.

52 Daniel Munro. Integration Through Participation: Non-Citizen Resident Voting Rights in an Era of Globalization, *cit.*, p. 68-69.

*conceptual* do povo e a ideia democrática (fundamental) de participação de todos?

### 3.3 DEMOCRACIA

O leitor poder-se-á questionar por que inserimos, quanto ao problema em análise, no *leque* dos *conceitos operatórios mutantes*, a *democracia*, a par dos de *cidadania* e de *povo*. Com efeito, tomando em consideração a ascensão de formas de democracia participativa e/ou directa, por um lado, e o decréscimo, se não mesmo a crise, da democracia representativa, por outro, poderíamos seguir a tendência de não destacar o problema do reconhecimento do direito de sufrágio a estrangeiros legalmente residentes, já que, como o tipo de democracia representativa se vem esvanecendo, essas *peças* participariam *democraticamente* através das outras formas assinaladas. Contudo, não nos parece que a resposta seja dotada de tal simplicidade.

Não contestamos o incremento de formas de democracia participativa e directa (de resto, curiosamente, propugnadas por Carl Schmitt). No entanto, se, por uma banda, elas não substituem o tipo de democracia representativa, por outra, não pode escamotear-se o facto de ser esta última a forma que continua, genericamente, a liderar<sup>53</sup> e que, aliás, constitui o tipo fundamental (determinante?) da Constituição da República Portuguesa. Por isso, parece falacioso, quando se pensa (e advoga) a integração de estrangeiros legalmente residentes, contornar o problema argumentando que a questão não se coloca (no plano do princípio democrático), já que essas pessoas podem intervir através do tipo de democracia participativa.

Como perspectivar, então, a *democracia*, partindo do facto, empiricamente verificável, de que as sociedades/comunidades são hoje globais e/ou plurais? Poderá continuar a entender-se que a democracia é uma esfera de decisão *nossa*, em que o *outro* não pode interferir? E quem é o *outro*? Elaine Scarry coloca o *dedo na ferida* quando escreve: “A forma como actuamos com os ‘outros’ está ligada à forma em que nos imaginamos. [...] Se tal é certo

53 Não apenas ao nível interno, mas, também, por exemplo, no plano do direito europeu. Caso paradigmático é, neste último sentido, a opção inscrita no artigo 10.º, n.º 1 do recente Tratado de Lisboa: O funcionamento da União baseia-se na democracia representativa (itálico aditado). (Tratado de Lisboa, de 13 de dezembro de 2007. Disponível em [https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado\\_Versao\\_Consolidada.pdf](https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf)).

mesmo quando se trata de uma pessoa amiga ou conhecida, o problema é maior quando a pessoa é desconhecida ou ‘estrangeira’”.<sup>54</sup>

Chamemos, novamente, à colação a construção schmittiana. Ainda que reconhecendo que, recentemente, alguns autores têm tentado (re)interpretar a *democracia* à luz da construção de Carl Schmitt (dela constituem exemplos as reflexões de Christoph Burchard, Andreas Kalyvas e Chantal Mouffe)<sup>55 56</sup>, parece-nos ser de continuar a apoiar a *inimizade democrática na obra schmittiana* tal como é perspectivado pela doutrina maioritária.<sup>58</sup> Com efeito, concordamos com Andreas Kalyvas quando afirma que Carl Schmitt reduziu a democracia ao princípio da igualdade,<sup>59</sup> esquecendo as dimensões da “liberdade colectiva” e da “emancipação social”,<sup>60</sup> interpretação que, como refere Manuel Jiménez Redondo, teve a sua origem no pensamento rousseauiano, quando este filósofo genebrino eliminou “o “senhor””, fazendo ‘coincidir sistemática e conceptualmente o ‘soberano’ com o ‘súbdito’”.<sup>61</sup> O “esquecimento” schmittiano das dimensões de democracia enquanto “liberdade colectiva” e “emancipação social” não é de somenos importância. De resto, não é verdade que Schmitt excluiu os direitos políticos democráticos a estrangeiros, argumentando que, dessa forma, cessaria a *unidade política*?<sup>62</sup>

Atentando agora em propostas mais recentes, James Bohman defende que hoje a democracia deve ser entendida como um “conjunto de instituições

54 Elaine Scarry. La Dificultad de Imaginar a otras Gentes. In: *Los Límites del Patriotismo. Identidad, pertenencia y “ciudadanía mundial”*, Paidós, Barcelona, p. 121, 1999.

55 Christoph Burchard. Interlinking the Domestic with the International: Carl Schmitt on Democracy and International Relations, *cit.*, p. 9-40, em que Burchard se mostra favorável ao entendimento de uma concepção democrática do pensamento schmittiano, pelo menos no que o autor considera como que um terceiro «período» do seu pensamento, isto é, com a publicação, já em 1950, da sua obra *Der Nomos der Erde*. Os primeiro e segundo períodos seriam, respectivamente, a fase weimariana (em que Schmitt se debruça sobre teoria política e constitucional a nível do direito interno) e a fase da “Alemanha Nazi” (com a qual Schmitt denota um “profundo envolvimento”). Assim, *vide*, em concreto, p. 9. Em sentido divergente, afirmando que a produção schmittiana dos anos 50 do Século XX possuía falta de «força e rigor analíticos» *vide* Jürgen Habermas, *Más allá del Estado nacional*, *op. cit.*, p. 129.

56 Andreas Kalyvas. Carl Schmitt and the Three Moments of Democracy. *Cardozo Law Review*, v. 21, p. 1525-1566, 2000.

57 O reconhecimento do esforço de compreensão da democracia na teoria schmittiana por Chantal Mouffe é assinalado por Andreas Kalyvas no artigo citado (em concreto, nota 2 da p. 1525) na nota anterior. Andreas Kalyvas refere, *inter alia*, as publicações da autora: *Penser la démocratie moderne avec, et contre, Carl Schmitt*, *Revue Française de Science Politique* (1992); e *Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy*, *Canadian J.L. & Jurisprudence* (1997).

58 Neste sentido, *vide*, por todos, Jürgen Habermas. *Más allá del Estado nacional*, *op. cit.*, p. 126-134.

59 Assim, recorde-se Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 221.

60 Andreas Kalyvas. *Carl Schmitt and the Three Moments of Democracy*, *cit.*, p. 1563.

61 Javier Jiménez Redondo. *Introdução*. In: Jürgen Habermas. *Más allá del Estado nacional*, *op. cit.*, p. 27.

62 Recorde-se o que diz Schmitt a p. 230: “O conceito central da Democracia é Povo, e não Humanidade”. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 230.

e procedimentos através dos quais os indivíduos se tornam cidadãos livres e iguais para conjuntamente formar e transformar a sua vida em comum, incluindo a própria democracia”.<sup>63</sup> Embora não contestemos a valia das reflexões de Bohman, desde logo porque o autor convoca conceitos clássicos e tenta discuti-los e/ou reconceptualizá-los à luz das novas exigências do Século XXI (como, de resto, já afirmámos relativamente ao conceito de *povo*)<sup>64</sup>, não seríamos tão radicais quanto Bohman quando defende que a democracia não o é “de uma comunidade singular, mas a de muitas diferentes comunidades”.<sup>65</sup> Com efeito, este entendimento leva Bohman a admitir (apenas?) o conceito de “democracia além fronteiras” (*democracy across borders*, no original).<sup>66</sup> Tal discordância não invalida, no entanto, que consideremos necessária uma “reinvenção” da democracia em “termos globais” na esteira de Beck,<sup>67</sup> reinvenção que não deve esquecer o seu (da democracia) papel na *emancipação social* e, quiçá, considerar que o *outro de hoje* talvez seja *um de nós amanhã*. Nesse sentido, acreditamos, com Daniel Munro, que a “saúde e estabilidade de uma democracia multicultural dependem de um forte sentido de *pertença democrática*, e não de uma mera aceitação de procedimentos democráticos”.<sup>68</sup> Ora, essa *pertença democrática* parece apontar para a consideração das *pessoas estrangeiras* como *sujeitos* no âmbito do próprio princípio democrático.

## 4 RECONHECIMENTO DE DIREITO DE SUFRÁGIO ACTIVO A ESTRANGEIROS LEGALMENTE RESIDENTES?

### 4.1 PRELIMINARES

Os conceitos operatórios destacados poderão, à primeira vista, não gozar todos da mesma importância quando se convoca a questão do reco-

63 A tradução é nossa da definição original do autor que, seguidamente, se transcreve: “set of institutions and procedures by which individuals are empowered as free and equal citizens to form and change the terms of their common life together, including democracy itself”. James Bohman. *Democracy across Borders: from Dêmos to Démoi*, *op. cit.*, p. 45.

64 *Vide supra* ponto 3.2.

65 Sobre estes conceitos *vide* James Bohman. *Democracy across Borders: from Dêmos to Démoi*, *op. cit.*, p. 12.

66 *Idem, ibidem*.

67 Recorde-se que Ulrich Beck defende que, tal como na Grécia Antiga foi necessária a invenção de formas de democracia local e nos séculos XVIII e XIX a invenção da democracia nacional, hodiernamente é essencial a invenção da democracia global. Assim, Ulrich Beck. *The Reinvention of Politics...*, *op. cit.*, p. 8.

68 Daniel Munro. *Integration Through Participation: Non-Citizen Resident Voting Rights in an Era of Globalization*, *cit.*, p. 76.

nhecimento do direito de sufrágio activo a estrangeiros legalmente residentes. Assim, é defensável, pelo menos numa fugaz apreciação, admitir que a *cidadania* é o conceito operatório principal, podendo *povo* e *democracia* emergir como *conceitos operatórios instrumentais*. No entanto, essa questão é de pouca valia para o problema em apreço, já que, como refere Richard Bellamy, “novas formas de cidadania” (diríamos, as novas construções teóricas sobre a cidadania) surgem como “alternativas” à visão clássica da cidadania enquanto participação política.<sup>69</sup> Mais. Questionamo-nos se essas “novas formas de cidadania” serão verdadeiramente “alternativas”, ou serão, antes, fugas ou meios de escape (nomeadamente, a tão propalada *cidadania mundial*) ao que deve considerar-se constituir o núcleo essencial deste conceito.

Independentemente da resposta que seja dada à pergunta anterior, a verdade é que, no seu originário (ou original) sentido, cidadania significa participação na vida da *polis*. É justamente nesta acepção que julgamos ser adequado enquadrar o problema em análise – no sentido de “cidadania democrática”<sup>70</sup> e de “legitimidade democrática”,<sup>71</sup> que também se poderá designar (a fim de que não dê origem a interpretações erróneas) por *reconhecimento de estatuto de membro de uma comunidade*. Só entendida desta forma a *cidadania* confere sentido à prossecução do bem público, enfatizando as responsabilidades<sup>72</sup> e permitindo, ao mesmo passo, construir uma *comunidade*. Este é o enquadramento com o qual devem ler-se as linhas que se seguem, isto é, no propósito de uma possível articulação entre os conceitos de *cidadania*, *democracia* e *direitos das pessoas*, ou, se se quiser tomar de empréstimo o linguajar internacional, *direitos humanos*.

#### 4.2. NACIONALISMO VS. COSMOPOLITISMO: UMA NOVA DICOTOMIA À MODA DE SCHMITT?

David C. Earnest aborda a “incorporação política” de estrangeiros legalmente residentes tomando como referentes os nacionalismo e transnacionalismo.<sup>73</sup> Tomemo-los como *mote* para indagar se a questão se deve

69 Richard Bellamy. *Citizenship. A very short introduction*, *op. cit.*, p. 2.

70 A expressão é de Richard Bellamy, *idem*, p. 3.

71 Terminologia de Daniel Munro. *Integration Through Participation: Non-Citizen Resident Voting Rights in an Era of Globalization*, *cit.*, p. 73.

72 Em sentido análogo, *vide* Richard Bellamy. *Citizenship. A very short introduction*, *op. cit.*, p. 3.

73 David C. Earnest. *Old Nations, new voters...*, *op. cit.*, p. 47 ss..

conceber, à *moda schmittiana*, numa lógica dicotómica entre *nacionalismo vs. transnacionalismo*, ou se, pelo contrário, o problema da incorporação política de estrangeiros legalmente residentes pode, e reclama, outro tipo de enquadramento.

O *nacionalismo* foi um dos conceitos que, incontestavelmente, dominou a construção da *cidadania* no moderno esquema do *contrato social*.<sup>74</sup> Contudo, o nacionalismo é, também, como afirma Ulrich Beck, e não obstante possa assumir “múltiplos significados” e “manifestações”, um dos “inimigos” do cosmopolitismo hodierno.<sup>75</sup> Com efeito, o *nacionalismo* tem como elemento comum, e ainda nas palavras de Beck, o “*essencialismo metafísico da ‘nação’*”, que conduz a uma «forma de relativismo pós-moderno”.<sup>76</sup> Sendo tal observação de Beck certa, também não deixa de ser verdade que a completa erosão do *nacional* pode fazer emergir outras formas/fontes de lealdade (como as étnicas ou religiosas), seguramente, outrossim, problemáticas e, sem dúvida, também elas “inimigas” da República, *rectius* de uma *res publica*. De acordo com estes pressupostos, não pode deixar de se concordar com Richard Falk, quando o autor recusa uma polarização do tipo patriotismo vs. cosmopolitismo, optando, antes, por uma “reestruturação”, que suporá um “diálogo político ininterrupto e um *ethos* de inclusividade”.<sup>77</sup> Assim, se, como assinala David C. Earnest, a *inclusividade* é um “prenúncio de modificação na forma e função do estado-nação”,<sup>78</sup> seguramente que esse *ethos* [de inclusividade] pressuporá a rejeição de uma construção dicotómica *amigo/inimigo* schmittiana (também no que respeita ao reconhecimento do direito de sufrágio activo a estrangeiros legalmente residentes).

Estamos cientes de que esta não é uma solução indiscutível. Com efeito, numa lógica que radicaria ainda numa matriz schmittiana, poder-se-ia argumentar que a solução passaria pela dissolução nas actuais sociedades das “pluralidade, cisões, clivagens, conflitos e lutas” que são “fonte [...] de ins

74 Neste sentido, vide Ronnie D. Lipschutz. Members Only? Citizenship and Civic Value in a Time of Globalization. In: Daniel N. Nelson and Laura Neack (Ed.). *Global Society in Transition. An International Politics Reader*, Kluwer Law International, New York/The Hague/ London, p. 143, 2002.

75 Ulrich Beck. *La Società Cosmopolita. Prospettive dell'epoca postnazionale*. il Mulino, Bologna, p. 220 ss., 2003.

76 *Idem*, p. 221-222.

77 Richard Falk. Una Revisión del Cosmopolitismo. In: *Los Límites del Patriotismo. Identidad, pertenencia y «ciudadanía mundial»*, Paidós, Barcelona, p. 72. 1999 (saliente-se, no entanto, que já não acompanhamos na íntegra o autor no que diz respeito ao conceito de “democracia cosmopolita” – vide p. 73).

78 David C. Earnest. Old Nations, new voters...., *op. cit.*, p. 4.

tabilidade social e política”.<sup>1</sup> Todavia, não cremos que a heterogeneidade cultural, ou mesmo étnica, possa/deva ser assumida como *inimiga* da República,<sup>2</sup> ainda que percebamos que outro desenlace passará por opções político-constitucionais não tradicionais.

#### 4.3 CIDADANIA E DIREITO DE SUFRÁGIO ACTIVO DE ESTRANGEIROS – DUAS FACES DE UMA MESMA MOEDA?

Uma possível resposta à questão do reconhecimento de direito de sufrágio activo a estrangeiros legalmente residentes é exigir que essas *pessoas se convertam em cidadãos nacionais* (isto é, cidadãos na acepção moderna do conceito), ou seja, reclamar a sua naturalização. De acordo com esta solução, uma agilização dos requisitos de naturalização favorecerá(ia) uma mais célere titularidade de direitos políticos e, designadamente, o direito de sufrágio.<sup>3</sup> Não parece que este seja um caminho adequado, tomando como pressupostos a *era global* e a *lógica universalista* de matriz kantiana. Mais. Com uma solução desta natureza, poder-se-á(ia) vir a exigir a abdicação, por parte de certas *pessoas*, de um estatuto, a fim de que se convertam(essem) em cidadãos plenos no Estado de acolhimento.<sup>4</sup> É, justamente, com uma resposta deste tipo, mas criticando-a, que David C. Earnest enceta a sua obra *Old Nations, new voters: nationalism, transnationalism, and democracy in the era of global migration*. O autor busca auxílio num excerto do Jornal *New York Times*, datado de 19 de Abril de 2004. A ideia que perpassa da notícia citada é que, em nome do “melhor interesse da nação” [isto é, dos Estados Unidos], deve promover-se a naturalização de estrangeiros legalmente residentes, de modo a que estes se convertam em cidadãos, mais se adiantando

1 Sobre estes conceitos como típicos do pensamento schmittiano *vide* Andreas Kalyvas. Carl Schmitt and the Three Moments of Democracy, *cit.*, p. 1528.

2 Admitimos que a heterogeneidade possa ser inimiga do Estado na acepção moderna do Estado-nação, mas outro tanto não vale para a República.

3 Neste contexto, não devemos deixar de chamar a atenção para o facto de alguns Estados da Europa terem vindo a incrementar as exigências relativamente à naturalização, como, de resto, já apontámos em Alguns dilemas da Emancipação da Cidadania na Era Cosmopolita, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, *Stvdia Iyridica 101*, Coimbra Editora, v. IV, p. 1120-1121, 2010, nomeadamente no caso do Estado “bastião do multiculturalismo”, isto é, a Holanda. Uma reflexão sobre requisitos mais exigentes no plano do conhecimento cívico em Estados europeus para efeitos de naturalização pode ver-se, recentemente, em Rainer Bauböck e Christian Joppke (Ed.), *How Liberal are Citizenship Tests?*. EUI Working Papers. RSCAS 2010/41, EUDO Citizenship Observatory, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, Badia Fiesolana, 2010.

4 Sobre esta questão, afirma Cristina M. Rodríguez que a “naturalização oferece uma alternativa para a dissociação entre o sufrágio e a cidadania”. Cristina M. Rodríguez. Noncitizen voting and the extraconstitutional construction of polity, *cit.*, p. 40.

que é “contraproducente” estender os “benefícios de cidadania” àqueles que ainda possuem uma “primeira lealdade relativamente a outro país”.<sup>5</sup> Como já afirmámos, uma solução desta natureza estabelece que o reconhecimento de um dado *estatuto* apenas se fará sob condição, o que, se, por um lado, entrava a lógica da *inclusividade* numa *era global* de tendência universal,<sup>6</sup> por outro, não acentua devidamente o vínculo da *residência*. E contra estas últimas razões não se argumente que se trata de uma questão de lealdade, pois, como esclarece Amartya Sen, “[a] exigência de uma lealdade fundamental não é necessariamente idêntica à exigência de uma lealdade exclusiva”.<sup>7</sup>

Assim, somos favoráveis a uma perspectiva não de necessária promoção de naturalização de estrangeiros, mas de reconhecimento de um *direito de inclusividade às pessoas que sejam membros de uma dada comunidade*. Aliás, no limite, o *trilho da naturalização* para a resolução do problema do reconhecimento do direito de voto a estrangeiros legalmente residentes pode enfermar do perigo de conduzir a um *novo povo homogéneo*, seguramente diverso do preconizado por Schmitt, mas, ainda assim, pautado por uma lógica de homogeneização (*maxime*, cultural), embora agora pós-moderna ou global.

Em suma, parece-nos que, diferentemente do que se intitulou (de resto, sob a forma interrogativa), cidadania e reconhecimento do direito de sufrágio a estrangeiros legalmente residentes não devem ser perspectivados como duas faces de uma mesma moeda, isto é, o reconhecimento do direito de sufrágio a estrangeiros não pode pautar-se por uma lógica dicotómica de inspiração schmittiana, traduzida nos binómios ou *cidadão/não cidadão*, ou *amigo/inimigo*. Estamos certos de que o *ideal* seria que *todos* pudessem ser considerados *membros* de uma comunidade para efeitos de legitimação do poder político<sup>8</sup> numa lógica de matriz kantiana universal. Todavia, num *tempo da história* que é um *tempo actual*, mas em *vertiginosa mutação*, as dúvidas sobre o melhor percurso adensam-se. Efectivamente, se a tese em que se baseia a construção teórica de Schmitt – que se poderia apelidar de

5 David C. Earnest. Old Nations, new voters. ..., *op. cit.*, p. 1.

6 A literatura sobre o problema da inclusividade na teoria política e constitucional é extensíssima. Assinalem-se, a título de exemplo, em especial sobre o problema da cidadania, o clássico *Predatory Globalization: A Critique*, de Richard Falk (Blackwell Publishers Inc., p. 153-166, 2000) e, numa perspectiva mais geral da Teoria da Constituição, J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. p. 1347-1349.

7 Amartya Sen. Humanidad y Ciudadanía. In: *Los Límites del Patriotismo. Identidad, pertenencia y "ciudadanía mundial"*. Barcelona: Paidós, 1999. p. 136.

8 Quando aludimos a “todos” e a “membros” estamos, obviamente, a pensar no círculo de estrangeiros legalmente residentes e não num qualquer estrangeiro, nomeadamente num trabalhador imigrante sazonal, situação que cada vez mais se torna comum nos dias de hoje.

*nacionalista* – se afigura como um caminho a refutar, a tese de Kant – que, hodiernamente, se apelidaria de *transnacionalista*<sup>9</sup> –, ainda que ideal, pode não vir a oferecer uma resposta factível. Quiçá uma ponderação entre as premissas em que teoricamente assentam as duas teses seja, pelo menos por agora, o melhor trilho.

## 5 CONCLUSÃO

Numa lógica de “reinvenção da política” na segunda modernidade,<sup>10</sup> cremos que deve alcançar-se uma correspondência entre *sociedade e política*. Por isso, consideremos *factos*: é um *facto* que as hodiernas sociedades são *plurais*; é, também, um *facto* que, perante essa pluralidade, há que proceder a uma *integração* (qualquer que ela seja) dos imigrantes; é, outrossim, um *facto* que se assiste a uma tendência, mais ou menos generalizada, para uma equação coincidente entre *cidadania e território*.

Reconheçamos, agora, qual o *calcanhar de Aquiles* de toda esta problemática: sendo já relativamente generalizado o reconhecimento de direito de sufrágio activo (e, por vezes, passivo) a estrangeiros legalmente residentes a nível local, a *sensibilidade* reside, sobretudo, nos actos eleitorais a nível nacional.

Uma pista para a resolução do problema do reconhecimento de direito de sufrágio activo a estrangeiros legalmente residentes parece-nos assentar no *tipo de integração* que para essas *pessoas* se propugna. A integração que nos parece ajustada não é a da assimilação dos estrangeiros pela *nossa* (ou *da deles*) *concepção de bem*, mas uma *integração de pessoas nas instituições políticas que constituem a República em que esses sujeitos residem*. Com efeito, acompanhando o pensamento de Daniel Munro, as instituições e os procedimentos democráticos não se auto-sustentam. Dependem de um suporte.<sup>11</sup> Entendemos, pois, que esse suporte poderá assentar na *participação de todos os que habitam a República*, porque o estatuto de *membro* não se afere hoje pela *pátria histórica*, mas pela *lealdade às instituições que constituem essa República*. Quiçá seja exactamente por isso que Linda Bos-

9 As expressões são inspiradas em David C. Earnest. *Old Nations, new voters...*, *op. cit.*, p. 4.

10 Tomamos de empréstimo a proposta de Ulrich Beck em *The Reinvention of Politics...*, *op. cit.*.

11 Neste sentido, *vide* Daniel Munro. *Integration Through Participation: Non-Citizen Resident Voting Rights in an Era of Globalization*, *cit.*, p. 71.

niak reflecta sobre a «relação ambígua», no plano do direito constitucional, entre os conceitos de *cidadania* e de *personalidade* (*personhood*, no original), parecendo preferir o segundo (atenta a ideia de «universal» que este comporta), em detrimento da concepção de um «status nacional» enraizada no conceito de cidadania.<sup>12</sup>

Jürgen Habermas e Ulrich Beck fornecem, outrossim, pistas para equacionar a questão de que tratamos. Com efeito, se Habermas, nomeadamente na “Conversa sobre questões de teoria política”, explicita que todos os *indivíduos* devem ter acesso ao “espaço público político”,<sup>13</sup> também Beck reflecte sobre a dicotomia *dentro/fora*,<sup>14</sup> nomeadamente acerca da distinção entre “nós” e “estrangeiros”.<sup>15</sup> De acordo com esta linha de pensamento, parece ser de concordar com Daniel Munro quando reconhece a *residência* como um factor relevante, não só para a “participação democrática”, mas, também, para a “solidariedade”, o que, reflexamente, conduz à ideia de que atribuir direito de sufrágio activo a estrangeiros legalmente residentes é “compatível com, e *reclamado* pela, democracia”.<sup>16</sup> Também Cristina M. Rodríguez, embora, por um lado, salientando a relevância de cada “cultura constitucional” para tal solução<sup>17</sup> e, por outro, assinalando a sua não obrigatoriedade, admite que, para além de outros mecanismos de integração, a “legitimidade democrática” não preclui o reconhecimento do direito de voto a estrangeiros.<sup>18</sup> Claro que, relativamente a esta nota de Cristina M. Rodríguez, poderemos sempre questionar se todas as “culturas constitucionais” são igualmente legítimas, na medida em que, como bem salienta Elaine Scarry, “se as soluções constitucionais relativamente aos estrangeiros não são efectivas, então a prática diária e espontânea da generosidade terá um efeito reduzido, e todas as nossas conversas sobre a alteridade serão ociosas”.<sup>19</sup>

Assentando em pressupostos idênticos, quiçá indo *inclusivo* mais longe, Daniel Munro afirma que “participando na vida público-política, *não-cidadãos*

12 Linda Bosniak. Persons and citizens in constitutional thought. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n.1, p. 9-29, 2010. Sobre as expressões *vide* p. 9, sobre a preferência pelo conceito de *personalidade vide* p. 10.

13 Jürgen Habermas. Más allá del Estado nacional, *op. cit.*, p. 160.

14 Ulrich Beck. The Reinvention of Politics..., *op. cit.*, Cap. 2, p. 62.

15 *Idem*, p. 66.

16 Daniel Munro. Integration Through Participation: Non-Citizen Resident Voting Rights in an Era of Globalization, *cit.*, p. 69 (itálico aditado).

17 Cristina M. Rodríguez. Noncitizen voting and the extraconstitutional construction of polity, *cit.*, p. 36.

18 *Idem*, p. 35.

19 Elaine Scarry. La Dificultad de Imaginar a otras Gentes, *cit.*, p. 121.

podem desenvolver capacidades deliberativas e compromissos democráticos necessários para estabilizar as democracias multiculturais”.<sup>20</sup> Com efeito, embora não descurando a necessidade de uma maior investigação do ponto de vista empírico, o autor reconhece que os sistemas que permitem o direito de voto de “não-cidadãos” parecem proporcionar “mecanismos integrativos e educacionais que podem facilitar a aquisição de capacidades deliberativas e de compromissos democráticos necessários para a estabilidade e legitimidade de uma democracia multicultural”.<sup>21</sup> Em sentido aproximado, Joseph Carens afirma, a propósito da discussão acerca dos testes de naturalização que alguns Estados europeus vêm implementando, que “como questão do fundamental princípio democrático, as pessoas que se estabeleceram num país por alguns anos são membros da sociedade e deveriam poder participar no processo político que governa a sua sociedade”.<sup>22</sup>

Assimilando todos estes contributos, é legítimo que nos perguntemos por que razão não integram essas *pessoas* o conceito de *povo* (*eleitor*) enquanto fundamento da legitimação da política, se elas são “membros da sociedade”. Quer a *legitimidade democrática*, quer a *integração de imigrantes* levam-nos a crer na existência de boas razões para um alargamento do direito de sufrágio relativamente aos “cidadãos à espera”, para usar a expressão de Irene Bloemraad,<sup>23</sup> superando a “igualdade da irrelevância”, nas palavras de Elaine Scarry.<sup>24</sup> Assim, *direitos humanos, pessoalidade, inclusividade e democracia* parecem constituir os *pontos de partida* para um argumentário sobre a possibilidade de alargamento do direito de sufrágio activo a estrangeiros legalmente residentes, com o propósito de lhes conferir o estatuto de *membros plenos da comunidade em que residem*.

Resta-nos acrescentar uma última palavra sobre o *calcanhar de Aquiles* de toda a problemática, a que acima nos referimos. Com a tendencial generalizada exclusão do direito de sufrágio activo a estrangeiros legalmente residentes em actos eleitorais nacionais (considerando a propensão para o

20 Daniel Munro. Integration Through Participation: Non-Citizen Resident Voting Rights in an Era of Globalization, *cit.*, p. 65.

21 *Idem*, p. 65-66.

22 Joseph Carens. The most liberal citizenship test is none at all. In: Rainer Bauböck e Christian Joppke (Ed.). *How Liberal are Citizenship Tests?*, EUI Working Papers. RSCAS 2010/41, EUDO Citizenship Observatory, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, Badia Fiesolana, p. 19, 2010.

23 *Apud* Cristina M. Rodríguez. Noncitizen voting and the extraconstitutional construction of polity, *cit.*, nota 55 na p. 44.

24 Elaine Scarry. La Dificultad de Imaginar a otras Gentes, *cit.*, p. 129.

seu reconhecimento paulatino no que respeita a actos eleitorais a nível local), não estarão a construir-se, no seio de uma mesma ordem jurídico-constitucional, “dois povos”?,<sup>25</sup> em que, paradoxalmente, o povo eleitor local é mais alargado do que o povo eleitor nacional? Acresce que, do ponto de vista dos princípios, não compreendemos por que é que, em face da(s) mutação(ões?) dos conceitos de *cidadania*, *povo* e *democracia*, há-de persistir a regra, *ainda (?) que apenas a nível nacional*, da titularidade de um direito fundamental por um membro de uma comunidade com base na *lei da cidadania clássica*, quando o seu sentido – o da cidadania clássica – já se alterou...

## REFERÊNCIAS

BAUBÖCK, Rainer; JOPPKE, Christian (Ed.). *How liberal are citizenship tests?*. EUI Working Papers. RSCAS 2010/41, EUDO Citizenship Observatory, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, Badia Fiesolana, 2010.

BECK, Ulrich. *The reinvention of politics. Rethinking modernity in the global social order*. Polity Press, 1997 (trad. Die Erfindung des Politischen, Suhrkamp Verlag, 1993).

\_\_\_\_\_. *La società cosmopolita. Prospettive dell'epoca postnazionale*. Bologna, il Mulino, 2003.

BELLAMY, Richard. *Citizenship. A very short introduction*. Oxford University Press, 2008.

BLOEMRAAD, Irene. “We the People” in an Age of Migration: Multiculturalism and Immigrants’ Political Integration in a Comparative Perspective. In: Rogers M. Smith (Ed.). *Citizenship, Borders, and Human Needs (Democracy, Citizenship, and Constitutionalism)*. University of Pennsylvania Press, 2011.

BOHMAN, James. *Democracy across borders: from Dêmos to Démoi*. Cambridge / Mass./ London: The MIT Press, 2007.

BOSNIAK, Linda. Persons and citizens in constitutional thought. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n.1, 2010.

---

<sup>25</sup> A ideia da existência de “dois povos” – um local e outro nacional – é inspirada numa observação de Cristina M. Rodríguez. Assim, *vide*, da autora, Noncitizen voting and the extraconstitutional construction of polity, *cit.*, p. 41.

BURCHARD, Christoph. Interlinking the Domestic with the International: Carl Schmitt on Democracy and International Relations. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, n.1, 2006.

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

\_\_\_\_\_. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARENS, Joseph. The most liberal citizenship test is none at all. In: Rainer Bauböck e Christian Joppke (Ed.). *How liberal are citizenship tests?*. EUI Working Papers. RSCAS 2010/41, EUDO Citizenship Observatory, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, Badia Fiesolana, 2010.

CARRACEDO, José Rubió. Rousseau y Kant: una Relación Proteica. *Revista de Estudios Políticos*, n. 133, 2006.

CHOUDHRY, Sujit; SAUNDERS, Cheryl. Symposium on citizenship: Foreword. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 1, 2010.

Constituição da República Portuguesa. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

CORTINA, Adela. *Los ciudadanos como protagonistas*. Barcelona: Galáxia Gutenberg, Círculo de Lectores, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *O essencial sobre filosofia política romântica*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2007.

Directiva 94/80/CE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1994, que estabelece as regras de exercício do direito de voto e de elegibilidade nas eleições autárquicas dos cidadãos da União residentes num Estado-membro de que não tenham a nacionalidade. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31994L0080&from=PT>.

EARNEST, David C. *Old Nations, new voters: nationalism, transnationalism, and democracy in the era of global migration*. Albany: State University of New York Press, 2008.

ESTUDOS EM HOMENAGEM ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. *Stvdia Ivridica, Ad Honorem*, 104 – 6. Coimbra: Coimbra Editora, v. 3, 2012.

FALK, Richard. Una Revisión del Cosmopolitismo. In: *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y “ciudadanía mundial”*. Barcelona: Paidós, 1999.

\_\_\_\_\_. *Predatory Globalization: a critique*. Blackwell Publishers Inc., 2000.

FERRY, Jean-Marc. La Référence Républicaine au Defi de l’Europe. *Pouvoirs*, n. 100, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Más allá del Estado nacional*. 2. ed. Editorial Trotta, 1998 (trad. Die Normalität einer Berliner Republik. Kleine Politische Schriften VIII, 1995).

KALYVAS, Andreas. Carl Schmitt and the Three Moments of Democracy. *Cardozo Law Review*, v. 21, 2000.

KANT, Immanuel. *Paz Perpétua: um projecto filosófico*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, Coleção Textos Clássicos de Filosofia, 2008 (Terceiro Artigo definitivo para a Paz Perpétua) (trad. Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, 1795).

LIPSCHUTZ, Ronnie D. Members Only? Citizenship and Civic Value in a Time of Globalization. In: Daniel N. Nelson and Laura Neack (Ed.). *Global society in transition. An international politics reader*. New York / The Hague / London: Kluwer Law International, 2002.

MARCOU, Gérard. Le Principe d’Indivisibilité de la République. *Pouvoirs, La République*, n. 100, 2001.

MUNRO, Daniel. Integration Through Participation: Non-Citizen Resident Voting Rights in an Era of Globalization. *Journal of International Migration and Integration*, v. 9, n.1, 2008.

NUSSBAUM, Martha C. Patriotismo y Cosmopolitismo. In: *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y “ciudadanía mundial”*. Barcelona: Paidós, 1999.

ORFANEL, Germán Gómez. Soldados y ciudadanos, según Carl Schmitt. *Revista de Estudios Políticos*, n. 123, 2004.

RODRÍGUEZ, Cristina M. Noncitizen voting and the extraconstitutional construction of polity. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n.1, 2010.

SCARRY, Elaine. La Dificultad de Imaginar a otras Gentes. In: *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y "ciudadanía mundial"*. Barcelona: Paidós, 1999.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1996 (trad. Verfassungslehre, 1928).

SEN, Amartya. Humanidad y Ciudadanía. In: *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y "ciudadanía mundial"*. Barcelona: Paidós, 1999.

SMITH, Rogers M. Introduction. In: Rogers M. Smith (Ed.). *Citizenship, Borders, and Human Needs (Democracy, Citizenship, and Constitutionalism)*. University of Pennsylvania Press, 2011.

SPIRO, Peter J. Dual Citizenship as human right. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 1, 2010.

Tratado de Lisboa, de 13 de dezembro de 2007. Disponível em [https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado\\_Versao\\_Consolidada.pdf](https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf).

VEIGA, Paula. Cidadania: cambiante de um conceito e suas incidências político-constitucionais. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 82, 2006.

\_\_\_\_\_. Alguns dilemas da Emancipação da Cidadania na Era Cosmopolita. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Stvdia Ivridica, Ad Honorem*, 101. Coimbra: Coimbra Editora, v. 4, 2010.

VERDÚ Pablo Lucas; SCHMITT, Carl. *Revista de Estudios Políticos*, n. 64, 1989.



# DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRAMAJORITÁRIA: BREVES CONSIDERAÇÕES

Cristian Patric de Sousa Santos \*

## RESUMO

O presente artigo visa avaliar a compatibilidade entre o exercício da jurisdição constitucional como atividade contramajoritária e o regime democrático. Para o reconhecimento da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, parte-se da análise de uma concepção constitucional de democracia, superando eventual reducionismo a uma concepção meramente formal, na qual haveria estrita vinculação ao princípio majoritário. Recorrendo-se ao substancialismo e ao procedimentalismo como correntes da filosofia constitucional contemporânea, verifica-se que, ao se tratar da defesa da democracia constitucional, a jurisdição constitucional exerce papel indispensável tendo como meta a efetivação de direitos fundamentais. Ao final, demonstra-se que, mesmo sendo contramajoritária, a jurisdição constitucional não é antidemocrática. Como técnica de abordagem, serão utilizados os métodos dedutivo e indutivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Democracia Constitucional. Jurisdição Constitucional. Legitimidade Democrática. Contramajoritarismo.

## ABSTRACT

The present article aims to evaluate the compatibility between the exercise of constitutional jurisdiction as countermajoritarian activity and the democratic regime. For the recognition of the democratic legitimacy of the constitutional jurisdiction, we start with the analysis of a constitutional conception of democracy, overcoming eventual reductionism to a purely formal conception, in which there would be strict connection with the majority principle.

\* Servidor do TRE-BA. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito. Aluno Especial do Mestrado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Constitucional do Instituto Baiano de Ensino Superior – IBES e da Faculdade Salvador – FACSAL.

Recourse to substantialism and proceduralism as currents of contemporary constitutional philosophy, it turns out that, when it comes to the defense of constitutional democracy, constitutional jurisdiction plays an indispensable role with the goal of the realization of fundamental rights. In the end, it is shown that, even though it is countermajoritarian, constitutional jurisdiction is not undemocratic. As a technique of approach, the deductive and inductive methods will be used, based on a bibliographical research.

Keywords: Constitutional Democracy. Constitutional Jurisdiction. Democratic Legitimacy.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa demonstrar a compatibilidade entre o exercício da jurisdição constitucional contramajoritária e o regime democrático. Sem a pretensão de exaurir o tema proposto, será investigado como o Poder Judiciário, o qual não é investido por meio do voto popular, pode controlar decisões políticas majoritárias encampadas pelo Poder Legislativo, legítimo representante da vontade popular.

Para o alcance dos fins pretendidos, deve-se partir da análise da concepção constitucional de democracia, superando-se a estrita vinculação desta ao princípio majoritário. Reconhecendo-se a inquestionável importância da contribuição da obra de Rousseau ao transferir o centro do exercício do poder ao povo, depura-se da ideia de soberania popular o apego exagerado ao totalitarismo da vontade da maioria, para reconhecer a defesa da minoria como elemento valorativo que atribui legitimidade democrática à jurisdição constitucional.

A sustentação da concepção constitucional de democracia será realizada em tópico inicial, com base na doutrina de Friedrich Müller<sup>2</sup> (e as concepções de “povo” por ele apresentada), Robert Dahl<sup>3</sup> (e seu reconhecimento da importância do princípio da igualdade política) e Ronald Dworkin<sup>4</sup> (e o destaque aos membros de uma comunidade como agentes morais). A

2 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* a questão fundamental da democracia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

3 DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

4 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

conjugação dos três autores firmará as bases para o modelo de democracia reconhecido no presente artigo.

Posteriormente, serão utilizados discursos de defesa da legitimidade democrática da jurisdição constitucional com base em duas correntes principais reconhecidas na filosofia constitucional contemporânea: o procedimentalismo, com base na obra de John Hart Ely;<sup>5</sup> e o substancialismo, que possibilita ao Poder Judiciário a construção de decisões com base em valorações substanciais em prol da defesa dos direitos fundamentais.

Como elemento de reforço à atuação da jurisdição constitucional contramajoritária e sua legitimidade democrática, será tratada, ao fim, a crise de representatividade vivenciada nas democracias modernas, com base em Mauro Cappelletti.<sup>6</sup> A crise de representatividade será vista como atributo que reforça a atuação judicial no controle dos processos democráticos, destituindo a vontade de parlamentares que apenas se apropriam do discurso de representação da vontade popular sem atender, de fato, aos anseios dos cidadãos.

A relevância temática do presente estudo, bem como a sua atualidade, são verificadas no cenário nacional diante da constante atuação do Supremo Tribunal Federal, bem como de todo o Poder Judiciário, no controle de atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo ao longo desta década, especialmente nos últimos três anos da história política brasileira.

## 2 O RECONHECIMENTO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Talvez não haja um termo tão festejado no campo da Ciência Política e tão impregnado no cotidiano das sociedades modernas – ao menos ocidentais – quanto “democracia”. Ainda que determinados governantes não fundem sua relação de poder em bases democráticas, haverá a sustentação em seu discurso, afinal se trata de regime político de melhor aceitação pela carga valorativa que o acompanha.

Ocorre que até mesmo o termo “democracia” não tem significado unívoco, podendo assumir distintas feições ante a sua polissemia. E por

5 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

6 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

isso, mesmo se tratando de um conceito histórico,<sup>7</sup> ainda hoje se proliferam discussões acerca do seu real sentido e alcance.

Todavia, a intenção no momento não é investigar as várias formas de democracia, nem mesmo exaurir o processo de sua progressiva afirmação ao longo da história, mas sim expor as ideias que permeiam o sentido de democracia aqui empregado para, a partir de então, firmar o argumento favorável à legitimidade da jurisdição constitucional no exercício de seu papel contramajoritário.

O recorte epistemológico necessário para o tratamento da democracia que ora se propõe deve ocorrer na análise da doutrina da soberania popular (Rousseau),<sup>8</sup> bem como de eventuais críticas a ela formuladas, para posterior consagração da proteção das minorias como elemento essencial ao conceito de democracia aqui utilizado.

A partir das concepções desenvolvidas na Modernidade, a democracia passa a ser reconhecida como governo da maioria, ou governo do povo. Tal associação, bem como as formulações para a base do Estado Moderno, se deve a Jean Jacques Rousseau, teórico político fundamental nas inspirações revolucionárias liberais do século XVIII, mais precisamente a Revolução Francesa. Rousseau passa a conceber o Estado fundado na vontade geral (*volonté générale*), afirmando que “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, o bem comum, pois se a discordância dos interesses particulares tornou necessária a fundação das sociedades, a harmonia desses interesses a possibilitou”.<sup>9</sup>

Pode-se afirmar que o pensamento rousseauiano inaugura as bases da democracia moderna, deslocando o eixo de titularidade do poder para as mãos do povo, quando se consagra, então, a soberania popular. Concebe-se o Estado baseado na vontade geral.

7 “Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do Homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva também na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa de evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo.” [SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 43. (Estudos sobre a Constituição)].

8 ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

9 *Ibidem*, p. 39.

Rousseau defende a manifestação da soberania popular por ato de manifestação da vontade geral expressada pelos próprios cidadãos, inadmitindo, assim, a representação. Afirma o filósofo:

Não se pode representar a soberania pela mesma razão que se não pode alienar; consiste ela essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa, ou ela é a mesma, ou outra, e nisso não há meio termo; logo os deputados do povo não são, nem podem ser, representantes seus; são comissários dele, e nada podem concluir decisivamente. É nula, nem é lei, aquela que o povo em peso não retifica. Julga-se livre o povo inglês, e muito se engana, que o é só durante a eleição dos membros do parlamento, finda a qual, hei-lo na escravidão, hei-lo nada; e como ele emprega os breves momentos de sua liberdade, merece bem que a perca.<sup>10</sup>

Inegável a importância de Rousseau no desenvolvimento da democracia a partir da Modernidade. Há, contudo, inúmeras críticas à sua doutrina, que depuram a soberania popular do potencial totalitário consubstanciado no excessivo apego à vontade da maioria, como fonte última e incontestável do poder político,<sup>11</sup> bem como aquelas que demonstram a impossibilidade de nulificação do sistema democrático representativo.

Acerca da democracia representativa, acredita-se que o não reconhecimento da representação da vontade geral nos termos propostos por Rousseau, não obstante ganhar relevância especial em países nos quais se reconhece uma verdadeira crise de representatividade,<sup>12</sup> dificilmente lograria êxito nos Estados Modernos, diante mesmo da dificuldade prática de valer-se da democracia direta tal como vivenciada na antiga democracia grega, pela sociedade ateniense.

10 ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 91-92.

11 VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 37

12 A ideia de crise de representatividade será retomada posteriormente, com base na obra do jurista italiano Mauro Cappelletti, denominada "Juizes Legisladores?". (CAPPELLETI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993). Pode-se registrar de antemão, contudo, breve passagem do Professor Dirley da Cunha Jr.: "A crise de representação política e, conseqüentemente, da democracia representativa calcada na ideia da representação popular sintetiza a compreensão de que a lei, outrora expressão da vontade geral, tem se tornado um veículo de opressão e manifesto meio de violação dos direitos fundamentais e da Constituição". (CUNHA JR., Dirley da. *Controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 40).

Tal dificuldade prática, inclusive, foi reconhecida por Emmanuel Joseph Sieyès<sup>13</sup> quando, ao teorizar a formação de um poder constituinte como unidade legítima de organização do Estado por meio de uma Constituição, apresentou como base para formação da sociedade política a necessidade de consagração de um corpo de representantes para definição do tratamento de interesses comuns de uma determinada nação, uma vez que a existência de grande quantidade de indivíduos isolados e sua ampla dispersão pelo território inviabilizariam o exercício direto da vontade geral.

Além de a representação ser considerada condição essencial para a manifestação da vontade da maioria – diante das dificuldades práticas e mesmo reconhecendo-se a existência de uma crise de representatividade –, torna-se necessária uma definição precisa quanto ao significado de “povo” aqui adotado. E para melhor compreensão da democracia como “governo do povo”, Peter Häberle traz importante contribuição doutrinária:

Povo enquanto uma dimensão determinada (*verfasste Größe*) atua, universalmente, em diferentes níveis, por diferentes razões e em diferentes formas, especialmente mediante a cotidiana realização de direitos fundamentais. Não se deve esquecer que democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia é o ‘domínio do cidadão’ (*Herrschaft des Bürgers*), não do Povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular.<sup>14</sup>

44

Friedrich Müller,<sup>15</sup> ao identificar a definição de povo como questão fundamental na democracia, apresenta quatro distintas acepções: o “povo” como povo ativo, que seriam os sujeitos titulares de direitos de nacionalidade conforme as prescrições normativas da Constituição do país; o “povo” como instância global de atribuição de legitimidade (o povo legitimante), que elege o corpo de representantes responsáveis pela elaboração das normas que o vincula e “justifica esse ordenamento jurídico num sentido mais amplo como ordenamento democrático, à medida que o aceita globalmente, não se revol-

13 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa = Qu’est-ce que le tiers état?* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 45-58.

14 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 38.

15 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* a questão fundamental da democracia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. *passim*.

tando contra o mesmo”; o “povo” como ícone, abstração geralmente invocada como critério de justificação para atos espúrios de uma minoria detentora do poder;<sup>16</sup> e o “povo” como destinatário de prestações civilizatórias do Estado (povo participante), perspectiva que imprime nota essencial na definição de cidadania.<sup>17</sup>

Deve-se perceber na obra de Müller que a preocupação específica não está adstrita a uma mera conceituação jurídica ou política de “povo”, mas sobretudo à sua consagração como elemento central e propulsor do regime político denominado “democracia”. O autor realça a necessidade de compreender o termo povo, quando aparece em textos normativos, especialmente em documentos constitucionais, como parte integrante plenamente vigente da formulação da prescrição jurídica (do tipo legal), devendo ser levado a sério como conceito jurídico e ser interpretado *lege artis*.<sup>18</sup>

Assim, ao tratar da democracia como governo do povo, deve-se empregar ao termo “povo” toda a carga axiológica emprestada por Müller, encarando-o como o destinatário final das normas constitucionais e como atributo de legitimação de todo o ordenamento jurídico. Para isso, a participação popular nas decisões políticas do Estado deve ser a mais ampla possível.

É importante frisar, para a identificação da ideia de democracia aqui utilizada, que todo e qualquer reducionismo à mera vontade da maioria – ou seja, a concepção meramente formal de democracia – deverá ser afastada. Decantar tal reducionismo formal da concepção aqui proposta é contributo essencial para a defesa do contramajoritarismo – e, conforme será exposto adiante, ser contramajoritário não é ser antidemocrático – da jurisdição constitucional do tópico a seguir.

Essencial para considerar a participação do “povo”, na integridade do quanto formulado por Müller (excepcionando-se, apenas, eventual mau uso da acepção “povo ícone”), a democracia como valor substancial apoia-se em

16 “O povo como ícone, erigido em sistema, induz a práticas extremadas. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em ‘desrealizar’ a população, em mitificá-la (naturalmente já não se trata há muito tempo dessa população), em hipostasiá-la de forma pseudossacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência” (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* a questão fundamental da democracia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 63).

17 “A democracia é dispositivo de normas especialmente exigente, que diz respeito a todas as pessoas no seu âmbito de ‘demos’ de categorias distintas (enquanto povo ativo, povo como instância de atribuição ou ainda povo-destinatário) e graus distintos.” (*Ibidem*, p. 70).

18 *Ibidem*, p. 79.

um princípio fundamental: a igualdade política.

O princípio da igualdade política foi sustentado por Robert Dahl sob a ideia de que todos os membros de uma determinada comunidade devem ser tratados como se estivessem igualmente qualificados para o processo de tomada de decisões sobre as políticas a serem seguidas. Ao tratar dos critérios de um processo democrático, Dahl inicia sua explanação com um questionamento ao qual o próprio autor trata de responder:

No espaço matagal das ideias sobre a democracia, às vezes impene-trável, é possível identificar alguns critérios a que um processo para o governo de uma associação teria de corresponder, para satisfazer a exigência de que todos os membros estejam igualmente capacitados a participar nas decisões da associação sobre sua política?

Acredito que existam pelo menos cinco critérios: *participação efetiva* – antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser essa política; *igualdade de voto* – quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais; *entendimento esclarecido* – dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências [...].<sup>19</sup>

46

Os outros critérios formulados pelo autor são: controle do programa de planejamento, através do qual os membros devem ter oportunidade exclusiva para decidir como e quais as questões devem permear o planejamento; e inclusão dos adultos, defendendo a ampliação da cidadania.<sup>20</sup>

Dahl esclarece que todos os critérios são valiosos para considerar os membros da associação como politicamente iguais, sendo pressuposto do princípio da igualdade política a ideia de que “os membros estejam todos igualmente qualificados para participar das decisões, desde que tenham iguais oportunidades de aprender sobre as questões da associação pela investigação, pela discussão e pela deliberação”.<sup>21</sup>

Adota-se, mais uma vez, a efetiva participação popular no processo

19 DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. p. 49.

20 *Ibidem*, p. 49-50.

21 *Ibidem*, p. 51.

de tomada de decisões políticas de um determinado Estado. O que imprime o atributo de qualificação máxima a essa participação, contudo, é a observância do princípio da igualdade política. Explica-se: não basta a igualdade formal na participação, que poderia ser consubstanciada na fórmula “*one man, one vote*”, por exemplo. Deve-se assegurar aos membros participantes iguais e efetivas oportunidades para fazer outros membros conhecerem suas opiniões (participação efetiva), além de iguais e efetivas oportunidades de aprender sobre as políticas possíveis e prováveis consequências (entendimento esclarecido).

Corroborando com os argumentos até então propostos, consagram-se os elementos a serem valorados no reconhecimento da democracia trabalhado no presente artigo com a noção de democracia apresentada por Ronald Dworkin.<sup>22</sup> A superação do reconhecimento de democracia como mera representação da vontade da maioria, enaltecendo-se a chamada “democracia constitucional”, é amplamente divulgada na doutrina da Ciência Política e ponto essencial para a ideia central exposta no presente artigo.

A democracia constitucional, distintamente da chamada democracia majoritária (fundada na observância do princípio da maioria), é consagrada na ideia de um governo submetido a “condições democráticas” de igual *status* para todos os cidadãos.<sup>23</sup> A democracia pressupõe, assim, que todos sejam tratados como cidadãos livres e iguais, preenchendo um dos critérios estabelecidos por Robert Dahl.<sup>24</sup>

A síntese da democracia constitucional trabalhada por Dworkin pode ser apresentada em trecho do Professor Gustavo Binbenojm:

[...] uma democracia só pode ser verdadeiramente considerada o governo segundo a vontade da maioria se os cidadãos são tratados como agentes morais autônomos, tratados com igual respeito e consideração. As ‘condições democráticas’ são, assim, os direitos fundamentais, reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem verdadeiro processo político deliberativo.<sup>25</sup>

22 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

23 *Ibidem*, p. 17.

24 DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

25 BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 91-92.

Assim, com base em Dworkin, só é possível afirmar a prevalência do princípio majoritário quando todos os membros de uma determinada comunidade são concebidos e respeitados igualmente como agentes morais.

A concepção constitucional de democracia apresentada pelo autor rechaça, destarte, a tomada de decisões coletivas por uma maioria como elemento de identidade única da democracia. Espera-se que as “decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade a mesma consideração e o mesmo respeito”.<sup>26</sup>

### 3 O CONTRAMAJORITARISMO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Um dos maiores óbices reconhecidos para o exercício da jurisdição constitucional refere-se a uma eventual ausência de legitimidade democrática. Questiona-se se o decisionismo judicial seria o campo de deliberação valorativa acerca de questões políticas definidas no âmbito do Parlamento, órgão de legitimação inicial para a representação popular. O risco de atuação de juízes e tribunais quando do exercício da jurisdição constitucional é doutrinariamente reconhecido, sendo tal reflexão reproduzida, por exemplo, por Gilmar Mendes:

[...] as decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado. Embora não se negue que também as Cortes ordinárias são dotadas de um poder de conformação bastante amplo, é certo que elas podem ter a sua atuação *reprogramada* a partir de uma simples decisão do legislador ordinário. Ao revés, eventual *correção* da jurisprudência de uma Corte Constitucional somente há de se fazer, quando possível, mediante emenda. (Grifos no original).<sup>27</sup>

No âmbito da filosofia constitucional contemporânea, diversos argumentos são apresentados em defesa da legitimidade democrática da

26 DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26.

27 MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 503.

jurisdição constitucional, sendo as linhas discursivas polarizadas em duas correntes principais: o procedimentalismo e o substancialismo.

Sob a ótica do discurso procedimentalista, a jurisdição constitucional deve ser compreendida como instrumento de defesa do procedimento democrático, encarando-se a Constituição como “um processo deliberativo que possibilite, segundo pautas formais e discursivas ou pelo uso da razão pública, a obtenção de consensos materiais notadamente sobre a vida boa ou o bem”.<sup>28</sup>

O procedimentalismo, no âmbito da doutrina constitucional e da hermenêutica jurídica contemporânea, é verificado no estudo de John Hart Ely,<sup>29</sup> para quem a jurisdição constitucional teria como função principal a garantia do correto funcionamento do processo político, sob a tese de que ao juiz constitucional não cabe a fixação de respostas dotadas de valores substantivos ante os casos concretos a ele apresentados, mas apenas observar a lisura do processo político deliberativo. Para Ely, o problema central no exercício do controle judicial de constitucionalidade consiste no fato de que um órgão não eleito ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam. O autor prega a incompatibilidade de tal atividade com a teoria democrática.

Para o controle do processo democrático só seria admissível uma linha de decisão judicial interventiva, no procedimentalismo de Ely, quando se identificassem falhas no mercado político, tendo o autor trabalhado com essa ideia realizando analogia com o papel do “antitruste” no mercado econômico ou com a intervenção do árbitro de futebol, legítima apenas quando um time obtivesse uma injusta vantagem.

Ocorre que a identificação do mau funcionamento do mercado político é verificada quando se observa eventual ofensa aos preceitos fixados na democracia constitucional, nos moldes do quanto exposto por Ronald Dworkin e Robert Dahl, mencionados anteriormente. Nas palavras de Ely, o procedimento democrático merece desconfiança quando:

(1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para

28 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 177.

29 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 8.

assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se negue explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.<sup>30</sup>

Assim, diante da leitura do trecho exposto, observa-se que assumir uma linha de defesa em prol das minorias é medida imprescindível para a garantia do bom funcionamento do processo democrático, segundo a corrente procedimentalista defendida por Ely. E aqui reside um traço comum entre o procedimentalismo e a concepção constitucional de democracia, a qual prega que os cidadãos devem ser tratados como agentes morais autônomos.

A concepção constitucional de democracia é, sem dúvida, ainda mais bem defendida quando se assume uma postura substancialista acerca da jurisdição constitucional.

A teoria substancialista adere explicitamente a valores como justiça, liberdade e igualdade, aceitando controle de resultado das deliberações políticas que supostamente os contrariem.<sup>31</sup> De acordo com Sampaio,<sup>32</sup> os substancialistas defendem a existência (implícita ou declarada) de valores substanciais nas Constituições que impõem, não apenas ao legislador ordinário, mas também ao próprio juiz, deveres e tarefas de realização, cabendo avaliação quanto à correção de decisões tomadas.

O tratamento dos cidadãos como agentes morais autônomos, na linha de Dworkin, ou como agentes detentores de igualdade política real, como frisa Robert Dahl, é compatível com a atuação substancialista da jurisdição constitucional. A atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais através de uma pauta valorativa legítima o exercício do controle de atos emanados pelo Poder Legislativo. Fala-se de Poder Legislativo apenas a título exemplificativo, uma vez que já é reconhecido, por exemplo, o controle jurisdicional de políticas públicas no âmbito do Poder Executivo.<sup>33</sup>

30 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 137.

31 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 117.

32 AMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 178.

33 Nessa linha, vide, por exemplo, decisão do Ministro Celso de Mello na Ação de Descumprimento de Preceito

Requer-se, em síntese, a efetivação judicial de valores substanciais de uma dada coletividade.

Barroso assim sintetiza a dicotomia entre as correntes substancialista e procedimentalista:

Substancialistas e procedimentalistas têm visões diferentes acerca do papel da Constituição e da jurisdição constitucional. No ambiente da democracia deliberativa, a Constituição deve conter – e juízes e tribunais devem implementar – direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade. Os substancialistas manifestam sua adesão explícita a esses valores e admitem o controle de resultado das deliberações políticas que supostamente os contravenham. Já os procedimentalistas não concebem o papel do intérprete constitucional como o de um aplicador de princípios de justiça, mas como um fiscal do funcionamento adequado do processo político deliberativo.<sup>34</sup>

Entretanto, ao se observar os elementos defendidos pela corrente procedimentalista proposta por Ely, verifica-se, em verdade, a identidade substantiva de tais elementos. Isso porque, em sua obra, a defesa da legitimidade democrática da jurisdição constitucional preza pela abertura dos canais de participação política, mencionando-se como exemplos os direitos à liberdade de associação e de expressão – eminentemente fundamentais –, assegurando-se direitos e garantias contra a atuação de eventuais maiorias ocasionais, reforçando-se o princípio democrático. Quaisquer bloqueios nos canais de participação política implicam prejuízo ao bom funcionamento dos procedimentos democráticos.

Assim, defende-se que, sob a formulação de uma concepção constitucional de democracia, torna-se necessária a utilização de pautas valorativas como liberdade e igualdade, resguardando o convívio harmônico de grupos sociais componentes de determinada Sociedade, garantindo às minorias, inclusive, efetiva proteção contra maiorias eventuais.

Os mecanismos de contenção da política majoritária são utilizados pela jurisdição constitucional. Reduzir-se a compreensão da democracia

---

Fundamental n° 45, na qual se admitiu a intervenção do Poder Judiciário em questões inicialmente pertinentes às zonas de deliberação política dos Poderes Legislativo e Executivo quando configurada hipótese de abusividade governamental, reconhecida através da omissão desses poderes públicos. Acerca do controle judicial das omissões dos poderes públicos, veja-se, inclusive, tese de doutoramento do Professor Dirley da Cunha Jr., de ampla recepção e repercussão pela comunidade jurídica nacional.

34 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

como mera prevalência da regra da maioria implicaria na afirmação de que o próprio constitucionalismo seria antidemocrático, uma vez que se subtrai dessa maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias.<sup>35</sup>

Há, contudo, larga diferença entre o contramajoritarismo da jurisdição constitucional e eventual afirmação de que se trataria de atividade antidemocrática.

A jurisdição constitucional desempenha um papel contramajoritário na medida em que, em nome da Constituição e da proteção dos direitos fundamentais, bem como das regras do jogo democrático, exerce a atividade de declaração de inconstitucionalidade de leis, que são decisões majoritárias adotadas pelo Poder Legislativo, e de atos do Poder Executivo, cujo chefe auferir legitimidade popular mediante o voto da maioria absoluta dos cidadãos. O contramajoritarismo é reconhecido, ainda, como defesa das minorias cujos interesses são, eventualmente, subjugados por eventuais majorias.

Mas o exercício de tal atividade contramajoritária não significa estar em desacordo com o regime democrático. Tem-se, em verdade, plena compatibilidade quando se adota uma concepção constitucional de democracia. Nesse sentido, aponta Dirley da Cunha Júnior:

Não obstante *contramajoritária* em relação aos atos do parlamento, a jurisdição constitucional não é antidemocrática, uma vez que sua autoridade lhe é confiada e assegurada pela vontade suprema do povo, para controlar não só a lisura do processo político em defesa das minorias, como também o respeito pelos valores substantivos consagrados no Estado Democrático. Portanto, quando se manifesta *contrária à maioria parlamentar*, a jurisdição constitucional visa a *atender a vontade soberana do povo*. (Grifos no original).<sup>36</sup>

O reforço argumentativo da legitimidade democrática da jurisdição constitucional no exercício do controle dos atos emanados do Poder Legislativo pode ser buscado quando se trata da crise de representatividade atualmente vivenciada nas democracias modernas, especialmente em países considerados de modernidade tardia, como o Brasil.

Mauro Cappelletti,<sup>37</sup> realizando análise acerca do Direito Jurisprudencial

35 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 18.

36 CUNHA JR., Dirley da. *Controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 57.

37 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto

(ou criatividade judicial do Direito) e partindo em defesa da sua legitimidade democrática, afirma já haver dissipado em grande parte a utopia ocidental acerca da perfeita capacidade dos poderes políticos de alcançar o consenso dos governados. O autor afirma que já restou demonstrado pelos cientistas políticos que “mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada ‘diretamente responsável perante o povo’, nunca constitui, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa”.

A democracia representativa enfrenta questionamentos quanto a sua real efetividade, estando a representação política distante de atender aos anseios populares. Contrariando, portanto, as teses que supervalorizam uma pretensa representatividade popular e pregando tal representação como elemento insuperável do princípio majoritário, Cappelletti apresenta mais um argumento em defesa da compatibilidade entre democracia e jurisdição constitucional, afirmando que “os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema”. A exposição da ideia do jurista italiano se baseia, aqui, na lição do professor Martin Shapiro, cujos estudos se referiam à Suprema Corte americana, mas de aplicação aos tribunais superiores de outros países: “Eles, efetivamente, podem permitir o acesso ao *judicial process* e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*”.<sup>38</sup> Esclarecedoras as palavras de Martin Shapiro:<sup>39</sup>

São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes ‘políticos’ que a Corte pode melhor servir [...] Enquanto, efetivamente, são essencialmente *políticos* os *poderes* da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os *procedimentos* da Corte, pelo contrário, são *judiciários*. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório (‘adversary’) entre as duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável por parte da Corte do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena.<sup>40</sup> (Grifos no original).

---

Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 94.

38 CAPPELLETI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 99.

39 Martin Shapiro *Apud* CAPPELLETI, 1993, p. 99

40 CAPPELLETI, *loc cit.* p. 99.

Outro argumento apresentado pelo autor italiano se refere à acessibilidade popular ao Poder Judiciário. Sustenta Cappelletti: “não há dúvidas de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o ‘sentimento de participação’. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis”. E continua declarando ser essa uma característica substancial da jurisdição, qual seja, “desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas”.<sup>41</sup>

Apesar do discurso de legitimação democrática do exercício da jurisdição constitucional, Cappelletti admite a possibilidade de juizes em processo de isolamento social, enaltecendo, contudo, o sistema de controle recíproco, onde a criação judiciária constitucionalmente inadequada sofreria correção pela via legislativa ou mediante revisão da Constituição.

O argumento de legitimação do substancialismo mostra que a figura do juiz contemporâneo, e de acordo com o posicionamento aqui tratado, não está adstrita ao modelo clássico-positivista de decisionismo judicial. O Poder Judiciário é convocado para o cumprimento das promessas constitucionais veiculadas, assegurando a primazia da Constituição e a concretização dos direitos fundamentais.

Resta evidenciado, então, que o exercício da jurisdição constitucional, ainda que contramajoritária, não pode ser considerada antidemocrática.

Partindo-se da adoção de uma concepção constitucional de democracia, para enaltecer a igualdade política entre os cidadãos e o seu reconhecimento como agente moral autônomo, e negando-se de uma vez por todas o reducionismo da democracia à mera observância do princípio majoritário, defende-se que o Poder Judiciário é mais um elemento de propulsão do regime democrático. A jurisdição constitucional deverá agir em prol da defesa das condições democráticas, observando os direitos das minorias contra eventuais maiorias legislativas, e realizando, em seu decisionismo judicial, opções valorativas reconhecidas – expressa ou implicitamente – na Constituição Federal.

---

41 *Ibidem*, p. 100.

## 4 CONCLUSÃO

O reconhecimento da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, mesmo quando no exercício de uma função contramajoritária, parte da defesa da concepção constitucional da democracia.

Para além de sua concepção meramente formal, a qual adotaria uma estrita vinculação com a observância do princípio majoritário, deve-se encarar como elemento de identidade democrática o reconhecimento da proteção das minorias (formal e substancialmente), bem como dos critérios essenciais ao processo democrático, dentre os quais, a participação efetiva e o entendimento esclarecido por parte de todos os membros de uma coletividade. Assim, deve-se realizar a depuração da soberania popular do potencial totalitário consubstanciado no excessivo apego à vontade da maioria, afastando-se, nesse particular, da concepção rousseuniana.

Mais do que o reconhecimento da democracia como governo do povo, deve-se encarar tal regime como a composição de cidadãos, dotados de igualdade política e reconhecidos como agentes morais autônomos.

A jurisdição constitucional é dita contramajoritária na medida em que, para a defesa da Constituição e dos direitos fundamentais nela permeados, exerce o controle das decisões dos Parlamentos, representantes da maioria. Ocorre que, diante da crise de representatividade observada nas sociedades modernas, não se verifica estreita vinculação entre a vontade popular e a vontade manifestada pelos representantes, assumindo o eventual contramajoritarismo a função de mecanismo de reforço à democracia. Especialmente quando se adota a concepção de povo “ícone”, quando representantes (de uma minoria no poder) se utilizam de falsos argumentos para atribuir legitimidade a atos espúrios adotados nos Parlamentos.

A jurisdição constitucional contramajoritária ganha feição democrática ainda quando se utiliza dos argumentos trazidos por duas correntes consagradas da filosofia constitucional contemporânea: o procedimentalismo e o substancialismo.

O procedimentalismo afirma ser papel da jurisdição constitucional a defesa do processo democrático, permitindo a sua atuação tão somente para resguardar o seu bom funcionamento. Na fundamentação do discurso proce-

dimentalista, reconhece-se, contudo, a existência de elementos substantivos, tais como a liberdade de expressão e a liberdade de opinião. Defende-se, portanto, que os procedimentalistas adotam elementos de identidade do próprio substancialismo.

Os substancialistas, por sua vez, defendem uma postura mais ativa da jurisdição constitucional na defesa dos direitos fundamentais, cuja competência é haurida da própria Constituição, devendo integrar eventuais lacunas normativas a partir de valores encontrados dentro e fora do texto constitucional.

Independentemente da filiação que se adote em prol da defesa da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, reconhece-se que tanto os procedimentalistas quanto os substancialistas estão voltados para a defesa dos direitos fundamentais. E o contramajoritarismo, sob a ótica da concepção constitucional de democracia, não pode ser considerado óbice ao exercício do controle judicial de atos emanados do Poder Legislativo (ou Executivo), mas, antes de tudo, como elemento de observação dos valores adotados na própria Constituição.

A jurisdição constitucional contramajoritária é, então, elemento essencial à defesa da democracia. É elemento de conciliação entre o princípio majoritário e a tão almejada defesa da cidadania.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

\_\_\_\_\_. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CUNHA JR., Dirley da. *Controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2016.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança. uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? a questão fundamental da democracia*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa = Qu'est-ce que le tiers état?* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2009.



## IMIGRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL GLOBALIZADO

Ricardo Maurício Freire Soares \*

Jéssica Fonseca Teles \*\*

### RESUMO

O presente artigo trata sobre a imigração no contexto globalizado do Estado social. Para tanto, é apresentada a nova interpretação que deve ser dada a conceitos como nação e soberania, especialmente em razão da formação de uma ordem jurídica internacional e da relevância da proteção da dignidade da pessoa humana. Tal proteção é vista pela inclusão democrática do indivíduo na sociedade em que vive, através do princípio do discurso, conforme teoria habermasiana, visto que esse é o único meio do qual o jurídico poderá extrair a sua legitimidade. Outrossim, tendo-se como pressuposto a indivisibilidade entre os direitos individuais liberais e os direitos sociais de prestação, sustenta-se que, sem a concessão e concretização simultânea das duas dimensões de direitos, o imigrante não logra êxito em ter suas pretensões de vida satisfeitas.

Palavras-chave: Imigração. Inclusão. Democracia. Estado social. Dignidade.

### ABSTRACT

The current paper deals with immigration in the globalized context of the Welfare State. Therefore, it is presented the new interpretation that shall be used for terms such as nation and sovereignty, especially on account of the establishment of a international jurisdictional order and the individual dignity

\*Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Roma. Professor na Graduação e Pós-Graduação da UFBA. Professor e Coordenador do Núcleo de Estudos Fundamentais da Faculdade Baiana de Direito.

\*\* Graduada em Direito e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito.

protection. This protection is seen through the democratic inclusion of the individual in the society which he lives, by the discourse principle, as stated in Jürgen Habermas' theory, since it is the only means from which the juristic may extract its legitimacy. Also, considering presupposed the indivisibility between the liberal individual rights and the social wage rights, it is sustained that once there is no simultaneous concession and implementation of these two righteous dimensions, an immigrant will not succeed in having their pretensions satisfied.

Keywords: Immigration. Inclusion. Democracy. Welfare State. Dignity.

## 1 INTRODUÇÃO

60

Diante do recebimento de imigrantes por um país, surge o questionamento de quais deveres e planos de governo devem ser implementados para o bom acolhimento e a garantia dos direitos básicos desses indivíduos. Para responder a essa indagação, traça-se o histórico da proteção dos direitos individuais, bem como dos direitos sociais, ambos sob a égide do Estado de direito, com base sobretudo nos apontamentos de Pablo Lucas Verdú. Num segundo momento, busca-se esclarecer a indivisibilidade entre os dois, como apontado por Norberto Bobbio, e mesmo pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, de salutar importância para a tutela efetiva e completa do indivíduo dentre os demais na sociedade.

Em seguida, apresenta-se a teoria de Jürgen Habermas quanto à necessidade de reconhecimento do *status* de cidadão e da autonomia para que se possa participar democraticamente das decisões políticas e sociais e, assim, garantir eficácia às próprias pretensões enquanto indivíduo, pensamento que encontra correlação com a indivisibilidade anteriormente explanada.

Essas compreensões pressupõem o contexto atual globalizado, em que a ideia historicamente ressaltada de nacionalidade e soberania são enfraquecidas, diante da formação de uma ordem jurídica internacional e o entendimento da necessidade de se tutelar direitos de uma pessoa independentemente de estar ela ou não vinculada a um país, o que decorre da

valorização da dignidade da pessoa humana, a partir da segunda metade do século XX.

Sendo assim, pretende-se, por meio deste artigo, mostrar a importância da inclusão do imigrante na nova sociedade em que vive, de modo que a sua participação democrática não se limite a direitos e deveres políticos individuais, mas também a uma efetiva proteção de direitos sociais, de forma a não ser visto como um estrangeiro estranho, mas alguém que passa a participar da vida e do dia-a-dia do país, apesar de dificuldades linguísticas, econômicas e socioculturais e é tão merecedor de proteção estatal quanto os demais.

## 2 DA NAÇÃO AO ESTADO LIBERAL

É exatamente na Modernidade que se destaca a estrutura do Estado, tendo como uma de suas principais características a capacidade de definir a sua soberania, tanto externa quanto interna. Como afirma Jürgen Habermas,<sup>3</sup> o Estado organizou-se como tal em razão da capacidade de fortalecer as suas fronteiras para impedir as investidas de dominação externa e afirmar seu reconhecimento internacional, bem como de impor a sua ordem jurídica aos súditos do monarca, além de se estruturar com base em organizações executivas burocráticas, o que logrou êxito por meio da cobrança de impostos, de uma administração diferenciada e orgânica e da detenção do monopólio do poder.

É preciso ressaltar que as ideias de Estado e nação não se confundem. Habermas<sup>4</sup> explica que o termo nação surgiu no ambiente da aristocracia, referindo-se a associações que, ainda no feudalismo, detinham parcela de poder político concedido pelo próprio rei, em troca de impostos e proteção militar, sendo, assim, um braço do reino, que atuava politicamente. Posteriormente, a expressão passou a abranger as demais camadas da sociedade, formando-se uma nação popular, composta pelos burgueses que começavam a ascender ao poder com as revoluções liberais que, por fim, destituíram as monarquias despóticas. Dentre eles, havia pensadores e teóricos capazes de difundir a nova concepção de nacionalidade, a qual serviu para cerrar os

3 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 130.

4 *Ibidem*, p. 133.

Estados nacionais em defesa contra os povos estrangeiros, que deveriam então ser hostilizados, em nome da soberania estatal externa.

Dentro das novas Repúblicas, originadas das revoluções burguesas, só a ideia de nação é que poderia tornar os cidadãos coesos, mediante uma solidariedade entre eles a favor da pátria e da sua liberdade. Se antes a legitimação estatal se pautava na graça divina do monarca soberano, agora a ideia de nação, anteriormente já presente, deslocava-se para um papel central, sendo o elemento que unia os indivíduos e sustentava a importância do Estado.

Jürgen Habermas<sup>5</sup> pontua que a nação, entendida como origem comum dos indivíduos de uma dada sociedade, era condição natural do homem. Com efeito, ela consolidou-se dentro da concepção liberal própria da época de uma igualdade formal, partindo-se do princípio de que todos eram iguais perante a lei. Entretanto, o nacionalismo tornou-se verdadeiro instrumento para controle das massas a favor do imperialismo, especialmente na passagem do século XIX ao XX, o que denota a possibilidade de utilização desse conceito de forma abusiva por parte das elites políticas.

A ideia de nacionalidade ainda permaneceria presente dentro da formação do Estado de Direito, o qual, pautado na legalidade, na defesa da soberania e sob o manto do liberalismo, tornar-se-ia símbolo da Modernidade europeia, além de marco central na história ocidental de grande importância para a configuração dos atuais instrumentos normativos de direitos humanos. Ele retratou a resposta contra um contexto em que predominavam as determinações do Estado monárquico e despótico contra os súditos do reino, no qual estes tinham deveres, mas não direitos com relação ao soberano, que governava a partir da fundamentação da escolha divina.

Como salienta Norberto Bobbio,<sup>6</sup> somente com o surgimento do Estado de Direito, baseado em normas garantidoras das liberdades humanas, é que se muda a visão da coletividade comandada por um rei, para todo e qualquer indivíduo que, além de possuidor de direitos com relação a este, que se davam dentro de uma esfera privada, passou sobretudo a ter direitos

5 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 139.

6 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 61.

públicos, ganhando o *status* de cidadão com autonomia perante o governo.

Uma das grandes importâncias nessa nova forma de Estado é que os indivíduos passam a criar as leis que deverão seguir, o que solidifica o sentimento de pertencimento àquele Estado específico e ao reconhecimento de si mesmo perante os seus concidadãos. Essa nova concepção vem da crença no naturalismo antropocêntrico, em que o homem é visto como capaz de, por meio de sua razão, entender o mundo à sua volta, não necessitando da intervenção estatal, exceto para o combate ao inimigo externo – para o que a ideia de nacionalidade ainda exerce um papel importante – e a manutenção da convivência interna, como destaca Celso Ribeiro Bastos.<sup>7</sup> O homem que se entende racional, reconhece-se livre e, conseqüentemente, compreende que pode autodeterminar-se.

Nesse novo contexto, os antigos súditos, que passam ao *status* de cidadãos, são dotados de autonomia para legislar sobre aquilo que eles próprios acreditam que devem se vincular, conforme a concepção de autolegislação de Rousseau e de Kant.<sup>8</sup> Com isso, o Estado absorve o conteúdo da democracia e do direito, surgindo as primeiras Repúblicas e destituindo-se as monarquias absolutistas. Não se deve mais seguir o direito por ser oriundo de uma ordem divina, a qual se cristaliza em um rei. Segue-se agora o direito porque ele é feito por todos, diante da racionalidade e da autonomia humanas.

Pablo Lucas Verdú<sup>9</sup> relata que a chegada ao Estado de Direito, pautado no estabelecimento de uma ordem jurídica, teve sua origem com a ideia da soberania do parlamento (*sovereignty of parliament*), que era composto por cidadãos com novos poderes políticos em face da monarquia, e do “*rule of law*”, o qual determinava a sujeição do rei e do parlamento à legislação. Esses pensamentos foram positivados em normas constitucionais, ainda no século XVII, como a *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Act* e o *Bill of Rights*.

O Estado de Direito liberal movimentava-se dentro da circunscrição do seu ordenamento jurídico. A partir do momento que se transfere as aspirações para instrumentos constitucionais que representam a “vontade do povo”, cria-se a proteção contra os mandos e desmandos de um Estado autoritário. O

7 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 69.

8 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 135.

9 VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 17-18.

liberalismo, assim, visa a proteger, sobretudo, os direitos dos indivíduos que compõem a sociedade civil.

Deu-se início, então, ao movimento constitucionalista, com a aprovação da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e da Declaração Norte-Americana de Direitos de Virgínia, em 1776, cânones dos direitos humanos modernos. Esses instrumentos normativos pretendiam-se universais além de terem forte cariz jusnatural, e tutelavam os interesses voltados à segurança, liberdade e propriedade privada, como postulados limitadores do poder dos Estados nacionais, necessários à época para se acabar com o absolutismo monárquico e consagrar a autoafirmação do indivíduo livre perante o Estado.

Contudo, consoante salienta Pablo Lucas Verdú,<sup>10</sup> se a concepção liberal dos direitos humanos foi capaz de se manter, por muito tempo, sob um viés formalista, o mesmo não se pode dizer dos períodos subsequentes, quando as sociedades deixaram de se apresentar como equilibradas, e as desigualdades sociais tornaram-se ainda mais perceptíveis. Assim, não havia mais como se sustentar um modelo pautado em conceitos rígidos de legalidade e segurança jurídica, ou mesmo que defendesse a ideia de nação homogênea como elemento de coesão dos cidadãos num dado território.

64

### 3 A INDIVISIBILIDADE ENTRE DIREITOS INDIVIDUAIS E SOCIAIS

Como observa Joaquín Herrera Flores,<sup>11</sup> as diferenças que foram se tornando ainda mais perceptíveis, ao longo da história, intervieram no processo de construção jurídica e política do Estado liberal, sustentado na homogeneidade da nacionalidade e uma concepção individualista, em especial no que diz respeito ao contrato social de Rousseau, ao qual o autor refere como “mal-estar da emancipação”, visto que a autonomia do indivíduo era meramente formal e, não, material.

Essa fundamentação jurídica e contratualista do Estado pressupunha a divisão entre um plano abstrato e o plano real, tendo forte conotação me-

10 VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 96-97.

11 FLORES, Joaquín Herrera. Los Derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: *Direitos humanos e globalização [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Org. David Sánchez Rúbio, Joaquín Herrera Flores, Salo de Carvalho. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 79. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

tafísica. Dessa forma, o pensamento então em ascensão do contrato social foi capaz de trazer consigo uma ideia separatista entre política e economia, que fomentou a desigualdade entre os indivíduos, pois a igualdade prevista em lei não era suficiente para tocar as relações sociais, reais e concretas, vistas num contexto em que o mercado ditava as linhas que a política tinha de acatar.<sup>12</sup>

O Estado de Direito liberal acabou, assim, como instrumento capaz de neutralizar, formalmente, as diferenças para que se vivesse num mundo meramente ideal. A sociedade assim equilibrada podia se coadunar com o que estava positivado, o que, contudo, como acertadamente ressalta Pablo Lucas Verdú, não ocorre em momentos de crise e mudanças socioeconômicas.<sup>13</sup>

Com a intensificação das revoluções industriais e o avanço da economia e da tecnologia distantes de qualquer controle do Estado, mormente na segunda metade do século XX, logo surgiram novas formas de relações sociais e, conseqüentemente, a necessidade de se tutelar novos direitos. Precisava-se, na verdade, de compensações capazes de trazer o equilíbrio entre as distintas camadas da sociedade, uma vez que a igualdade formal não fora capaz de evitar que surgissem desigualdades entre os indivíduos, sobretudo entre a classe trabalhadora que estava crescendo e se tornando consciente de seus direitos.<sup>14</sup>

Por outro lado, não se pode olvidar que a nacionalidade irrestrita culminou nas atrocidades de duas guerras mundiais, após as quais crises e inseguranças advieram, exigindo-se respostas dos Estados envolvidos.

Os direitos sociais, então, passaram a estar, como aponta Norberto Bobbio,<sup>15</sup> em contínuo movimento, de modo que não havia mais como se prever os demais direitos que as transformações sociais iriam exigir. Assim, entendeu-se que o Estado deve intervir nas relações travadas entre seus cidadãos, uma vez que a mera positivação de direitos em instrumentos normativos não implica a sua efetivação. Essa nova atuação decorria, sobretudo,

12 FLORES, Joaquín Herrera. Los Derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: *Direitos humanos e globalização [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Org. David Sánchez Rúbio, Joaquín Herrera Flores, Salo de Carvalho. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 79. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2017, p. 80.

13 VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 8-9.

14 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 69.

15 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 33-34.

de um grande ceticismo com relação ao direito e o alcance e eficácia de suas positivamente nos mais diversos instrumentos constitucionais que haviam se proliferado. Mais do que normas postas, exigia-se agora resultados práticos, que só seriam alcançados por intervenções do Estado.

Entretanto, é importante registrar a opinião de Pablo Lucas Verdú<sup>16</sup> de que, malgrado o modelo liberal não tenha atendido a todas as necessidades dos cidadãos ao longo dos anos, não deve ser descartado. Afinal, ele impôs uma ordem que garante liberdades essenciais para a autoafirmação dos indivíduos, incluindo-se, aí, a própria liberdade de consciência. No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos<sup>17</sup> afirma que os direitos liberais foram e ainda hoje são uma importante arma contra o intervencionismo excessivo do Estado em face dos indivíduos.

Dentro de um novo contexto social, o antigo Estado liberal cede espaço, então, ao Estado social, o qual deveria intervir para responder às reivindicações dos cidadãos. Assim, ganhava uma dimensão positiva, devendo ponderar em detrimento de sua dimensão negativa, do *laissez faire, laissez passer, le monde va lui-même*, contexto que foi ensejado especialmente pela ocorrência, no século XX, de crises econômicas, recessão e desemprego, como registra Verdú.<sup>18</sup>

Diante dessa nova perspectiva, como bem enfatiza Dirley da Cunha Júnior,<sup>19</sup> esses novos direitos foram positivados na Constituição Alemã de Weimar, de 1919, que significou avanço constitucional dos direitos fundamentais, consagrando em seu texto os direitos sociais, chamados também de *direitos de segunda dimensão*. No mesmo sentido tinham sido elaborados os textos das Constituições do México, de 1917, e da Rússia, de 1918.

Entretanto, a crise da concepção liberalista dos direitos sofreu maiores mudanças, dando espaço ao Estado social, com maior veemência, a partir da visível violação aos direitos dos indivíduos, em especial o direito à liberdade, após a Segunda Guerra Mundial. A nova exigência de tutela e garantia de direitos relativos, por exemplo, à seguridade social, educação,

16 VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007., p. 9.

17 BASTOS, *op. cit.*, p. 69-70.

18 VERDÚ, *op. cit.*, p. 76.,.

19 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. amp. e atual. até a EC nº 57/2008. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 589.

saúde, trabalho e transportes, pode ser bem visualizada na ampla utilização de adjetivos para caracterização dos Estados nessa época, como Verdú<sup>20</sup> indica ter ocorrido nas constituições estaduais da Alemanha, a exemplo da Baviera, que se intitulava “Estado de Direito social e cultural”, voltado a uma atuação em prol da comunidade e pela proteção das bases naturais da vida e das tradições culturais.

Esse novo contexto estatal significou que não bastava a igualdade formal, realizada pela positivação de normas, para que se tutelassem os indivíduos, devendo haver paralelamente a atividade estatal para garantia dos direitos sociais e, assim, concretizar a igualdade material, inclusa dentre os novos direitos sociais. Busca-se permitir que os cidadãos defendessem suas identidades étnico-culturais em meio a tantas pessoas distintas, concepção trazida por Boaventura de Sousa Santos, que, privilegiando a diferença em detrimento da homogeneidade do antigo nacionalismo, afirma “o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza” e “o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza.”<sup>21</sup>

Sem dúvidas, estava estabelecida uma nova concepção sobre os direitos e a necessidade de sua tutela, já que as violações que vinham sendo observadas não decorriam apenas da opressão causada pela intervenção inconstante do Estado, como se havia observado com o absolutismo, mas também da sua própria omissão, claramente perceptível nos momentos de ascensão econômica e guerras mundias, como se observou na transição para o século XX.

Não se pode deixar de registrar, nesse novo cenário, a observação de Norberto Bobbio<sup>22</sup> sobre uma verdadeira antinomia entre os direitos individuais e os sociais, razão pela qual afirma que nenhum direito deve ser entendido como absoluto e suficiente por si só, uma vez que, quanto mais se aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as suas liberdades.

20 VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 76.

21 SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 458.

22 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 43.

Essa antinomia também foi anotada por Pablo Lucas Verdú,<sup>23</sup> que a entendia como resultante da transição de uma sociedade individualista para uma sociedade do bem-estar, em que se alterna da economia capitalista para a *neocapitalista do bem-estar social*. Com isso, passa a ser ainda mais comum o realce aos conflitos e diferenças de grupos, sobretudo envolvendo aqueles que sempre buscaram proteger seus privilégios sociais e já se encontravam conformados com base numa sociedade imóvel jurídica e socialmente.

Apesar dessa dificuldade de compatibilização dos direitos individuais liberais com os sociais, quarenta e oito países de todo o mundo se uniram, após a Segunda Guerra Mundial, para elaborar normas a fim de se evitar que novas atrocidades ocorressem, denotando uma preocupação internacional a favor da paz e da dignidade humana. Unidos em torno da Assembleia Geral das Nações Unidas, aprovaram, então, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948.

Além de se pretender destinar a todos os seres humanos do globo, e de tutelar com mais firmeza a dignidade da pessoa humana, a Declaração de 1948 prezou pela indivisibilidade dos direitos ali positivados. Nesse sentido, os direitos sociais não poderiam ser concebidos sem a efetiva garantia dos direitos individuais, sendo a recíproca igualmente verdadeira, no que afirma Flávia Piovesan<sup>24</sup> que esta norma internacional foi capaz de combinar o discurso liberal e universal, ainda que de cunho abstrato, de um lado, e o discurso social da cidadania, de outro, entrelaçando a liberdade com a igualdade.

A indivisibilidade dos direitos individuais e sociais positivada pode ser melhor esclarecida pelo entendimento de Jürgen Habermas,<sup>25</sup> para quem a verdadeira liberdade do indivíduo só é alcançada a partir do momento que também se garante a sua inclusão na sociedade e a defesa da sua própria identidade. Assim, unem-se os direitos liberais clássicos, que devem necessariamente andar ao lado dos direitos sociais que lhe garantam uma vida material digna, visto que os cidadãos só podem exercer sua liberdade quando são assegurados de que sejam independentes na sua vida privada e econômica e, com isso, tornam-se capazes de determinar sua identidade pessoal no ambiente cultural que desejarem.

23 VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 102.

24 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 210-211.

25 HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa: um ensaio*. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012. p. 16.

Com efeito, os direitos sociais são de salutar importância para os políticos, pois somente por meio de uma educação é que se alcança uma participação consciente na democracia, o que interfere, necessariamente, no direito individual à livre formação da consciência e à liberdade de expressão e informação. No mesmo sentido, os direitos econômicos são salutares à esfera autônoma do indivíduo, pelos quais obtém meios efetivos de garantir seu bem-estar mínimo e, assim, colabora para o desenvolvimento e efetivação popular por meio de uma democracia econômica.

O que essa Declaração realmente pretendeu expor é que não se pode ser livre sem haver igualdade, sem haver reconhecimento dos demais cidadãos. Se os direitos liberais permitiram a autonomia do indivíduo, esta só é concretizada no momento em que a ação social do Estado também lhe atinge, tutelando direitos a educação, saúde, identidade, previdência social e emprego. No sentido contrário, estes últimos só podem ser usufruídos por sujeitos efetivamente livres.

Forma-se, portanto, uma indivisibilidade de direitos, caracterizada num ciclo infundável, em que uns dependem dos outros. É por essa razão que Jürgen Habermas<sup>26</sup> assevera que não se trata de optar por uns ou por outros direitos, ou seja, não é questão de *corrigir* o viés individualista do sistema de direitos – mesmo porque a tutela de indivíduo e sua autodeterminação é de grande importância, inclusive no plano internacional – mas, antes, de permitir-se uma *realização coerente* desse viés.

#### 4 AUTONOMIA NO ESTADO DE DIREITO E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

Como ensina Jürgen Habermas,<sup>27</sup> após as atrocidades das guerras mundiais o mundo passou a assistir à dissolução do dogmatismo histórico nacionalista, o qual não era mais capaz, por si só, de justificar o exercício de poder de um Estado que se pretendesse democrático. Os indivíduos passam então a ganhar espaço para optarem os modos de vida que pretendem seguir.

26 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 243.

27 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 130-131. v. 1.

Ainda com base no filósofo alemão, em um Estado Democrático de Direito a força, agora, deve ser exercida por intermédio do *princípio do discurso*, com a participação de todos os indivíduos da forma mais igualitária possível, podendo-se, então, falar numa verdadeira democracia que dá ensejo a um governo formado por pretensões legitimamente estabelecidas em discursos promovidos intersubjetivamente, que atendem aos procedimentos fixados pelos próprios cidadãos. Dentro ainda dessa concepção, tais discursos permitem sempre novas pretensões, a partir da apresentação de melhores argumentos, não estando fechado em dogmas e conceitos absolutos.

Habermas<sup>28</sup> destaca que a política deve se apoiar no direito, o qual possibilita o processo democrático e é, em contrapartida, por ele retroalimentado. O direito à reunião, à formação de partidos políticos plurais e de associações, assegurados aos cidadãos, são exemplos de como o direito permite a manutenção da democracia, à luz da percepção de André Hauriou, apresentado por José Afonso da Silva.<sup>29</sup> Assim, podem ser entendidos, por um lado, como direitos que garantem um procedimento democrático e que partem do meio jurídico, e, por outro, que permitem um exercício político legitimado para a solidificação desses mesmos direitos, pois atendem ao que foi estabelecido em conjunto por todos.

Os instrumentos oferecidos pelo direito, contudo, não são isoladamente suficientes. Deve-se garantir também a autonomia dos cidadãos, estreitando-se as relações entre as esferas pública e privada, para que cada qual possa se entender como autor e destinatário daquele direito. E esse processo democrático só é garantido pela comunicação racional, fundamentada e voltada a um consenso abrangente sobre a construção e realização desses direitos.

Jürgen Habermas<sup>30</sup> aponta para a necessidade de compatibilização das autonomias privada e pública, diante do pensamento kantiano de que a liberdade de um acaba onde a do outro começa, sendo imprescindível a garantia de que todos possam gozar de iguais direitos. Nesse sentido, há uma *equiprocendência* das autonomias privada e pública, de forma que um indivíduo apenas tem seus direitos efetivamente tutelados se puder afirmar e

28 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 250.

29 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 143.

30 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Benó Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 113-114. v. 1.

viver livremente com a sua identidade, o que é possível através de políticas de reconhecimento promovidas pelo Estado democrático.<sup>31</sup>

Nesse sentido, a autonomia privada não deve ser concebida como um puro egoísmo, devendo guardar uma relação com a moral, sendo extensível a todos, laço que já havia sido construído por Kant. Destarte, os direitos subjetivos destinam-se a cada indivíduo, mas não pressupõem sujeitos alienados e, sim, sujeitos que cooperam e se apoiam num reconhecimento recíproco.

Para Immanuel Kant,<sup>32</sup> cada indivíduo, a partir de sua autonomia individual, era capaz de assumir uma autonomia política, ou seja, exteriorizada, que permitiria a formação de leis públicas. Estas decorriam de uma análise moral, que permite a cada um, através de sua racionalidade, pensar nas ações a serem adotadas perante os demais cidadãos, de forma que todos possam coexistir de acordo com suas livres autonomias. Com isso, as condutas eram pautadas em um *imperativo categórico*, entendido como um fim em si mesmo que deveria ser seguido por todos os seres humanos, dotados de autonomia e racionalidade.<sup>33</sup>

Dessa forma, a legitimidade do direito localizava-se na *moral*, extraíndo-se o *princípio geral do direito* da aplicação do princípio moral a *relações externas*, e o exercício da autonomia política para a formação das leis estava sob a reserva de direitos naturais decorrentes da natureza humana e da liberdade de cada qual.<sup>34</sup>

Jean-Jacques Rousseau, por sua vez, ressalta a necessidade de compatibilização das autonomias privadas de forma a sustentar uma autonomia política concretizada na *soberania popular*, cuja vontade era expressa em leis gerais e abstratas, de forma que o direito passa a se fundamentar nessa união de interesses individuais.

31 *Id.*, 2004, p. 242.

32 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 135.

33 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 33.

34 HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa: um ensaio*. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012. p. 27.

Entretanto, pelo forte teor republicano da sua teoria, próprio da época da exaltação das nacionalidades, assevera Habermas<sup>35</sup> que ele enalteceu demasiadamente a carga ética do cidadão, a ponto de desenvolver um raciocínio cabível somente em sociedades homogêneas, em que as orientações axiológicas já estão previamente postas. O francês não logrou êxito, portanto, em explicar como se poderia, sem repressão, compatibilizar as distintas autonomias privadas em torno de uma soberania popular capaz de legislar normas que ela mesmo deveria seguir.

Essas teorias, entretanto, não esclarecem de modo satisfatório a relação entre o princípio moral e o princípio da democracia para a formação das normas a serem seguidas. Tanto a moral kantiana, de um lado, que se pretende universal, mas parte de um raciocínio solipsista do indivíduo, ao qual são imputados direitos pela sua condição humana, de forma metafísica, quanto, por outro lado, a ideia de contrato social, com forte conteúdo ético apresentado por Rousseau, ainda deixam denotar a limitação desses pensamentos ao paradigma da consciência.

72

Em substituição a esses dois pontos de vista, um mais liberal e, o outro, nacionalista, bem como buscando a base legítima do direito, para aproximar a faticidade da validade, Habermas<sup>36</sup> apresenta o *princípio do discurso*, com estreita relação com o princípio democrático. Nesse ínterim, as formas de comunicação devem poder ser institucionalizadas juridicamente, delineando um sistema de ação, inclusive com normas coercitivas, servindo o direito, assim, como o meio em que as decisões da soberania popular se operam de forma legítima, voltadas ao assentimento de todos os possíveis atingidos. Pelo próprio discurso, definem-se as regras que devem ser respeitadas quando da apresentação de pretensões por parte dos cidadãos ao expressarem sua autonomia política.

Nessa perspectiva, a autonomia política de todos na formação da vontade de uma sociedade pluralista é concretizada por meio de discursos. Eles devem, portanto, ser realizados a partir de regras institucionalizadas,

35 HABERMAS, op cit., p. 136. v. 1.

36 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003., p. 142.

com o fim de se evitar que questões essenciais da sociedade fiquem à mercê tão-somente da decisão de funcionários e burocratas do poder central, pois a política, sem uma autocompreensão cultural, resume-se a questões técnicas, que acabam por levar à *autocoisificação* dos homens.<sup>37</sup> O objetivo não é encontrar um consenso entre valores, mas, sim, um consenso sobre os procedimentos, para averiguar se a pretensão apresentada discursivamente é legítima ou tem interesses outros, como o de influenciar a favor de um grupo dominante, não sendo imparcial.

É nesse sentido que Habermas<sup>38</sup> destaca que decisões de uma maioria posta formalmente não são legítimas quando se limitam a afirmar uma classe média preocupada apenas com a manutenção de seu *status*. Portanto, clara se faz a necessidade de reconhecer todos os participantes de uma sociedade e permitir que sejam apresentadas as suas propostas e interesses, visualizando um desejo emancipatório do homem contra quaisquer formas de coação, a partir da concretização de uma sociedade que observa os processos democráticos nos discursos travados de forma constante no cenário político-social, evitando-se a sobreposição de certos interesses em detrimento de outros.

A teoria habermasiana volta-se a encontrar procedimentos de validação da argumentação apresentada democraticamente, mas, nunca, de forma absoluta e definitiva, uma vez que eles podem sempre ser substituídos por outros melhores e mais convincentes, corroborando uma verdadeira democracia baseada na imparcialidade de valores e no reconhecimento de que o contexto social é transmutável.<sup>39</sup>

Com a institucionalização da formação da política racional da opinião e da vontade, retira-se dos indivíduos o *fardo das normas morais*, que é transferido para as leis garantidoras da compatibilidade das liberdades de ação.<sup>40</sup> Assim, Habermas<sup>41</sup> aponta a relação de complementariedade entre moral e direito, visto que aquela não é suficiente para institucionalizar as relações de um processo democrático, não sendo capaz de criar um catálogo de normas

37 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 67.

38 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 141.

39 *Id.*, 2003, p. 57.

40 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 144-145.

41 *Id.*, 2003, p.150-151.

coercitivas referentes ao comportamento externo dos indivíduos, por ser dotada de grande indeterminação cognitiva e se referir a valores abstratos de difícil aplicação. Por essa razão, é o direito que tem a função de estabilizar as expectativas nas sociedades modernas e garantir que as decisões formadas socialmente sejam democráticas, contando com a participação imparcial de todos os possíveis atingidos.

Diante da ideia de que as normas jurídicas devem ser seguidas com discernimento, Habermas<sup>42</sup> reformula o pensamento de *autolegislação* inaugurada por Rousseau. Nesse ínterim, os indivíduos não são apenas destinatários dos direitos, mas eles próprios os criam, pois só assim podem sentir-se coagidos a respeitá-los. Tal respeito se dá em decorrência da existência de um processo democrático que garante legitimidade ao sistema jurídico.

A formação dos direitos e do procedimento democrático que nele se apoia acontece de maneira circular. Inicialmente, pelo princípio do discurso, forma-se o código do direito, que estabelece o *status* de pessoas destinatárias de direitos subjetivos iguais, permitindo a inclusão social e a possibilidade de postulação judicial.

A partir dessa base, o legislador de uma determinada sociedade, considerando as suas peculiaridades, define os mecanismos de legitimidade jurídica, concretizados em direitos à autonomia política, de participação nos processos de deliberação e de igualdade de chances, os quais retroalimentam a criação e afirmação dos primeiros direitos. Nesse segundo momento, o princípio do discurso ganha a força de *princípio democrático*, capaz de criar, pelo meio do direito, mecanismos que assegurem a democracia do Estado.<sup>43</sup>

O direito e a política devem, portanto, apoiar-se um no outro, de forma a minimizar a tensão existente entre a validade e a faticidade. Assim, se o poder estatal, institucionalizado na forma do direito e, conseqüentemente, no seu código binário válido-inválido, deixar de se basear num poder comunicativo normatizador, de diálogo entre as distintas camadas sociais, Conforme en-

42 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 157.

43 *Ibidem*, p. 163-164. v. 1.

tende Habermas, corre-se o risco de se tomar decisões injustas e ilegítimas.<sup>44</sup>

Não se pode olvidar, porém, que direito não se resume à justiça moral. Enquanto uma relação moral diz respeito a normas de ação perante todos, regulando contextos interacionais em geral, o direito serve como meio para a auto-organização de comunidades definidas cultural e historicamente, levando em conta razões formadas por intermédio do discurso e possibilitando a efetivação de mecanismos democráticos que garantem ele próprio. Nesse contexto, as normas jurídicas têm o sentido de ação diante de pretensões legítimas resistidas, sendo observadas em casos concretos.<sup>45</sup>

Por isso, não apenas argumentos morais (de o que é bom para todos) compõem o direito, mas também as *questões éticas*, referentes a indivíduos e grupos específicos pertencentes a uma dada sociedade que formam juntos sua compreensão cultural e política, além das *razões pragmáticas*, quando se tratarem de interesses particulares não generalizáveis para todas as pessoas e necessitarem, para sua efetivação, compromissos políticos, extraídas de negociações entre as partes envolvidas.<sup>46</sup>

Essa concepção do direito permite a afirmação legítima de direitos de pequenos grupos, os quais, justamente por se dirigirem a alguns indivíduos em especial, não ganham uma conotação moral, sendo *bom para todos*. Destarte, o direito não compatibiliza apenas os *deveres que temos*, mas também as *obrigações que deveríamos assumir*, as quais levam a uma ponderação entre meios e fins a serem tomados, por parte do poder político e a partir de distintos interesses particulares existentes. Como resultado, tem-se a necessidade da adoção de realização de políticas de compensação social, as quais não apenas permitem um maior espaço a minorias, bem como a própria requalificação desses indivíduos.<sup>47</sup>

Pelo meio do direito e atendendo ao princípio democrático, o poder comunicativo se transmuta em *poder administrativo*, legitimado pela participa-

44 *Ibidem*, p. 186.

45 HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*: um ensaio. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúlion Melo. São Paulo: Unesp, 2012, p. 21.

46 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 195. v. 1.

47 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 143.

ção e soberania popular, o qual traduzirá os meios para alcançar os objetivos pretendidos, de forma não apenas legal, mas também legítima.<sup>48</sup>

Dentro desse contexto, pode-se visualizar um Estado de Direito, com a clássica divisão de poderes em Legislativo, Judiciário e Executivo, dotado de procedimentos, vinculados aos direitos fundamentais estabelecidos e que garantem decisões legítimas, mesmo dentro de sociedades plurais.<sup>49</sup> São esses procedimentos que ligam os três poderes e permitem que a voz da sociedade ressoe não apenas dentro dos parlamentos, mas dentro de toda a estrutura organizacional do Estado, que ela própria ajuda a construir e manter.

Essa visão permite que os cidadãos estejam sempre ligados ao processo democrático, de modo que a lógica da divisão dos poderes faz sentido, pois a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo está garantida. Não basta que discussões favoráveis a todos os possíveis atingidos ocorram no âmbito institucionalizado; elas devem antes abranger toda a sociedade, para conscientizar os cidadãos da importância da defesa dos direitos próprios e dos demais e, assim, reproduzirem no plano dos três poderes os valores legítimos estabelecidos. Do contrário, assevera Habermas,<sup>50</sup> o poder administrativo corre o risco de ficar ao dispor de técnicos e burocratas, com interesses escusos, sob pretexto de se estar lidando com situações complexas. Em nenhuma circunstância deve o povo ser afastado da tomada das decisões de sua própria sociedade, as quais lhe afetaram por derradeiro.

## 5 GLOBALIZAÇÃO E RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA

Hodiernamente, os processos de globalização tornaram as diferenças ainda mais nítidas, bem como facilitaram os deslocamentos de indivíduos paralelamente aos conflitos étnicos e culturais ocorridos no século XX. Boaventura de Sousa Santos<sup>51</sup> explica que se deve referir ao termo no plural, *globalizações*, sendo um conceito complexo e móvel. Globalizações consis-

48 HABERMAS, *op. cit.*, p. 212.

49 *Ibidem*, p. 223.

50 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 195. v. 1, p. 234.

51 SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 431.

tem, basicamente, no fato de que práticas locais tornam-se universalmente conhecidas e com poder de interferência no resto do globo.

Souza Santos<sup>52</sup> também afirma que uma prática que se torna global leva necessariamente à localização de uma outra, citando, por exemplo, como a atriz francesa Brigitte Bardot era vista universal, mas agora como própria do cinema europeu – pressupondo uma localização – diante da ascensão e globalização do cinema hollywoodiano. Os movimentos de globalização, além de acelerar a velocidade das comunicações e a troca de informações, criam uma mais nítida distinção do que seja *global*, de um lado, e do que seja *local* ou *regional*, comumente associado à minoria, de outro. Não se deixa assim de persistir em valores que alcancem maiores proporções e indivíduos, mas também fica ainda mais clara a existência de diferenças e particularidades.

E é diante dessa configuração global que se constata não haver valores uníssomos em conteúdo, porque os indivíduos de uma sociedade apresentam particularidades e distintas concepções sobre o que é viver bem. O mito da homogeneidade, criado em tempos pretéritos como elemento constitutivo da ideia de nação e da igualdade formal liberal, passou então a ser refutado. Se há pluralidades de valores, decorrentes de pensamentos de indivíduos distintos e que acreditam em diversas formas de se levar a vida, o Estado passa a ter de considerar e ouvir essas diferenças.

Noutro giro, com a necessidade de se vigiar as condutas estatais após os episódios nazifacistas, consolidou-se, na segunda metade do século XX, um plano jurídico internacional, em torno das Nações Unidas e da já referida Declaração dos Direitos do Homem, de 1948. Com esse novo contexto, os sujeitos destinatários dos direitos humanos são *indivíduos*, o que é bem retratado pelo artigo 27<sup>53</sup> do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos,<sup>54</sup> segundo o qual são as pessoas pertencentes às minorias as verdadeiras detentoras dos direitos e, não, as minorias, os grupos em si.

No entanto, não se pode desconsiderar que os indivíduos pertencem a diversas associações e comunidades dentro da sociedade em que vivem,

52 *Ibidem*, p. 432.

53 O artigo 27 determina: “Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.”

54 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

não sendo átomos isolados, e mesmo alguns desses direitos só são usufruídos por cada qual se estiverem coletivamente ligados, como é o caso da participação política ou mesmo da previdência social e educação primária.<sup>55</sup>

A concepção sobre direitos humanos, portanto, também acompanhou a tendência da economia de ultrapassar os limites dos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado para criar um plano de convergência internacional. Assim, a soberania estatal, antes blindada pela ideia de defesa do território e da nação, que se constituía de um povo com origem comum, ganha contornos que se adequam à nova realidade, pois a atuação jurídica de um Estado passa a ser observada por todos os demais.

Como salienta Flávia Piovesan,<sup>56</sup> como consequência de um mundo multicultural, em que as barreiras nacionais não mais se sustentam na exclusiva justificativa de uma nação homogênea estabelecida, pode-se visualizar uma tendência atual de se levar questões anteriormente discutidas no âmbito interno a uma ordem internacional devidamente institucionalizada, que procura defender direitos dos homens, procurando evitar que os Estados se omitam de dar o tratamento desejável aos seus cidadãos.

Assim, houve uma remodelação tanto da soberania dos Estados, como também do próprio cidadão, definido agora dentro de um cenário internacional. Obviamente, como já foi dito, não houve uma destruição das barreiras nacionais, porém tornou-se mais consolidada a ideia de que todos são pessoas humanas antes de pertencer a qualquer país e, conseqüentemente, estar vinculados a uma gama de entendimentos e valores ali definidos. Sobressai-se, desse modo, a necessidade de, dentro de uma sociedade pluralista, implementar políticas de reconhecimento do outro, sem o qual não serão efetivamente concretizados seus direitos.

Com efeito, aos cidadãos passaram a ser tutelados tanto os direitos fundamentais quanto os direitos humanos, sendo que a maior diferença entre ambos, conforme registro de Ingo Wolfgang Sarlet,<sup>57</sup> é justamente que aqueles estariam positivados nas ordens internas enquanto que esses encontrariam amparo numa ordem jurídica internacional. Sarlet ainda traz a

55 DONNELLY, Jack. *Universal human rights: in theory and practice*. 3. ed. Nova Iorque: Cornell University Press, 2013. p. 30.

56 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 191.

57 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30.

visão de Bruno Galindo, para quem direitos humanos são sempre direitos inerentes à natureza humana, sejam eles positivados ou não. Nesse sentido, os direitos fundamentais seriam os que se encontram positivados, ou nas constituições internas, ou na ordem internacional, reconhecendo-se, neste segundo caso, o duplo plano de positivação dos direitos, não se tratando os direitos fundamentais e os direitos humanos de duas teorias completamente dissonantes uma da outra.

Mas, se por um lado há que ser ignorada a íntima relação entre os dois conceitos, por outro também não se deve olvidar que nem sempre há uma necessária identidade entre os conteúdos presentes nesses dois âmbitos, uma vez que cabe a cada ordem interna decidir os direitos que deseja tutelar e garantir, além do *status* que devem receber para que obtenham eficácia.<sup>58</sup>

Cumpra igualmente registrar que a maior preocupação na tutela, tanto de direitos fundamentais quanto de direitos humanos, funda-se na ideia de dignidade da pessoa humana. A dignidade, além de ter estado sempre presente nas diversas lutas por direitos humanos, mesmo que sob qualquer outro título, permite uma ordem política fundamentada em um direito legítimo, de acordo com as circunstâncias históricas que são dadas. Nos dizeres de Habermas,<sup>59</sup> é uma espécie de *dobradiça conceitual* capaz de conectar a moral baseada no reconhecimento do outro e na igualdade com o direito posto e a legislação democrática. Nesse sentido, todo cidadão obtém o *status* civil de participante de uma sociedade, sendo entendido como *sujeito de direitos iguais reivindicáveis*.

Explica ainda Habermas<sup>60</sup> que esse reconhecimento social, entretanto, só ganha espaço dentro de um Estado democrático e construído pelo próprio povo. É a dignidade que serve como *sismógrafo* para guiar os cidadãos no estabelecimento dos direitos que devem ser tutelados e garantidos, com o fim de se permitir a igualdade entre todos. Ela também tem o condão de fundamentar a indivisibilidade dos direitos individuais e sociais, já acima retratados, visto que um sujeito só pode ser livre se gozar de bens sociais,

58 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009., p. 33.

59 HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa: um ensaio*. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012. p. 17-18.

60 *Ibidem*, p. 16.

valendo também o raciocínio recíproco.

No mesmo sentido, Ingo Sarlet<sup>61</sup> indica que forte pressuposto para a dignidade é a isonomia de todos os seres humanos, os quais não podem ser tratados de maneira discriminatória e têm direito de defender e seguir com a sua identidade, posta no sentido de *autonomia e integridade psíquica e intelectual*, sendo, obviamente, vedadas as perseguições por motivos religiosos, escravidão, discriminação racial. Essa visão denota que a dignidade humana, enquanto princípio, visa evitar, primordialmente, que o indivíduo se torne objeto para quaisquer fins, afirmando a sua liberdade.

80

Ao lado desse objetivo, Sarlet<sup>62</sup> também destaca que, a partir do momento em que a dignidade passa a vir positivada nos instrumentos constitucionais, vincula toda a atividade administrativa e todos os órgãos do Estado, de forma que representa não apenas mandamentos de abstenção que impeçam atos que a atinjam, levando o ser humano à humilhação e redução de sua humanidade, mas exige inclusiveações voltadas à sua proteção e atuação. Do contrário, o exercício do poder e da ordem estatal não será legítimo.

É nessa linha que os direitos podem sofrer restrições, desde que não atinjam o núcleo irreduzível imposto pela dignidade humana. Ela não é o núcleo apenas da vida, da liberdade e da igualdade, mas de todos os demais direitos fundamentais. O princípio democrático, a soberania popular e o pluralismo político pressupõem uma vida digna, pautada na possibilidade de efetiva participação da sociedade, em todos os setores sociais e da vida, o que inclui, por exemplo, educação, saúde, trabalho, previdência e lazer. Assim, a dignidade deve e pode sempre ser vista concretamente, seja no indivíduo, seja numa sociedade, na forma de liberdade, autodeterminação e participação de cada sujeito social.

## 6 IMIGRAÇÃO E GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS

O Estado social, por intermédio de seus órgãos administrativos, exerce as mais variadas funções, sendo que, dentre elas, conforme entendimento de

61 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 104.

62 *Ibidem*, p. 105.

Pablo Lucas Verdú,<sup>63</sup> a partir dos esclarecimentos de Ernst Forsthoff, a mais importante é a fiscal, ou seja, a arrecadação voltada para uma distribuição entre todos os cidadãos, de forma igualitária. Nesse sentido, os impostos não têm apenas o condão de proporcionar recursos para o Estado, mas de efetivamente provocar mudanças sociais para os cidadãos que ali vivem, de forma que eles possam cobrir as suas despesas pessoais e familiares.

Ao lado disso, há o processo de escolha das políticas econômicas, que pode ser denominado de planificação da economia. Chama-se a atenção de que essas deliberações não podem, entretanto, ignorar as disposições postas em lei. Como alerta Pablo Lucas Verdú,<sup>64</sup> não podem ser arbitrárias, a ponto de perder a sua legitimidade, sobretudo quando, dentro da política, têm surgido cada vez mais importantes decisões por parte de tecnocratas, economistas, burocratas e engenheiros sociais, e não raras vezes buscam-se medidas políticas emergenciais, de curto prazo, e que acabam deixando a legalidade e a segurança jurídica de lado, traduzidas nos mais diversos planos, a cada novo governo. Com as desculpas de se tratarem de questões de alto nível técnico, acabam se afastando dos limites jurídicos, inclusive os que são impostos pela própria Constituição.

Pablo Lucas Verdú<sup>65</sup> ainda destaca que não se trata de uma disputa por espaço de atuação, mas tão-somente do objetivo de se desenvolver um Estado que possa garantir tanto direitos individuais quanto direitos sociais dentro das normas jurídicas, sem, assim, perder o controle das suas decisões e mesmo da base de legitimidade. Sem dúvida que toda a ação do Estado deve estar pautada na segurança jurídica, e não podem os assuntos mais importantes de uma sociedade passar despercebidos pelos juristas. Ademais, o Estado social deve permanecer também como Estado de Direito, sendo este capaz de convencer os cidadãos de que vivem em liberdade, bem delimitada pela lei, e que o Estado tem meios de satisfazer as pretensões mínimas para que sejam reconhecidos e tenham tutelada a sua própria dignidade,

63 VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 104.

64 VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 123.

65 *Ibidem*, p. 120.

especialmente quanto aos grupos menos favorecidos.

Dentro dessa estrutura do Estado pautado na lei e, ao mesmo tempo, implementador de políticas sociais, Jürgen Habermas<sup>66</sup> explica que, por razões diversas, os movimentos migratórios não contam com o apoio da maioria da população e há uma grande hostilidade contra os estrangeiros nos países da União Européia, por exemplo. Essa não-recepção pode ser vista sob um ponto de vista político e jurídico e outro econômico-social.

Do ponto de vista político e jurídico, podem alguns grupos entender que a presença de indivíduos que levam consigo sua própria cultura e maneira de pensar seria capaz de colocar em risco tudo aquilo que fora politicamente construído no país que os recebe.

Nesse sentido, Jürgen Habermas<sup>67</sup> fala que existem *impregnações éticas*, ou seja, influências de alguns grupos, geralmente dominantes, dentro do processo de formação política dos Estados. Ressalta também que, mesmo com relação à efetivação de direitos, percebe-se que a carga ética encontra-se presente, visto que, apesar de direitos fundamentais terem configuração universal, somente em situações concretas, em especial nas lutas por reconhecimento, é que ganham contornos que melhor lhes definam.<sup>68</sup> Assim, a partir de valores universais, o legislador define as normas jurídicas específicas de uma determinada sociedade, diante das características que lhe são inerentes.

Um problema que ganha relevo ocorre justamente quando uma minoria surge no seio de uma sociedade já definida historicamente e passa a querer o seu próprio reconhecimento e a aquisição de direitos, assim como todos os outros daquele grupo, inclusive como uma forma de proteção contra a dominação. Isso se dá porque, segundo sustenta Habermas,<sup>69</sup> questões ético-políticas, inevitavelmente, farão parte da política, inclusive como meio

66 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 264.

67 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 253.

68 *Id.*, 2012, p. 12.

69 *Id.*, 2004, p. 254.

de formação da identidade da sociedade e dos seus cidadãos, o que pode dar ensejo a batalhas travadas por minorias que sejam eventualmente desprezadas.

A existência de opiniões diversas na sociedade, todavia, não deve ser entendida como um perigo às estruturas do Estado. Nesse diapasão, Celso Ribeiro Bastos<sup>70</sup> acredita que, no Estado democrático, em que as decisões são tomadas de acordo com a expressão de seu povo, há diversos poderes que podem influenciar o Estado. Entretanto, isso não é uma ameaça capaz de desestruturar a própria autoridade estatal. Em sentido contrário, a existência de posicionamentos divergentes se coaduna com o próprio processo democrático, contribuindo para uma análise mais aprofundada das questões que são apresentadas, bem como com o processo decisório.

Pablo Lucas Verdú,<sup>71</sup> a partir das observações de David Philip sobre a sociedade sueca, também admite ser a pluralidade uma importante característica das sociedades ocidentais modernas. Explica que, dentro delas, há grupos intermediários que se comunicam, de forma que, indivíduos de camadas sociais distintas acabam sempre se encontrando e estabelecendo compromissos entre si, o que facilita o reconhecimento uns dos outros. Na visão do autor, a democracia pluralista permite mais mobilidade nas relações dentro de grupos e entre eles, o que deve ser permitido, ao invés da pretensão liberal burguesa de impedir a fluidez de uma sociedade a partir de postulados rígidos e estáticos.

Na mesma linha, Habermas<sup>72</sup> entende que para se tutelar, concretamente, os direitos de uma pessoa, não se pode desconsiderar as relações intersubjetivas pelas quais ela formou a sua identidade e jeito de viver. Outrossim, entende que o direito se presta à tutela de indivíduos em si, mas não à tutela de grupos inteiros, pois deve-se ceder espaço para que o sujeito opte pela sua própria forma de vida e consagre, assim, a sua identidade. Reforça, por fim, o posicionamento da necessidade da relação intersubjetiva entre culturas distintas, e que o direito deve permitir a compreensão e a reprodução

70 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 64.

71 VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 94.

72 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 260.

cultural de formas de vida. Em síntese, deve ser dada a chance de se seguir vivendo de acordo com a sua cultura de origem, inclusive repassando-a às próximas gerações; transformá-la, deixando de seguir os seus imperativos; ou mesmo romper totalmente com ela, de forma deliberada e consciente.

Percebe-se que as sociedades são formadas a partir de seus longos processos históricos, sendo estabelecidos, dentro delas, critérios éticos que acabam se refletindo nas interpretações sobre as regras de convivência. Todos os indivíduos estão interligados, mesmo que não percebam, definindo, intersubjetivamente, um *horizonte* de entendimento sobre em quais valores aquela sociedade se pauta.

Obviamente, no atual contexto pluralista, ocorre uma constante modificação da base formada pelos cidadãos, os quais dão o tom à democracia e participam dos processos de deliberação jurídica e política. Ocorrendo a alteração dessa base, muda também a forma como são vistos os direitos e princípios fundamentais então estabelecidos, os quais, interpreta Habermas,<sup>73</sup> são importantes para a configuração de um patriotismo constitucional. Isso não significa, entretanto, que tais valores devem ser dominantes, esmagando a expressão das minorias. O que deve ocorrer é justamente o contrário: uma constante revisão do entendimento político e também jurídico, feito intersubjetivamente, envolvendo as majorias e as minorias, com o objetivo de se promover inclusão social.

Nesse sentido, os indivíduos que chegam a um novo país devem ter o direito de lutar pelo reconhecimento de sua cultura, sem correr riscos de sofrer uma aculturação. Não se deve forçar alterações na cultura do imigrante, permitindo-se que, finalmente, possa obter novos entendimentos dentro da mesma sociedade, o que apenas se dá após longos anos.

Em decorrência da existência de impregnações éticas, não há como compreender, racionalmente, os valores éticos colocados por cada sociedade, porque eles são pré-políticos e culturais. O próprio legislador deve fazer escolhas ao elaborar as normas do ordenamento jurídico. Por essa razão, a neutralidade do Direito não tem como se basear na limitação de quais devem ser os valores de uma determinada sociedade, mas, sim, na possibilidade de se verificar a legitimidade das pretensões que são apresentadas, a fim de

73 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 262.

que se evitem dominações que descambam à barbárie, como ocorreu com a ascensão dos governos nazista e facista.

É diante dessas considerações que Estados que mudam sua base de cidadãos a partir de influxos migratórios devem estar mais atentos para perceber essas novas oscilações e a delicadeza dos temas dissonantes nas sociedades, que levam a movimentos de reconhecimento pela própria identidade dentro de uma cultura já definida para que, uma vez integrados àquela realidade, possam usufruir de direitos outros necessários à sua dignidade.

Do ponto de vista econômico, os choques entre os indivíduos de um Estado com os imigrantes podem ocorrer por causa de um grande medo de que eles sufoquem o sistema social e previdenciário nacional, prejudicando os próprios cidadãos.

No atual contexto da imigração na Europa, em especial na França, mas também tendo reflexos em países outros como Suécia e Dinamarca, Alexis Spire<sup>74</sup> afirma que quanto mais abalos sofrer a economia, mais se intensificam os fenômenos de intolerância contra o estrangeiro, a xenofobia, pois ele passa a ser concebido como o grande causador dos problemas do Estado, agora incapaz de apresentar respostas econômicas favoráveis. Spire aponta a crença comum de que essa situação se agravaria na União Européia em virtude da livre circulação de produtos e serviços, a qual ficaria suscetível a fraudes e abusos dos imigrantes. Em decorrência, os benefícios do Estado de bem-estar social haveriam de ser reservados apenas para os *locais*.

Spire explica também que essa visão tem função ideológica em tempos de crise econômica e pânico moral, que é dar legitimidade meramente simbólica a políticas de exclusão de indivíduos que não encontrem aprovação por parte da população. Esse fundamento não se baseia na ideia de nação em si, como ocorrera no passado, logo após as revoluções burguesas. Não há aqui preocupação em se lutar externamente para defesa de soberania e consolidação de fronteiras nacionais. A atual preocupação de países, como a França, é a de se manter o modelo do Estado social e, com ele, garantir direitos dos seus cidadãos, dentro, lógico, daquilo que o país pode arcar. Spire cita ainda a opinião de Andrew Higgins, para quem se formou um *chauvinismo da proteção social* dentro de muitos partidos europeus, que tentam se

74 SPIRE, Alexis. Xenofobia em nome do Estado de bem-estar social. *Le Monde Diplomatique Brasil*. 2 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1550>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

equilibrar com posições esquerdistas, mas apresentam radicalismos de direita.

Há, assim, uma relutância em se aceitar que *o outro*, com identidade totalmente distinta, advindo do estrangeiro, possa se estabelecer em um novo país. A despeito de os Estados não mais se basearem num forte nacionalismo para justificar o seu poder e se autosustentar, medidas que relevam o nome da nação e seu povo originário são tomadas, recompondo a antiga fundamentação da força estatal, passam a entrar em cena e a combater os imigrantes, tais como maiores restrições nas leis de imigração ou mesmo para a concessão de refúgio e asilo.

Não outro cenário é o que se tem visto com o crescente apoio a partidos de direita diante do crescente número de refugiados e imigrantes que buscam entrar na Europa, desde 2015, como o *Alternative für Deutschland*, na Alemanha, ou do apoio populacional a Marine Le Pen, na disputa à presidência francesa, apesar desta não ter logrado êxito em vencer as eleições. O próprio *Brexit*, a saída do Reino Unido da União Europeia, tem sido processado em decorrência das preocupações crescentes com a imigração, mormente a muçulmana.

Com efeito, Habermas<sup>75</sup> percebe que medidas dessa natureza tornam-se mais intensas em momentos de crise, que trazem a impotente sensação de insegurança sobre o futuro do país, que é exatamente o momento atual do Brasil, para o qual tem-se dirigido um crescente número de imigrantes. A maioria deles vem do Haiti<sup>76</sup> após desastres ambientais e conflitos civis e, ao chegarem aqui, encontram preconceitos e situações degradantes de trabalho, completamente diferentes da visão de um país tolerante e diversificado. Esses imigrantes, então, dentro de quadro despreocupado com a fiscalização e o seu bem-estar, trabalham sem carteira assinada e encontram dificuldades em obter benefício da previdência quando precisam.<sup>77</sup> Ademais, diante do atual quadro de crise que hoje assola o país, é possível que essa situação de discriminação apenas piore por conta do medo e insegurança

75 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Asthor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 256.

76 Segundo dados da Polícia Federal, o número de imigrantes no Brasil aumentou 160% nos últimos 10 anos. Os haitianos lideram o *ranking*, seguidos pelos bolivianos e pelos colombianos. Cf. Globo – G1, 25 jun. 2016, *Em 10 anos, número de imigrantes aumenta 160% no Brasil, diz PF*.

77 HAITIANOS enfrentam preconceito e abusos no Brasil. *Exame*, 30 jan. 2016. Disponível em: < <http://exame.abril.com.br/brasil/haitianos-enfrentam-preconceito-e-abusos-no-brasil/> >. Acesso em: 17 jun. 2017.

financeira da população.

Noutro giro, apesar de não estarem dentre os mais numerosos imigrantes do Brasil, deve-se salientar também a presença de indivíduos de religião islâmica, cuja população cresceu 29% na última década.<sup>78</sup> A sua influência já alcançou o âmbito jurídico, após a dificuldade encontrada por muçulmanas para expedição da carteira de habilitação, por se recusarem a tirar a respectiva foto sem o véu que usam, tendo a Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro apresentado parecer no sentido de que a pretensão daquelas mulheres era permitida, mesmo sem a comprovação de uma exigência eclesiástica.<sup>79</sup> Assim, podem surgir debates sobre interferências que uma nova religião inserida no Brasil pode provocar, sem se olvidar que a supressão de uma liberdade individual, tal qual usar o véu islâmico, pode, ao menos em tese, restringir um direito social, se se concebe, por exemplo, a proibição dessa prática no âmbito escolar ou laboral, hipótese em que a mulher pode acabar fora dele, tendo menor participação social.

## 7 CONCLUSÃO

A globalização e a formação de uma ordem jurídica internacional remodelaram alguns conceitos clássicos, tais como soberania e nação, visto que não há mais que se falar em homogeneidade, mas saber lidar com a diversidade existente no mundo, que se concentra hoje, com mais ênfase, em alguns locais, sobretudo grandes centros urbanos. Com efeito, as sociedades apresentam-se visivelmente pluralistas e, para que à atuação governamental de cada país possa sempre ser conferida legitimidade, necessário se faz o reconhecimento do cidadão, antes de qualquer legislação estatal, enquanto pessoa humana, merecedora de iguais direitos, especialmente a integridade de sua dignidade.

A configuração estatal, por outro lado, após longa evolução histórica, pauta-se não apenas na garantia de liberdades individuais, tal como no Estado

78 POPULAÇÃO muçulmana cresce 29% em 10 anos no Brasil. *UOL – Operamundi*. 6 set. 2012. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/24157/populacao+muçulmana+cresce+29%25+em+10+anos+n+brasil.shtml>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

79 PGE emite parecer permitindo coberturas de cabeça por motivos religiosos em fotografias na carteira de identidade. *Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. 6 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.pge.rj.gov.br/imprensa/noticias/2017/03/pge-emite-parecer-permitindo-coberturas-de-cabeca-por-motivos-religiosos-em-fotografias-na-carteira-de-identidade>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

moderno liberal, mas também na concessão de direitos e benefícios sociais, relacionados à saúde, trabalho, educação, lazer, dentre outros. Contudo, diante da compreensão trazida pela própria Declaração dos Direitos Humanos de 1948 de que não é possível uma divisão entre direitos subjetivos e direitos sociais, destaca-se que sem o seu devido reconhecimento, o que viola a sua liberdade, por não ser entendido como igual aos demais, o indivíduo não consegue concretizar as suas pretensões e tem diminuído o seu *status* de cidadão, situação que não pode ser concebido num Estado que se pretende democrático. Ademais, cria-se um círculo vicioso em que perpetua, ao mesmo tempo, a falta de reconhecimento e a violação aos direitos sociais.

A dificuldade que os imigrantes encontram para obtenção de garantias sociais, em decorrência mormente à falta de reconhecimento no Estado para o qual se direcionam, deixa claro que a disponibilização de uma mera política de distribuição de bens sociais não é suficiente para se garantir uma ordem social pluralista de forma harmônica. É preciso antes reconhecer todos os indivíduos como detentores de direitos, inclusive os imigrantes, sendo, assim, efetivamente incluídos naquela sociedade, tendo acesso aos mesmos direitos que todos os demais, tantos os individuais, quanto os sociais. Dessa forma, poderão ter as mesmas condições de trabalho e estudo, dentro de um quadro em que os demais cidadãos se esforçam para tanto e o Estado busca fomentar políticas favoráveis a esse projeto. Somente assim pode-se proteger de forma efetiva a dignidade dessas pessoas e evita-se criar uma camada na sociedade que, mesmo presente e atuante socioeconomicamente, aparenta ser mera e menor coadjuvante no país.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. ampl. e atual. até a EC nº 57/2008. Salvador: Juspodivm, 2009.

DONNELLY, Jack. *Universal human rights: in theory and practice*. 3. ed. Nova Iorque: Cornell University Press, 2013.

EM 10 anos, número de imigrantes aumenta 160% no Brasil, diz PF. *Globo – G1*. 25 jun. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/em-10-anos-numero-de-imigrantes-aumenta-160-no-brasil-diz-pf.html>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

FLORES, Joaquín Herrera. Los Derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: *Direitos humanos e globalização [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Org. David Sánchez Rúbio, Joaquin Herrera Flores, Salo de Carvalho. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 72-109. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Asthor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. 1.

\_\_\_\_\_. *Sobre a Constituição da Europa: um ensaio*. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012

HAITIANOS enfrentam preconceito e abusos no Brasil. *Exame*. 30 jan. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/haitianos-enfrentam-preconceito-e-abusos-no-brasil/>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

PGE emite parecer permitindo coberturas de cabeça por motivos religiosos em fotografias na carteira de identidade. *Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. 6 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.pge.rj.gov.br/imprensa/noticias/2017/03/pge-emite-parecer-permitindo-coberturas-de-cabeca-por-motivos-religiosos-em-fotografias-na-carteira-de-identidade>>. Acesso em:

17 jun. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

POPULAÇÃO muçulmana cresce 29% em 10 anos no Brasil. *UOL – Operamundi*. 6 set. 2012. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/24157/populacao+muculmana+cresce+29%25+em+10+anos+n+brasil.shtml>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

90

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SPIRE, Alexis. Xenofobia em nome do Estado de bem-estar social. *Le Monde Diplomatique Brasil*. 2 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1550>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

## FIEL REPRESENTAÇÃO POLÍTICA: ESCOPO DO PROCESSO ELEITORAL

*Incapazes de se impor pela evidência, as religiões políticas apelam para a violência. E eis que dividindo-nos quanto aos métodos, arriscamo-nos a não mais reconhecer que caminhamos para o mesmo fim. (Antoine Saint-Exupéry, 1936)*

**Victor Xavier \***

### RESUMO

Com escopo democrático, a Carta Constitucional de 1988, depois de longo processo histórico, deu fim à ditadura militar, abrindo um ciclo de amplas garantias e direitos para todos os brasileiros. Em especial, conferiu possibilidade de ingerência nas questões mais relevantes da Nação, consagrando o referendo, o plebiscito, a iniciativa popular e o voto direto e secreto, com igual valor para todos, como expressões da soberania do povo, titular do poder estatal. Desde então, cresceu o número de votantes, candidatos, partidos políticos e até de unidades federadas. Acirradas disputas passaram a ser exibidas no horário da propaganda política. Terminado o prélio, nada raro, as agremiações partidárias, que ocupam relevante papel no regime democrático, após meses de caminhada, entram em litígio com seus militantes arguindo infidelidade política. O tecido social brasileiro é complexo, multicultural, fracionável em camadas de interesse distintas. Essa variedade, em tese, deve ser lealmente espelhada tanto na gestão da coisa pública, quanto na atividade legislativa. Pensando nisso, este estudo se propõe a analisar o pacto de vontades firmado entre candidatos, siglas e sufragistas, salientando a necessidade de revisão do arcabouço normativo que rege a matéria, com vistas ao fim maior das eleições: construir representações políticas que, ao longo do mandato eletivo, sejam coerentes com a linha ideológica e propostas assumidas em campanha, tendo em vista que os cidadãos, fonte e razão de

\*Servidor do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Assessor Jurídico da Vice-Presidência do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo JUSPODIVM e em Direito Eleitoral pela Faculdade Baiana de Direito.

ser do governo, não podem ser relegados à exclusiva condição de súditos após a proclamação do resultado das urnas.

Palavras-chave: Poder. Infidelidade. Sufrágio. Representação. Política.

## ABSTRACT

With a democratic scope, the 1988 Constitutional Charter, after a long historical process, ended the military dictatorship, opening a cycle of broad guarantees and rights for all brazilians. In particular, it conferred a possibility of interference in the most relevant issues of the nation, consecrating the referendum, plebiscite, popular initiative and direct and secret vote, with equal value for all, as expressions of the sovereignty of the people, holder of State Power. Since then, the number of voters, candidates, political parties and even federal units has grown. Fierce disputes began to be displayed at the time of political advertising. After the prelude, not unusual, the party associations, which occupy a relevant role in the democratic regime, after months of walking, enter into litigation with their militants arguing political infidelity. The brazilian social composition is complex, plural, fractional in distinct layers of interest. This variety, in theory, must be loyally mirrored both in the management of public affairs and in legislative activity. With this in mind, this study proposes to analyze the pact of will signed between candidates, political parties and suffragettes, stressing the need to revise the normative framework governing the matter, with a view to the greater end of the elections: to build political representations that, throughout the elective mandate are consistent with the ideological line and proposals made in campaign, given that the citizens, source and reason of being of the government, can not be relegated to the exclusive condition of subjects after results of the electoral contest.

Keywords: Power. Infidelity. Suffrage. Representation. Policy.

## 1 INTRODUÇÃO

Após o encerramento da ditadura militar, com a promulgação da Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>, o Brasil apresentou, mundialmente, os ideais democráticos que visava alcançar.

Observando o disposto no artigo 1º, parágrafo único, da CF/88, José Afonso da Silva trabalhou o conceito de poder da seguinte maneira:

O poder é um fenômeno sociocultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites, e prescrever, às nossas atividades certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins.

O Estado como grupo social máximo e total, tem também o seu poder. É o poder político ou poder estatal. A sociedade estatal, chamada também de sociedade civil, compreende uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras em função dos limites globais que ao Estado cumpre realizar. Daí se vê que o poder político é superior aos outros poderes sociais, os quais, reconhece, rege e domina, visando ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular o máximo de progresso à vista do bem comum.<sup>3</sup>

Essa força dominante a que se refere o professor de Direito Constitucional, nos termos da Lei Maior brasileira, emana do povo, que a exerce elegendo concidadãos para representá-lo.

Daí exsurge a relevância do certame eletivo, viabilizador do exercício da cidadania, consubstanciada na outorga do mandato político (fração de poder) a um membro da coletividade.

Infelizmente, fatores como a atual estrutura legislativa (objeto de constantes reformas) e os costumes políticos, ano após ano, induzem o eleitor à falsa impressão de que o voto conferido a partido ou candidato de

2 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2017.

3 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

sua preferência espelhará, fidedignamente, seus anseios à frente do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.<sup>4</sup>

Neste estudo, com esteio em doutrina, jurisprudência e na legislação pátria, serão pontuadas, sem intento exaustivo, mas com vista a uma construção histórica e gradativa, questões estruturais da representação política no Brasil no tempo presente.

Como se verá, o voto qualificado, dentro do contexto aqui desenvolvido, é aquele decorrente de um processo eletivo que vise à apresentação de diretrizes partidárias distintas (pluripartidarismo) e protegidas do acondicionamento comercial (publicidade), descompromissado com a futura execução de planos de governo e/ou promessas de campanha.

Para tanto, o conceito de cidadania, a diferença entre ser cidadão e ser eleitor, a natureza do mandato eletivo, tanto quanto o surgimento, o propósito e a formação das agremiações partidárias foram assinalados como pontos fulcrais da investigação que segue.

Uma nova ordem jurídica, que vise assegurar o direito ao voto livre de distorções propagandísticas, do poder político-econômico inadequadamente utilizado, da falta de perspectivas de lealdade às propostas defendidas no horário eleitoral gratuito, conforme se verá, é necessária.

## 2 DEMOCRACIA E PODER

Etimologicamente, democracia significa poder do povo. Mais que uma definição, ou ideia, a possibilidade de decidir as questões públicas é uma construção histórica, resultante de conflitos e aperfeiçoada na prática, mediante pactos de regência construídos para a realização do bem comum, em nome da coexistência harmônica.

É natural que grupos distintos, coabitando uma mesma região, contraponham interesses e abram disputa pelo poder de dar a palavra final nas questões que considerem mais relevantes. Nesse sentido, por disponibilizar ferramentas de diálogo, aproximando a sociedade do consenso na definição dos seus roteiros, a democracia pode ser concebida como um instrumento

---

<sup>4</sup> Vale destacar que a menção ao termo poder, neste caso, remonta aos clássicos estudos de Aristóteles, John Locke, Rousseau e Montesquieu, que não serão aprofundadas no momento, vez que escapam ao tema central deste estudo.

de pacificação, capaz de amainar o desequilíbrio de forças nas relações humanas.

Norberto Bobbio, em estudos avançados sobre filosofia política, apresentou sua ideia preferencial acerca do tema:

As definições de democracia, como todos sabem, são muitas. Entre todas, prefiro aquela que apresenta a democracia como 'poder em público'. Uso essa expressão sintética para indicar todos aqueles expedientes institucionais que obrigam os governantes a tomarem as suas decisões às claras e permitem que os governados 'vejam' como e onde as tomam.<sup>5</sup>

Prosseguindo em sua linha de raciocínio, o autor italiano asseverou:

A definição da democracia como poder em público não exclui naturalmente que ela possa e deva ser caracterizada também de outras maneiras. Mas essa definição capta muito bem um aspecto pelo qual a democracia representa uma antítese de todas as formas autocráticas de poder.

[...]

A principal razão pela qual o poder tem a necessidade de subtrair-se do olhar do público está no desprezo ao povo, considerado incapaz de entender os supremos interesses do Estado (que seriam, no julgamento dos poderosos, os seus próprios interesses) e presa fácil dos demagogos.<sup>6</sup>

Com percuciência, Bobbio rememorou que “a democracia sempre foi concebida unicamente como governo direto do povo e não mediante representantes do povo, o juízo predominante sobre essa forma de governo foi, a começar pela Antiguidade, negativo”.<sup>7</sup>

Mais adiante, o pesquisador defendeu que alguns conceitos e procedimentos tidos hodiernamente como próprios da democracia, na verdade, são seculares, e podem ser utilizados em diversas formas de Estado, como é o caso, por exemplo, das eleições, chegando à seguinte conclusão:

Discutiu-se durante séculos se seria melhor a monarquia hereditária

5 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Verssiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 386.

6 *Ibidem* p. 387-388.

7 *Ibidem*, 2000. p. 375.

ou a monarquia eletiva: ninguém jamais pensou que uma monarquia, pelo fato de ser eletiva, deixaria de ser monarquia.<sup>8</sup>

Em linha complementar às valiosas anotações do italiano, na atualidade, como bem pontuou Colin Bird, prevalece a concepção de que a democracia, governo das ou pelas pessoas, remete a uma prática social, qual seja, governar, visando à tomada coletiva de decisões.<sup>9</sup>

Bobbio, atento aos valores em testilha, chegou a resumir os “universos processuais que caracterizam a democracia”:

1) todos os cidadãos que tenham alcançado a maioria etária sem distinção de raça, religião, condição econômica, sexo, devem gozar de direitos políticos, isto é, cada um deles deve gozar do direito de expressar sua própria opinião ou de escolher quem a expresse por ele; 2) o voto de todos os cidadãos deve ter igual peso; 3) todos aqueles que gozam dos direitos políticos devem ser livres para poder votar segundo sua própria opinião formada, ao máximo possível, livremente, isto é, em uma livre disputa entre grupos políticos organizados em concorrência entre si; 4) devem ser livres também no sentido de que devem ser colocados em condições de escolher entre as diferentes soluções, isto é, entre partidos que tenham programas distintos e alternativos; 5) seja para as eleições, seja para as decisões coletivas, deve valer a regra da maioria numérica, no sentido de que será considerado eleito o candidato ou será considerada válida a decisão que obtiver o maior número de votos; 6) nenhuma decisão tomada por maioria livre deve limitar os direitos da minoria, particularmente, o direito de se tornar, por sua vez, maioria em igualdade de condições.<sup>10</sup>

Em comunhão com a linha de pensamento supratranscrita, Reinaldo Dias constatou que “a ideia de representação política foi decisiva nos sistemas democráticos, principalmente pelo aspecto legitimador que possui”.<sup>11</sup>

8 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Verssiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000., p. 373.

9 BIRD, Colin. *Introdução à filosofia política*. São Paulo: Madras, 2011.

10 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Verssiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 427.

11 DIAS, Reinaldo. *Ciência Política*. São Paulo: Atlas, 2013.

O predito autor, aprofundando seu raciocínio, definiu o mecanismo pelo qual, nas sociedades democráticas, a responsabilidade de fazer valer os anseios populares é validada:

As eleições operam como símbolo e instrumento eficaz de legitimação e organização do poder nas sociedades que se estruturam tendo como base o pluralismo político. A eleição é um procedimento reconhecido pelas normas de uma organização por meio da qual todos ou parte dos membros escolhem um número menor de pessoas, ou somente uma, para representá-las, ocupando posição de autoridade nessa entidade.<sup>12</sup>

A experiência histórica da democracia direta, citando-se o exemplo de Atenas, Grécia, foi superada; o conceito de cidadania (considerando-se para o momento, a possibilidade de participar da tomada de decisões nos aspectos mais relevantes da vida em comum) ganhou conotação distinta daquela adotada na Idade Antiga, surgindo, gradativamente, a necessidade de construir um novo meio de expressão das escolhas populares, qual seja, a representação política definida pelo voto.

Nesta toada, observando as relações de poder advindas do sistema de espelhamento social, Estevão C. de Rezende Martins alertou:

A cultura política contemporânea tende a levar mais em conta o poder instituído do Estado e a negligenciar o poder originário dos cidadãos. No âmbito da reflexão aqui levada a cabo, essa contraposição é relevante para que se aprenda o alcance do binômio cultura e poder. Em ambos os termos encontram-se incluídas duas acepções. Tem-se tanto o poder da cultura, que é o eixo temático que aqui se ressalta, como se dispõe a cultura do poder, que contribui para a idealização da estrutura formal do Estado e do sistema internacional nele formado. Incurrir-se-ia em renovado equívoco se a ênfase viesse a recair em apenas uma dessas acepções. O que interessa, em primeira linha, é a equação em que elas ocupam função. Ou seja, o poder e os poderosos devem ser distinguidos contra o pano de fundo da cultura política em que faz sentido usar tais termos.<sup>13</sup>

Na verdade, a equação formada pelas variáveis “poder instituído do Estado” e “poder originário dos cidadãos” deve conduzir a um resultado de equilíbrio, segurança e bem-estar comunitário.

12 DIAS, Reinaldo. *Ciência Política*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 179.

13 MARTINS, Estevão C. de Rezende. *Cultura e poder*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Sobreleva-se, como instrumento de consolidação dos referidos vínculos de poder, o processo eleitoral, que pode ser delimitado conceitualmente deste modo:

Ensina a doutrina que processo eleitoral é o termo que significa, a um só tempo, exercício da relação processual no âmbito do Direito Eleitoral e o complexo de atos relativos à realização das eleições, ora com maior extensão, representando todo o processo (alistamento, filiação partidária, convenções partidárias, registro de candidatos, propaganda eleitoral, votação, apuração e totalização de votos, proclamação dos resultados e diplomação), ora com menor, representando uma ou algumas dessas fases, como a votação.

[...]

Assentou-se, ainda, que o processo eleitoral não pode ter seu início delimitado temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorreriam, até então, as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior (antes do advento da Lei 13.165/2015). A fase pré-eleitoral não coincidiria com as datas das convenções partidárias, pois, coincidiria muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no TSE. Com base nessas premissas, assentou-se no STF que a competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição Federal exige que qualquer modificação das regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso.

[...]

Todavia, é possível falar em um processo eleitoral em sentido estrito, isto é, um processo eleitoral específico para cada eleição. Enquanto o processo eleitoral em sentido amplo não tem data, o processo eleitoral em sentido estrito é calendarizado, de modo que se pode falar no 'processo eleitoral para as eleições de 2012', no processo eleitoral para as eleições de 2014, no processo eleitoral para as eleições de 2016 e etc., de modo que restam perenizados, como se deles fosse realizada uma fotografia.<sup>14</sup>

A toda evidência, a eleição se presta a equilibrar as forças sociais, permitindo, inclusive, o ingresso das minorias, das distintas linhas de pensamento, na disputa política para, ao fim, legitimar o vínculo entre eleitores e mandatários.

Dada a natureza do elo constituído entre o povo e o Estado, quanto mais claras e estáveis forem as regras atinentes à cadeia de atos que resul-

<sup>14</sup> CHEIM, Flávio Jorge; LIBERATO, Ludgero Ferreira; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Curso de Direito Eleitoral*, Salvador: Juspodivm, 2016.

tam no exercício do sufrágio, mais confiável será o acordo de representação firmado entre eleitores, candidatos e partidos políticos.

Na democracia, o poder não é um fim em si mesmo. Empreende-se tempo e energia para que, após disputa aberta, determinadas pessoas, escolhidas por seus atributos morais e ideológicos, tornem-se a imagem, o retrato, do grupamento ao qual pertencem.

Quando, no exercício do seu mister, o administrador dos interesses comuns se desconecta da comunidade, agindo em nome próprio, ou de grupo específico, a relação de poder construída para fins democráticos se esvai; o aparato estatal torna-se indesejada ferramenta de imposição de vontades.

Para diminuir as chances de conjunturas desta natureza, o exercício do sufrágio é objeto de intensa regulamentação, uma vez que o processo eleitoral, para conter viés democrático, deve reverberar na escolha de mandatários que se vejam obrigados a manter linha de ação congruente com os compromissos assumidos com o povo durante a campanha por votos.

### **3 CIDADANIA, SUFRÁGIO E MANDATO**

Desde os tempos mais remotos, as pessoas compartilham interesses e dividem espaços físicos. Sem dúvidas a nossa espécie é gregária.

Secularmente, as comunidades se organizam de forma distinta e, algumas delas, optam pela coexistência pautada no respeito mútuo, na observância às demandas globais, sem desconsiderar as minorias, na divisão de responsabilidades conforme as condições de cada um, enfim, pela proteção ao indivíduo, independentemente de sua origem ou posses.

Nos ambientes onde a interação humana é alçada a um patamar mais elevado, objetivando a pacificação e o desenvolvimento do tecido social, embrionariamente, foi lapidada a condição cidadã.

Debruçando-se sobre o tema, o professor titular de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito do Estado de São Paulo, Dalmo de Abreu Dallari, assim se manifestou sobre a cidadania:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro

do grupo social. Por extensão, a cidadania pode designar o conjunto das pessoas que gozam daqueles direitos.

[...]

A cidadania que no século XVIII teve sentido político ligando-se ao princípio da igualdade de todos, passou a expressar uma situação jurídica, indicando um conjunto de direitos e deveres jurídicos. Na terminologia atual, cidadão é um indivíduo vinculado à ordem jurídica de um Estado. Essa vinculação pode ser determinada pelo local do nascimento ou pela descendência, bem como por outros fatores, dependendo das leis de cada Estado. Assim, por exemplo, o Brasil considera seus cidadãos, como regra geral, as pessoas nascidas no território brasileiro ou que tenham mãe ou pai brasileiro.

Essa vinculação significa que o indivíduo terá direitos que a lei assegura a cidadãos daquele Estado, tendo também o direito de receber proteção de seu Estado se estiver em território estrangeiro.<sup>15</sup>

À vista do texto susotranscrito, é possível dizer que a noção de cidadania ultrapassa o espectro da participação em decisões da coletividade. Cidadão é o indivíduo que goza da proteção estatal para o exercício de direitos e deveres histórica, social e juridicamente consagrados.

Jorge Miranda define a cidadania como a qualidade do membro do Estado, como status daqueles que, sendo destinatários “da ordem jurídica estatal”, são “sujeitos e os súditos do poder”.<sup>16</sup>

Vida, liberdade, dignidade, igualdade formal e material, saúde, educação, trabalho e moradia são exemplos de garantias balizadas pelo Estado brasileiro a seus cidadãos.

Lado outro, o comparecimento sazonal às urnas para votar, as convocações da Justiça Eleitoral para trabalhar como mesário, a apresentação ao serviço militar obrigatório e o pagamento de tributos exemplificam deveres cidadãos existentes em nossa ordem legislativa.

Dito isso, nota-se que a possibilidade de voto direto e secreto, não denota, por si só, a plenitude da condição cidadã.

De contrapartida, diga-se também, o impedimento em consignar, nas urnas, a preferência política, não desvela o alijamento do sistema de proteção à pessoa humana, consagrado pela Carta Magna aos brasileiros.

Evidentemente, a ausência de vínculo obrigatório entre a cidadania e

<sup>15</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2012.

<sup>16</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

o sufrágio não diminui a importância deste direito político consagrado pela CF/88 como meio de exercício da soberania popular.

De todo modo, no que toca ao exercício do voto, insta salientar que o Estado, por razões diversas, pode obstaculizar/relativizar tanto o *ius suffragii*, quanto o *ius honorum*. Noutras palavras, nem todos os membros da comunidade estão habilitados a participar do processo eleitoral, seja no pólo ativo (eleitor), seja no passivo (candidato), o que não denota, sob hipótese alguma, que destas pessoas foi retirado o status de cidadão.

### 3.1 O SUFRÁGIO UNIVERSAL: EXPRESSÃO DA SOBERANIA POPULAR

A participação na tomada de escolhas estatais foi abordada pelo legislador constituinte no Capítulo IV da Carta Magna de 1988. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco discutiram sobre o tema:

Os direitos políticos formam a base do regime democrático. A expressão ampla refere-se ao direito de participação no processo político como um todo, ao direito ao sufrágio universal e ao voto periódico, livre, direto e secreto e igual, à autonomia de organização do sistema partidário, à igualdade de oportunidade dos partidos. Nos termos da Constituição, a soberania popular se exerce pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular (art. 14).<sup>17</sup>

101

O sufrágio universal, enquanto direito de votar e ser votado em eleições livres, não é uma terminologia precisa. São inúmeras as restrições ao escrutínio. Todo brasileiro que quiser participar do processo eleitoral deve atender a requisitos legais mínimos.

Num primeiro momento, pode-se destacar a situação dos menores de dezoito e maiores de dezesseis anos, que juntamente com os septuagenários não têm dever legal de votar.

Ademais, para participar do escrutínio, é necessário estar alistado como eleitor e ter domicílio eleitoral na circunscrição.

Diga-se ainda que, acaso o cidadão seja aspirante a cargo eletivo,

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

deve preencher todas as condições de elegibilidade (art. 14 da Constituição Federal), registrabilidade,<sup>18</sup> comprovar ser escolarizado, alistável, conforme dispõe a LE,<sup>19</sup> além da sua não incidência nas hipóteses de inelegibilidade descritas pela Lei Complementar nº 64/1990.<sup>20</sup>

Mais que isso, o candidato deve estar no pleno exercício de seus direitos políticos e, a depender do cargo, deverá ser brasileiro nato.

De outra banda, os presos com sentença condenatória transitada em julgado, os menores de dezesseis anos e cidadãos cuja inscrição eleitoral tenha sido cancelada servem como amostra do grupo de pessoas que não podem exercer a cidadania ativa.

Atento a isso, Dalmo Dallari escreveu:

Como é evidente, a possibilidade de exercer o direito de votar, que é o direito político fundamental, implica séria responsabilidade, pois, a experiência já tem demonstrado que uma escolha inadequada pode ser desastrosa para o Estado e, em última análise, para o próprio povo. Assim, pois, coloca-se o problema da extensão do direito de sufrágio, havendo duas posições básicas: a que defende o sufrágio universal e a adepta do sufrágio restrito.

A conquista do sufrágio universal foi um dos objetivos da revolução francesa e constou dos programas de todos os movimentos políticos do século XIX, que se desencadearam em busca da democratização do Estado. Atualmente é fórmula consagrada nas constituições que o voto é universal. É necessário, porém, ter-se em conta que a expressão universal, não tem, na verdade, o alcance que o termo sugere. Na verdade, quando se buscou na França, no século XVIII, a afirmação do sufrágio universal, o que se pretendia era abrir caminho para a participação política dos que, não sendo nobres, não tinham qualquer posição assegurada por direito de nascimento.

[...]

Um exame das restrições ao direito de sufrágio demonstrará as tendências relativas à concessão da cidadania ativa. Em princípio, todo cidadão deve ter o direito de participar da escolha de seus governantes, mas, por vários motivos, alguns geralmente considerados justos e outros

18 CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

19 BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1 out. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

20 BRASIL. Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 maio 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

reconhecidamente alegados em atitude conservadora ou em defesa de privilégios, todas as constituições estabelecem algumas restrições.<sup>21</sup>

O sistema eleitoral do Brasil, em que pesem as citadas restrições, privilegia a máxima participação popular na escolha daqueles que vão legislar/gerir nas unidades federativas.

Mencione-se que o Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre o tema, discorrendo acerca do princípio do sufrágio universal, em questões de natureza prática, atinentes a imposições formuladas pela legislação infraconstitucional ao eleitorado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ART. 91-A, *CAPUT*, DA LEI 9.504, DE 30.9.1997, INSERIDO PELA LEI 12.034, DE 29.9.2009. ART. 47, § 1º, DA RESOLUÇÃO 23.218, DE 2.3.2010, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. OBRIGATORIEDADE DA EXIBIÇÃO CONCOMITANTE, NO MOMENTO DA VOTAÇÃO, DO TÍTULO ELEITORAL E DE DOCUMENTO OFICIAL DE IDENTIFICAÇÃO COM FOTOGRAFIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DO LIVRE EXERCÍCIO DA SOBERANIA E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DA EFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DAS NORMAS IMPUGNADAS. PERIGO NA DEMORA CONSUBSTANCIADO NA IMINÊNCIA DAS ELEIÇÕES GERAIS MARCADAS PARA O DIA 3 DE OUTUBRO DE 2010. 1. A proximidade das eleições gerais de 3 de outubro de 2010 e a invulgar importância do tema enfrentado na presente ação direta, relativo ao livre exercício da cidadania pela expressão do voto, autorizam o procedimento de urgência previsto no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/99, a fim de que o Tribunal possa se manifestar antes de eventual perecimento de direito. 2. A segurança do procedimento de identificação dos eleitores brasileiros no ato de votação ainda apresenta deficiências que não foram definitivamente solucionadas. A postergação do implemento de projetos como a unificação das identidades civil e eleitoral num só documento propiciou, até os dias atuais, a ocorrência de inúmeras fraudes ligadas ao exercício do voto. [...] 5. Reconhecimento, em exame prefacial, de plausibilidade jurídica da alegação de ofensa ao princípio constitucional da razoabilidade na interpretação dos dispositivos impugnados que impeça de votar o eleitor que, embora apto a prestar identificação mediante a apresentação de documento oficial com fotografia, não esteja portando seu título eleitoral. 6. Medida cautelar deferida para dar às normas ora impugnadas interpretação conforme à Constituição Federal, no sentido de que apenas

21 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2012. p. 184.

a ausência de documento oficial de identidade com fotografia impede o exercício do direito de voto.<sup>22</sup>

Visto por esta perspectiva, o ordenamento pátrio está sintonizado com o ideal democrático anteriormente citado, porquanto faculta à ampla maioria dos cidadãos o exercício do sufrágio que, nos termos da Constituição Federal, em conjunto com o voto direto, secreto e de igual valor para todos, é meio de exercício da soberania popular.

De todo modo, para compreender os moldes em que o mandato eletivo, elemento central da representação política conquistada por votação, é obtido, importa ter em conta que inexistente participação popular absoluta nas eleições promovidas pelo Estado brasileiro.

Votantes e elegíveis constituem, na verdade, uma parcela qualificada dos cidadãos.

### 3.2 O MANDATO, FERRAMENTA DO INTERESSE COLETIVO

Está claro que os rumos a serem tomados pelo Estado, ao menos num primeiro momento, residem nas mãos de um grupo de pessoas: os eleitores. São eles os legitimados a conferir o exercício do poder aos partidários das correntes ideológicas de sua preferência.

Ultimado o escrutínio, com a determinação dos candidatos vencedores, inicia-se um período de exercício de poder em prol da comunidade: o mandato eletivo, corolário do processo eleitoral, fruto de um pacto de vontades direcionado a conformar um status jurídico de representação.

Atento a este fenômeno, Orides Mezzaroba pondera acerca da relação representante-representado na teoria do mandato:

A relação de representação pressupõe duplicidade de sujeitos, ou seja, um que representa e um que é representado. Entretanto, em qualquer ato que envolva a representação, a maior dificuldade reside em precisar com segurança quais são as relações que existem entre o representante e o representado, levando em consideração, por exemplo, a fidelidade do representante às características peculiares do representado ou a

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.467 - MC. Relator: Min. Ellen Gracie, julgado em 30.9.2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 1 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.00000000br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2980042>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

possibilidade de que, no uso de sua liberdade discricionária, o representante tome decisões que atribui aos representados, a partir de seus próprios critérios.<sup>23</sup>

O mesmo autor defende que, existem três tipos de mandato: 1) o imperativo, ou vinculado, que é a relação onde todos os atos dos representantes devem ser, antecipadamente, aprovados pelos representados, que, na verdade, funcionam como seus “sucedâneos imediatos”; 2) o mandato representativo ou virtual, que foi reconhecido formalmente, pela primeira vez, na Constituição Francesa de 1791 e que pressupõe “o deslocamento da Soberania nacional para o órgão representativo” e; 3) o mandato partidário ou comissionado, onde o filiado teria suas ações delimitadas pelo programa da grei, sob pena de revogação do seu mister representativo.<sup>24</sup>

Enfrentando o mesmo tema, manifestou-se Bobbio:

O representante, uma vez eleito, rescinde a relação de mandato, no sentido técnico da palavra, com o eleitor, e deve ocupar-se dos assuntos gerais do país, donde, por conseguinte, não pode ser revogado por não ter executado as ‘instruções’ daqueles que o elegeram.

[...]

Além das razões sociais e técnicas que podem ter levado à afirmação do princípio da representação política como representação sem vínculo de mandato, existe uma razão substancial que diz respeito ao problema fundamental da política, o problema de quem detém o poder último ou soberano em um determinado grupo social organizado. Uma das possíveis definições de soberano é exatamente esta: soberano é aquele que, qualquer que seja a forma de governo, monárquica ou republicana, autocrática ou democrática, está capacitado a tomar decisões coletivas, válidas para todos os membros daquele grupo organizado, sem vínculo de mandato.<sup>25</sup>

Ainda problematizando a questão, o catedrático italiano afirmou:

Se depois de considerarmos o mandato livre como um instituto característico da democracia representativa, haveremos de convir que sua crítica mais radical veio do movimento operário de inspiração marxista, a reboque das famosas reivindicações de uma representação verdadeira e própria, e portanto com poder de revogação do mandato por

23 MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao Direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

24 *Ibidem*, p. 71.

25 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Verssiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 462-463.

parte do mandante.<sup>26</sup>

Os comentários em epígrafe tratam, na realidade, da distinção entre o mandato eletivo livre (representativo ou virtual) e vinculado, mas não abordam, nem tinham pretensão de fazê-lo, o tema em sua completude, haja vista as peculiaridades da relação estabelecida entre titulares e legitimados ao exercício do poder estatal, ou melhor, do poder conferido pelos nacionais ao Estado.

Para evitar digressões e fixar um entendimento mais aprofundado acerca do tema, vale citar, novamente, o posicionamento encampado pelo professor da Universidade Federal de Santa Catarina, que sintetizou as críticas ao mandato representativo e os propósitos embutidos na elaboração do conceito de mandato partidário. Veja-se:

O modelo de mandato político representativo é o que, ainda hoje, se encontra em prática nas experiências democrático-representativas, constituindo-se em seu modelo típico de representação política. Entretanto, no final do século XIX e início do século XX, a Democracia Representativa passa a ser objeto de fortes críticas. Sob o fundamento de não possibilitar o real controle dos representados sobre as decisões de governo e de não estabelecer quaisquer mecanismos jurídicos de controle ou prestação de contas dos representantes aos seus eleitores, a Democracia Representativa, assentada no modelo de *mandato representativo*, começou a sofrer severas críticas, sobretudo pelo caráter oligárquico assumido pelos órgãos representativos. Este quadro de impasse ético-político verificado pela Democracia Representativa é o que vem persistindo até os dias atuais.

Uma tentativa significativa de formulação de novo modelo capaz de responder às demandas ainda não satisfeitas pela Democracia liberal-representativa veio a se configurar na formulação kelseniana do *Estado de Partidos*.

[...]

O *Partido Político* passaria a ter a função de agrupar as vontades individuais coincidentes e interpô-las, de forma conjunta, na esfera estatal. Portanto, a organização partidária nasceria de um processo sociopolítico que envolveria um conjunto de pessoas com afinidades ideológicas e com um projeto definido de ação de governo. Desta forma, o Povo se autogovernaria, mesmo que indiretamente, por ser ele o responsável pela fixação das diretrizes governamentais e não mais os representantes eleitos que, em seu nome e lugar, tomavam as decisões políticas. Nesse novo modelo, 'os verdadeiros candidatos' passariam 'a ser os partidos com seus programas e não os indivíduos que postulam

26 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Verssiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 467.

cargos eletivos'. A imperatividade decorreria da *fidelidade partidária*. Vale dizer que os *mandatos* pertenceriam ao *Partido Político*, e os seus titulares devem obedecer à disciplina deste, sob pena de serem destituídos e substituídos. O representante ocuparia uma espécie de função partidária comissionada, convertido em um elo da organização e não mais no seu centro.<sup>27</sup>

Independentemente da natureza, o mandato político, conquistado em eleições legítimas, deve ser fruto do livre convencimento da sociedade. Decorre de uma opinião majoritária, que por seu turno, só é democrática se houver observância ao sufrágio universal.

O candidato, dentro do período de campanha, tem o papel de demonstrar posicionamento ideológico e um plano de governo/gestão.

A cadeia de direitos e deveres que conferem a condição cidadã aos brasileiros, para ser mantida, depende da observância aos compromissos político-partidários firmados pelo trinômio eleitor/partido/candidato durante as eleições.

Superada a pugna eletiva, o mandatário assume o dever de preservar a confiança depositada nas urnas, mantendo linha de coerência com a conduta adotada e as propostas que formulou enquanto ainda não estava investido em sua função pública.

Não se trata, apenas, de uma questão de fidelidade, mas principalmente de respeito ao poder soberano do povo e à própria lógica democrática da representação política.

Quando o interesse das gentes, desmotivada e reiteradamente, não é observado, o vínculo entre governantes e governados não subsiste. Assim, o mandato, obrigatoriamente, deve refletir uma linha de governabilidade previsível, estável, condizente com as expectativas fomentadas na sociedade durante o prélio político.

### 3.3 A FIDELIDADE PARTIDÁRIA: DIFERENÇAS ESTABELECIDAS PARA OS SISTEMAS MAJORITÁRIO E PROPORCIONAL

No ordenamento brasileiro, o mandato assume características distintas a depender do cargo ocupado.

<sup>27</sup> MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 77-78.

Candidatos eleitos para chefiar o Poder Executivo de Municípios e Estados, ou para liderar a República, além de exercerem as atribuições típicas de gestor público, só podem disputar uma reeleição.

Senadores, deputados federais e estaduais, bem como os vereadores, vão trabalhar, precipuamente, na função legiferante.

Vale dizer que, para fixação da diretriz de fidelidade partidária à qual estará adstrita a autoridade pública, a divisão entre membros dos Poderes Executivo e Legislativo, conforme apresentada, é de pouca serventia. O que importa, nesse sentido, é o sistema utilizado para a disputa do cargo: majoritário ou proporcional.

Assim, senadores, prefeitos, governadores, presidente da República e os respectivos vices, estão sujeitos a uma diretriz normativa quanto ao vínculo partidário.

Por outro lado, deputados federais, estaduais, distritais e vereadores devem obedecer a regime distinto, especialmente construído com lastro em decisões judiciais, dentre outras iniciativas.

Em maio de 2007, Supremo Tribunal Federal foi provocado a deliberar acerca do entendimento do presidente da Câmara dos Deputados à época, que negou os pedidos apresentados pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, pelo Partido Popular Socialista – PPS e pelo Partido Democratas – DEM (antigo Partido da Frente Liberal – PFL) no sentido de declarar a vacância dos mandatos exercidos por deputados federais que abandonaram suas agremiações.

Conjuntamente, foram julgados os Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604, conforme ementa e fundamentação transcritas parcialmente, com vista ao que mais importa para o momento:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTES. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTI-

DAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA.

1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral.

2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo.

3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007.

4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral.

5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada.<sup>28</sup>

Foi nesse contexto que o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 22.610/2007, regulamentando a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, tanto no que diz respeito ao rito, quanto nos aspectos materiais da contenda.<sup>29</sup>

Os próprios partidos foram legitimados para requerer a decretação da perda do cargo eletivo, num prazo de trinta dias contados da desfiliação, podendo agir em nome próprio, num prazo subsequente de mais trinta dias, os que demonstrassem interesse jurídico na demanda (via de regra, os suplentes do mandatário), ou o Ministério Público Eleitoral.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.602. Relator: Min. Eros Grau, julgado em 4.10.2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 17 out. 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-df#!>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

29 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 22.610*, de 25 outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasil-2013-df>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

Foram consideradas causas justas (aquelas que não ensejavam a perda do mandato), para sair da legenda: a incorporação ou fusão de partido, a criação de partido novo, a mudança substancial ou o desvio reiterado do programa partidário e a grave discriminação pessoal.

Ao mandatário que marchou dos quadros da grei foi facultado o ajuizamento de ação de declaração de existência de justa causa para desfiliação partidária.

Além disso, foi estabelecido um prazo máximo de sessenta dias para julgamento da lide.

O intento da Corte Maior da Justiça Eleitoral no sentido de preencher o vácuo decorrente da falta de um regramento básico para a matéria foi objeto de debate no STF.

A norma, segundo os proponentes das liças (ADIs nº 3999 e nº 4086), estava inquinada pela inconstitucionalidade decorrente da falta de competência legislativa do TSE para legislar sobre o tema.

Após intenso debate, o Tribunal Guardião da Constituição Federal deu seu veredicto. Confira-se o voto condutor do Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999-7/DF:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais arguidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as conseqüências da revelia (art. 3º, caput e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide

(art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato “pertenceria” ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, § 4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.<sup>30</sup>

A toda evidência, pela quantidade de intervenções judiciais até aqui elencadas, percebe-se que o histórico de assentamento do atual regime de fidelidade partidária dos detentores de mandato político-eletivo no Brasil é bastante acidentado, gizando-se que as querelas não se encerraram mesmo após as primeiras manifestações do STF.

Cumpra ainda estabelecer a distinção entre aqueles que se elegeram no sistema majoritário e os que se elegeram no sistema proporcional.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal compreendeu que o candidato eleito para os cargos de chefia do Poder Executivo, ou para ocupar uma vaga no Senado Federal, não tem a obrigação de manter-se, durante toda a

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999. Relator: Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12.11.2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 17 abr. 2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716877/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3999-df>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

legislatura, vinculado ao mesmo grêmio político.

Destacou-se a existência de inegável caráter personalista na disputa pela titularidade destes postos públicos de trabalho.

No que tange aos demais candidatos eleitos, o partido político continuou ocupando o papel de mediador, captador de anseios públicos, apto a cobrar, salvo exceções que justifiquem atitude contrária, a fidelidade dos seus filiados eventualmente eleitos para o exercício de mandato eletivo.

Essas definições, de efeito vinculante e *erga omnes*, foram consagradas, há aproximadamente dois anos, em decisão unânime, conforme texto do Acórdão da ADI nº 5081:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007 DO TSE. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE PERDA DO MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA AO SISTEMA ELEITORAL MAJORITÁRIO.

1. Cabimento da ação. Nas ADIs 3.999/DF e 4.086/DF, discutiu-se o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sua competência para dispor acerca da perda de mandatos eletivos. O ponto central discutido na presente ação é totalmente diverso: saber se é legítima a extensão da regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário.

2. As decisões nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu.

3. O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único; e art. 14, *caput*).

4. Procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade.<sup>31</sup>

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081. Relator: Min. Roberto Barroso, julgamento em 27.05.2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 19 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9175293>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

Finalmente, a Lei nº 13.165/2015,<sup>32</sup> promovendo acréscimos na Lei nº 9.096/95,<sup>33</sup> modificou o rol de justas causas para a desfiliação partidária inovando em relação ao que foi estabelecido pela Resolução TSE nº 22.610/2007.

A fusão, a incorporação e a criação de partidos deixaram de ser escusas para o rompimento político e, de outra banda, criou-se uma janela para livre migração partidária, qual seja, seis meses antes do prélio.

Na prática, conjugando a aplicação do art. 22-A da Lei nº 9.096/95<sup>34</sup> com o art. 9º da Lei nº 9.504/97,<sup>35</sup> acaso o estatuto do grupo político autorize, com apenas um semestre de filiação, qualquer militante escolhido para ser candidato poderá utilizar a estrutura da sigla durante as eleições e, se eleito, terá a responsabilidade de ser fiel às posturas da grei durante toda a legislatura.

A sucessão de acontecimentos que resultou na estrutura jurídica voltada à salvaguarda da fidelidade partidária no Brasil, no caso do sistema majoritário, retirou das congregações políticas o papel de mediar a relação de confiança entre eleitor e mandatário.

Os fundamentos adotados pela Corte Constitucional para chegar à determinação em vigor, não se discutem nesta senda. Contudo, sob o ponto de vista da coerência ideológica, inegavelmente, o eleitor sofreu perda consi-

32 BRASIL. Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 nov. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

33 BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

34 Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

II - grave discriminação política pessoal; e (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

I II - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015).

35 Art. 9º Para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito, e estar com a filiação deferida pelo partido no mínimo seis meses antes da data da eleição. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015).

Parágrafo único. Havendo fusão ou incorporação de partidos após o prazo estipulado no *caput*, será considerada, para efeito de filiação partidária, a data de filiação do candidato ao partido de origem.

derável, uma vez que um importante liame de interação com seus candidatos foi extinto.

Após intensas disputas, um Presidente, Senador, Governador ou Prefeito eleito por determinada sigla pode migrar para outra que defenda posturas absolutamente distintas daquelas que adotou durante o certame, sem que consequência jurídica alguma advenha do ocorrido.

A lealdade ao eleitor, no que tange, repita-se, aos votos obtidos em sistema majoritário, cuja proteção, antes, era relegada à atuação dos partidos, não conta com mecanismos de defesa e, conforme se viu, está fora do eixo central das discussões legislativas em matéria política.

No particular, lembre-se que, afinal de contas, nos termos da LE,<sup>36</sup> bastam seis meses de filiação partidária para que um determinado aspirante a cargo eletivo seja capaz de encabeçar uma chapa e, acaso vencedor do prélio, conduzir o país.

Sem dúvida, compete aos partidos ultimar a devida triagem de candidatos nas prévias eleitorais, mas em caso de surpresas, mudanças de postura, não há o que possa ser feito.

O mandato, seja ele político ou representativo, autoriza a defesa de interesses comunitários, mas não deveria alçar o mandatário à falta de divisas legais no que tange a viradas de consciência política.

#### 4 OS PARTIDOS POLÍTICOS

Os partidos políticos, da forma como são conhecidos atualmente, surgiram em meados do século XIX.

De modo geral, podem ser qualificados como grupos de defesa de interesses comuns que, obviamente, têm características distintas de outras confrarias, porquanto seu objetivo central diz respeito a todas as questões

<sup>36</sup> BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

da *polis*, do Estado.

Discorrendo acerca da formatação destas entidades de direito privado, Augusto Aras ensinou:

Na virada do século XIX para o século XX, o liberalismo econômico encontra o seu ocaso, marcado pela constatação de que *o homem é o lobo do homem*. Surge o Estado Social, ou Estado da democracia social, em oposição ao Estado da democracia de direitos sociais preocupado com a redução das desigualdades geradas pelo capitalismo desenfreado e pelo livre mercado vigentes durante o Estado-Gendarme. É nessa conjuntura econômica, social e política que aparecem os partidos socialistas na Alemanha (1875), na Itália (1892), na Inglaterra (1900) e na França (1905), e uma nova ordem com um novo paradigma, um gênero denominado Estado Social, cujas espécies contribuirão para formar dois blocos: o Ocidente, que se orientará pelo Estado do Bem-Estar Social (Intervencionista de Direito) e o Leste europeu e a Ásia, o Estado socialista.

[...]

Ainda na esfera do Poder político, após a 2ª Grande Guerra, consolidou-se o entendimento acerca da necessidade de constitucionalização dos partidos políticos, como corpos intermediários situados entre a sociedade e o Estado, indispensáveis ao funcionamento da democracia representativa.<sup>37</sup>

Decerto, a formação de grupamentos desta natureza, não remonta ao período elencado linhas acima. Nesse sentido, Samuel Dal-Farra Naspolini<sup>38</sup> assinalou que, no Brasil, desde a época do Império, é possível falar em partidos políticos. Contudo, o recorte histórico anteriormente apresentado, assegura o direcionamento da discussão, observando-se a formação de um corpo social legitimado ao exercício do poder, mediante eleições democráticas.

Augusto Aras tratou, também, da importância das agremiações partidárias:

O partido funciona como mecanismo apto a institucionalizar o poder político, mediante a sua despersonalização, evitando-se a mitificação de pessoas públicas (artistas, religiosos, desportistas, locutores, salvadores da pátria, mentirosos, hipócritas, demagogos, etc.) e o subsequente surgimento de novos ditadores, a exemplo de Hitler e Mussolini, sem falar dos 'coronéis' do Nordeste, caudilhos do Sul e agora, dos 'donos' das agremiações políticas.

37 ARAS, Augusto. *Fidelidade e ditadura (intra)partidárias*. Bauru: Edipro, 2011. p. 12-13.

38 NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Pluralismo político: subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal*. Curitiba: Juruá, 2007.

O partido político como forma de agremiação de um grupo social, se propõe a organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo e se constitui da associação voluntária de pessoas com vista a alcançar fins políticos comuns, devendo estar protegido da influência do Estado, desde sua criação até sua extinção, amparado pelos princípios da liberdade e da autonomia partidárias.

Dos três Poderes estruturais e imanentes do Estado, dois deles, o Executivo e o Legislativo, têm os seus membros investidos nos respectivos cargos e mandatos necessariamente por meio de eleições periódicas, nas quais o povo elege seus representantes através da participação das agremiações políticas, tendo em vista ser a filiação partidária uma das condições de elegibilidade.

O funcionamento do Estado depende, *a priori*, da existência e da ação adotada por uma agremiação, com base em ideário, programa e diretrizes legitimamente estabelecidas, das quais devem decorrer suas plataformas e projetos políticos, submetidos à apreciação pública, a serem concretizados pelos vitoriosos do certame, havendo de corresponder à confiança do povo materializada nos votos depositados nas urnas.<sup>39</sup>

Nota-se a relevância dos partidos não apenas pelo papel de gerenciamento, organização, das diversas correntes de opinião formadas pelo tecido social, mas também na despersonalização do poder político, histórica chave de abertura ao totalitarismo e à submissão do Estado aos interesses de facções desligadas de qualquer propósito democrático.

Como não existe candidatura avulsa, os partidos são a porta de acesso ao exercício da cidadania passiva no Brasil. Têm a responsabilidade, em tese, de propalar sólida doutrina relativa às questões de interesse público, entender as camadas do estrato social, constituir, de forma coerente, bancadas legislativas e formar a base de apoio dos seus representantes no Poder Executivo.

A Teoria Geral da Política de Norberto Bobbio<sup>40</sup> sintetizou a relevância da formação de greis, ao defender que numa sociedade pluralista os principais sujeitos políticos não são tanto os indivíduos, mas os grupos organizados.

O pensador turinês foi adiante ao tratar do assunto:

A formação e o contínuo crescimento dos partidos, que se interpuseram por exigência das situações, e não por má vontade deste ou daquele grupo ávido de poder, entre o corpo eleitoral ou o parlamento, ou, mais

39 ARAS, Augusto. *Fidelidade e ditadura (intra)partidárias*. Bauru: Edipro, 2011. p. 14.

40 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Verssiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 455.

em geral, entre o titular da soberania e quem deve de fato exercer essa soberania, acabaram por despedaçar a relação direta entre eleitores e eleitos, dando origem a duas relações distintas, uma entre eleitores e partido, outra entre partidos e eleitos, que tornam cada vez mais evanescente a relação originária e característica do Estado representativo entre mandante e mandatário, ou hobbesianamente, entre o autor e o ator. A presença dessas duas relações, das quais o partido é o termo médio, o termo comum a ambos, passivo no primeiro, ativo no segundo, tem a seguinte consequência: o eleitor é apenas autor, o eleito é apenas ator, enquanto o partido é ator em relação ao eleitor, autor em relação ao eleito.<sup>41</sup>

Ator e autor, fiel da balança do poder, avalista do vínculo sinalagmático entre eleitor e mandatário, o partido político está no centro da vida pública, ou, nas palavras de João Ubaldo Ribeiro:

O partido político é a via natural de ação política (embora longe de ser a única) e, na maior parte dos Estados, o único caminho institucionalizado pelo qual se pode buscar formalmente o acesso ao poder. Nas sociedades democráticas, preserva-se, por definição, a concessão de oportunidades de manifestação e ação a todas as correntes de opinião – ou seja, a manutenção do pluralismo democrático. A aglutinação e a promoção dessas diversas correntes é a função dos partidos políticos. Eles organizam a ação política, dão-lhe estrutura e direcionamento, procurando evitar o desperdício e a irracionalidade das meras ações individuais desconcatenadas.<sup>42</sup>

Como já foi visto, o grau de influência das organizações políticas em relação ao mandato eletivo varia conforme o cargo ocupado (se decorrente de eleição majoritária, ou proporcional); ainda assim, é inegável a relevância destas instituições que, inclusive, de acordo com a vontade do legislador pátrio, detêm relevante papel na estrutura organizacional do Estado brasileiro.

#### 4.1 CRIAÇÃO, OBJETIVOS E FUNCIONAMENTO

As agremiações partidárias são pessoas jurídicas de direito privado, com poder de autorregulamentação e que, por lei, têm o papel de assegurar a autenticidade do sistema representativo.

41 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Verssiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 469.

42 RIBEIRO, João Ubaldo. *Política: quem manda, por que manda, como manda*. São Paulo: Objetiva, 2010.

Podem ser livremente, criadas, fundidas, incorporadas, ou extintas; devem ter campo de ação nacional e não podem estar associadas ou subordinadas a governos estrangeiros e instituições militares ou paramilitares.

Sobretudo após adquirirem personalidade jurídica na forma da lei civil, devem registrar-se no Tribunal Superior Eleitoral, observando, para tanto, a necessidade de contar com apoio que corresponda a, no mínimo, 0,5% (cinco décimos por cento) dos votos válidos, de eleitores não filiados, calculados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos por um terço, ou mais, dos estados brasileiros, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) dos votantes que tenha comparecido às urnas em cada um deles.

Não é de se estranhar o estabelecimento de tantos requisitos para que os partidos funcionem, haja vista o disposto no art. 1º da Lei nº 9.096/95.<sup>43</sup>

Somente após a superação destas etapas é que será facultado ao novo partido o ingresso em disputas eleitorais, uma vez que, independentemente dos votos obtidos, são eles fiadores e defensores da genuinidade do sistema representativo e dos direitos fundamentais assegurados na Carta Magna.

Atualmente, conforme dados do Tribunal Superior Eleitoral,<sup>44</sup> existem trinta e cinco partidos registrados no Brasil, sendo que onze deles foram fundados neste século.

Para cumprir seu objetivo, essas instituições têm acesso a dinheiro público (fundo de assistência financeira dos partidos políticos) e, bem por isso, estão sujeitas a regime de prestação de contas, destinado a garantir a lisura de sua movimentação financeira anual.

A fim de que se tenha uma noção, conforme dados disponibilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral,<sup>45</sup> no ano de 2016, a dotação orçamentária do fundo partidário alcançou o montante de R\$ 737.890.048,00 (setecentos e trinta e sete milhões, oitocentos e noventa mil reais e quarenta e oito reais).

Considerando a natureza e destinação das agremiações políticas, estes recursos, em tese, devem ser empregados para fins republicanos, atrelados,

43 BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

44 PARTIDOS políticos registrados no TSE. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

45 DISTRIBUIÇÃO do fundo partidário 2016: duodécimos. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-distribuicao-de-fundo-partidario-duodecimos-2016-1456856952459>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

essencialmente, à manutenção do grupamento, à defesa das suas doutrinas, bem como à interação com o povo.

#### 4.2 ÓBICES À PERSECUÇÃO DA FINALIDADE PARTIDÁRIA

Os partidos, no formato que hodiernamente conhecemos, são fruto de uma construção histórica destinada a favorecer o acesso popular às decisões de governo e se prestam ao mister de despersonalizar o poder político, evitando a mitificação de pessoas públicas.<sup>46</sup>

Para tanto, recebem apoio do fundo partidário e contam com tempo de propaganda nos meios de comunicação de massa. Na verdade, estas greis têm peso determinante no uso do rádio e da televisão, independentemente de ser ano de eleições.

Num sistema que vela pelo pluralismo político, a criação e o funcionamento de tais agremiações é tão significativo que foi detalhado pelo legislador infraconstitucional.

Os partidos, nos termos expressos da LOPP devem “assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”.<sup>47</sup>

No entanto, a matéria eleitoral não encontra um bom padrão intelectual no que tange ao papel das siglas de representação popular.

De acordo com o CE,<sup>48</sup> os votos obtidos em eleições proporcionais estão sujeitos a uma cláusula de desempenho que retira força da legenda, impondo aos aspirantes a cargo eletivo a necessidade de atingir votos equivalentes a dez por cento do quociente eleitoral.

Esse cenário induz à personalização das campanhas, ao investimento na figura do candidato que possa atingir o patamar mínimo de simpatizantes

46 ARAS, Augusto. *Fidelidade e ditadura (intra)partidárias*. Bauru: Edipro, 2011.

47 BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

48 BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 jul. 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

na hora do escrutínio.

Tudo isso em meio à janela de filiação criada pelo art. 9º da LE,<sup>49</sup> que concebe, a seis meses do prélio, que seja possível estabelecer entre candidato e partido uma relação forte o suficiente para justificar o pedido de confiança do eleitorado em nome de uma causa coletiva.

Neste particular, mencione-se ainda que, atualmente, o regime de fidelidade partidária não prevê vinculação específica de quem obteve mandato eletivo no sistema majoritário, com o partido pelo qual se elegeu.

Isso significa em tese que bastam seis meses de convívio para que um certamista esteja apto a exprimir a corrente ideológica que identifique uma parcela dos cidadãos e, após obter êxito nas urnas, dela possa se desvincular, sem enfrentar consequência legal alguma.

Na verdade, o direito pátrio carece de um regime de lealdade eleitoral mais amplo.

Já que se chegou à conclusão no sentido de que o trãnsfuga que foi eleito para ocupar uma cadeira no Senado, ou que esteja na chefia do Poder Executivo municipal, estadual, ou federal não precisa manter linha de coerência com o grupo político que sustentou sua candidatura, seria pertinente resguardar o laço de valores, opiniões e crenças firmado entre candidato e eleitores durante a campanha.

Ocorre que a normatização da matéria é outro quesito a ser enfrentado.

As escolhas que vêm se assentando após o advento da Constituição Federal de 1988 revelam que o processo eleitoral brasileiro ainda está sendo construído e que essa caminhada política está sujeita a grande intervenção do Poder Judiciário, pois é intensa a quantidade de querelas ajuizadas no Tribunal Constitucional do País.

Some-se a isso que a atividade legislativa, em ações esparsas, promove inovações constantes, que nem sempre qualificam o sistema eleitoral.

Independentemente das opções erigidas ao status de lei é preciso ter um mínimo de estabilidade quanto às regras postas ao eleitorado, o que,

49 BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1 out. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

infelizmente, ainda não é o caso brasileiro.

A Lei dos Partidos Políticos, a Lei Geral das Eleições e o Código Eleitoral já foram objeto de inúmeras reformas, mas nenhum projeto de unificação das regras tratadas por estes diplomas chegou a ser concluído.

Ademais, como se viu, questões relevantes ainda serão julgadas pelo STF, o que pode implicar na elaboração de novas leis.

A instabilidade em destaque dá margem para dois questionamentos: 1) as nossas eleições estão condicionadas à casuística?; 2) não temos organização suficiente para ultimar um estudo que implique na remodelação duradoura das leis eleitorais?

Ainda na década de 90, Luís Virgílio Afonso da Silva, com profundidade, já assinalava certas vicissitudes do sistema eleitoral brasileiro, direcionando duras críticas ao funcionamento dos partidos políticos:

É notória a ideia de que os partidos políticos brasileiros pouco ou nada significam. É notório que, para vários candidatos, não faz diferença o partido pelo qual se candidatam, já que o importante é a campanha pessoal. Em suma, é difícil no Brasil falar em política partidária, pois as campanhas são preponderantemente individuais. Mas o efeito mais pernicioso dessa individualização das campanhas é a disputa intrapartidária, o que incentiva ainda mais a indisciplina e torna o papel dos partidos políticos ainda mais desprezível.

[...]

Em termos simples, *é cada um por si e todos contra todos*, independente do partido ou ideologia. Os partidos brasileiros poderiam ser considerados como um exemplo, provavelmente involuntário, daquilo que a literatura sobre partidos políticos das últimas décadas classifica como fenômeno dos *catch-all parties*, que seriam aqueles partidos que, abandonando uma estrutura ideologicamente hermética, passam a ter uma visão apenas pragmática das eleições, flexibilizando programas, aceitando todo tipo de candidatos, desde que isso propicie um bom desempenho nas urnas.

Os partidos passam, então, a ser somente um veículo para que alguns políticos possam se eleger, independente de posições ideológicas e programas partidários, o que os transforma nos chamados *partidos de aluguel*.

[...]

É claro que o personalismo político brasileiro não pode ser imputado apenas a problemas do sistema eleitoral. Esse personalismo tem raízes históricas que remontam à nossa colonização e à tradição lusitana. Mas é ponto pacífico que algumas características de nosso sistema eleitoral em muito contribuem para perpetuar essa tradição, centrando

o foco nos caciques partidários e impedindo que o quadro partidário brasileiro se consolide.<sup>50</sup>

Divisa-se, à frente dos dizeres do professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que as causas de desvirtuamento da representação política funcionam num mecanismo de retroalimentação.

É que a campanha focada na pessoa do candidato causa disputa por votos dentro e fora da agremiação, enfraquecendo a pauta ideológica. Em consequência disso, posturas antidemocráticas, calcadas na força do líder, do puxador de votos, daqueles que asseguram a existência da própria congregação tornam-se cada vez mais comuns.

Esse panorama, favorável à proliferação de partidos conceitualmente esvaziados, acaba por consolidar um caminho para defesa de interesses particulares.

Os óbices à atividade partidária, certamente, não decorrem apenas da falta de proposições legais ou da grande judicialização de temas políticos.

As agremiações devem se organizar internamente e, nesse particular, Luís Virgílio Afonso da Silva, defendendo a adoção de listas bloqueadas pelos partidos políticos, mais uma vez, foi direto ao ponto, com uma proposta arrojada:

Todos sabem que, no Brasil, as convenções partidárias funcionam apenas como cartório, autenticando decisões já tomadas pela cúpula do partido. Não há outra solução plausível para evitar esse fato que não a previsão da necessidade de que a lista de candidatos seja *votada e aprovada* em convenção partidária, pelo voto de todos os filiados, sendo definida a posição de cada candidato, na lista, pela sua votação pessoal. A questão pertinente, nesse caso, é se tal previsão pode ser introduzida via legislação ordinária ou se há a necessidade de emenda constitucional, em face daquilo que prevê o art. 17, § 1º, da Constituição: 'é assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento [...]'. Esse dispositivo constitucional vem sendo interpretado como uma impossibilidade de serem fixadas regras básicas para o funcionamento dos partidos políticos, ou seja, 'liberdade de organização partidária vem sendo confundida com ausência de regras mínimas'. Parece que a própria disposição do *caput* desse artigo desautorizaria uma interpretação tão literal sobre a organização dos partidos. Se o *caput* prevê que o regime democrático

50 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais*: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 160-162.

deve ser resguardado, parece que isso não significa apenas uma vedação àqueles partidos com programas antidemocráticos. Parece não fazer sentido, por exemplo, aceitar um partido cuja forma de escolha de candidatos seja uma espécie de leilão, sendo aceitos apenas aqueles postulantes que pagarem uma determinada soma mínima ao chefe do partido. Isso parece indicar, então, que *resguardar o regime democrático* significa também a vedação de práticas antidemocráticas no interior dos partidos.<sup>51</sup> (Grifos do autor)

À frente das palavras acima, em observância ao ordenamento nacional, especialmente à Carta Magna, é possível concluir que os partidos políticos precisam de regras gerais de funcionamento interno, com fincas a impedir o desvirtuamento da sua natureza jurídica. De nada adiantará investir em novo tratamento legislativo para a fidelidade eleitoral – termo aqui utilizado para tratar do vínculo efetivo entre candidatos, partidos e eleitores – se as agremiações não estiverem organizadas em harmonia com o regime democrático.

Os partidos que se convertem em facções voltadas à defesa de interesses particulares desfazem o elo fundamental da representação popular. Afastados do eleitor, passam a formar coligações incongruentes sob o ponto de vista ideológico e apresentam candidaturas voltadas, precipuamente, à vitória nas urnas; olvidando suas proposições estatutárias fundamentais, lutam por sobrevivência e mantêm em atividade estruturas municiadas com dinheiro público e tempo de manifestação em rádio e TV quando, na verdade, sua subsistência deixou de ser justificável.

Assim sendo, é forçoso concluir que o quadro normativo pátrio precisa ser revisado, sem sobressaltos e casuísmos, para ganhar estabilidade, adentrando, não apenas na discussão acerca da fidelidade eleitoral, ou do desempenho dos candidatos nas urnas, mas também a regras mínimas de desempenho da atividade partidária.

## 5 CONCLUSÃO

Eleitores, partidos políticos e candidatos são os pilares da relação de poder Estatal vinculante e soberana.

51 SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais*: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 177.

Interagem antes e depois do processo eleitoral, mas sempre dentro de balizas fundamentais ao propósito democrático, que têm raiz no intento de formar representações políticas confiáveis, fidedignas.

Não importa se as ações do legislador ou do chefe do Poder Executivo das unidades federativas estão condicionadas a um mandato representativo ou partidário: escolhas e determinações que passam ao largo das proposições de campanha, ou das expectativas criadas no tecido social, contrariam a fonte única do seu poder e são, portanto, ilegítimas.

Atualmente, a tecnologia permeia diversos campos de atuação humana. Não é diferente na seara eleitoral. O escrutínio realizado com urnas eletrônicas é exemplo disso.

Não obstante, recursos que certamente poderiam ser aplicados ao sistema de representação política, ainda passam longe do que é usual na matéria.

No particular, os sistemas de comunicação remota poderiam ser mais bem utilizados para aferir o grau de satisfação, ou rejeição, às medidas eventualmente adotadas na seara legislativa e/ou executiva.

É bem verdade que instituições como o Senado Federal já promovem consultas, via enquetes, pela rede mundial de computadores.<sup>52</sup>

Ainda assim, tendo em vista a finalidade última da conferência de poder soberano à classe política, que é exprimir e trabalhar os anseios do povo, sem dúvidas, o uso da ciência em favor da abertura de canais de comunicação perenes poderia ser considerado e regulamentado em nosso ordenamento.

A elaboração de projetos de lei de iniciativa popular poderia ser facilitada<sup>53</sup> com o apoio dos legisladores. De igual sorte, a atividade dos parlamentares e líderes do Poder Executivo, em temas de maior relevância, seria robustecida por ferramentas de diálogo constante.

Não se trata aqui da retomada do modelo de mandato eletivo vinculado, nem do retorno à democracia direta adotada nas cidades-Estado da Grécia Antiga. O foco está na comunicação com o intento de manter o liame entre

52 ENQUETES realizadas. Disponível em: <[www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/enquetesrealizadas](http://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/enquetesrealizadas)>. Acesso em: 22 dez. 2016.

53 MUDAMOS+. Disponível em: <<https://www.mudamos.org>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

candidatos e sufragistas durante o prélio.

De todo modo, as questões acima são um reforço ao mister de representar, condignamente, os detentores do poder estatal após as eleições. Há outros aspectos que devem ser revisitados.

O elemento subjetivo da representação política, que não pode ser ignorado, nem controlado, é imprevisível. A eventual distância entre a vontade e as palavras de um mandatário eleito só pode ser aferida com o tempo, diante das suas escolhas em situações concretas.

Apesar disso, diversos critérios do sistema de representação política brasileiro podem ser aperfeiçoados em nome da democracia.

Como bem destacou Adriano Oliveira, é invulgar que cientistas políticos e publicitários se debrucem sobre os ingredientes do voto, os determinantes que orientam quem vai depositar sua vontade nas urnas, fazendo exames comportamentais dos sufragistas para municiar os candidatos durante sua jornada eletiva.<sup>54</sup>

Nada contra investigações deste jaez. Contudo, vale repisar que, no cenário em vigor, quando o foco da disputa política, desatrelado de um plano de ação pautado em valores que se espraiam pela sociedade, visa, essencialmente, à obtenção do voto, tem-se que o objetivo principal do certame, legitimar o mandatário na condição de representante político do seu povo, corre risco de ser relegado a um plano secundário de importância.

A estrutura político-partidária do País não pode mais ser revisitada amiúde. A reformulação do sistema eleitoral não deve tardar, haja vista que, somente eliminando-se as contradições que enfraquecem o livre exercício do voto será alcançada a justa expectativa que se deposita em nossos mandatários: que nos representem politicamente com lealdade.

## REFERÊNCIAS

ARAS, Augusto. *Fidelidade e ditadura (intra)partidárias*. Bauru: Edipro, 2011.

BIRD, Colin. *Introdução à filosofia política*. São Paulo: Madras, 2011.

54 OLIVEIRA, Adriano et al. *Eleições não são para principiantes: interpretando eventos eleitorais no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Verssiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. BRASIL. Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 maio 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos partidos políticos e incentivar a participação feminina. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 nov. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 jul. 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1 out. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.467 - MC. Relator: Min. Ellen Gracie, julgado em 30.9.2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 1 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.00000000br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2980042>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999. Relator:

Min. Joaquim Barbosa, julgado em 12.11.2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 17 abr. 2009. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081. Relator: Min. Roberto Barroso, julgado em 27.05.2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 19 ago. 2015. Acesso em: 10 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandado de Segurança nº 26.602. Relator: Eros Grau, julgado em 4.10.2007, *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 17 out. 2008. Acesso em: 10 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 22.610*, de 25 outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CHEIM, Flávio Jorge; LIBERATO, Ludgero Ferreira; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Curso de Direito Eleitoral*. Salvador: Juspodivm, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2012.

DIAS, Reinaldo. *Ciência Política*. São Paulo: Atlas, 2013.

DISTRIBUIÇÃO do fundo partidário 2016: duodécimos. Disponível em: <<http://www.justicaeeleitoral.jus.br/arquivos/tse-distribuicao-de-fundo-partidario-duodecimos-2016-1456856952459>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

ENQUETES realizadas. Disponível em: <[www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/enquetesrealizadas](http://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/enquetesrealizadas)>. Acesso em: 22 dez. 2016.

MARTINS, Estevão C. de Rezende. *Cultura e poder*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao Direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MUDAMOS+. Disponível em: <<https://www.mudamos.org>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Pluralismo político*: subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal. Curitiba: Juruá, 2007

OLIVEIRA, Adriano et al. *Eleições não são para principiantes*: interpretando eventos eleitorais no Brasil. Curitiba: Juruá, 2014.

PARTIDOS políticos registrados no TSE. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

RIBEIRO, João Ubaldo. *Política*: quem manda, por que manda, como manda. São Paulo: Objetiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais*: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1999.

## AS RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL COMO INSTRUMENTO DE CARÁTER NORMATIVO

Djalma Barbosa Silva \*

### RESUMO

O presente artigo tem por escopo demonstrar o modo de formação e a importância das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no pleito eleitoral, para o fiel cumprimento de seus objetivos. Outrossim, compondo o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não serem leis no sentido formal, uma vez que não estão sujeitas ao processo legislativo, ao serem editadas, o TSE está apenas exercendo sua função normativa delegada pelo próprio Poder Legislativo, sendo que a esse Tribunal compete privativamente a expedição de instruções que julgar convenientes à execução do Código Eleitoral (CE, art. 23, IX). A fim de que a legislação eleitoral acompanhasse com eficiência as mutações sociais, seriam necessários projetos de lei contínuos, ou, no mínimo, a cada ano eleitoral. Para minimizar o problema, as resoluções são de fundamental importância para normatizar determinadas situações eleitorais que ocorrem antes e após o pleito eleitoral, mesmo que sejam de natureza secundária ou primária. Por isso, com vistas a regulamentar o processo eleitoral, a fim de instituir normas e fixar datas, o TSE publica suas instruções, consagradas por meio de resoluções.

Palavras-chave: Estado. Resoluções. Instrução Normativa. Processo Eleitoral. Constitucionalidade.

### ABSTRACT

This article is scope to demonstrate the training mode and the importance of the resolutions of the Electoral Superior Court (ESC), the election campaign for the faithful fulfillment of their goals. Furthermore, making this way the Brazilian legal system, although they are not laws in the formal sense,

\* Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Pesquisador do Centro de Estudos em Direito do Mar da Universidade de São Paulo (CEDMAR – USP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Juiz Leigo (TJ/PI). Advogado. Trabalho Voluntário na Organização das Nações Unidas (United Nations Volunteers – UNV).

since they are not subject to the legislative process, to be edited, the ESC is only exercising its regulatory powers delegated by the Legislative Power, and the this Court is responsible exclusively to shipping instructions it deems appropriate to the implementation of the Electoral Code (EC, article 23, IX). In order that the electoral law effectively accompany social change, it would need continuous bills, or at least every election year. To minimize the problem resolutions are of fundamental importance to regulate certain electoral situations that occur before and after the election campaign, even if it is of primary or secondary nature. Therefore, in the light of regulating the electoral process, in order to establish rules and set dates, the ESC publishes his instructions, consecrated through resolutions.

Keywords: State. Resolutions. Normative Instruction. Electoral Process. Constitutionality.

## 1 INTRODUÇÃO

130

A formação do judiciário brasileiro é muito bem consolidada entre seus órgãos; no aspecto eleitoral encontramos o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), cuja função específica é controlar o processo eleitoral, a fim de possibilitar o exercício dos direitos políticos, e cuidar do processo eleitoral, com o escopo de assegurar a normal e justa apuração da vontade popular, para a consolidação e fortalecimento da democracia. No atual sistema, há inquestionável superioridade da Constituição Federal, no caso resguardada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) – oriunda do poder constituinte – sobre as leis ordinárias e os atos, instruções ou quaisquer regulamentos expedidos, ou seja, há uma hierarquia jurídica que se estende da norma constitucional às normas inferiores.

O TSE, como a mais alta corte eleitoral brasileira, desempenha um papel de fundamental importância para a resolução dos conflitos que a todo o momento surgem, antes e após os pleitos eleitorais, com discussões que geram questionamentos, com repercussões em todo o território nacional, por, muitas das vezes, tratarem-se de matérias constitucionais. Outrossim, o referido tribunal superior possui uma importância significativa na construção e no exercício da democracia, agindo sempre em conjunto com os tribunais regionais eleitorais (TRE's), responsáveis diretos pela administração do pro-

cesso eleitoral nos estados e municípios, com a colaboração dos juízes *a quo*.

A composição do TSE, conforme a CF/88, dá-se com, no mínimo, sete membros, escolhidos mediante eleição, pelo voto secreto: três juízes dentre os ministros do STF e dois juízes dentre os ministros do STJ. E por nomeação do presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo STF.

A competência da Justiça Eleitoral é abrangente alcançando toda uma população - incluídos o alistamento eleitoral, a campanha e a propaganda eleitoral, a organização administrativa do pleito, o registro das candidaturas, a votação, as impugnações, os cancelamentos e outros, mas cessa com a diplomação dos eleitos e o julgamento dos recursos interpostos. Sendo importante salientar que se tem nessa composição a presença do Ministério Público Eleitoral, cujo chefe é o procurador-geral eleitoral, ou seja, o procurador-geral da República, os procuradores regionais eleitorais e os promotores eleitorais, que atuam nas zonas eleitorais, e são promotores estaduais cedidos à Justiça Eleitoral.

Entretanto, ainda há temas com bastante divergências doutrinárias no Direito Eleitoral, como é o caso de suas fontes, as chamadas fontes legais (Constituição Federal, Código Eleitoral, Lei das Eleições, Lei de Inelegibilidade e Lei dos Partidos Políticos) e as fontes judiciais (resoluções do TSE, súmulas do TSE, respostas do TSE e dos TRE's às consultas e a jurisprudência em geral).

Fontes das mais utilizadas pela Justiça Eleitoral são, sem dúvida, as resoluções do TSE, que compõem o ordenamento jurídico brasileiro; apesar de não serem leis no sentido formal, uma vez que não estão sujeitas ao processo legislativo, são assim consideradas. Ao editá-las, o TSE está apenas exercendo sua função normativa, delegada pelo próprio Poder Legislativo. Editar resoluções do TSE é competência privativa do TSE, nos termos da previsão contida no Código Eleitoral (art. 23, IX), ratificada no art. 105 da Lei nº 9.504/97.

Ademais, o poder regulamentar do TSE encontra-se positivado no art. 1º, parágrafo único, do Código Eleitoral. Conforme tais dispositivos legais, aquela corte eleitoral tem competência normativa para expedir resoluções e instruções para dar fiel cumprimento à lei, estando o conteúdo da resolução limitado ao que dispõe a norma a qual se quer cumprir. Dessa maneira, as

resoluções expedidas são instrumentos de grande valia para resolver determinadas questões, que servem para nortear o pleito eleitoral.

Sem dúvida, a Justiça Eleitoral é muito peculiar quando utiliza consultas e resoluções para tentar amenizar as suas próprias divergências e suprir um pouco as disparidades existentes entre o defasado Código Eleitoral e a realidade atual da política nacional, buscando amoldar-se ao novo cenário político-administrativo.

Na verdade, nos últimos anos, houve por parte do Poder Legislativo tentativa de solucionar de forma imediata certos problemas com a produção de leis ordinárias e complementares o que não foi suficiente, pois tem sido constante a evolução do Direito Eleitoral. Por isso, a importação de resoluções como instrumento de caráter normativo, apesar de várias críticas à sua existência, ainda é uma das fontes secundárias do Direito Eleitoral mais utilizadas para se dirimir conflitos e dúvidas.

## **2 O PODER NORMATIVO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

### **2.1 DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DAS RESOLUÇÕES**

Foi atribuído ao Tribunal Superior Eleitoral o poder de regulamentar as leis eleitorais, sendo conferida àquela Corte a competência privativa para expedição de instruções, visando à regulamentação e execução do Código Eleitoral. Entretanto, deve ficar explícito que, em regra, a competência de regulamentar as leis federais pertence ao presidente da República, segundo dispõe o art. 84, inciso IV, da CF.

A Constituição Federal autoriza ao chefe do Poder Executivo Federal a expedição de regulamentos para fiel execução das leis, o que não dá permissão para inovar na ordem jurídica, criando situações e direitos não previstos anteriormente em lei ou de forma diversa da estabelecida no texto legal. Isso tudo porque a matéria eleitoral deve ser prevista em lei formal, segundo prescrevem os arts. 22, inc. I, e 16, da Constituição Federal, observando-se os princípios da anualidade e da legalidade.

Sabe-se que vigora no Direito Eleitoral o princípio da anterioridade, ou seja, embora entrando em vigor na data de sua publicação, a lei que altera o processo eleitoral somente será aplicada se a eleição acontecer após 1

(um) ano da data de sua vigência, de acordo com o art. 16, da Constituição Federal, *verbis*: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência.”

Demais disso, o Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu presidente e o vice-presidente dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal e o corregedor eleitoral dentre os ministros do Superior Tribunal de Justiça. Já a composição dos tribunais regionais eleitorais é parecida com a do TSE, obviamente guardadas as devidas proporções, conforme explicita o art. 120, §1º, da Carta Magna:

Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal.

§ 1º Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

I – mediante eleição, pelo voto secreto:

de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça;  
de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça;

II – de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo;

III – por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.<sup>2</sup>

O poder regulamentar do TSE, ao contrário do poder regulamentar do presidente da República, não decorre diretamente da Constituição Federal, mas de uma norma infraconstitucional, ou seja, essa competência regulamentar não dispõe de poder normativo geral, podendo agir somente *sub lege* e jamais *contra legem* quando da expedição de resoluções para a execução das leis eleitorais.

É o que constata Elcias Ferreira da Costa em sua obra sobre Direito Eleitoral:

Instruções do TSE – Competência oriunda, não da Constituição, mas de lei ordinária, doravante lei complementar (CF, art. 121), é a atribuição que se defere ao TSE para expedir instruções destinadas à perfeita e fiel execução da lei sobre matéria eleitoral e a de responder a consultas

2 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2016.

que lhe forem feitas, em tese, por autoridade com jurisdição federal ou por órgão nacional de partido político (CE, art. 23, incs. IX e XII). Enquanto a competência de regulamentar leis vem expressamente deferida pela Constituição Federal ao Presidente da República, a competência regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral origina-se de uma simples norma infraconstitucional, a Lei n° 4.737.<sup>3</sup>

Comentando sobre a competência regulamentar do TSE, o jurista Marcos Ramayana ensina que:

Formalmente, o poder regulamentar, em matéria eleitoral, processa-se através de resoluções e instruções sobre propaganda eleitoral, votação, apuração, registro de candidatos, calendários eleitorais e outras. Sobre essa matéria, impende observar que o poder regulamentar deve situar-se *secundum legem*, sob pena de invalidação e, em atendimento ao disposto no art. 5°, inciso II, da Constituição Federal, pois 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'. É cabível, portanto, um controle pelos partidos políticos e Ministério Público, quando se detectar um extensão demasiada na regulamentação da matéria, axiomada a regulamentação *contra legem*; além de ser viável o ajuizamento do mandado de injunção (art. 5°, LXXI) nas hipóteses de inércia do órgão regulamentador, ou seja, na ausência de norma regulamentadora sobre determinada matéria eleitoral.<sup>4</sup>

Ainda sobre o poder regulamentar do TSE, esclarecedor foi o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, proferido por ocasião da Consulta n° 715/DF que gerou a Resolução n° 20.993/2002, transcrito a seguir:

Senhor Presidente, dispõe o art. 23, IX, do Código Eleitoral competir ao TSE expedir as instruções que julgar convenientes a execução deste Código. Cuida-se de instrução de competência normativa, mas de hierarquia infralegal. O juízo de conveniência, confiado ao TSE, tem por objeto a *expedição ou não da instrução*, mas não o seu conteúdo. Este, destinado à execução do código e, obviamente, a todo o bloco da ordem jurídica eleitoral, está subordinado à Constituição e à lei. É verdade, além de explicitar o que repute implícito na legislação eleitoral, viabilizando a sua aplicação uniforme, pode o tribunal colmatar-lhe lacunas técnicas, na medida das necessidades de operacionalização do sistema gizado pela Constituição e pela lei. Óbvio, entretanto, que não as pode corrigir, substituindo pela de seus juízes a opção do legislador: por isso, não cabe ao TSE suprir lacunas aparentes da Constituição ou

3 COSTA, Elcias Ferreira da. *Direito Eleitoral*: legislação, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 24.

4 RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 1. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 60-61. (Série Jurídica).

da lei, vale dizer, o *silêncio eloqüente* de uma ou de outra.<sup>5</sup>

O poder regulamentar do TSE encontra-se positivado no art. 1º, parágrafo único, e art. 23, inciso IX, ambos do Código Eleitoral, bem como pelo art. 105 da Lei nº 9.504/97. Conforme tais dispositivos legais, aquela Corte Eleitoral tem competência normativa para expedir resoluções e instruções para dar fiel cumprimento à lei, estando o conteúdo da resolução limitado ao que dispõe a norma a qual se quer cumprir.

Entretanto, a situação que ocorre é que vários partidos políticos vêm se insurgindo contra algumas resoluções do TSE sob o argumento de que esse tribunal tem expedido resoluções que exorbitariam do seu poder regulamentar, seja contrariando a lei à qual visava dar cumprimento, seja criando regras eleitorais novas, sem qualquer previsão anterior em lei, invadindo a competência legislativa privativa do Congresso Nacional, gerando, assim, vícios de inconstitucionalidade na norma expedida.

## 2.2 DA SUJEIÇÃO AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS RESOLUÇÕES DO TSE

Inicialmente, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público é um instrumento que tem por escopo verificar se uma determinada lei ou ato normativo está devidamente adequado, compatível, com o que dispõe a Constituição Federal. Em observância ao princípio da supremacia da Constituição, qualquer norma que atente contra os preceitos e princípios constantes nessa Carta Magna deve ser expurgada do ordenamento jurídico.

O legislador registrou a maneira legal de formatação das resoluções emitidas pelo TSE de modo que pudesse aglutinar o disposto tanto na Constituição Federal quanto no Código Eleitoral. Sendo que a doutrina majoritária, do mesmo modo, infere poder normativo ao TSE quando elenca o exposto no art. 23, inc. IX, do Código Eleitoral. Outrossim, a CF já traz em seu art. 59, na consecução do processo legislativo, a elaboração de resoluções. Na Lei nº 9.504/97, estabelece-se a real possibilidade da expedição dessas resoluções com força de lei, apontando, no mesmo sentido, a Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos).

Salutar o entendimento de que a emissão de qualquer instrução nor-

5 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 21.002/02: Consulta n. 715, relator Ministro Garcia Vieira. *DJ-Diário da Justiça*, 15 mar. 2002. Disponível em: <file:///D:/Usuarios/126050580590/Downloads/CTA%20715%2026.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2016.

mativa pelo TSE deverá ser submetida ao controle de constitucionalidade conforme a legislação aplicada à espécie, já que se trata de criação de uma norma jurídica eleitoral com força de lei e, portanto, deve se submeter ao controle de constitucionalidade previsto na CF/88.

O procedimento de controle judicial de constitucionalidade das resoluções emitidas pelo TSE é realizado pelo Poder Judiciário de forma concentrada (por meio de ação direta ou declaratória) ou na forma de controle difuso ou aberto (por via de defesa ou exceção), ou seja, dessa forma há um controle constitucional efetivo sobre as resoluções que tanto vêm causando motivos de discussões no meio social.

Necessário observar que as resoluções possuem muito mais funções que apenas tentar resolver conflitos de interesses que surgem durante as eleições. Senão, vejamos o que diz o grande eleitoralista Adriano Costa:

À Justiça Eleitoral, portanto, foi confiada não apenas a resolução dos conflitos de interesses surgidos no prélio eleitoral, mas também a competência para organizar e administrar o processo eleitoral, além da função de editar regulamentos normativos para as eleições. Assim, a Justiça Eleitoral exerce uma atividade administrativo-fiscalizadora das eleições, compositiva de conflitos e legislativa.<sup>6</sup>

De acordo com a doutrina de Thales Cerqueira:

As resoluções dos Tribunais Eleitorais servirão para dirimir eventuais dúvidas em aplicação das leis citadas, estabelecer critérios para os procedimentos adotados em cada região, autorizado expressamente o Tribunal Superior Eleitoral pelo art. 105, *caput*, da Lei 9.504/97.<sup>7</sup>

Por isso as resoluções são tão importantes para a orientação daqueles que dela necessitam, pois há muitas vertentes de soluções por meio de suas informações. É certo que também essas resoluções acabam extrapolando os limites desse poder regulamentador.

Nesse sentido, comentam Paulo Lacerda, Renato Carneiro e Valter Silva: “O Tribunal Superior Eleitoral tem sido constantemente censurado. As críticas, em sua maioria, apontam para a exorbitância dos limites de sua

6 COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 318.

7 CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 142.

atuação normativa e invasão de reserva legal, e até constitucional”.<sup>8</sup>

Segundo o doutrinador Nagib Slaibi Filho:

O controle de constitucionalidade é, no sentido amplo, mera forma de verificação da compatibilidade dos atos infraconstitucionais (lei, ato administrativo, normativo ou concreto, sentença, até mesmo um contrato entre pessoas privadas, uma manifestação de vontade unilateral, etc.) com a Constituição, que é o ato jurídico maior, do qual todos os outros derivam.<sup>9</sup>

Há uma opinião comum a diversos doutrinadores. Em sede de controle de constitucionalidade podem-se identificar os diversos tipos de inconstitucionalidade como sendo: quanto à forma de edição normativa: formal ou orgânica, material, por ação, por omissão, originária, superveniente, total ou parcial; quanto ao órgão encarregado: político, jurisdicional ou misto; quanto ao momento em que é exercido: preventivo (cujo objetivo é o de evitar o ingresso no ordenamento jurídico de lei ou ato normativo inconstitucional) ou repressivo (incide sobre a norma a ser aplicada e é exercido pelo Poder Judiciário); quanto ao método ou sistema: difuso ou concentrado.

Outrossim, não cabe ação direta de inconstitucionalidade nas hipóteses em que o ato normativo que pretende regulamentar a lei exceda seus parâmetros sem que a ela se subordine, devendo tal questionamento ser solucionado pelo princípio da supremacia da aplicação da lei, segundo o já pacificado pelo STF.

Segundo a explanação de Clèmerson Merlin Clève,<sup>10</sup> que tende a questionar este modelo acreditando que os regulamentos expedidos pelo TSE possam contrariar a Constituição quando exsurgem como regras autônomas, mas também quando o expedidor não observa os princípios da supremacia da lei, o da separação dos poderes e o da reserva legal. Completa seu controverso comentário afirmando que: “... não compreende como o maior número de normas existente num Estado caracterizado como social e interventor fique a salvo do contraste vantajoso operado por via de fiscalização abstrata”. Deixa

8 LACERDA, Paulo José M. Lacerda; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix. *O poder normativo da Justiça Eleitoral*. João Pessoa: Sal da Terra, 2004. p. 78.

9 SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 82.

10 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 143-144.

explícito que é importante que se cogite a criação de um processo objetivo de controle de legitimidade normativa regulamentar por parte do STF.

Cabe lembrar a não-aceitação pelo STF do exercício do controle de constitucionalidade mediante ação no caso de decreto regulamentador, considerando que a questão é de legalidade e não de constitucionalidade. Dessa maneira, na ADI nº 3.685-8, que tratou da verticalização, esse entendimento ficou evidenciado na transcrição de trechos das ADIs nº 2.626 e nº 2.628, ambas de relatoria originária do eminente Ministro Sydney Sanches, as quais não foram conhecidas tendo em vista a natureza secundária, interpretativa e regulamentar da Instrução atacada. Vejamos:

138

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 4º DA INSTRUÇÃO N. 55, APROVADA PELA RESOLUÇÃO N. 20.993, DE 26.02.2002, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. ART. 6º DA LEI N. 9.504/97. ELEIÇÕES DE 2002. COLIGAÇÃO PARTIDÁRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 5º, II E LIV, 16, 17, § 1º, 22, I E 48, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO. VIOLAÇÃO INDIRETA. IMPOSSIBILIDADE DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.

Tendo sido o dispositivo impugnado fruto de resposta à consulta regularmente formulada por parlamentares no objetivo de esclarecer o disciplinamento das coligações tal como previsto pela Lei 9.504/97 em seu art. 6º, o objeto da ação consiste, inegavelmente, em ato de interpretação. Saber se esta interpretação excedeu ou não os limites da norma que visava integrar, exigiria, necessariamente, o seu confronto com esta regra, e a Casa tem rechaçado as tentativas de submeter ao controle concentrado o de legalidade do poder regulamentar. Precedentes: ADI n. 2.243, Rel. Min. Marco Aurélio, ADI n. 1.900, Rel. Min. Moreira Alves, ADI n. 147, Rel. Min. Carlos Madeira.<sup>11</sup>

### 3 AS RESOLUÇÕES E SEU CONTEÚDO NORMATIVO

O entendimento do TSE é de que as resoluções proferidas com fundamento no seu poder normativo de regular o processo eleitoral e, assim, promover a sua exata designação, conforme dispõe o Código Eleitoral e de-

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI-2628-DF. Relator Min. Sydney Sanches, data de julgamento: 18 abr. 2002, *DJ- Diário da Justiça*, 05 mar. 2004. Disponível : <[https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14748544/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2628-df?ref=topic\\_feed](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14748544/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2628-df?ref=topic_feed)> Acesso em: 13 fev. 2017.

mais leis eleitorais, têm força de lei geral, podendo, inclusive, ensejar recurso especial se houver ofensa ao seu texto por decisões dos tribunais regionais.

Ementa: As resoluções do TSE, facultadas nos arts. 12, d e t, e 196, do Código, têm força de lei geral e a ofensa a sua letra expressa motiva recurso especial, nos termos do art. 167 do Código. <sup>12</sup>

As resoluções da Justiça Eleitoral, originadas das consultas formuladas aos seus tribunais, possuem força normativa. <sup>13</sup>

Nessa mesma linha de raciocínio, o célebre jurista Joel Cândido<sup>14</sup> afirma que as resoluções do TSE têm força de lei ordinária, considerando-as como fontes diretas do Direito Eleitoral Brasileiro. No entanto, dizer que a resolução tem força de lei não quer dizer que possua o mesmo caráter de uma lei ordinária propriamente dita, com características de generalidade e abstração a sujeitá-la ao controle concentrado de constitucionalidade. O que vai indicar se a resolução poderá ou não ser objeto de controle é seu conteúdo, ou seja, a própria matéria a qual visa regular.

Inicialmente, a resolução tem como escopo disciplinar as eleições, tratando de maneira mais específica sobre calendários eleitorais, registro de candidatos, propaganda eleitoral, votação, apuração, além de outras matérias, sempre complementando a legislação eleitoral, a fim de dar ensejo ao seu fiel cumprimento. Nesses casos, as resoluções do TSE se limitam a reproduzir os dispositivos das leis eleitorais, servindo como meros regulamentos semelhantes àqueles decretos regulamentares expedidos pelo Poder Executivo.

Entretanto, o TSE, por meio de consultas formuladas por partidos políticos, é instado a manifestar o seu entendimento sobre questões não previstas na legislação, mas necessárias para que ocorra o bom andamento do processo eleitoral, o que, no caso, é mais uma vertente das referidas resoluções. Por essas razões, a referida Corte Eleitoral é levada a expedir resoluções com conteúdo que exorbitam do seu poder regulamentar, o que vem provocando vários questionamentos sobre a inconstitucionalidade des-

12 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *REspE n° 1943-RS*. Rel. Min. Pedro Paulo Pena. Publicado em sessão, 10. 7.1952. Disponível em: < <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/950670/recurso-especial-eleitoral-respe-1943-rs>>. Acesso em: 22 maio 2017.

13 BRASIL. Tribunal Superior Eleitora. MS n° 3119- RJ. Rel. Min. Barros Monteiro. *DJ- Diário da Justiça*, 27 fev. 2003. Disponível em: < <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/950670/recurso-especial-eleitoral-respe-1943-rs>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

14 CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Edipro, 2004. p. 22.

sas resoluções pelo fato de inovarem no ordenamento jurídico ao criar direitos e obrigações sem a observância do princípio da legalidade.

Os doutos mestres Paulo Lacerda, Renato Carneiro e Valter Silva ensinam que:

[...] quando o legislador concedeu a função regulamentar à Justiça Eleitoral, criou uma forma de limitação de poder, sem que isso implicasse numa interferência indevida do Judiciário na esfera de competência de outro Poder, porquanto o fim a ser alcançado é assegurar a liberdade política dos eleitores e a lisura do processo eleitoral. Para atingir essa finalidade, a Justiça Eleitoral precisa exercer as atividades administrativa e normativa.<sup>15</sup>

Também já ocorreu do TSE expedir resolução com dispositivos que contradizem, totalmente, o que foi estipulado no Código Eleitoral, gerando uma crise de ilegalidade da resolução por contrariar a lei eleitoral, quando deveria apenas complementá-la, proporcionando-lhe fiel execução.

140

Sem dúvida, o legislador cuidou de emitir normas onde o TSE tivesse o condão de editar tais instruções normativas e inferir-lhes força de lei com o escopo de regular todo o processo eleitoral, sem o que este enfraqueceria sobremaneira. O próprio legislador cedeu a sua competência ao TSE, de forma complementar, à edição das resoluções com força de lei, segundo as regras constantes da Constituição Federal e do Código Eleitoral.

É notório que algumas resoluções vêm apresentando conteúdo meramente interpretativo das normas eleitorais. Isso ocorre quando muitas consultas são encaminhadas ao TSE contendo dúvidas sobre a interpretação e aplicação de determinado dispositivo legal, provocando a expedição de resolução para prestar uma interpretação uniforme da norma eleitoral, pacificando as divergências, o que é bem comum.

Como tal resolução se presta apenas a interpretar a lei em caso de dúvidas, ela se reveste de caráter meramente acessório, apresentando-se como um ato normativo secundário.

Ainda que se trate de resolução meramente interpretativa, não se deve ignorar a sua força normativa de alcance geral, podendo, inclusive, perder o

---

<sup>15</sup> LACERDA, Paulo José M. Lacerda; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix. *O poder normativo da Justiça Eleitoral*. João Pessoa: Sal da Terra, 2004. p. 94-95.

caráter de secundariedade caso a interpretação seja realizada de uma forma tão extensiva que venha introduzir na ordem jurídica eleitoral direito novo.

#### 4 CONCLUSÃO

As resoluções do TSE são atos de caráter normativo, pois encerram um dever-ser, veiculando em seu conteúdo uma prescrição destinada a ser cumprida por seus destinatários, pois, embora não sejam formalmente uma lei, têm força de lei geral. Encontram na lei eleitoral, que visa regulamentar sua execução, o seu fundamento de validade. Por sua vez, a legislação eleitoral encontra seu fundamento de validade na própria Constituição Federal.

A fim de que a legislação eleitoral acompanhasse com eficiência as mudanças sociais, seriam necessários projetos de lei contínuos ou, no mínimo, a cada ano eleitoral. Minimizando o problema, as resoluções são de fundamental importância para normatizar determinadas situações eleitorais que ocorrem antes e após o pleito eleitoral, mesmo que de natureza secundária ou primária. Por isso, visando regulamentar o processo eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral publica suas instruções, consagradas por meio de resoluções, instituindo normas e fixando datas.

A importância das resoluções como legislação complementar, entretanto, faz com que algumas regras e entendimentos sejam inéditos, resaindo, nesta perspectiva, a grandeza da sua edição. Também é válido lembrar que o extenso poder conferido ao Tribunal Superior Eleitoral coloca distante a possibilidade de lacuna legal, bem como situações de fato, causas circunstanciais, políticas ou administrativas, que possam interferir no processo eleitoral.

Dessa forma, considere-se que a função normativa da Justiça Eleitoral demonstra uma competência regulamentar bastante coerente, pressupondo, para a sua validade, obediência à lei regulamentada e à própria Constituição Federal/88 o que, na prática, confere um maior alcance a estas instruções, dando baliza para seus entendimentos. Essa Justiça Especializada incorpora expressa e fortemente a função normativa que lhe foi atribuída, bem como a função administrativa inseparável ao processo eleitoral, mesmo considerando a sua competência precipuamente jurisdicional. De todo modo, essa

ocorrência advém do claro objetivo de garantir a legitimidade e a legalidade do processo eleitoral, seguindo os princípios da legalidade, legitimidade e o da segurança jurídica.

Assim, não é por acaso que as resoluções do TSE ainda são muito bem aceitas pela sociedade brasileira, pois parece razoável a opção do legislador de fazer a transferência da função de disciplinar a legislação eleitoral, no exercício de atividade de caráter normativo, a um órgão do Poder Judiciário, pois o fim a ser alcançado é assegurar a liberdade política dos eleitores e a lisura do processo eleitoral, para que não haja, de forma alguma, qualquer tipo de interferência.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI-2628-DF. Relator Min. Sydney Sanches, data de julgamento: 18 abr. 2002, *DJ- Diário da Justiça*, 05 mar. 2004. Disponível : <[https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14748544/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2628-df?ref=topic\\_feed](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14748544/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2628-df?ref=topic_feed)>. Acesso em: 13 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. MS nº 3119- RJ. Rel. Min. Barros Monteiro. *DJ- Diário da Justiça*, 27 fev. 2003. Disponível em: < <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/950670/recurso-especial-eleitoral-respe-1943-rs>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 21.002/02: Consulta n. 715, relator Ministro Garcia Vieira. *DJ- Diário de Justiça*, 15 mar. 2002. Disponível em: <<file:///D:/Usuarios/126050580590/Downloads/CTA%20715%2026.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *REspE nº 1943-RS*. Rel. Min. Pedro Paulo Pena. Publicado em sessão, 10. 7.1952. Disponível em: < <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/950670/recurso-especial-eleitoral-respe-1943-rs>>. Acesso em: 22. maio 2017.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Edipro, 2004.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito Eleitoral Esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COSTA, Elcias Ferreira da. *Direito Eleitoral: legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LACERDA, Paulo José M. Lacerda; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix. *O poder normativo da Justiça Eleitoral*. João Pessoa: Sal da Terra, 2004.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 1. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. (Série Jurídica).

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.



## LIBERDADE PARTIDÁRIA COMO VIÉS INTERPRETATIVO DO ARTIGO 8º DA LEI Nº 9.504/97

Rafael Nagime \*

### RESUMO

Calcada na importância alcançada pelos partidos políticos nas democracias modernas, a Constituição da República positivou a liberdade partidária como forma de manter este player do processo democrático afastado das ingerências indevidas do Estado. Todavia, a concessão de tal liberdade não revela total ausência de submissão ao ordenamento jurídico, estando as agremiações sujeitas às normas legitimamente postas, dentre as quais se encontra a regra que estabelece o prazo no qual deverão os partidos deliberar sobre eventual coligação para a disputa das eleições [art. 8º da Lei 9.504/97], a qual, segundo interpretação conferida pelo Tribunal Superior Eleitoral, admite a inclusão de novos partidos na coligação mesmo após o prazo legal [5 de agosto], exigindo-se, para tanto, que a possibilidade de inclusão conste expressamente das respectivas atas das convenções. Porém, o que se busca fixar com o presente ensaio é o fato de ser a “autorização expressa” um simples critério de avaliação, que não pode ser maior e mais importante do que o fundamento que possibilita a aplicação do citado alargamento de prazo – que é garantir o máximo respeito à vontade dos partidos na formação de suas coligações, aplicando-se a legislação na máxima extensão pretendida e em perfeita harmonia com o princípio da liberdade partidária, devendo se exigir, para a aplicação do alargamento do citado prazo, a comprovação da inequívoca vontade de coligar.

Palavras-chave: Liberdade partidária. Coligação. Limitação temporal. Critério de avaliação.

\* Advogado. Procurador do Município de São João da Barra – RJ. Professor de Direito Eleitoral. Especialista em Direito Constitucional – Estácio. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral (IBRADE).

## ABSTRACT

Based on the importance reached by political parties in modern democracies, the Constitution of the Republic posited party liberty as a means of keeping this player of the democratic process away from undue interference by the State. However, this freedom granted is not revealed in total absence of submission to the legal system, and the associations are subject to the legitimately laid rules, among which lies the rule that establishes the deadline in which parties should deliberate on a possible electoral alliance contest [art. 8 of Law 9.504/97], which, according to the interpretation given by the Higher Electoral Court, admits the inclusion of new parties in the coalition even after the legal deadline [August 5], requiring that the possibility of inclusion shall be set out explicitly in the respective minutes of the conventions. However, what is sought to establish with this essay is the fact that “express authorization” is a simple evaluation criterion, which cannot be greater and more important than the foundation that allows the application of the aforementioned extension of time - which is to guarantee maximum respect for the desire of the parties in the formation of their electoral alliance, applying the law to the maximum extent intended and in perfect harmony with the principle of partisan liberty, and requiring, for the application of the extension term, the unequivocal desire to electoral alliance.

146

Keywords: Party liberty. Coalition. Temporal limitation. Evaluation criterion.

## 1 INTRODUÇÃO

A legislação eleitoral elenca uma série de formalidades a serem atendidas para a formação das coligações partidárias. Entre estas formalidades existe uma limitação de caráter temporal, prevendo a lei, por meio da norma positivada no artigo 8º da Lei nº 9.504/97, o período exato para o nascimento das coligações:

Art. 8º A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 20 de julho a 5 de agosto do ano em que se realizarem as eleições, lavrando-se a respectiva ata

em livro aberto, rubricado pela Justiça Eleitoral, publicada em vinte e quatro horas em qualquer meio de comunicação.<sup>2</sup>

Apesar da clareza da regra posta, a jurisprudência pátria, buscando melhor colmatar o processo eleitoral, cristalizou entendimento permitindo a ultimação das coligações em data posterior à acima especificada.

É justamente neste ponto que reside o objetivo central do presente trabalho, o qual, após realizar uma breve análise sobre a importância dos partidos políticos, buscará demonstrar ser a liberdade partidária o fundamento central do entendimento firmado, conclusão que, longe de possuir caráter meramente acadêmico, traz consequências práticas diretas ao processo eleitoral.

## 2 PARTIDOS POLÍTICOS: IMPORTÂNCIA E LIBERDADE

Inicialmente os partidos políticos foram reprimidos e tomados como mecanismos nefastos de participação democrática, pensamento que se inverteu por completo, entendendo-se hodiernamente ser a democracia praticamente impossível sem a existência dos partidos políticos, conforme explicitado pelo sempre didático Professor Paulo Bonavides:

A história dos partidos políticos nos revela como a princípio foram eles reprimidos, hostilizados e desprezados, tanto na doutrina como na prática das instituições.

Não havia lugar para o partido político na democracia, segundo deduziam da doutrina de Rousseau os seus intérpretes mais reputados. Hoje, entende-se precisamente o contrário: a democracia é impossível sem os partidos políticos.<sup>3</sup>

Tal importância ganha contornos ainda mais claros diante das regras impostas pelo ordenamento jurídico pátrio, o qual exige para a disputa das eleições que o candidato esteja vinculado a um partido político, inexistindo no Brasil as chamadas candidaturas avulsas.

A Constituição Cidadã em vários momentos evidencia a importância dos partidos políticos em nível constitucional e metajurídico.

De acordo com o dispositivo constitucional insculpido no art. 14, §3º,

2 BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF, 1 out. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2017.

3 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 376-377.

constitui um dos requisitos para a candidatura aos pleitos eleitorais – condição de elegibilidade – a filiação partidária, cabendo, portanto, aos partidos políticos um papel indelével na representação política no Brasil.<sup>4</sup>

Deste modo, somente aqueles cidadãos filiados a uma agremiação partidária poderão disputar a eleição e, assim, fecha-se por completo o ciclo de importância dos partidos políticos, os quais, seja na teoria, seja na prática, são imprescindíveis à concretização da democracia, posto que, como explicitado pelo Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, nas democracias modernas, o método democrático é a eleição (tanto que autores como Schumpeter a resumem a eleições livres). Não se aceita a atribuição do poder senão a quem tenha sido escolhido pelo povo em eleição.<sup>5</sup>

Ao definir o instituto da eleição e a sua relação direta com a democracia, o Mestre José Afonso da Silva assevera:

148

A eleição, modernamente, não passa de um concurso de vontades juridicamente qualificadas visando operar a designação de um titular de mandato eletivo. 'As eleições [escreve Nils Diederich] são procedimentos técnicos para a designação de pessoas para um cargo (outras maneiras de designação são a sucessão, a cooptação, a nomeação, a aclamação) ou para a formação de assembleias. Eleger significa, geralmente, expressar uma preferência entre alternativas, realizar um ato formal de decisão'. Mas, nas democracias de partido e sufrágio universal, elas tendem a ultrapassar essa pura função designatória, para transmutarem-se num instrumento pelo qual o povo adere a uma política e confere seu consentimento, e, por consequência, legitimidade, às autoridades governamentais. É o modo pelo qual o povo, nas democracias representativas, participa na formação da vontade do governo. Aliadas a outras técnicas participatórias, as eleições desempenham papel importante na realização do princípio democrático.<sup>6</sup>

Resta claro, portanto, o liame indissolúvel entre partidos, eleição e democracia.

---

4 AGRA, Walber de Moura. *Temas polêmicos do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 95.

5 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52.

6 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 372.

De nada adiantaria, porém, tamanha importância concedida aos partidos políticos na busca da consolidação do princípio democrático se não lhes fossem conferidas garantias de atuação apartadas das amarras do Estado.

Justamente por esta necessidade, o legislador constituinte assegurou aos partidos: existência, atuação e funcionamento livres, positivando o princípio da liberdade partidária no artigo 17, §1º, da Constituição da República:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

[...]

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.<sup>7</sup>

Em que pese livres para determinar seus caminhos e realizar suas escolhas, devem os partidos atender e respeitar as regras legitimamente postas, adequando-se e colaborando para o correto desenvolver do estado democrático de direito, como bem explicitado pela doutrina de Clèmerson Merlin Clève:

Se é certo, porém, que às próprias agremiações compete dispor sobre a respectiva estrutura interna, não é menos certo que pode a lei, respeitada a autonomia conferida pela Constituição, fixar determinadas pautas normativas para efeito de compatibilizar a liberdade partidária com outras disposições constitucionais de observância compulsória. Cumpre, então, deixar claro que a autonomia do partido o imuniza contra a interferência indevida do legislador ordinário, mas não o imuniza contra o atuar normativo do legislador compatível com os parâmetros fixados pela Constituição. De modo que, não se tratando de soberania, mas antes, de autonomia, pode, com efeito, o Poder Legislativo, observado sempre o núcleo essencial do conceito, introduzir, por meio de lei, parâmetros para a atuação partidária que servirão, inclusive, de base para a elaboração dos respectivos estatutos pelas agremiações. Não é outro, aliás, o caminho seguido pelo legislador brasileiro com a edição da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096, de 19.09.1995).<sup>8</sup>

7 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2017.

8 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade partidária e impeachment*: estudo de caso. Curitiba: Juruá, 2012. p. 20-21.

Importante salientar que a indigitada obediência à qual estão submetidos os partidos não se limita às regras de direito partidário, estendendo-se, também, a todo o conjunto de normas delimitadoras do processo eleitoral, como bem assere o doutrinador José Jairo Gomes:

Em sentido amplo, “processo eleitoral” significa a complexa relação que se instaura entre Justiça Eleitoral, candidatos, partidos políticos, coligações, Ministério Público e cidadãos com vistas à concretização do sacrossanto direito de sufrágio e escolha, legítima, dos ocupantes dos cargos público-eletivos em disputa. O procedimento, aqui, reflete o intrincado caminho que se percorre para a concretização das eleições, desde a efetivação das convenções pelas agremiações políticas até a diplomação dos eleitos.

[...]

É no âmbito do processo eleitoral que se realiza o controle de legitimidade das eleições, o qual, no sistema brasileiro, é confiado a um órgão especializado: a Justiça Eleitoral. A esta instituição incumbe a aplicação forçada das normas reguladoras do certame político, emitindo julgamentos fundados em tais normas.<sup>9</sup>

Neste iter, em que pese o princípio da liberdade partidária conferir amplo campo de conformação da vontade partidária, devem as agremiações, sob pena de serem inclusive alijadas do processo eleitoral, atentar para as normas delimitadoras do processo eleitoral.

### **3 LIMITAÇÃO TEMPORAL PARA A REALIZAÇÃO DAS CONVENÇÕES: LIBERDADE PARTIDÁRIA COMO VIÉS INTERPRETATIVO**

Dentre todas as regras regentes do processo eleitoral, especificamente no que se refere ao tema de interesse do presente ensaio, o artigo 8º da Lei das Eleições obriga os partidos políticos, caso optem pela formação de coligações<sup>3</sup> para a disputa eleitoral, a respeitarem a limitação temporal para o exercício de tal faculdade, ao determinar que as deliberações acerca da formação das coligações deverão ser realizadas entre os dias 20 de julho e 05 de agosto do respectivo ano da eleição.

Entretanto, como acima adiantado, o Tribunal Superior Eleitoral, em decisão amplamente seguida pelos demais aplicadores do direito, ao interpretar a aludida regra passou a admitir a viabilidade de inclusão de novos

9 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 308-309.

partidos na coligação mesmo após o referido prazo, exigindo, porém, que a possibilidade de inclusão conste expressamente das respectivas atas das convenções realizadas dentro do lapso temporal fixado pela lei, como se depreende da análise do voto proferido em 1º de outubro de 2016 no julgamento do RE nº 23308-TRE-RJ:

O artigo 8º da Lei 9.504/97 dispõe que as deliberações partidárias sobre a formação de coligações devem ser realizadas no período compreendido entre os dias 20 de julho a 05 de agosto do ano da eleição. Com efeito, é nesta oportunidade que as alianças políticas, muitas das vezes já pré-definidas consolidam-se, por meio da formação de coligações.

Ao interpretar a referida norma, o Tribunal Superior Eleitoral admite, ainda, a possibilidade de inclusão de novos partidos na coligação após o aludido período, exigindo, contudo, que tal possibilidade haja sido expressamente deliberada na convenção partidária realizada dentro do prazo legal.<sup>10</sup>

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte precedente da Corte Superior:

ELEIÇÕES 2006. Recurso especial. [...] Inclusão de partido em coligação após o prazo para convenções. Viabilidade, desde que tenha sido registrada em ata a possibilidade de coligação futura com outros partidos. [...]

Havendo sido deliberado em convenção pela possibilidade futura de coligação com outros partidos, além daqueles expressamente mencionados, não se considera extrapolado o prazo estabelecido nos arts. 8º da Lei nº 9.504/97 e 7º da Res.-TSE nº 22.156, nem daquele previsto no art. 11 da Lei nº 9.504/97 na hipótese de inclusão de outros partidos, na coligação, após o prazo para convenções. [...].<sup>11</sup>

Posta a questão, imperiosa uma explicação acerca dos fundamentos que sustentam o entendimento que tornou possível a inclusão de novos partidos em uma coligação mesmo após o último dia previsto no citado artigo 8º da Lei das Eleições, evitando-se, assim, a aplicação da jurisprudência de maneira equivocada.

Ao contrário do que se possa imaginar em uma leitura apressada da jurisprudência, a permissão de inclusão de novos partidos após o dia

10 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial nº 23308-TRE/RJ*. Disponível em: <[https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468860201/recurso-especial-eleitoral-respe-2330820166190225-seropedica-rj-117932016/inteiro-teor-468860217?ref=topic\\_feed](https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468860201/recurso-especial-eleitoral-respe-2330820166190225-seropedica-rj-117932016/inteiro-teor-468860217?ref=topic_feed)>. Acesso em: 20 mar. 2017.

11 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 26818*. Acórdão de 2 jun. 2009. Relator Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes. *Diário de Justiça Eletrônico (DJE)*, 24 jun. 2009.

5 de agosto não busca salvaguardar a igualdade ou o direito de partidos adversários, mas, ao revés, procura atender em sua plenitude a liberdade partidária, preservando, em grau máximo, a vontade dos partidos integrantes de determinada coligação.

Não fosse este o entendimento, não haveria razão para a doutrina e a jurisprudência aceitarem que a prévia vontade dos partidos fizesse modificações na dinâmica das composições partidárias mesmo após o prazo legal, restando suficiente – para se garantir a igualdade entre os partidos – cumprir cegamente o prazo do discutido artigo 8º da LE.

É justamente a liberdade do partido em se organizar e guiar seus destinos que leva à possibilidade de se prestigiar a vontade partidária em detrimento do acatamento automático do prazo legal.

De outra monta, ao se aplicar o aludido entendimento jurisprudencial, há que se ter em mente ser a autorização expressa um mero critério de avaliação. A uma, por não existir qualquer regra da qual se possa extrair tal requisito de validade da coligação e, a duas, por não competir ao Poder Judiciário criar pressupostos de validade não elencados na legislação.

Desta feita, o que salta aos olhos é o fato de o julgador, ao se deparar com uma realidade que não prestigiava a melhor conformação do processo eleitoral, ter optado por uma interpretação sistemática da regra em comento.

Após explicitar consistir “o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.”<sup>12</sup> o Mestre Carlos Maximiliano consigna:

O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio.

[...]

Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram; verifica-se o nexó entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtêm esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado.

[...]

O hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos; indaga se, obedecendo

12 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 104.

a uma, não viola outra; inquire das consequências possíveis de cada exegese isolada. Assim, contemplados do alto os fenômenos jurídicos, melhor se verifica o sentido de cada vocábulo, bem como se um dispositivo deve ser tomado na acepção ampla, ou na estrita, como preceito comum ou especial.

Já não se admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua proposita, judicare, vel respondere* – é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma.<sup>13</sup>

Ora, não consistindo o Direito Eleitoral em um emaranhado disforme de regras e procedimentos, sendo, ao contrário, um sistema que se busca coerente e equânime, todas as regras e princípios nele inseridos devem interagir de maneira harmônica e contribuir para a organicidade do todo. Daí ter o aplicador do direito – extraíndo norma que adequa perfeitamente o prazo legal ao princípio da liberdade partidária – optado por permitir que se protraísse no tempo a concretização da vontade já posta no momento de realização das convenções.

É preciso ter em mente ser a “autorização expressa” somente um critério de avaliação, o qual não pode ser maior e mais importante do que o fundamento que possibilita a aplicação do citado alargamento de prazo – que é garantir o respeito à vontade dos partidos na formação de suas coligações, aplicando-se a legislação eleitoral na máxima extensão pretendida e em perfeita harmonia com o princípio da liberdade partidária, garantindo a manutenção de coerência ao processo eleitoral, evitando-se soluções diversas para casos nos quais a vontade de coligar era patente.

É justamente neste ponto que reside a pergunta fundante do presente ensaio:

Sendo *inequívoca a vontade de se coligar*, a ausência de autorização expressa na redação da ata de convenção é suficiente para se declarar a nulidade de uma coligação?

Com base em todo o defendido, deve ser a resposta necessariamente negativa. O que precisa ser demonstrado na busca de preservar a vontade e

13 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 104-105.

liberdade partidárias é a inequívoca vontade de coligar, não importando por qual meio de prova se atinja esta demonstração.

#### 4 CONCLUSÃO

Hodiernamente não restam dúvidas quanto à importância dos partidos para a consolidação democrática, sendo a mesma traduzida, dentre outras normas, pela positivação constitucional do princípio da liberdade partidária.

Apesar de serem livres para guiar seus destinos, devem os partidos atender e respeitar o ordenamento jurídico posto.

Dentre as regras que os vinculam encontra-se a que delimita o prazo no qual deverão deliberar sobre eventual coligação para a disputa das eleições [art. 8º da Lei nº 9.504/97], regra que, ao ser interpretada pelo E. TSE gerou norma que passou a admitir a inclusão de novos partidos na coligação mesmo após o prazo legal [5 de agosto], exigindo-se, para tanto, que a possibilidade de inclusão conste *expressamente das respectivas atas das convenções*.

Com base neste quadro, o que se buscou delimitar no presente ensaio é o fato de ser a “autorização expressa” um mero critério de avaliação, o qual não pode ser maior e mais importante do que o fundamento que possibilita o alargamento de prazo – que é garantir o amplo respeito à vontade dos partidos na formação de suas coligações, aplicando-se a lei na máxima extensão pretendida e em perfeita harmonia com o princípio da liberdade partidária, devendo ser exigido, para tanto, somente a comprovação da *inequívoca vontade de coligar*.

#### REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Temas polêmicos do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF, 1 out. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 26818. Acórdão de 2 jun. 2009. Relator: Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes. *Diário de Justiça Eletrônico (DJE)*, 24 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial nº 23308-TRE/RJ*. Disponível em: <[https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468860201/recurso-especial-eleitoral-respe-2330820166190225-seropedica-rj-117932016/inteiro-teor-468860217?ref=topic\\_feed](https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468860201/recurso-especial-eleitoral-respe-2330820166190225-seropedica-rj-117932016/inteiro-teor-468860217?ref=topic_feed)>. Acesso em: 20 mar. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade partidária e impeachment: estudo de caso*. Curitiba: Juruá, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.



## A (IN)FIDELIDADE PARTIDÁRIA DOS ELEITOS PELO SISTEMA PROPORCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO E O CONTEÚDO DAS AÇÕES DE PERDA DE MANDATO ELETIVO

Yuri Oliveira Arléo \*

### RESUMO

O trabalho busca especificar o que se entende como infidelidade partidária. Trata sobre o procedimento judicial que envolve a perda de mandato eletivo dos agentes políticos eleitos pelo sistema proporcional e acerca do conteúdo dos debates travados no que tange à perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, com especial atenção às questões internas dos partidos políticos. Realiza-se então, sempre sob o prisma das decisões judiciais, o estudo do novo marco legal e a consolidação da disciplina normativa da perda de mandato por infidelidade partidária, a atrair à Justiça Eleitoral, ao menos em abstrato, quando da análise da justa causa para desfiliação, debates políticos e internos dos partidos.

Palavras-chave: Justiça Eleitoral. Infidelidade partidária. Perda de mandato eletivo.

### ABSTRACT

This work aims to specify the meaning of partidary infidelity and expatiates about the judicial procedure which encompasses the loss of elective mandate by political agents who were elected by proportional system. It appoints to discuss the content of the judicial debate concerning the loss of elective mandate by partidary infidelity, focusing on internal issues of political parties which relate to such content. It is then carried out, invariably within the scope of judicial decision, the study of the new legal framework and consolidation of normative discipline concerning the loss of mandate due to

---

\*Advogado. Especialista em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

partidary infidelity, brought before Electoral Justice, at least in abstraction, in the moment of analysis of fair reason for disaffiliation, political debates and internal debates within political parties

Keywords: Electoral Justice. Partidary infidelity. Loss of elective mandate.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o atual panorama da perda de mandato eletivo por infidelidade partidária. Trata não somente da parcela procedimental da perda de mandato eletivo, como analisa a matéria posta à cognição da Justiça Eleitoral com o nascimento da referida demanda.

O primeiro problema a ser enfrentado é a caracterização do Direito Eleitoral e do Direito Partidário enquanto ramos científicos, tendo em vista que a matéria em debate se situa no limiar entre eles. Aborda-se então, em específico, a disciplina da perda de mandato eletivo por infidelidade partidária.

Neste contexto, as peculiaridades da Ação de Perda de Mandato Eletivo, o procedimento e a matéria são analisados, para que se possa, com embasamento suficiente, explicitar o alcance do conteúdo da ação por infidelidade partidária.

Antes de buscar a análise das decisões judiciais a respeito da perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, na linha dos já delineados objetivos do trabalho, necessário expor o tema nas premissas jurídicas que o situam, ou terminaram por situá-lo, dentro da competência da Justiça Eleitoral.

Para tal digressão, recorre-se à comparação com o Direito Partidário, inclusive tendo em vista a histórica diferenciação conferida à competência judicial de seu debate.

## 2 O DIREITO ELEITORAL E O DIREITO PARTIDÁRIO: INDEPENDÊNCIA E COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

O Direito Eleitoral é técnica pela qual se instrumentaliza o direito/poder popular ao sufrágio. Meio pelo qual se afere e se organiza a vontade popular de modo que a atividade governamental corresponda adequadamente a ela.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

Trata, assim, como preferem detalhar Marcos Ramayana<sup>3</sup> e outros autores, do processo de alistamento, filiação partidária, propaganda política, votação, apuração, diplomação e todos os procedimentos intrínsecos à atribuição da capacidade eleitoral ativa e passiva.

Em busca de privilegiar o caráter científico do Direito Eleitoral, que o afirma enquanto disciplina autônoma e reveste alguns de seus institutos de caráter transcendente sobre as diversas peculiaridades dos sistemas jurídicos positivados – que variam sobremaneira na regulamentação de cada ponto, como os destacados acima – nos filiamos às conceituações finalísticas do Direito Eleitoral, como aquela trazida por Francisco Antônio Gomes Neto, segundo o qual “Ao Direito Eleitoral caberia o papel de harmonizar o quanto possível as ‘divergências sociais’, trazendo esperança e conforto às minorias políticas, como também às maiorias exploradas, de cada nação”.<sup>4</sup>

Assim, o Direito Eleitoral se reveste de acentuado múnus público, eis que seu objeto trata do principal atributo da cidadania, a franquia eleitoral, e também de regulamentar os meios de ocupação dos próprios espaços públicos.

Para tratar do Direito Eleitoral – em característica que é certa medida peculiar do Direito Brasileiro<sup>5</sup> – há órgão judiciário especializado, a Justiça Eleitoral,<sup>6</sup> a quem se atribui conhecer Reclamações ou Representações por infração à lei eleitoral.<sup>7</sup> A competência jurisdicional da Justiça Eleitoral, nesta linha, inclui a análise das lides relativas ao “macroprocesso eleitoral”, que vão do alistamento à diplomação, excluídas questões relativas ao exercício

3 RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 13. ed. Niterói: Impetus, 2012.

4 GOMES NETO, Antonio Francisco. *O Direito Eleitoral e a realidade democrática*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1953. p. 12.

5 As soluções encontradas pelas nações para tratar da atividade administrativa eleitoral e da atividade jurisdicional eleitoral são as mais diversas, como se pode aferir de estudo realizado pela Consultoria Legislativa do Senado Federal, disponível em: <http://www.votoseguro.org/textos/SenadoEstudoSistemasEleitorais.odt>, assim como se extrai de pesquisa e entendimento de Olívia Raposo Telles, in *Direito Eleitoral comparado*: Brasil, Estados Unidos, França. São Paulo: Saraiva, 2009.

6 A Justiça Eleitoral integra o Judiciário brasileiro (art. 92, da CF/1988) e tem, a partir de sua concepção, a ideia de trazer a “verdade eleitoral”. Fora criada em 1932 e, desde então, excetuado o período do Estado Novo, sempre regeu as eleições nacionais. Ocorre que, a par de ser órgão judiciário, a Justiça Eleitoral é verdadeira administradora das eleições, possuindo função administrativa (que inclui do alistamento ao exercício do poder de polícia nas eleições), consultiva (art. 23, XII, e art. 30, VIII, ambos do CE) e função normativa (art. 1º, parágrafo único, e art. 23, IX, também do Código Eleitoral).

7 Vide Lei nº 9.504/97, art. 96.

do mandato, inclusive a sua perda em razão de conduta do mandatário.

Para tratar do fato de que, tradicionalmente e dentro da lógica jurídica brasileira, a análise da perda do mandato parlamentar não é de competência da Justiça Eleitoral, por ser relevante para este trabalho e em atenção à regra do *Kompetenz Kompetenz*,<sup>8</sup> cumpre abrir aspas ao próprio órgão máximo eleitoral:

Consulta. Matéria estranha ao campo eleitoral. Cassação de Mandato por Câmara de Vereadores. Não conhecimento. A perda de mandato é tema pertinente ao Direito Constitucional, que ultrapassa os limites do Direito Eleitoral. Nesse entendimento, o Tribunal não conheceu da consulta. Unânime.<sup>9</sup>

Em regra, portanto, à referida justiça especializada não compete tratar das questões partidárias, entre elas a perda do mandato eletivo como ordinariamente concebido.

O Direito Partidário, nesta mesma linha, tem autonomia científica e legislativa, conforme também sustenta Edson Resende de Castro.<sup>10</sup>

Os partidos políticos integram o sistema representativo no mundo contemporâneo através do monopólio do sistema eleitoral. São, nesta perspectiva, os canais legítimos de atuação política e social que representam de forma mais direta e rápida os anseios populares.<sup>11</sup>

O partido político é um agrupamento de pessoas reunidas em torno de ideias ou interesses comuns, com o objetivo de obter o poder legítimo através de meios legais, bem como nele conservar-se para a realização dos fins propugnados.<sup>12</sup> O surgimento destes grupos organizados, assim, está ligado à majoração da demanda de participação nas decisões políticas, fenômeno que tem crescimento exponencial com o acesso a meios de comunicação, e que remonta sempre a períodos de grandes transformações econômicas. Não se pode olvidar que, a depender do setor ou estrato social a mobilizar-

8 Trata de competência atômica de todo juízo, pelo qual este é competente, ao menos para determinar sua própria competência. É que, “por mais incompetente que seja o órgão jurisdicional, ele sempre terá competência para decidir se é ou não competente”, conforme Fredie Didier Jr., in *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: Juspodvum, 2016. v. 1. p. 200.

9 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 712/DF: Resolução nº 22056. Relator: Ministro Marco Aurélio. *DJ - Diário de Justiça*, v. 1, p. 130, 30 ago. 2005.

10 CASTRO. Edson Resende de. *Curso de Direito Eleitoral*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

11 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

12 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

-se, bem como da organização política de cada país, teremos um resultado diferente para os grupos políticos que resumem o quadro partidário.

Resta claro, nesta linha, o caráter civil dos partidos políticos, que, embora se distingam de outras associações pelo desejo de ocupar o poder político, mantêm sua natureza intimamente ligada às relações particulares. No Direito Brasileiro, ainda que os partidos desempenhem função indispensável e institucional à distribuição do poder político,<sup>13</sup> seu caráter privado é atualmente afirmado de forma irretocável. É-lhes assegurada a autonomia de organização, estrutura e funcionamento,<sup>14</sup> bem como seu registro é típico das pessoas jurídicas de direito privado.<sup>15</sup>

A Lei de Organização dos Partidos Políticos explicita a natureza privada dessas agremiações,<sup>16</sup> embora nosso ordenamento nem sempre tenha atribuído aos partidos tal característica<sup>17</sup>, exigindo, outrora, por exemplo, a presença de fiscal da Justiça Eleitoral nas convenções partidárias.

A distinção, numa concepção clássica, entre o fenômeno público e o privado serve para caracterizar o caráter do partido político.

Chama-se público ( *po' pulicum, publicum*) aquilo que é destinado a todos, ao povo, o que a todos é patente. A antítese de *publicum* é *privatum, proprium (quod proprio est)*, isto é, o que é destinado ao homem privado, o que cada um tem para si só e de que exclui os outros. Toda a antítese gira em torno da comunidade ou do exclusivismo do interesse. E ela a base do direito público e do direito privado.<sup>18</sup>

Ainda que seja legalmente reconhecido, hodiernamente, seu caráter privado, essa característica do partido político resulta de sua própria natureza enquanto organização, pelo que suas questões internas não têm, em princípio, relação com o Direito Eleitoral.

E neste ponto percebe-se a questão da competência que deve ser analisada. A linha ténue que, em alguns momentos, divide o Direito Partidário

13 Observe-se que a filiação partidária é condição de elegibilidade no direito brasileiro, conforme disposição inserida no art. 14, §3º, V, da Constituição Federal.

14 Vide Constituição Federal, art. 17, §1º.

15 Vide Constituição Federal, art. 17, §2º.

16 Lei 9.096/95: "Art. 1º. O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal."

17 A antiga Lei dos Partidos Políticos considerava-os pessoas jurídicas de Direito Público (Lei 5.682/71, art. 2º).

18 IHERING, Rudolf von. *A evolução do Direito*. Lisboa: José Bastos & Cia. Editores, [1963]. p. 207.

e o Direito Eleitoral traduz também certa obscuridade acerca da competência da Justiça Eleitoral, tema de interesse deste trabalho.

As questões partidárias são postas como de competência da Justiça Comum. A análise do estatuto e de atos partidários, ainda que constitucionais as questões que fundamentam o debate, é afeta à vida privada da instituição, como qualquer outra de direito privado, de modo que, ordinariamente, se entende não haver razão para que a competência da matéria partidária seja atraída para a Justiça Eleitoral, bem assim, consoante se depreende de inúmeros precedentes brasileiros.<sup>19</sup>

Essa competência da Justiça Comum, saliente-se, está restrita à análise das regras estatutárias e da juridicidade de sua conduta, respeitada prioritariamente sua autonomia privada. É lição que o próprio Supremo Tribunal Federal traduz:

O princípio constitucional da autonomia partidária - além de repelir qualquer possibilidade de controle ideológico do Estado sobre os partidos políticos - cria, em favor desses corpos intermediários, sempre que se tratar da definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento, uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público, vedando, nesse domínio jurídico, qualquer ensaio de ingerência legislativa do aparelho estatal.<sup>20</sup>

Por outra via, há questões que *a priori* poderiam ser das relações pri-

19 CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS DE DIREITO E ELEITORAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO PARTIDÁRIA, PREVISTA NO ESTATUTO DO PARTIDO E DEVIDA POR FILIADOS ELEITOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. A ação de cobrança movida por Partido Político contra filiado visando ao recebimento de contribuição prevista no Estatuto não se insere na competência da justiça eleitoral. Competência da justiça comum estadual. (STJ - CC: 31068 SC 2000/0139594-7, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, Data de Julgamento: 12/09/2001, S2 - Segunda Seção, Data de Publicação: DJ 05/11/2001. p. 77. LEXSTJ vol. 150 p. 32; RSTJ vol. 151 p. 219).

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE - ATO DE DISSOLUÇÃO DE DIRETÓRIO MUNICIPAL PELO DIRETÓRIO REGIONAL DO PARTIDO POLÍTICO - PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM - QUESTÕES PARTIDÁRIAS INTERNA CORPORIS - AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO A JUSTIFICAR A INTERVENÇÃO DO PARQUET - INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ESTATUTO DO PARTIDO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Uma vez que os partidos políticos têm natureza jurídica de direito privado, e que o ato discutido nos autos é "interna corporis", sem qualquer conteúdo eleitoral, inexiste interesse público a justificar a intervenção do Parquet no feito, pois não configurada a hipótese do art. 82, III, do CPC. Demonstrado nos autos que a dissolução de diretório municipal de partido político pela executiva estadual se deu sem a observância do procedimento previsto no Estatuto do Partido, e sem a instauração do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente assegurados, correta a decisão que julgou procedente o pedido na ação declaratória de nulidade ajuizada pelo diretório dissolvido, a qual deve ser mantida. (TJ-MG 200000047338420001 MG 2.0000.00.473384-2/000(1), Relator: Selma Marques, Data de Julgamento: 18/05/2005, Data de Publicação: 11/06/2005)

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1063 MC-DF. Relator: Min. Celso de Mello, DJ- Diário da Justiça, p. 57, 27 abr. 2001.

vadas dos partidos, afetas à Justiça Comum, mas que, tendo em vista sua inexorável relação com o Direito Eleitoral, são atraídas para a competência da Justiça Eleitoral.

Edson Resende<sup>21</sup> cita, como exemplos de situações em que o debate seria atraído à Justiça Eleitoral, a questão da expulsão de filiado e questões referentes ao momento da filiação, tendo em vista que a filiação é condição de elegibilidade; a disputa de pré-candidatos nas convenções partidárias e a gestão do fundo partidário.

A jurisprudência também conhece diversas hipóteses em que a competência para tratar de temas partidários é da Justiça Eleitoral, uma vez que questões partidárias podem ter reflexo direto no processo eleitoral.

É assim no caso em que divergências entre órgãos partidários de diferente hierarquia ocorrem próximo ao período eleitoral, figurando como hipótese mais recorrente a destituição de Comissão ou Diretório de órgão inferior. Nestes casos, a intervenção desestabiliza o processo político e eleitoral do órgão partidário inferior, de modo que a regularidade do ato do órgão superior, em especial quanto ao respeito às garantias constitucionais e estatutárias, é afetado pela Justiça Eleitoral<sup>22</sup>. Situações que envolvem a

21 CASTRO, Edson Resende de. *Curso de Direito Eleitoral*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

22 MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÃO DE ORDEM - PARTIDO POLÍTICO - COMISSÃO EXECUTIVA REGIONAL - DISSOLUÇÃO DE DIRETÓRIO MUNICIPAL - RECONHECIMENTO DA FIGURA DO PRÉ-CANDIDATO - MATÉRIA COM REFLEXOS NO PLEITO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. 1. *Havendo colidência de interesses entre diretório regional e diretório municipal de um mesmo partido político, com reflexos na eleição, notadamente na formação de coligação e registro dos candidatos, não está a justiça eleitoral impedida de analisar eventuais ilegalidades e nulidades, sobretudo após a edição da Lei n. 12.034/2009 que acrescentou Art. 36-A, I, na Lei n. 9.504/97 reconhecendo a figura do pré candidato.* (TRE-AC. MS 3082 AC, Rel. Régis de Souza Araújo, DJ 06/06/2012. Grifo nosso).

Mandados de segurança. Impetrações contra decisão liminar em ação cautelar que suspendeu a eficácia do ato de intervenção perpetrado pelo Diretório Estadual da agremiação contra a Comissão Provisória Municipal e não recebeu o respectivo Recurso Inominado. Deferida, nesta instância, medida de urgência apenas para determinar o recebimento dos pedidos de registro de candidatura e o processamento do Recurso Inominado interposto. Adequação da via recursal eleita, em conformidade com o art. 265 do Código Eleitoral. *Competência desta Justiça Especializada para analisar litígio entre diretórios regional e municipal de partido que causem repercussão direta no processo eleitoral.* As alegações expostas e a prova carreada aos autos são insuficientes para demonstrar qualquer ilegalidade na decisão de primeiro grau. Eventual modificação da liminar concedida, sem a produção da necessária prova acurada dos fatos, a ser produzida nos autos da ação cautelar interposta no juízo originário, é incompatível com a via restrita do mandado de segurança. Parcial concessão das ordens. (TRE-RS. Mandado de Segurança nº 12557, Acórdão de 25/07/2012, Relator(a) Dr. Jorge Alberto Zugno, Publicação: DEJERS - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-RS, Tomo 136, Data 30/07/2012, p. 2. Grifo nosso).

RECURSO ELEITORAL. AÇÃO ORDINÁRIA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE INSTALAÇÃO DE COMISSÃO PROVISÓRIA MUNICIPAL. *COMPETÊNCIA DESTA JUSTIÇA ESPECIALIZADA CONFIGURADA UMA VEZ QUE A DISSOLUÇÃO EM FOCO SE DERA EM PERÍODO ELEITORAL, BEM AINDA CONSIDERADA POSSÍVEL REPERCUSSÃO EM PROCESSO VERSANDO REGISTRO DE CANDIDATURA REFERENTE ÀS ELEIÇÕES DE 2012. PRECEDENTES.* SENTENÇA PELA QUAL RECONHECIDA LITISPENDÊNCIA EM RELAÇÃO A PROCESSO DE REGISTRO DE CANDIDATURA, COM CONSEQUENTE EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE NA QUAL NÃO VERIFICADA A

filiação de eventual candidato, portanto já no período eleitoral, também são atraídas à competência da Justiça Eleitoral.<sup>23</sup> O tema, no entanto, ainda não resta pacificado, existindo precedentes em exato sentido contrário à tese indicada.<sup>24</sup>

Apesar das decisões divergentes, entendemos como oportuna a convergência entre a doutrina e o entendimento jurisprudencial no sentido de conferir à Justiça Eleitoral a competência para tratar temas partidários com impacto direto no processo eleitoral. Em que pese o seu caráter privado e

SOBREDETA OCORRÊNCIA. DEFERIMENTO DE REGISTRO DE CANDIDATURA DE COMISSÃO PROVISÓRIA DE DIRETÓRIO MUNICIPAL QUE NÃO CONSUBSTANCIA ÓBICE À ANÁLISE DE NULIDADE DE REGISTRO DE COMISSÃO PROVISÓRIA POR EXECUTIVA ESTADUAL. CONQUANTO TENHAM ESSAS DEMANDAS REFERÊNCIA AOS MESMOS FATOS, SÃO DIVERSAS AS PARTES, CAUSA DE PEDIR E PEDIDOS. LOGO, NÃO SE VERIFICA A HIPÓTESE PREVISTA NO ARTIGO 301, §§1º, 2º E 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE PARA CONSEQUENTE SEGUIMENTO DO PROCESSO NA INSTÂNCIA ORIGINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE, NESTA FEITA, DE APRECIAÇÃO DA MATÉRIA DE FUNDO. PORTANTO, DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO PARA QUE ANULADA A RESPEITÁVEL SENTENÇA, COM CONSEQUENTE DETERMINAÇÃO DE RETORNO DOS AUTOS AO DIGNO JUÍZO ELEITORAL DE ORIGEM PARA APROPRIADO SEGUIMENTO. (TRE-SP RECURSO nº 68049, Acórdão de 28/11/2012, Relator(a) José Antonio Encinas Manfré, Publicação: DJESP - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 10/12/2012. Grifo nosso).

RECURSO ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. REGISTRO DE CANDIDATURA. AÇÃO ANULATÓRIA JULGADA PROCEDENTE. DESTITUIÇÃO DE COMISSÃO PROVISÓRIA MUNICIPAL PELA COMISSÃO NACIONAL SEM OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, NA FORMA DEFINIDA NO ESTATUTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. O filiado, ainda que não seja candidato, possui legitimidade ativa para arguir irregularidade em convenção partidária. Precedentes do TSE. 2. A personalidade jurídica da coligação tem início com a ata da convenção partidária que expressa ao acordo de vontade entre os partidos e não com a homologação do pedido na Justiça Eleitoral. 3. *A divergência interna do partido político pode ser apreciada pela Justiça Eleitoral, desde que tenha reflexos no processo eleitoral.* 4. A garantia do contraditório e da ampla defesa para destituição de comissão provisória não é uma mera formalidade, mas uma exigência a legitimar a aplicação de uma penalidade ao órgão municipal, nos termos do estatuto partidário. 5. Recurso conhecido e desprovido. (TRE-PR. Processo: REL 4451 PR. Relator(a): Andrea Sabbaga de Melo. Julgamento: 21/08/2012 Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 21/08/2012. Grifo nosso).

23 MANDADO DE SEGURANÇA. PARTIDO POLÍTICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. *I - No contexto do processo eleitoral é admissível o Mandado de Segurança que tem por escopo a desconstituição de ato de partido político, que delibera pela expulsão de filiado, comprometendo o respectivo registro de candidatura, consubstanciando, portanto, a legitimidade passiva da aludida agremiação para a referida ação.* II - Para a concessão da segurança, há que se identificar o direito líquido e certo do impetrante, requisito essencial do mandamus, sem o qual, inviabiliza-se a concessão da ordem. (TRE-GO. RE 3273, Rel. Felipe Batista Cordeiro, j. 13/02/2006, DJ 23/02/2006. Grifo nosso).

24 MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO JUIZ ELEITORAL DE PRIMEIRO GRAU. DESTITUIÇÃO DE COMISSÃO PROVISÓRIA MUNICIPAL. ANULAÇÃO DE CONVENÇÃO PARTIDÁRIA. NOMEAÇÃO DE NOVA COMISSÃO PROVISÓRIA. MATÉRIA “INTERNA CORPORIS”. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL. CONCESSÃO.

1. Os pedidos formulados na ação cautelar denotam correspondência aos atos praticados pelo Diretório Estadual (Regional), que destituiu a comissão provisória e constituiu uma nova comissão provisória naquele município. 2. Na ação cautelar, o juízo eleitoral de primeiro grau deferiu a tutela provisória para suspender o ato de nomeação de nova comissão provisória. 3. A Justiça Eleitoral é incompetente para apreciar e julgar o mérito de requerimento de anulação de decisão proferida por Diretório Regional de partido político que destituiu uma comissão e constituiu uma nova comissão provisória municipal, por se tratar de matéria “interna corporis”. 4. Trata-se de litígio a ser dirimido, nos termos da jurisprudência do e. Tribunal Superior Eleitoral, pela Justiça Estadual Comum, portanto, a decisão de tutela antecipada proferida na ação cautelar foi emanada por juízo incompetente. 5. Segurança concedida. (TRE-PA. Mandado de Segurança nº 13387, ACÓRDÃO nº 28224 de 02/09/2016, Relator(a) Célia Regina de Lima Pinheiro, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 165, Data 12/09/2016, p. 2).

autonomia funcional, a própria existência e concepção do partido político, aqui analisada sob o prisma do ordenamento brasileiro, está relacionada com o processo eleitoral, de modo que a normalidade e a legitimidade das eleições, a serem garantidas pela Justiça Eleitoral, perpassam, ainda que de forma mediata, pela correta resolução das lides partidárias.

Outrossim, a garantia de que questões partidárias com reflexo no pleito serão resolvidas pela Justiça Eleitoral impede a existência de decisões contraditórias, bem como que procedimentos tipicamente eleitorais sejam analisados pela Justiça Comum, inclusive em hipóteses que subvertem a lógica do sistema. Cita-se, como exemplo de incongruência advinda da Justiça Comum ao tratar de suposta questão partidária em período eleitoral, decisão em pedido urgente proferida liminarmente de modo a impor a candidatura de cidadão perante seu partido, subvertendo o direito de escolha dos convencionais. A decisão em realce prestou-se a deferir “parcialmente a tutela de urgência de natureza antecipada, *inaudita altera pars*, para determinar que o autor seja inscrito como candidato do partido para disputar as próximas eleições”.<sup>25</sup>

Assim, a premissa aqui deduzida é que a competência para tratar de temas afetos às eleições, ainda que partidários, é da Justiça Eleitoral, razão pela qual será, sob esta ótica, que analisaremos a matéria debatida nas hipóteses de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária.

### 3 A DISCIPLINA LEGAL DA PERDA DE MANDATO ELETIVO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA

A fidelidade partidária, antes de examinada à luz das normas que a insere enquanto hipótese de perda de mandato eletivo – efeito atualmente advindo de lei –, deve ser entendida como derivada do respeito às normas estatutárias internas, eis que cabe ao partido político, na linha de sua natureza civil, impor sanções que lhe são legítimas.<sup>26</sup> A infidelidade partidária, ordinariamente, gera somente efeitos internos, disciplinares sob a ótica dos deveres partidários, entendimento que prevaleceu por muito tempo em nosso

25 No exemplo citado, a decisão fora proferida pela 12ª Vara Cível e Comercial de Salvador-Bahia, durante o plantão judiciário, e publicada em 01 de agosto de 2016. No caso, o presidente destituído de Comissão Provisória Municipal, com base na ausência do contraditório e ampla defesa de sua destituição, pleiteou sua inscrição enquanto candidato e obteve a tutela de urgência requerida mesmo antes do período de convenções partidárias. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000N3AA0000&processo.foro=1>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

26 Vide Constituição Federal, art. 17, §1º, e Lei nº 9.096/95, art. 15.

ordenamento.<sup>27</sup>

A atual compreensão de que a infidelidade partidária gera a perda de mandato eletivo, por outra via, origina-se da concepção de que, nos cargos de eleição proporcional, o “mandato pertence ao partido”, questão pontuada em resposta do Tribunal Superior Eleitoral à consulta que lhe fora feita em 2007 e que representou inflexão marcante na análise do tema, concebendo novo entendimento que vem sendo incontestavelmente reiterado em precedentes da Corte.<sup>28-29</sup>

Por outra via, o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade,<sup>30</sup> já indicou que a perda do mandato por infidelidade

27 ELEITORAL. PARTIDO POLÍTICO. PENA DISCIPLINAR. ESTATUTO: OMISSÃO.SENDO OMISSO O ESTATUTO DO PARTIDO QUANTO A NORMAS DISCIPLINARES, APLICAM-SE AS DA LOPP. SE PREVISTAS NO ESTATUTO E CONFLITANTES COM AS DA REFERIDA LEI, PREVALECEM AS NORMAS ESTATUTÁRIAS, FACE AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA (CF, ART. 17, PARÁGRAFO 1). (Consulta nº 14247, Resolução normativa de , Relator(a) Min. Carlos Mário da Silva Velloso, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Data 08/06/1994, p. 14531).

28 Consulta. Detentor. Cargo eletivo proporcional. Transferência. Partido integrante da coligação. Mandato. Perda. 1. A formação de coligação constitui faculdade atribuída aos partidos políticos para a disputa do pleito, conforme prevê o art. 6º, caput, da Lei nº 9.504/97, tendo a sua existência caráter temporário e restrita ao processo eleitoral. 2. Conforme já assentado pelo Tribunal, o mandato pertence ao partido e, em tese, estará sujeito à sua perda o parlamentar que mudar de agremiação partidária, ainda que para legenda integrante da mesma coligação pela qual foi eleito. Consulta respondida negativamente. (TSE. Consulta nº 1439, Resolução normativa nº 22580 de 30/08/2007, Relator(a) Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Data 24/09/2007, p. 141).

Consulta. Detentor. Mandato eletivo. Cargo proporcional ou majoritário. Transferência. Legenda. 1. Conforme já decidido pelo Tribunal nas Consultas nºs 1.398 e 1.407, o mandato pertence ao partido. 2. Em face disso, estará sujeito, em tese, à perda do mandato eletivo o detentor de cargo proporcional ou majoritário que durante o seu transcurso mudar de agremiação político-partidária. (TSE. Consulta nº 1426, Resolução normativa de, Relator(a) Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Volume 1, Data 10/12/2007, p. 161).

AGRAVO REGIMENTAL. PETIÇÃO. PERDA. MANDATO ELETIVO. INFIDELIDADE PARTIDÁRIA. RES.-TSE Nº 22.610/2007. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. SUPLENTE. COLIGAÇÃO PARTIDÁRIA. 1. Inviável o agravo que não ataca todos os fundamentos da decisão impugnada, permanecendo íntegra sua conclusão. (Súmula 182/STJ). 2. Na linha da jurisprudência desta Corte, o mandato pertence ao partido, e não à coligação, razão pela qual o suplente desta não detém legitimidade ativa ad causam para integrar a lide na qualidade de litisconsorte. 3. Agravo regimental desprovido. (TSE - AgR-Pet: 26864 DF, Relator: Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, Data de Julgamento: 11/02/2010, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 47, Data 10/3/2010, p. 12. Grifo nosso).

29 A juridicidade do referido entendimento não é objeto do presente trabalho, embora seja pertinente o alinhamento tanto aos motivos jurídicos que o ensejam, relacionados com a lógica da eleição por quociente partidário, como as razões metajurídicas, relacionadas com a alta incidência de migração partidária de detentores de mandato eletivo.

30 Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007 DO TSE. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE PERDA DO MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA AO SISTEMA ELEITORAL MAJORITÁRIO. 1. Cabimento da ação. Nas ADIs 3.999/DF e 4.086/DF, discutiu-se o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sua competência para dispor acerca da perda de mandatos eletivos. O ponto central discutido na presente ação é totalmente diverso: saber se é legítima a extensão da regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário. 2. As decisões nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu. 3. O sistema majoritário, adotado

partidária não se aplica aos senadores, prefeitos, governadores e presidente, em razão das peculiaridades da eleição mediante o sistema majoritário, a distingui-la da eleição realizada através do sistema proporcional. A referida decisão que indica a aplicabilidade da disciplina da Resolução nº 22.610/2007, atualmente inserida na Lei dos Partidos Políticos, somente dá-se para vereadores e deputados, eleitos pelo sistema proporcional, justifica o recorte deste estudo.

Logicamente, com o entendimento de que o mandato “pertence ao partido”, não se indica que seja possível ao partido requerer a posse do mandato eletivo em questão, ou se indica ser o partido proprietário de tal cargo público. Não é, na noção civilista do conceito, que o mandato pertence ao partido político. Segundo Alexandre Assunção e Silva, o mandato pertence ao Estado, “que pode exigir de quem o exerce, que permaneça filiado e só saia se houver justa causa”.<sup>31</sup> Nesta linha, a disciplina normativa inaugurada é um modo de afirmar ao partido a “legítima expectativa de que o mandato seja exercido por um filiado seu”.

No caso, a própria desfiliação não é considerada como ilícito, ante a constitucional liberdade do cidadão para filiar-se e desfiliar-se de qualquer agrupamento. A disciplina normativa da perda de mandato eletivo por infidelidade partidária se volta então à correção do exercício do mandato eletivo alcançado através do sistema proporcional, tratando de requisito para a juridicidade de seu exercício.

A partir da noção do sistema eleitoral proporcional, no qual os votos são dados aos partidos e aos candidatos, ou unicamente àqueles, sendo os candidatos eleitos em razão do quociente partidário e posicionados em ordem decrescente pela sua votação, é “fácil concluir que é o partido político que conquista as vagas, ou seja, os mandatos de vereador e deputados estadual

---

*para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único; e art. 14, caput). 4. Procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade. (STF. ADI 5081, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-162 DIVULG 18-08-2015 PUBLIC 19-08-2015. Grifo acrescido).*

31 SILVA, Alexandre Assunção e. *Infidelidade partidária: Direito material e processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 85.

e federal.”<sup>32</sup>

A Resolução nº 22.610/07 do Tribunal Superior Eleitoral fora editada, então, para regulamentar a questão e indicar a forma pela qual deve o partido político requerer o mandato eletivo do trãnsfuga, sempre buscando combater a migração partidária descontrolada e, em entendimento que foi além do quanto originalmente decidido nos precedentes, antijurídica. A referida Resolução, no entanto, foi parcialmente superada e abarcada pela reforma eleitoral procedida com a Lei nº 13.165/2015, que alterou a Lei dos Partidos Políticos para fazer constar a hipótese de perda de mandato eletivo por infidelidade.<sup>33</sup> Assim, se era de questionável constitucionalidade a “inovação normativa” trazida pela Resolução nº 22.610/2007, via Tribunal Superior Eleitoral, a perda de mandato eletivo por infidelidade passou a ter respaldo legal, não mais remanescendo dúvida sobre a juridicidade da previsão.

A perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, desde a Resolução nº 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral e agora conforme consta Lei dos Partidos Políticos, abarcou hipóteses de justa causa para a desfiliação, nas quais o mandatário trãnsfuga não sofreria o ônus da perda de mandato. Em análise comparativa entre a resolução e a lei, percebe-se que das hipóteses trazidas na Resolução, não mais subsiste a hipótese de criação, fusão ou incorporação de partido político, ao passo em que, com a lei, passou-se a admitir uma nova hipótese de justa causa: a “janela para troca de partido” nos trinta dias que antecedem o prazo de filiação exigido em lei, aplicável somente ao fim da legislatura referente ao cargo do trãnsfuga.

É neste panorama que o procedimento de perda de mandato por infidelidade partidária, relativamente recente no ordenamento, fora inserido e resta atualmente delineado.

32 CASTRO, Edson Resende de. *Curso de Direito Eleitoral*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 30.

33 Lei 9.096/95:

“Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito. Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:

I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

II - grave discriminação política pessoal; e

III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.”

## 4 PROCEDIMENTO DA PERDA DE MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA

O regramento posto na Lei dos Partidos Políticos sobre a perda de mandato por infidelidade partidária resume-se a descrever a perda de mandato e a indicar as hipóteses de justa causa para o abandono do partido por parte do mandatário. Nesta linha, todo o procedimento sobre a ação continua sendo disciplinado pela Resolução nº 22.610/2007, do TSE.

O pressuposto ou “primeiro requisito da ação de infidelidade partidária”<sup>34</sup> é a própria desfiliação partidária, de fácil comprovação e aferição por parte da Justiça Eleitoral, a quem incumbe registrar a manter banco de dados alimentado sobre a filiação.

São legitimados para propor a ação o partido político originário do mandatário transfuga, que pode fazê-lo nos trinta dias da desfiliação e, caso não o faça nesse prazo, o Ministério Público e o interessado jurídico. Estes terão, a partir do fim do prazo conferido aos partidos políticos, outros trinta dias para propor a ação. Tais prazos são, assim, sucessivos<sup>35</sup> e decadenciais.<sup>36</sup>

Além do partido político, o primeiro interessado em ter em seus quadros mandatário de cargo eletivo e que tem justa expectativa de manter-se representado na casa legislativa após lograr êxito nas eleições, confere-se ao Ministério Público legitimidade para propor a Ação de Perda de Mandato Eletivo em razão de ser considerado de interesse público a manutenção do equilíbrio das forças partidárias dentro da respectiva casa legislativa. O “interessado jurídico”, também legitimado, é o suplente do partido, apto a tomar posse no cargo “vago”.

A legitimidade passiva é, logicamente, do mandatário transfuga, e

34 SILVA, Alexandre Assunção e. *Infidelidade partidária: Direito material e processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 111.

35 Vide precedente do TSE: AGRADO REGIMENTAL EM PETIÇÃO nº 2790, Acórdão de 10/04/2008, Relator(a) Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Data 06/05/2008, p. 14, DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 06/05/2008, p. 16; e as obras citadas de José Jairo Gomes e Alexandre Assunção e Silva.

36 Vide decisão do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia: PETIÇÃO nº 25234, Acórdão nº 194 de 19/04/2016, Relator(a) Cláudio Cesare Braga Pereira, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 02/05/2016; e obra citada de José Jairo Gomes.

também do partido que eventualmente possa tê-lo abrigado.

A competência para tratar da ação é matéria na qual se inovou com a supressão do juízo de primeira instância. A Resolução confere ao TSE a competência originária para tratar da perda de mandato eletivo por infidelidade partidária dos “mandatos federais”, ao passo que os demais casos são tratados pelos tribunais regionais eleitorais. A Ação de Perda de Mandato Eletivo proposta contra vereador, portanto, é da competência originária do Tribunal Regional Eleitoral.

O prazo para defesa é de cinco dias e a Resolução, antecipando-se à justa causa – exceção substancial posta em lei a tornar jurídica a desfiliação partidária –, prevê que as partes possam indicar até três testemunhas, bem como requerer documentos em poder de terceiros ou repartições públicas. Há, nesta linha, possibilidade de instrução processual e uma única audiência para a colheita de provas.

Quanto aos efeitos da decisão, a Resolução nº 22.610/2007 indica que ao órgão eleitoral compete decretar a perda do cargo do trânsfuga, comunicando-se ao presidente do órgão legislativo respectivo para que este empossa o suplente ou vice, no prazo de 10 dias.<sup>37</sup> Sobrevém, então, dúvida sobre quem deve substituir o trânsfuga – principalmente na hipótese de partido que concorreu coligado – e a qual órgão compete decidir sobre quem deveria ser empossado na hipótese de decretação de perda do mandato eletivo por infidelidade partidária.

Entende-se que a competência para resolver a questão – quem deve substituir o trânsfuga – é da Justiça Eleitoral, em virtude da matéria ser afeta a tema eleitoral/partidário cuja competência é atribuída a essa justiça especializada, ainda que o ato de empossar o substituto seja do presidente do órgão legislativo referente. A competência para decidir quem seria o substituto é da Justiça Eleitoral em virtude da matéria decorrer da análise da diplomação de eleitos e suplentes, de sua competência, e em razão do sucessor do mandatário trânsfuga ser eventualmente objeto da própria Ação de Perda de Mandato Eletivo por infidelidade partidária, quando da aferição da legitimidade de terceiro interessado.<sup>38</sup>

Quanto ao legítimo sucessor a ser empossado, reconhecendo a diver-

37 Resolução TSE nº 22.610/2007, art. 10.

38 A seguinte decisão da Corte Superior Eleitoral exemplifica a hipótese em que, para que se possa analisar a legítimi-

gência doutrinária,<sup>39</sup> nos filiamos ao entendimento atualmente adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral, que distingue a vacância ordinária da vacância resultante da perda de mandato por infidelidade partidária<sup>40</sup> para concluir que é legitimado ativo para a ação em realce o suplente do partido político ao qual o trânsfuga estava filiado, posto que legítimo sucessor do cargo vago. Endossam tal entendimento a própria noção de que o mandato pertence ao partido e não à coligação; a ideia de que a ação busca manter a correlação de forças políticas dentro da casa legislativa, e não puramente o resultado das eleições, haja vista que a coligação tem como principal propósito o êxito no pleito eleitoral; e o provável esvaziamento que a ação de perda de mandato eletivo, em virtude do desinteresse do partido político, originário e principal legitimado ativo para a demanda, quando o favorecido não for filiado seu. Entender que o suplente da coligação é quem deve substituir o mandatário trânsfuga significa supor que a coligação consubstancia uma unidade política permanente para aquela legislatura, significa desconsiderar os votos dos

---

dade do suplente para propor, enquanto terceiro interessado, a Ação de Perda de Mandato Eletivo, necessariamente se examina a possibilidade do suplente assumir de imediato a vaga: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE PERDA DE CARGO ELETIVO. DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA. ILEGITIMIDADE DO AGRAVANTE. TERCEIRO SUPLENTE. DESPROVIMENTO.

1. Nas ações por infidelidade partidária, *tão somente o primeiro suplente do partido* detém legitimidade para pleitear a perda do cargo eletivo de parlamentar infiel à agremiação pela qual foi eleito, *visto que a legitimidade ativa do suplente fica condicionada à possibilidade de sucessão imediata*. 2. Agravo regimental desprovido. (TSE. Agravo Regimental em Petição nº 177391, Acórdão de 08/08/2013, Relator(a) Min. Laurita Hilário Vaz, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 26/8/2013, p. 135/136. Grifo nosso).
- 39 José Jairo Gomes vale-se de decisões da Justiça Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal que tratam da substituição em razão de vacância temporária e indica que o cargo vago deva ser ocupado pelo suplente da coligação também na hipótese de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária: (i) ambas as hipóteses são de vacância de cargo eletivo; (ii) tal entendimento é mais harmonioso com o sistema político, uma vez que os efeitos da coligação, mesmo extinta, se protraem no tempo.
- 40 ELEIÇÕES 2014. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. PETIÇÃO. DEPUTADO FEDERAL. DESFILIAÇÃO. AÇÃO DE PERDA DE CARGO ELETIVO AJUIZADA POR SUPLENTE DA COLIGAÇÃO PELA QUAL SE ELEGU O TRÂNSFUGA. ILEGITIMIDADE ATIVA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REJEIÇÃO. 1. *In casu, conforme assentado no acórdão embargado, a vacância pode ser de índole ordinária ou extraordinária. Na ordinária, a sucessão ocorre com a posse do suplente da coligação. Na extraordinária, que versa especificamente sobre as situações de infidelidade partidária - hipótese dos autos -, a vaga deverá ser destinada, necessariamente, a suplente do partido do trânsfuga, haja vista que, em situações tais, a perda do mandato se destina, única e exclusivamente, a recompor o espaço perdido pela agremiação*. 2. *Logo, forçoso reconhecer a ausência de legitimidade ativa do suplente da coligação para a propositura da ação de perda de cargo eletivo por desfiliação partidária sem justa causa. Reforça esse entendimento a possibilidade de a infidelidade ocorrer dentro da coligação (Cta n. 14-17, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ de 13.6.2008)*. 3. Ainda que se pudesse, em tese, reconhecer a legitimidade ativa do embargante, na condição de suplente da coligação, o que, frise-se, é inviável, ter-se-ia, mesmo assim, outro óbice, igualmente intransponível. É que a atuação do suplente, em casos tais, é sempre subsidiária à da agremiação se, ela própria, não ingressar com a ação no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do artigo 1º, § 2º, da Resolução-TSE nº 22.610/2007, sendo que, na espécie, o partido pelo qual se elegeu o trânsfuga ajuizou a ação dentro do prazo legal. 4. Inexistente qualquer dos vícios do art. 275 do CE, devem ser rejeitados os embargos de declaração, por não se prestarem à mera rediscussão da causa, conforme pretendido. 5. Embargos de declaração rejeitados. (TSE. Petição nº 56703, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 226, Data 29/11/2016, p. 9. Grifo nosso).

candidatos e partidos dentro da própria coligação, bem como impor a análise das hipóteses de justa causa para desfiliação partidária em face da coligação, instituição que não guarda nenhuma formalidade ou pretensão de perenidade política no sistema jurídico brasileiro. Ademais, entender que sucessor do trânsfuga deve ser o suplente da coligação é não compreender o complexo sistema jurídico brasileiro, em que, em exemplo notório referente ao processo de *impeachment* de Dilma Rousseff, o partido político da presidenta eleita em 2014 se tornou, no ano de 2016, principal partido de oposição ao governo do vice-presidente, eleito na mesma chapa.

## 5 DAS HIPÓTESES DE JUSTA CAUSA E SUA ANÁLISE

Afirmada a desfiliação, que é de aferição fácil pela Justiça Eleitoral, a quem compete conhecer da filiação partidária e armazenar tais dados, e não tendo a desfiliação ocorrido no período da janela partidária prevista no art. 22-A, parágrafo único, inciso III, da Lei dos Partidos Políticos<sup>41</sup> ou no permissivo temporário constitucional trazido com a Emenda Constitucional nº 91/2016,<sup>42</sup> a alegação de justa causa para a desfiliação surge como principal exceção a ser apresentada pelo trânsfuga. Podem ser alegadas, portanto, a grave discriminação política pessoal ou ainda a mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário.

A grave discriminação política pessoal é a principal hipótese de justa causa apresentada para elidir o ônus decorrente da desfiliação partidária do mandatário.<sup>43</sup> Em simples pesquisa de jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, nota-se que o termo “discriminação” é muito mais recorrente nas decisões que o termo “desvio”, obtendo quatro vezes mais resultados.<sup>44</sup>

No que tange à discriminação pessoal, já se percebe inovação no conteúdo das decisões judiciais proferidas pela Justiça Eleitoral. É que a discriminação cometida em prejuízo dos trânsfugas a justificar a desfiliação

41 “Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfilia, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito. Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses: (...) III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.”

42 Emenda Constitucional nº 91/2016:

“Art. 1º. É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.”

43 SILVA, Alexandre Assunção e. *Infidelidade partidária: direito material e processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

44 Pesquisa realizada em 01/08/2016 no site do TSE com os termos “perda e mandato e eletivo e infidelidade” e a variante.

é a praticada pelo partido político ou em nome dele, inaugurando análise judicial de tal comportamento. Assim, os atos formalizados pelos diretórios e as condutas dos líderes partidários ou das bancadas passaram a ser objeto de análise da justiça especializada, à qual incumbe determinar a ocorrência ou não de grave discriminação política pessoal. Originalmente, tais atos e condutas eram analisados pela Justiça Comum e somente sob o prisma do estatuto e dos direitos fundamentais, de eficácia horizontal.

Há, assim, a dificuldade em compreender o que seria essa *grave discriminação política pessoal*, independente de qual seja a justiça a analisar a matéria. É necessário identificar quais condutas podem ser consideradas partidárias e traduzem *discriminação*, enquanto ato de distinção entre filia-dos; *políticas*, o que restringe o campo da distinção analisada pela justiça especializada, mas impõe o ônus específico concretizar o que é a distinção política e a não política, majorando o objeto de cognição posto à Justiça Eleitoral; *pessoal*, e assim relativo à pessoa do trãnsfuga, em contraposição às discriminações políticas direcionadas a comportamentos ou posições; e *grave*, indicando ao julgador a necessidade de estabelecer escala na discriminação política e pessoal, sendo somente a discriminação grave idônea a obstar a perda de mandato do trãnsfuga.

Posta a dificuldade em analisar a grave discriminação política, principalmente em abstrato, a doutrina<sup>45,46</sup> costuma não esmiuçar tais questões, por traduzirem demasiado subjetivismo. Abstém-se, assim, do enfretamento e resume-se a reportar os precedentes da Justiça Eleitoral.

Analisando os precedentes, pode-se dizer que condutas partidárias de fácil aferição, como o tratamento anti-isonômico conferido a parlamentares, tem caracterizado discriminação pessoal a atrair a hipótese de justa causa correspondente:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. INFIDELIDADE PARTIDÁRIA. GRAVE DISCRIMINAÇÃO PESSOAL. CONFIGURADA. DECISÃO MONOCRÁTICA. FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA N° 182 DO STJ.

[...]

4. A eventual resistência interna a futura pretensão de concorrer à prefeitura ou a intenção de viabilizar essa candidatura por outra sigla não caracterizam justa causa para a desfiliação partidária, pois a disputa e

45 CASTRO, Edson Resende de. *Curso de Direito Eleitoral*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

46 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

a divergência internas fazem parte da vida partidária.

5. Constitui, contudo, grave discriminação pessoal postura do partido político de oposição ao admoestar um único parlamentar filiado a seus quadros, pela participação em governo da situação, declarando que sua permanência nas fileiras da agremiação é inviável, muito embora outros parlamentares seus, notoriamente, também apoiassem o referido governo.

Agravo regimental desprovido.<sup>47</sup>

Na hipótese, o tratamento desigual a filiados que agiram da mesma forma é fácil de ser aferido e corresponde, em abstrato, à discriminação pessoal. Assim, a Justiça Eleitoral somente reconhece a incoerência em tratar desigualmente filiados que estão em situação similar, não realizando juízo de valor sobre tais condutas. A inovação ao conteúdo das decisões, portanto, está – ou deveria estar – no enquadramento da distinção objetivamente aferida, se esta é grave, política e pessoal.

Por outra via, por consectário lógico, atos partidários típicos, mesmo os disciplinares, não são enquadrados na hipótese de perseguição pessoal, não se revelando hipótese de justa causa:

PETIÇÃO. ELEIÇÕES 2006. AÇÃO DE PERDA DE CARGO ELETIVO POR DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA SEM JUSTA CAUSA. DEPUTADO FEDERAL. PROCEDÊNCIA.

[...]

6. No processo de perda de cargo eletivo por desfiliação sem justa causa, cabe ao autor a comprovação do fato constitutivo do ilícito (a desfiliação partidária), recaindo sobre aquele que se desfiliou do partido político o ônus de demonstrar a ocorrência do fato extintivo (ocorrência de justa causa), nos termos do art. 333, I e II do Código de Processo Civil.

7. A mera instauração de procedimento administrativo para averiguar eventual descumprimento de normas partidárias, por si só, não configura grave discriminação pessoal, porquanto se cuida de meio investigativo usualmente aceito. Caso contrário, consistiria até uma inibição absurda a qualquer espécie de apuração de eventual irregularidade. [...]<sup>48</sup>

Em tais casos em que negada a justa causa, a Justiça Eleitoral não adentra no debate acerca da correção jurídica de eventual decisão sancio-

47 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 5178312, Acórdão de 11 nov. 2010. Relator: Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, p. 101-10, 1 fev. 2011.

48 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 3019, Acórdão de 25/08/2010. Relator: Min. Aldir Guimarães Pas-sarinho Junior. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, p. 62, 13 set. 2010.

natória partidária, por lhe faltar competência, de modo que o mero procedimento disciplinar, mantidas as garantias estatutárias e constitucionais, não deve ensejar a perda do mandato eletivo.

Hipótese muito comum é a resistência partidária ao interesse de determinado filiado em concorrer às eleições. A Justiça Eleitoral, no particular, tem se manifestado pela ausência de justa causa, uma vez que a decisão sobre candidatura é naturalmente dos convencionais, inclusive não mais remanescendo o direito à candidatura nata. Vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DEPUTADO ESTADUAL. CONSTITUCIONALIDADE. RES.-TSE Nº 22.610/2007. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. JUSTA CAUSA. DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA. DESCARACTERIZAÇÃO.

[...]

3. A eventual resistência interna a futura pretensão de concorrer à prefeitura ou a intenção de viabilizar essa candidatura por outra sigla não caracterizam justa causa para a desfiliação partidária, pois a disputa e a divergência internas fazem parte da vida partidária.

4. Recurso ordinário desprovido.<sup>49</sup>

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CAUTELAR. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. JUSTA CAUSA NÃO VISLUMBRADA. NÃO-PROVIMENTO.

1. Em exame perfunctório, o fato tido pelo ora agravante como justificador de sua desfiliação, qual seja, sobrevivência política, não se enquadra sequer em tese nas hipóteses previstas no art. 1º, § 1º, da Resolução-TSE nº 22.610/2007, já que não configura incorporação ou fusão de partido, criação de novo partido político, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário ou mesmo grave discriminação pessoal.

2. A mera divergência entre filiados com propósito de ser alcançada projeção política não constitui justa causa para a desfiliação. [...]<sup>50</sup>

Esta é conjectura que se mostrou mais corriqueira, em que o interesse futuro na candidatura não pode suprimir o regramento atual sobre o exercício do mandato eletivo. Para algumas dessas hipóteses, inclusive, há atualmente previsão de “janela eleitoral”. A resistência à candidatura por parte do partido

49 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 1761, Acórdão de 10 jun. 2009. Relator: Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, p. 94, 4 ago. 2009.

50 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 2838, Acórdão de 25 nov. 2008. Relator: Min. Felix Fischer. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, p. 6, 12 dez. 2008.

e de seus filiados, no entanto, não pode se confundir com a hipótese em que é negado ao filiado o direito de apresentar o próprio nome para que possa ser escolhido pelos convencionais, lhe sendo indevidamente negado o direito às prévias ou à indicação do próprio nome em convenção, nos moldes do estatuto ou das regras eleitorais.

Soma-se, enquanto hipótese de não incidência de justa causa para desfiliar-se, a divergência quanto à questão que indica projeção política entre filiados, como a escolha para cargos ou a preponderância em alguma atividade partidária, por exemplo: “Divergência entre filiados partidários no sentido de ser alcançada projeção política não constitui justa causa para desfiliação.”<sup>51-52</sup>

Quando não é possível ao partido atender a todos os seus filiados, suas escolhas traduzem questões de opção política realizada dentro de sua esfera discricionária de atuação, não podendo ser considerada discriminação ou sendo ilegal.

Por outra via, embora a vivência prática em muito se distancie do plano ideal, não se pode negar que a projeção política está intimamente ligada à possibilidade de que o mandatário tenha acesso a cargos políticos e possa ocupá-los com aqueles em que confia e que traduzem seu viés político. Assim, entende-se que a negativa a cargos ou a exoneração de ocupantes de cargos em comissão ligados ao político e seu projeto, em favor de outro, podem traduzir, em abstrato e a depender da extensão, discriminação política pessoal grave, inclusive por poder ser considerada negativa à própria atuação política.

O “apoio” para atuação institucional do filiado, nesta linha, é tido como necessário e, quando utilizado como critério de discrimen entre filiados, posto como apto a obstar a perda do mandato eletivo do trãnsfuga preterido politicamente. A ausência de apoio ao mandatário, assim, tem histórico de reconhecimento, pela Justiça Eleitoral, como justa causa.

Pedido. Perda de cargo eletivo. Desfiliação partidária. Justa causa. Grave discriminação pessoal.

1. A expressiva votação obtida por parlamentar, que logrou votos superiores ao quociente eleitoral, não o exclui da regra de fidelidade

51 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 2756. Relator: Min. José Augusto Delgado. *DJ - Diário de Justiça*, p. 04, 5 abr. 2008.

52 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação Cautelar nº 2838. Relator: Min. Felix Fischer. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, p. 6, 12 dez. 2008.

partidária.

2. Embora a grave discriminação pessoal, a que se refere o inciso IV, do § 1º, da Res.-TSE nº 22.610/2007, possa, em regra, estar relacionada a aspectos partidários, não se pode excluir outros aspectos do conceito de justa causa para a desfiliação, inclusive os essencialmente pessoais, o que envolve, até mesmo, questões de nítida natureza subjetiva.

3. Hipótese em que a permanência do deputado no partido pelo qual se elegeu se tornou impraticável, ante a sucessão de fatos que revelaram o abandono e a falta de apoio ao parlamentar, configurando, portanto, grave discriminação pessoal, apta a ensejar justa causa para a migração partidária.

Pedido improcedente.<sup>53</sup>

Pedido de perda de cargo eletivo. Justa causa. Grave discriminação pessoal.

- Os fatos vivenciados pelo parlamentar comprovam ter sido ele discriminado pela agremiação a qual se elegeu, vindo a sofrer as respectivas consequências, tais como a falta de espaço e representatividade a ele imposta na legenda, o que enseja a justa causa para a desfiliação.

Pedido improcedente.<sup>54</sup>

Igualmente já foi considerada hipótese de justa causa a incomunicabilidade entre partido e filiados:

ACÇÕES DE DECRETAÇÃO DE PERDA DE MANDATO ELETIVO. DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA. JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA.

1. Nos termos do art. 1º, § 2º, da Res.-TSE nº 22.610, o Ministério Público Eleitoral e o suplente estão legitimados a solicitar a perda do direito ao exercício do cargo daqueles que deixam, sem justa causa, a agremiação pela qual foram eleitos, quando o partido não o fizer no prazo de trinta dias.

2. No caso, houve pedido de citação do requerido e do litisconsorte passivo necessário dentro do trintídio legal, não sendo possível impor ao requerente a demora no cumprimento do mandado de citação. Prejudicial de decadência

rejeitada.

3. *O contexto probatório dos autos revela a existência de fatos ensejadores da grave discriminação pessoal descrita no art. 1º, § 1º, IV, da Res.-TSE nº 22.610, a partir da demonstração de situação de incomunicabilidade entre o parlamentar eleito pelo voto popular e os dirigentes de sua agremiação.*

4. Hipótese em que o comportamento do partido ao qual pertencia o

53 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 2766, Acórdão de 12 mar. 2009. Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Tomo 80, p. 57-58, 24 abr. 2009.

54 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 2759, Acórdão de 10 mar. 2009. Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, p. 28, 24 abr. 2009.

filiado indica a consonância quanto à existência de fatos que justifiquem a desfiliação partidária. Precedentes: Pet n° 27-97, rel. Min. Gerardo Grossi, DJE de 18.3.2008; AgR-AC n° 2.556, rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 8.9.2008. Ações julgadas improcedentes.<sup>55</sup>

Também se trata aqui não de Direito Partidário, mas de hipótese em que a atuação do parlamentar, aferível de forma objetiva, não conta com o apoio do partido, que lhe nega recursos ou espaço, e atua impedindo sua projeção.

Embora seja repleta de elementos partidários e inaugure cognição sobre objeto que antes era estranho à Justiça Eleitoral, a hipótese de justa causa posta no art. 22-A, parágrafo único, inciso II, da Lei dos Partidos Políticos permite ao julgador fazer comparação objetiva entre o tratamento dado a filiados, facilitando, por assim dizer, a decisão da Justiça Eleitoral por permitir que a análise seja objetiva.

Já a outra hipótese de justa causa – a mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário –, conforme previsão contida no artigo 22-A, parágrafo único, inciso I, da Lei dos Partidos Políticos, impõe uma análise mais detalhada do programa partidário ou da conduta do partido, enquanto organização estruturada e hierárquica. A dificuldade em se apontar e analisar objetivamente a mudança substancial ou o desvio reiterado do programa partidário, sobremaneira ante a fluidez dos programas e projetos políticos e as disparidades dos estatutos partidários, é motivo pelo qual os trânsfugas e a Justiça Eleitoral têm mais dificuldade em alegar e reconhecer a referida hipótese de justa causa enquanto contradireito a obstar a perda do mandato do parlamentar.

A baixa incidência prática de tal caso não reduz sua relevância para o sistema jurídico, uma vez que, mesmo em abstrato, amplia consideravelmente a matéria posta à apreciação da Justiça Eleitoral. A análise da mudança substancial ou do desvio reiterado impõe primeiramente que a Justiça Eleitoral se debruce sobre o programa partidário, que não é obtido pelo simples exame do estatuto, eis que não há por lei exigência de que as agremiações indiquem continuamente um programa político.<sup>56</sup> Mais que isso, dentro de um contexto de natural variação dos posicionamentos políticos, de alteração

55 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição n° 90023. Relator: Min. Henrique Neves da Silva. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Tomo 45, p. 64-65, 6 mar. 2015.

56 Vide artigo 30, da Lei dos Partidos Políticos, que trata do conteúdo obrigatório do estatuto partidário.

das composições político-partidárias e de sucessiva mudança quanto à ocupação do poder político, a análise do que se considera mudança substancial ou desvio reiterado do programa político constitui inovação transformadora do quanto posto ao exame da Justiça Eleitoral, sobremaneira em virtude do caráter nacional dos partidos políticos.

Observando precedentes, sobreleva comentar situação em que se tratou da mudança substancial do programa partidário. Sobre o tema, o Tribunal Superior Eleitoral se manifestou no sentido de que não há de incidir a justa causa quando a matéria gera polêmica na própria agremiação, sendo a divergência natural da política. Todavia, detendo o tema grande relevância e em sendo notória a mudança de posicionamento do partido, haveria aí, segundo o TSE, justa causa. Vejamos as decisões:

PETIÇÃO. ELEIÇÕES 2006. AÇÃO DE PERDA DE CARGO ELETIVO POR DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA SEM JUSTA CAUSA. DEPUTADO FEDERAL. PROCEDÊNCIA.

[...]

8. *A mudança substancial do programa partidário também não foi evidenciada, porquanto a alteração de posicionamento do partido em relação a matéria polêmica dentro da própria agremiação não constitui, isoladamente, justa causa para desfiliação partidária.*

9. Pedido julgado procedente.<sup>57</sup>

PETIÇÃO. DECRETAÇÃO. PERDA. MANDATO ELETIVO. DEPUTADO FEDERAL. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. RESOLUÇÃO-TSE Nº 22.610/2007. PRELIMINARES REJEITADAS. DESFILIAÇÃO. JUSTA CAUSA. CONFIGURAÇÃO. PEDIDO IMPROCEDENTE.

1. Preliminares de incompetência do juízo, ilegalidade do rito, decadência e inconstitucionalidade da Resolução-TSE nº 22.610/2007 rejeitadas.

2. *A modificação da posição do partido em relação a tema de grande relevância configura justa causa para a migração partidária de filiado.*

3. Reconhecimento de existência de justa causa para a desfiliação partidária.<sup>58</sup>

Na primeira delas, o Tribunal Superior Eleitoral tratou da alteração do posicionamento do Democratas em relação à CPMF. Conclui-se que, em sendo a matéria controversa dentro da própria agremiação, a mudança de posicionamento do partido não configura substancial mudança de diretriz a

57 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 3019, Acórdão de 25 ago. 2010. Relator: Min. Aldir Guimaraes Passarinho Junior. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, p. 62, 13 set. 2010.

58 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 2773, Acórdão de 12 mar. 2009. Relator: Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Tomo 80/2009, p. 54, 29 abr. 2009.

ensejar a desfiliação do mandatário. Desta forma, além de analisar o posicionamento político de diversos filiados, questão complexa, pôs-se a Justiça Eleitoral a reconhecer a própria complexidade da matéria em debate, no caso, o desvirtuamento da destinação do tributo CPMF.

O segundo julgado trazido à baila é relevante para o presente trabalho e trata, entre outras situações, da mudança de posicionamento sobre a Reforma da Previdência, tema politicamente muito caro, e analisa partido que professou opinião, enquanto esteve na oposição ao projeto político-partidário que guiava o executivo nacional, divergente daquela que sustentou quando à frente do governo, isto segundo a análise da Corte. Observe-se que, em alguma medida, o Tribunal Superior Eleitoral trouxe para os fundamentos da decisão tema que reconheceu subjetivo, eis que impacta de forma díspar cada filiado, que se posiciona de acordo com suas particularidades políticas. Aos ministros foi dado, em certo momento, debater a própria Reforma e a alternância no poder. Contextualizando a situação do trãnsfuga politicamente, analisou-se seu posicionamento em face do partido a respeito de temas controversos, como a instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito, punição imposta a outros filiados, e, destaque-se, em face da política de alianças desenvolvida, questões inteiramente ligadas à vivência política e partidária. O voto trata expressamente do que chama de “novos rumos do PT”, conhecendo de posicionamentos políticos que naturalmente se alteram com o passar do tempo, dada a contínua modificação da conjuntura política e econômica, nacional e internacional, e com a mudança da ocupação do partido dentro das esferas de poder.

Em outra decisão que também reconheceu a justa causa para a desfiliação, o TSE conheceu e tratou da mudança de posicionamento do PPS sobre a descriminalização do aborto e, novamente, sobre a CPMF, o posicionamento da bancada sobre o ingresso da Venezuela no Mercosul, a intenção do partido de fundir-se a outros, a mudança de posicionamento perante o governo do ex-presidente Lula, alteração estatutária, espaço na programação nacional da legenda e indicação para comissões parlamentares. Para a decisão, os ministros se debruçaram sobre o posicionamento histórico da legenda acerca de cada tema e o grau de constrangimento que eventual alteração poderia causar ao parlamentar. Tratou, assim, de temas sensíveis da política nacional e internacional, sempre dentro de um contexto até então não analisado pela justiça especializada. A ementa, que não traduz a complexidade da decisão,

está posta deste modo:

Pedido de perda de cargo eletivo. Justa causa. Grave discriminação pessoal.

- Os fatos vivenciados pelo parlamentar comprovam ter sido ele discriminado pela agremiação a qual se elegeu, vindo a sofrer as respectivas consequências, tais como a falta de espaço e representatividade a ele imposta na legenda, o que enseja a justa causa para a desfiliação. Pedido improcedente.<sup>59</sup>

Das decisões que tratam de mudança substancial ou desvio reiterado de programa partidário, depreende-se certa diferenciação realizada pela Justiça Eleitoral a atrair a justa causa para desfiliação do parlamentar, e a mera divergência política. A divergência política, enquanto não obstar o posicionamento do filiado, não impedir que este aja dentro de sua liberdade parlamentar, não o constranja perante seu eleitorado e confira ao filiado a possibilidade de tentar atuar para influenciar a posição do próprio partido, não configura permissivo para a desfiliação sem ônus.

Não é possível encontrar na *ratio decidendi* dos precedentes sobre a matéria critérios que permitam ao julgador posterior ou ao jurisdicionado entender, com a exatidão que se espera, quando os conflitos político-partidários – intrínsecos à atuação parlamentar – configuram justa causa para a desfiliação. A matéria não resta ainda devidamente balizada pela Justiça Eleitoral.

Como já citado, a reforma eleitoral de 2015, ao incluir na Lei dos Partidos Políticos as hipóteses de justa causa, excluiu dos permissivos a incorporação ou fusão do partido, posta na Resolução nº 22.610/2007, do Tribunal Superior Eleitoral. Em abstrato, no entanto, a Justiça Eleitoral, mesmo antes da vigência da alteração legislativa referida, já reconhecia que incorporação ou fusão partidária pode justificar a desfiliação ante a alteração substancial ou o desvio de programa, como se vê:

CONSULTA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. INCORPORAÇÃO DE PARTIDO. DESFILIAÇÃO. PARTIDO INCORPORADOR. JUSTA CAUSA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO.

1. A permissão para se desfiliar de partido político em caso de incorporação, levando o parlamentar o mandato (art. 1º, § 1º, inciso I, da

59 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 2759. Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, p. 28, 24 abr. 2009.

Resolução nº 22.610/2007), só se justifica quando ele pertença ao partido político incorporado, e não ao incorporador.

*2. Tal conclusão não impede que o parlamentar desfilie-se do partido em razão de alteração substancial ou de desvio reiterado do programa, porém, o fundamento para tanto será o inciso III do § 1º do art. 1º da Resolução no 22.610/2007 e não o que dispõe o inciso I do mesmo dispositivo.*

3. Consulta conhecida e respondida negativamente. <sup>60</sup>

Observe-se que, ainda nesta hipótese, há dificuldade em estabelecer critérios para a incidência ou não da justa causa. Não há, necessariamente, uma divergência entre programas partidários, de modo que a incorporação, embora seja fato grave no destino político do partido, não enseja automaticamente, ao nosso ver, um desvio do programa. Necessário seria perquirir acerca da conduta dos partidos sob a ótica de seus estatutos, bem como seus recentes posicionamentos políticos, o que, embora possa conferir contorno mais objetivo à demanda, também atrai, inexoravelmente, à competência da Justiça Eleitoral, análise da vida política e partidária.

## 6 CONCLUSÃO

A disciplina da perda de mandato eletivo por infidelidade partidária é, na vigência da atual Constituição Federal, recente. Juridicamente, surgiu de modo controverso, sendo primeiramente normatizada via resolução. Sua origem remonta à conclusão de que o mandato pertence ao partido e, sob ótica metajurídica, da completa confusão partidária e falta de programa partidário que se instalou no país, com a migração desenfreada de lideranças e mandatários.

Abarcada atualmente pela Lei dos Partidos Políticos, a perda de mandato eletivo por infidelidade partidária tem procedimento ainda tratado na resolução e que inova quanto à competência, excluindo o juízo de primeira instância.

Por relativamente novo o procedimento, vacila-se ainda em compreender seus legitimados ativos e os limites da decisão, esta última por divergências quanto a quem compete decidir pela substituição e quem será

<sup>60</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1587, Resolução nº 22885 de 5 ago. 2008. Relator: Min. Felix Fischer. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, p. 20, 23 set. 2008.

o substituto do mandatário trãnsfuga.

A linha tênue que separa a matéria puramente partidária da relativa ao processo eleitoral – aquela de competência da Justiça Comum e esta de competência da Justiça Eleitoral – é característica que ainda marca a evolução do Direito Partidário e Eleitoral aplicados, sendo realçada quando se analisa a nova disciplina da Ação de Perda de Mandato Eletivo por infidelidade partidária, posta à cognição da Justiça Eleitoral.

A linha de compreensão aqui esposada conclui no sentido de conferir competência à Justiça Eleitoral para tratar de todo o procedimento de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, por ser tema afeto ao processo eleitoral e seu resultado. Mais que isso, entende-se necessário que este debate, que atrai incidentalmente a análise judicial do conteúdo das ações partidárias, seja desenvolvido na própria Justiça Eleitoral.

Releva-se, no entanto, que matérias partidárias e políticas, referentes ao estatuto e à própria atuação do partido, e que, embora partidárias, sequer eram analisadas pela Justiça Comum, passaram a ser objeto direto de cognição da Justiça Eleitoral. É o caso do programa partidário e seu implemento (para eventual análise de mudança substancial – artigo 22-A, parágrafo único, inciso I, da Lei dos Partidos Políticos) ou forma de tratamento que os partidos dispensam aos seus filiados (para eventual análise de grave discriminação política pessoal – artigo 22-A, parágrafo único, inciso II, da Lei dos Partidos Políticos).

De todo modo, seja pelo pouco uso do artigo 22-A, parágrafo único, inciso I, da Lei de Partidos Políticos por parte dos trãnsfugas que alegam a “justa causa” para desfiliação, seja pelo não enfrentamento, por parte da Justiça Eleitoral, deste tema que a lei lhe revela responsável, ainda há muito que se evoluir na construção das hipóteses de infidelidade partidária e no procedimento da Ação de Perda de Mandato Eletivo.

Mais que isso, ainda não se extrai dos precedentes sobre a matéria entendimento jurisprudencial firme a possibilitar, ao julgador futuro e ao jurisdicionado, prever sua atuação com base no que se entende como justa causa para desfiliação.

Analisando a matéria, por fim, resta claro que a Ação de Perda de Mandato Eletivo por infidelidade partidária impõe nova ótica sobre a competência e atuação da Justiça Eleitoral, em um cenário já marcado pelo ativismo

judicial e pela judicialização da política, e confere mais um passo marcante na construção do Direito Brasileiro no que tange ao controle dos atos partidários.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1063 MC-DF. Relator: Min. Celso de Mello, *DJ- Diário da Justiça*, p. 57, 27 abr. 2001.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Ação Cautelar nº 2838. Relator: Min. Felix Fischer. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, p. 6, 12 dez. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 2838, Acórdão de 25 nov. 2008. Relator: Min. Felix Fischer. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, p. 6, 12 dez. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 5178312, Acórdão de 11 nov. 2010. Relator: Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, p. 101-10, 1 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 712/DF: Resolução nº 22056. Relator: Ministro Marco Aurélio. *DJ - Diário da Justiça*, v. 1, p. 130, 30 ago. 2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1587, Resolução nº 22885 de 5 ago. 2008. Relator: Min. Felix Fischer. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, p. 20, 23 set. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 2756, Relator: Min. José Augusto Delgado. *DJ - Diário da Justiça*, p. 04, 5 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 2759, Acórdão de 10 mar. 2009. Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, p. 28, 24 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 2766, Acórdão de 12 mar. 2009. Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Tomo 80, p. 57-58, 24 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 2773, Acórdão de 12 mar. 2009. Relator: Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Tomo 80/2009, p. 54, 29 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 3019, Acórdão de 25 ago. 2010. Relator: Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, p. 62, 13 set. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 90023. Relator: Min. Henrique Neves Da Silva. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Tomo 45, p. 64-65, 6 mar. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 1761, Acórdão de 10 jun. 2009. Relator: Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, p. 94, 4 ago. 2009.

CASTRO, Edson Resende de. *Curso de Direito Eleitoral*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: Juspodvum, 2016. v. 1.

GOMES NETO, Antonio Francisco. *O Direito Eleitoral e a realidade democrática*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1953.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

IHERING, Rudolf von. *A evolução do Direito*. Lisboa: José Bastos & Cia. Editores, [1963].

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 13. ed. Niterói: Impetus, 2012.

RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SILVA, Alexandre Assunção e. *Infidelidade partidária: Direito material e processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TELLES, Olívia Raposo da Silva. *Direito Eleitoral comparado: Brasil, Estados Unidos, França*. São Paulo: Saraiva, 2009.



## A (IN)CONFIGURAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* DIANTE DE VIOLAÇÃO RECÍPROCA DO DIREITO À IMAGEM DE CANDIDATOS ADVERSÁRIOS DURANTE AS CAMPANHAS ELEITORAIS NO FACEBOOK

Laís Neves de Souza Pereira dos Santos\*

### RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal a análise do impacto das relações virtuais nas campanhas eleitorais realizadas na *internet*, sob a perspectiva constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana e da personalidade civil, bem como da cláusula geral de boa-fé objetiva, importante filtro de interpretação que impõe condutas de lealdade e preservação da legítima confiança desenvolvida e impede o exercício abusivo de direitos e de relações jurídicas, importando na delimitação do que se configura como *venire contra factum proprium* quando os candidatos praticam lesões mútuas aos direitos da personalidade, notadamente o direito à imagem, e buscam reparação dos opositores.

Palavras-chave: Campanhas eleitorais. *Internet*. Boa-fé objetiva. Direito à imagem. *Venire contra factum proprium*.

### ABSTRACT

The article has as its main goal to analyse the impact of the virtual relations on election campaign performed on Internet, from the constitutional perspective of the protection of human dignity and civil personality rights, as well as the general clause of objective good faith, an important interpretative filter that imposes only loyal conducts and the maintenance of a developed legitimate trust and prevents the abusive exercise of rights and legal relations, taking to a delimitation of what it is configured as *venire contra factum proprium* when candidates practice mutual damages to personality rights, mainly the

\* Bacharela em Direito pela Faculdade Baiana de Direito. Pós-Graduada em Direito Eleitoral pela Faculdade Baiana de Direito. Advogada.

right to image, searching indemnity of their opponents.

Keywords: Election campaign. Internet. Objective good faith. Right to image. *Venire contra factum proprium*.

## 1 INTRODUÇÃO

As aglomerações sociais se mostram presentes em toda a história humana. A utilização de redes sociais virtuais é apenas mais um capítulo. A novidade se dá pelo veículo usado: a *internet*, meio de comunicação que liga todo o mundo em frações de tempo não perceptíveis. Dentre as mais variadas redes sociais existentes, o *Facebook* foi escolhido para figurar como recorte do presente trabalho, em razão do crescimento de sua popularidade no mundo e também pela velocidade de sua expansão, o que mudou até as tratativas sociais comumente utilizadas.

Tendo em vista o alcance e a importância da referida rede social, as campanhas eleitorais também migraram para o *Facebook*. Outro fator relevante envolve o barateamento das campanhas, uma vez que as propagandas eleitorais na *internet* são necessariamente gratuitas.

O uso despreocupado de um instrumento tão criativo certamente traz repercussões jurídicas, principalmente para a personalidade dos usuários que se expõem na rede social na qual, muitas vezes, há perda de controle dos dados, em razão da ação de terceiros e do próprio *Facebook*.

Sobreleva ressaltar, ainda, que, em que pesem os atos se desenrolarem em meio virtual, os efeitos normalmente se transportam para a vida real dos usuários e, pela própria dinâmica da *internet*, acabam por se tornar fontes potenciais de danos irremediáveis.

Diante dessas premissas, o presente trabalho tem por objetivo analisar se a violação do direito à imagem de candidato opositor durante as campanhas eleitorais no *Facebook* configura *venire contra factum proprium* quando o indivíduo lesado ajuíza ação reparatória e pratica lesão semelhante no adversário político, sempre à luz do princípio da boa-fé, vetor interpretativo dos atos jurídicos e inibidor do exercício abusivo de qualquer direito.

## 2 PROPAGANDA ELEITORAL NA *INTERNET*

Vige, no Brasil, um sistema político representativo, no qual a população exerce seus direitos políticos através de representantes eleitos. Assim, ao invés de manifestar-se diretamente sobre cada decisão a ser tomada pelo Estado brasileiro, a população elege pessoas para que expressem suas vontades.

De acordo com Arthur Rollo, “a propaganda eleitoral é o instrumento que permite aos candidatos tornarem-se conhecidos perante o eleitorado, expor suas propostas, e conseqüentemente, pedir o voto. Só existe democracia plena se todos têm a possibilidade de acesso ao poder”.<sup>2</sup>

### 2.1 TIPOS DE PUBLICIDADE POLÍTICA

#### 2.1.1 PROPAGANDA PARTIDÁRIA

Prevista no art. 45 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995,<sup>3</sup> a propaganda partidária objetiva difundir os programas partidários, transmitir mensagens aos filiados sobre a execução do programa partidário, dos eventos com este relacionados e das atividades congressuais do partido, divulgar a posição do partido em relação a temas político-comunitários e promover e difundir a participação política feminina. É custeada pelo Fundo Partidário Nacional.

Observa-se que a propaganda partidária não objetiva promover candidatos individualmente, mas sim a legenda como um todo.

Nessa publicidade, são vedadas a participação de pessoa filiada a partido que não o responsável pelo programa, a divulgação de propaganda de candidatos a cargos eletivos e a defesa de interesses pessoais ou de outros partidos e a utilização de imagens ou cenas incorretas ou incompletas, efeitos ou quaisquer outros recursos que distorçam ou falseiem os fatos ou

2 ROLLO, Arthur. A Propaganda Eleitoral na *Internet*. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 16, n. 370, p. 28-29, 2012.

3 BRASIL. *Lei nº 9.096*, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2017.

a sua comunicação.

Dessa forma, a utilização da propaganda partidária como propaganda eleitoral é rechaçada pelo ordenamento jurídico.

### 2.1.2 PROPAGANDA INSTITUCIONAL

Já a propaganda institucional se baseia no princípio constitucional da transparência, que impõe à Administração Pública a demonstração dos atos públicos aos administrados.

São ações governamentais realizadas em prol da melhor prestação do serviço público e é custeada pelo erário público.

Por ser custeada com os referidos recursos, é vedada a utilização da propaganda institucional com fins eleitorais ou para promoção pessoal de qualquer indivíduo, sob pena de configurar abuso de poder político, instituto que fere os princípios da Administração Pública.

### 2.1.3 PROPAGANDA ELEITORAL

Tratada na Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997,<sup>4</sup> a Lei Geral das Eleições, a propaganda eleitoral tem por finalidade informar o eleitorado sobre os candidatos aos cargos políticos eletivos.

É materialização do direito fundamental à informação, tanto no sentido de garantir às mídias o direito de informar quanto de garantir à população o direito de ser informada, segundo preleção de Maria Claudia Bucchianeri Pinheiro.<sup>5</sup>

Para não haver desequilíbrio, é imperiosa a necessidade de tratamento igualitário aos candidatos do pleito, sob pena de incorrer em propaganda ilícita ou abuso de poder - econômico ou político.

4 BRASIL. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2017.

5 PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. Uso e abuso dos meios de comunicação social: a (delicada) relação entre candidatos e os veículos de rádio e de televisão. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 15, n. 370, p. 34-35, 2012.

Para Olivar Coneglian,<sup>6</sup> a propaganda política é gênero, na qual se procura convencer o eleitor a respeito de determinada atitude ou conduta ou programa de aspecto político, e a propaganda eleitoral é espécie, destinando-se à conquista de votos para determinada e precisa eleição.

De acordo com Maritânia Dallagnol,<sup>7</sup> a propaganda eleitoral ocupa lugar de destaque, sendo o meio pelo qual os partidos políticos e candidatos fazem chegar aos eleitores o ideário programático, a opinião sobre os temas de interesse público e social, com escopo de tornar conhecidos aqueles que pretendem a ocupação de cargos públicos pela conquista do voto.

Já Guilherme Pessoa Franco de Camargo sustenta que a propaganda eleitoral “existe como um conjunto de técnicas e ferramentas físicas e virtuais que visam à divulgação e propagação de ideias, visando informar e persuadir o eleitorado a tomar uma decisão quanto ao voto nas eleições”.<sup>8</sup>

Segundo Luiz Silvio Moreira Salata,<sup>9</sup> a propaganda eleitoral consolida o processo democrático, constituído pela essência das diretrizes fundamentais, abrangidas pelos preceitos constitucionais, diretamente vinculados à liberdade de manifestação do pensamento, expressão da comunicação e informação, sendo vedado o anonimato.

## 2.2 VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA NA INTERNET

### 2.2.1 AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

A partir da Lei nº 12.034,<sup>10</sup> de 29 de setembro de 2009, que introduziu uma minirreforma eleitoral ao ordenamento jurídico, as propagandas eleitorais

6 CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral*. 11. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p.31.

7 DALLAGNOL, Maritânia. Propaganda eleitoral antecipada. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 16, n. 370, p. 42-43, 2012.

8 CAMARGO, Guilherme Pessoa Franco de. Propaganda eleitoral antecipada. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano. 16, n. 370, p. 47-49, 2012.

9 SALATA, Luiz Silvio Moreira. A propaganda eleitoral na rede mundial de computadores (*Internet*). *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 30, n. 109, p. 67-69, 2010.

10 BRASIL. *Lei nº 12.034*, de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm#art4](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm#art4)>. Acesso em: 28 dez. 2016.

veiculadas na *internet* passaram a ser permitidas.

De acordo com Lizete Andreis Sebben,<sup>11</sup> a mudança exprime a adequação normativa necessária para acompanhar a realidade e seu crescente grau de informatização.

Para Rollo,<sup>12</sup> a propaganda eleitoral na *internet* tem uma série de vantagens, notadamente a enorme repercussão, permitindo que o eleitorado conheça mais a fundo os candidatos, além de não poluir as vias públicas. A mencionada propaganda, ainda, não atrapalha o eleitor, pois é ele quem decide se quer visualizar a propaganda e quando fazê-lo.

Na forma do inciso IV do art. 57-B da Lei nº 9.504/1997, observa-se a permissão para que as propagandas eleitorais na *internet* sejam veiculadas no âmbito das redes sociais. Para Luiz Viana Queiroz, a definição das referidas redes sociais se limita às “páginas da *internet* que facilitam a interação em diversos locais, entre os membros de uma estrutura especial composta por várias pessoas, usando um *software* específico, como *Facebook* e *Twitter*”.<sup>13</sup>

De acordo com Márlon Reis, a propaganda via redes sociais garante maior isonomia entre os candidatos, pois o “acúmulo de poder econômico não é decisivo para a emissão de conteúdo propagandístico. Qualquer um pode, gratuitamente, ingressar e manifestar-se livremente nas mídias sociais de maior prestígio e importância”.<sup>14</sup>

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira pontua que:

[...] a intenção clara do legislador com a disciplina da propaganda eleitoral pela *internet* é atingir os jovens eleitores, pois o Brasil é o quarto país em acessos à rede mundial de computadores, e dados oficiais indicam que a maior parcela desses acessos está ligada a jovens na faixa etária de 15 a 17 anos.<sup>15</sup>

11 SEBEN, Lizete Andreis. O Direito Eleitoral e a informatização. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 16, n. 370, p. 26-27, 2012.

12 ROLLO, Arthur. A propaganda eleitoral na *internet*. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 16, n. 370, p. 28-29, 2012.

13 QUEIROZ, Luiz Viana. A propaganda eleitoral nas redes sociais. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 16, n. 370, p. 30-31, 2012.

14 REIS, Márlon. A propaganda eleitoral nas redes sociais. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 16, n. 370, p. 32-33, 2012.

15 CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. Propaganda eleitoral: limites e a “brincadeira de dizer verdades”. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 16, n. 370, p. 37-39, 2012.

Como as demais formas de propaganda, a propaganda eleitoral na *internet* é regulamentada com limitações, para evitar excessos e abusos de direito.

### 2.2.2 CONDUTAS PERMITIDAS

Inicialmente, é imperioso observar que as propagandas eleitorais só podem ser veiculadas após 15 de agosto do ano do pleito, na forma da Lei nº 9.504/1997. Antes desse período, a propaganda é considerada extemporânea ou antecipada, portanto, ilícita.

Porém, o art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, modificado pela minirreforma eleitoral de 2015, trouxe hipóteses em que não se configurará propaganda antecipada. *In verbis*:

Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via *internet*:

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, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;

II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária;

III - a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos;

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos;-

V - a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais;

VI - a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias.

§ 1º É vedada a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias, sem prejuízo da cobertura dos meios de comunicação social.

§ 2º Nas hipóteses dos incisos I a VI do *caput*, são permitidos o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver.

§ 3º O disposto no § 2º não se aplica aos profissionais de comunicação social no exercício da profissão.<sup>16</sup>

Como se depreende do artigo transcrito, a inovação legislativa praticamente esvaziou a vedação à propaganda extemporânea.

Para além da cronologia das propagandas eleitorais, a Lei ainda estabeleceu as suas formas de veiculação na *internet*:

Art. 57-B. A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas:

I - em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de *internet* estabelecido no País;

II - em sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;

III - por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação;

IV - por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa natural.<sup>17</sup>

Por fim, o art. 58 da Lei nº 9.504/1997<sup>18</sup> ratifica a liberdade de manifestação e de pensamento, garantindo o direito de resposta em situações ofensivas e vedando o anonimato.

Como será discorrido posteriormente, o direito de propaganda não pode suplantar os direitos da personalidade nem ferir a boa-fé e a função social.

### 2.2.3 CONDUTAS VEDADAS

Além da propaganda antecipada, a Lei nº 9.504/1997<sup>19</sup> elencou outras condutas vedadas à propaganda eleitoral na *internet*, como as propagandas

16 BRASIL. *Lei nº 13.165*, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm#art2)>. Acesso em: 09 fev. 2017.

17 *Ibidem*.

18 BRASIL. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2017.

19 BRASIL. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2017.

pagas, as veiculadas em *sites* de pessoas jurídicas ou de órgãos públicos, as que atribuem falsamente sua autoria a terceiro – candidato ou não – e as com o objetivo de ofender, na forma dos arts. 57-C, 57-G e 57-H.

As vedações têm o objetivo de manter a isonomia entre os candidatos, tanto política quanto economicamente, além de evitar lesões à imagem, honra e outros direitos da personalidade dos mesmos.

Dessa forma, em que pese ser tema de Direito Eleitoral, e gozando de liberdade para construção das peças publicitárias, normas jurídicas de outros ramos se aplicam às propagandas eleitorais na *internet*. Não é possível que qualquer ato jurídico deixe de observar princípios constitucionais, como a boa-fé e a função social, e de respeitar os direitos da personalidade, enquanto direitos fundamentais.

A seguir, o presente trabalho discorrerá sobre as normas constitucionais e de Direito Civil aplicadas às propagandas eleitorais, a fim de coibir exercícios abusivos e guiar a sua veiculação a padrões não ofensivos. Por fim, analisará as consequências do mau uso de propaganda eleitoral mútua e reciprocamente por adversários políticos.

### 3 A TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS

#### 3.1 CONCEITO

Trata-se da teoria do abuso de direito, decorrente do princípio da boa-fé. Essa teoria diz que os atos praticados devem ser compatíveis com as condutas anteriormente adotadas pelo indivíduo, sob pena de cometimento de ato ilícito ao frustrar legítimas expectativas criadas em terceiros.

O abuso de direito se relaciona diretamente com a confiança gerada em terceiros sobre comportamentos futuros, impedindo que o indivíduo pratique atos contraditórios com outros por ele já praticados. Não tem como objetivo engessar as ações do sujeito, apenas conduzir a relação jurídica a um caminho de cooperação mútua entre os polos, em que terceiros não saiam prejudicados.

Nesse sentido, encontra-se a opinião de Judith Martins-Costa que entende a teoria dos atos próprios como impeditiva do exercício de direito em

contradição com a sua anterior conduta ou de forma ilegal e contrária à boa-fé. Sustenta que “o seu efeito primordial é impedir que a parte que tenha violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte, ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal”.<sup>20</sup>

O abuso de direito nada mais é que o exercício de direito próprio em contrariedade com a sua função social ou econômica, a boa-fé e os bons costumes, atingindo a esfera jurídica de terceiros, de acordo com o art. 187 do Código Civil.<sup>21</sup> Em que pese seja exercício de direito, é configurado como ato ilícito.

Luiz Edson Fachin,<sup>22</sup> por sua vez, define o abuso de direito como o exercício de um direito subjetivo que excede suas finalidades, violando interesses individuais e sociais. Por tal motivo, é uma espécie de ato ilícito, mas cuja aferição prescinde de análise subjetiva ou de culpa.

Para Aldemiro Dantas,<sup>23</sup> a teoria dos atos próprios seria a teoria do *venire contra factum proprium*, que é uma das espécies de abuso de direito, conceituado como a violação dos limites externos dos direitos subjetivos.

Do exposto, tem-se que a teoria dos atos próprios se relaciona com a capacidade jurídica das condutas dos sujeitos de direito e que, por tal motivo, não podem ser realizadas de forma abusiva, violando a boa-fé e a função social, vetores do ordenamento jurídico.

### 3.2 BOA-FÉ COMO VETOR INTERPRETATIVO

Com o advento do neoconstitucionalismo no Brasil, que transporta a Constituição para o centro do ordenamento jurídico, as leis ficaram condicionadas às regras e princípios nela insculpidos.<sup>24</sup> Isso fez com que até mesmo

20 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: sistema e tópica no sistema obrigacional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 458.

21 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 695. v. 1.

22 FACHIN, Luiz Edson. Uns nos outros: ato ilícito e abuso de direito. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 376-392.

23 DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *A teoria dos atos próprios: elementos de identificação e cotejo com institutos assemelhados*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. p. 255.

24 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 39-40.

as relações privadas se submetessem a um novo parâmetro de validade.<sup>25</sup>

A Constituição Federal de 1988 é marcada pela coexistência das três dimensões<sup>26</sup> mais significativas dos direitos fundamentais: institucionaliza-se a liberdade, mitigada pela solidariedade, a fim de garantir a igualdade em seu aspecto material.<sup>27</sup> Em razão disso, o Código Civil de 2002 foi construído com paradigmas diferentes da Codificação de 1916, para se aproximar do ideal buscado pela Carta Magna.<sup>28</sup>

De acordo com Roxana Borges,<sup>29</sup> o conceito de autonomia da vontade, pressuposto máximo do Código de 1916, evoluiu para a autonomia privada, incorporando as noções constitucionais. A vontade é elemento central na formação de todos os negócios jurídicos e, com o advento do neoconstitucionalismo, essa vontade deve seguir os preceitos de boa-fé e função social, não sendo mais um poder ilimitado e deslocado do ordenamento. A vontade só é jurígena quando é legítima, quando está em conformidade com o ordenamento jurídico tomado em conjunto.

O Código Civil de 1916 era marcado pela primeira dimensão dos direitos fundamentais, com uma perspectiva patrimonialista e individualista, de acordo com Cristiano Chaves. Segundo o autor, o Código de 2002 “buscou proteger a pessoa humana no âmbito das relações privadas, estabelecendo três paradigmas a serem perseguidos: a socialidade, a eticidade e a operabilidade”.<sup>30</sup>

A socialidade se relaciona com o exercício dos direitos subjetivos. O direito subjetivo, enquanto poder de exigir de outrem uma prestação, não sofria mitigações na Codificação de 1916. Todavia, a manutenção de individualidade intransponível num organismo social que prega a solidariedade não seria possível, forjando-se a ideia de função social dos direitos subjetivos, que é atribuição de finalidade social aos direitos individuais. Dessa forma, o

25 COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 45-68.

26 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45-50.

27 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 580-618.

28 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 19-39.

29 *Idem*. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 50-55.

30 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 49-50. v. 1.

exercício do direito de realizar propaganda tem que obedecer à sua função social de informar o eleitor e não de ofender o adversário.

O paradigma da operabilidade ou concretude tem por objetivo desengessar o Direito, garantindo uma maior efetividade dos direitos e diminuindo a desigualdade entre os indivíduos, visto que cada caso concreto é dotado de particularidades que o caracterizam, não sendo possível tratá-los como mais um produto em esteira de produção em escala.<sup>31</sup>

Já o paradigma da eticidade se refere ao ideal de ética nas relações. Enquanto valor moral, foi preciso construir uma forma de técnica legislativa, a fim de inserir esse paradigma numa cultura de exegese. Neste ínterim, é que surge a cláusula geral de boa-fé objetiva. No âmbito das propagandas eleitorais, observa-se que há o dever de agir com boa-fé perante os eleitores e também os adversários políticos.

A boa-fé e a função social foram elencadas como vetores interpretativos dos conceitos e atos jurídicos, sendo princípios imprescindíveis para a concretização dos objetivos constitucionais. É o que se observa dos arts. 113 e 421, ambos do Código Civil.

Para Marcos Bernardes de Mello, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico reputa como inválidos os negócios incompatíveis com a boa-fé e a equidade,<sup>32</sup> sendo atos ilícitos por essência.<sup>33</sup>

Em razão da importância do instituto, passar-se-á à definição da boa-fé.

### 3.2.1 CONCEITO DE BOA-FÉ

A boa-fé é a representação do paradigma da eticidade que dá a tônica ao direito constitucionalizado.

Judith Martins-Costa entende a boa-fé como “regra de comportamento social, necessária ao estabelecimento da confiança geral, induzida ao ‘alter’ ou à coletividade pelo comportamento do que jura por honra”.<sup>34</sup>

Nos dizeres do Professor Couto e Silva, a boa-fé induz uma relação

31 *Ibidem.*, p. 57-58. v. 1.

32 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da validade. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 88-90.

33 *Idem*. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 257.

34 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 126.

jurídica como uma ordem de cooperação. Aduz, ainda, que “a boa-fé possui múltiplas significações dentro do direito. Refere-se, por vezes, a um estado subjetivo decorrente do conhecimento de certas circunstâncias, em outras, diz respeito à aquisição de determinados direitos, como o de perceber frutos”.<sup>35</sup> Alinha-se a este pensamento Marcelo Junqueira Calixto.<sup>36</sup>

De acordo com Francisco Amaral,<sup>37</sup> o conteúdo da boa-fé “compõe-se de um dever de lealdade, que impede comportamentos desleais (sentido negativo) e de um dever de cooperação entre os contratantes (sentido positivo)”. Em que pese esse conceito se restringir às relações contratuais, aplica-se a qualquer ato jurídico que tenha repercussão para a esfera jurídica de outrem, como as propagandas eleitorais.

A seguir, aprofundar-se-á sobre o instituto que pode ser expresso pela sua face objetiva ou subjetiva.

### 3.2.1.1 BOA-FÉ SUBJETIVA

Menezes Cordeiro<sup>38</sup> entende que a boa-fé subjetiva se relaciona com um estado do sujeito, que pode ser caracterizado como um mero desconhecimento ou ignorância de certos fatos. Afirma<sup>39</sup> ainda que na aplicação do ordenamento, a boa-fé subjetiva se apresenta de duas formas: proteção ou até mesmo premiação de quem se encontra de boa-fé e penalização para quem está de má-fé, sua antítese.

Judith Martins-Costa define a boa-fé subjetiva como “a ignorância ou crença errônea, ainda que escusável, de uma situação irregular”.<sup>40</sup>

Pode ser conceituada também como “sinônimo de um estado psicológico do sujeito caracterizado pela ausência de malícia, pela sua crença de estar agindo em conformidade com o direito [...] a existência ou não de boa-fé

35 SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 33.

36 CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 1-28.

37 AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 83-85.

38 MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2007. p. 399-418. Tomo 1.

39 *Idem*. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 510-511.

40 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no sistema obrigacional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 411.

é questão inteiramente subjetiva, vinculada ao estado anímico do agente”.<sup>41</sup>

Para Flávio Tartuce,<sup>42</sup> é a boa-fé que se relaciona com a intenção do sujeito de direito. Mantém relação direta com um sujeito que ignora vícios relacionados a terceiros, negócios ou bens. Partilha desta mesma opinião Maurício Requião.<sup>43</sup>

Assim, nota-se que a boa-fé subjetiva é a boa-fé que leva em consideração o estado anímico do sujeito de direito, sendo analisada no caso a caso, tendo em vista as diferenças naturais de cognição dos indivíduos.

### 3.2.1.2 BOA-FÉ OBJETIVA

Menezes Cordeiro reputa a boa-fé objetiva como um modo de atuação, uma regra imposta do exterior e que as pessoas devem observar. Aduz que “em Direito, quem diz regras de actuação diz regras de proibição. Assim, a boa fé objectiva abrange regras que considera nulas determinadas cláusulas contrárias à boa fé”.<sup>44</sup>

Nesse sentido, assevera Judith Martins-Costa que a boa-fé objetiva é o ajuste de conduta que todo cidadão deve realizar, a fim de agir de forma honesta, proba e leal. É considerar cada cidadão como membro de uma coletividade e não somente um indivíduo, cuja esfera jurídica não pode ser modulada, a não ser por vontade do próprio titular. É a boa-fé objetiva que visa tutelar as legítimas expectativas criadas na sociedade. Para a autora, a boa-fé não atua somente “como um vago cânone de ordem ética, um *standard* de cunho moral impreciso e incerto, mas como verdadeiro elemento de identificação da função econômico-social efetivamente perseguida pelo contrato”,<sup>45</sup> buscando o sinalagma funcional.

Descreve, ainda, três distintas funções para a boa-fé objetiva: hermenêutico-integrativa, agindo como vetor interpretativo dos contratos, em caso

41 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-43.

42 TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 196. v. 2.

43 REQUIÃO, Maurício. *Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 78.

44 MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2007. p. 399-418. Tomo 1.

45 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 411 *et seq.*

de lacunas, considerando o contrato como unidade, e não um aglomerado de cláusulas; criação de deveres jurídicos, também conhecidos como deveres anexos de conduta; e limitadora do exercício de direitos subjetivos, impedindo o abuso de direito.

Gustavo Tepedino conceitua a boa-fé objetiva como uma nova concepção de boa-fé, que se desvincula das intenções do sujeito, exigindo “comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração no alcance dos fins perseguidos em cada relação obrigacional”.<sup>46</sup>

Aldemiro Rezende Dantas Júnior entende que a boa-fé objetiva, “enquanto norma de conduta, impõe aos sujeitos de um negócio jurídico um comportamento leal, honesto, solidário, cooperativo, etc., e que se mostre coerente com o que poderia ser esperado para aquela mesma situação”.<sup>47</sup>

Para Maurício Requião,<sup>48</sup> o instituto está ligado a padrões ideais de conduta, à proibidade em abstrato, vedando o exercício arbitrário de direitos, também conhecido como abuso de direito.

Teresa Negreiros conceitua o instituto como um “dever de conduta contratual ativo, e não mais um estado psíquico do agente”. Afirma que “como dever jurídico que é, obriga a uma certa conduta ao invés de outra, não se limitando a operar como uma justificativa para um determinado comportamento”.<sup>49</sup>

Fernando de Paula Gomes<sup>50</sup> interpreta a boa-fé objetiva como atuação leal recíproca.

De acordo com Cristiano Chaves,<sup>51</sup> a boa-fé objetiva é a boa-fé de comportamento, é configuração de um padrão de condutas, com base na

46 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-43.

47 DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *A teoria dos atos próprios: elementos de identificação e cotejo com institutos assemelhados*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. p. 108.

48 REQUIÃO, Maurício. *Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 78-85.

49 NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 9-16.

50 GOMES, Fernando de Paula. Do contrato: interpretação e boa-fé. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 7, p. 97-142, jul./set. 2006.

51 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 117. v. 1.

“pessoa média”.

Flávio Tartuce<sup>52</sup> relaciona a presença da boa-fé objetiva com as condutas dos envolvidos na relação jurídica. Para o autor, por esse motivo é comum associar o princípio à ideia de deveres anexos ou laterais de conduta. É a expressão do paradigma da eticidade. Aduz, ainda, que seu conceito está imbricado ao de função social, expressão do paradigma da socialidade.

Observa-se que a definição de boa-fé está intimamente ligada à lealdade e confiança entre os indivíduos, sejam eles contratantes ou não. Podem os indivíduos ser somente partes em processos judiciais. Essa lealdade é aferida em abstrato, não na casuística, como acontece na boa-fé subjetiva.

### 3.2.2 PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Bruno Miragem, em preleção sobre o tema, aduz que a confiança é a “expectativa que surge dentro da comunidade de um comportamento honesto, normal e cooperativo, a partir de normas estabelecidas por esta mesma comunidade”.<sup>53</sup> Para o autor, a cláusula de ilicitude do abuso de direito emerge como cláusula geral de proteção da confiança.

Assim, o princípio da confiança significa que as partes são civilmente responsáveis pela legítima expectativa criada por seus atos. Portanto, havendo comportamentos contraditórios, há uma frustração das expectativas geradas, o que é tido como ato lesivo ou abusivo.<sup>54</sup> Como observado, essa confiança é corolário do princípio da boa-fé, do paradigma da eticidade. Uma vez que o exercício de direitos atinge a esfera jurídica de outrem, é preciso que esse exercício seja limitado. Não é mais cabível que os direitos sejam entendidos como absolutos e ilimitados, como se imaginava à época do liberalismo desenfreado, quando se supervalorizava a liberdade. Esse raciocínio não é condizente com a terceira dimensão de direitos fundamentais, inaugurados no Brasil pela Constituição Federal de 1988.

Aldemiro Rezende Dantas Júnior, por sua vez, ao analisar o art. 113 do Código Civil, aduz que a confiança é o objeto da boa-fé, sendo que esta deve

52 TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 200. v. 2. (Coleção Prof. Rubens Limongi França).

53 MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito privado*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 168.

54 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 117. v. 1.

ser sempre observada do ponto de vista dos usos locais, “uma vez que esses usos do lugar se apresentam como elemento fundamental para o surgimento da confiança (cuja tutela, em última análise, se constitui em objeto da boa-fé), [...] sendo certo que a expectativa... tem relevância jurídica”.<sup>55</sup>

É mais do que impedir os atos de má-fé, é proteger a boa-fé e a confiança, por serem merecedoras de tutela. Um comportamento contraditório que não viole a confiança gerada não é, a princípio, considerado abuso de direito.

E como harmonizar a tutela da confiança – um aspecto subjetivo – com o conceito de boa-fé objetiva? Para o autor,<sup>56</sup> a incongruência é aparente, pois a análise procederá da mesma forma: analisa-se, a partir de um comportamento, se é plausível que um homem-médio gere expectativas e se um comportamento posterior pode plausivelmente erodir as mesmas expectativas criadas. Além, é claro, das situações em que os atos do indivíduo de boa-fé transpirem a confiança gerada.

Dessa forma, não é qualquer confiança que será protegida pelo ordenamento. Somente a confiança legítima deve ser tutelada, sendo esta entendida como expectativa criada pelo homem médio, a partir de atos que razoavelmente possam gerá-la.

### 3.3 O VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

O abuso de direito, como visto anteriormente, é a violação do princípio da boa-fé e da função social. São atos que, embora sejam aparentemente legítimos, vão de encontro aos deveres de confiança e lealdade. Por tais motivos, o abuso de direito é considerado pelo ordenamento como um ato ilícito. A vedação está explícita no art. 187 do Código Civil.

Uma das modalidades de abuso de direito é o *venire contra factum proprium*, que veda comportamentos contraditórios, em razão do princípio da confiança.

Observe-se que, ao tratarmos do *venire contra factum proprium*, pressupõem-se, ao menos, duas condutas: uma que cria a legítima expec-

55 DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *A teoria dos atos próprios*: elementos de identificação e cotejo com institutos assemelhados. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. p. 112.

56 *Ibidem*. p. 368-369.

tativa (o *factum proprium*) e outra que fere a confiança investida.<sup>57</sup> Ninguém tem direito de ir de encontro aos próprios atos.<sup>58</sup> Observe-se que a intenção não é blindar a conduta anterior praticada, mas sim proteger a confiança despertada pela conduta.<sup>59</sup>

Como dito anteriormente, o instituto tem por objetivo tutelar a coerência dos comportamentos, quando, a partir deles, uma confiança sobre o padrão de condutas é despertada. Não é a repressão da má-fé ou da incoerência, mas sim a proteção à boa-fé do indivíduo que confiou nas atitudes da contraparte. A autonomia da vontade não fica tolhida, apenas condicionada aos ditames da boa-fé.

Por tal motivo, algumas contradições são permitidas pelo ordenamento jurídico, pois, do contrário, com apenas um ato, os demais seriam plenamente previsíveis. Para identificar quais comportamentos são aptos a configurar o *venire contra factum proprium*, e não os atos contraditórios permitidos, Dantas Júnior<sup>60</sup> elenca os seguintes elementos: os comportamentos contraditórios, a contradição e o dever acessório que está sendo violado.

Dentro dos comportamentos contraditórios, o autor define as características: (i) a validade de cada comportamento, isoladamente considerado; (ii) cada comportamento deve ser uma atuação jurídica, e não mero ato material; (iii) o segundo comportamento não pode ser descumprimento de vinculação decorrente do primeiro comportamento; (iv) comportamentos podem implicar em uma ação ou uma omissão; (v) o segundo comportamento deve trazer prejuízo para a contraparte. A contradição, por sua vez, é a injustificada, aquela que não consegue se apoiar em fundamentos legítimos.<sup>61</sup>

De acordo com Miguel Reale, “o imperativo de boa-fé é pressuposto da ordem jurídica em todos os seus termos e circunstâncias”.<sup>62</sup> Assim, é possível inferir que tanto a boa-fé quanto o instituto do *venire contra factum proprium* são encontrados em quaisquer relações jurídicas, inclusive eleitorais, visando

57 REQUIÃO, Maurício. *Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 78–85.

58 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 117. v. 1.

59 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 465 *et seq.*

60 DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *A teoria dos atos próprios: elementos de identificação e cotejo com institutos assemelhados*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. p. 301–365.

61 *Ibidem*, p. 365–380.

62 REALE, Miguel. *Questões de Direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 21 *et. seq.*

à proteção da confiança e lealdade.

#### 4 DIREITOS DA PERSONALIDADE E A (IM)POSSIBILIDADE DE REDIMENSIONAMENTO

O art. 1º do Código Civil prevê que toda e qualquer pessoa é capaz de direitos e deveres. É a personalidade civil. Todas as pessoas são dotadas de acervo jurídico, a partir do momento em que nascem com vida. Esse acervo é formado por relações jurídicas de cunho econômico, como direito à herança, e relações de cunho não econômico, que são os direitos da personalidade. Os direitos da personalidade independem da vontade humana para existir, embora caiba ao titular exercitá-los. Dessa forma, salienta-se que não é possível confundir, neste trabalho, a existência dos direitos com o seu exercício.

Roxana Borges entende que os direitos da personalidade têm por objetivo proteger o ser humano, realizar a dignidade da pessoa humana.<sup>63</sup> Considera a autora que os direitos da personalidade têm uma face negativa – impondo que outros não sufoquem a sua personalidade – e uma face positiva – que permite ao titular o exercício dos mesmos, de acordo com a sua vontade.<sup>64</sup>

Prediz Anderson Schreiber<sup>65</sup> que os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana que merecem proteção jurídica.

De acordo com Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade têm dupla face, pois “materializam os valores fundamentais da pessoa e consistem em direitos assegurados [...], conciliando a liberdade individual com a social”.<sup>66</sup>

Carlos Alberto Bittar entende que são “direitos ínsitos na pessoa”,<sup>67</sup> não podendo os atos de vontade do titular excluir os direitos da personalidade, em que pese alguns sejam passíveis de disposição – o que não desnatura o direito.

Já Vaneska Donato de Araújo define os direitos da personalidade como

63 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 16.

64 *Ibidem*, p. 104.

65 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 12–14.

66 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133. v. 1.

67 BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 5.

“conteúdo mínimo da personalidade humana”.<sup>68</sup> Todavia, não considera ser possível a renúncia, somente a autorização de uso temporariamente.

Esses posicionamentos quanto às características dos direitos da personalidade estão intimamente ligados ao quanto disposto no art. 11 do Código Civil.<sup>69</sup>

Dentre os direitos da personalidade, será objeto de exame, neste trabalho, o direito à imagem, por ser diretamente afetado pelo uso do *Facebook* como instrumento de veiculação de propaganda eleitoral.

## 4.1 DIREITO À IMAGEM

### 4.1.1 CONCEITO

Roxana Borges define a imagem como a “representação física de uma pessoa, através de fotos, filmes, vídeos, pinturas, e outros meios que reproduzam o rosto da pessoa ou partes do seu corpo ou sinais físicos que possam servir à sua identificação”.<sup>70</sup>

Vaneska Araújo conceitua o direito à imagem – “representação gráfica da figura de uma pessoa” –<sup>71</sup> como uma faculdade do titular para fruir, expor e alterar a própria imagem e impedir que esta seja retratada ou divulgada sem o seu consentimento. Esse tratamento dado à imagem, entretanto, possui algumas exceções. De fato, a proteção pode ser mitigada nas seguintes hipóteses: mediante o consentimento do titular; em razão de “interesse geral, pedagógico, educacional ou jornalístico”; celebridade do titular; desempenho de cargo público; interesse público; eventos públicos.<sup>72</sup>

De acordo com Cristiano Chaves, o direito à imagem cuida “da proteção conferida às pessoas em relação à sua forma plástica e aos respectivos

68 ARAÚJO, Vaneska Donato de. Contratos e Direitos da personalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método. 2007. p. 223-239.

69 “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 1 mar 2014.

70 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 155.

71 ARAÚJO, Vaneska Donato de. Contratos e Direitos da personalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método. 2007. p. 223-239.

72 Mitigada, porém não excluída.

componentes identificadores que a individualizam na coletividade”.<sup>73</sup>

Sidney Guerra,<sup>74</sup> por seu turno, entende que o direito à imagem passa a ter especial relevância após o advento de máquinas fotográficas e da utilização massiva de publicidade com imagens.

Zulmar Antônio Fachin defende que o direito à imagem se relaciona com a “imagem física da pessoa, apta a ser reproduzida por fotografia, escultura, pintura, filmagens ou por outros meios”.<sup>75</sup>

Tendo em vista tratar-se da própria representação do indivíduo, nota-se que esta pode se dar em mais de uma forma.

#### 4.1.2 TIPOS

O direito à imagem pode ser subdividido em três aspectos: imagem-retrato, imagem-atributo e imagem-voz.

A imagem-retrato se relaciona com a representação de um indivíduo de forma estática (como um quadro) ou dinâmica (uma filmagem, por exemplo). A violação desse direito se dá quando, mesmo havendo acordo de vontades entre as partes, a divulgação da imagem ultrapassa o limite pactuado. E, não havendo nenhum acordo de vontades, qualquer exposição viola o direito de imagem.

Para Rodrigo César Rebello, a imagem-retrato possui um sentido de “retrato-físico”, seria a representação gráfica do indivíduo. “É o direito de não ter sua representação reproduzida por qualquer meio de comunicação sem a devida autorização”.<sup>76</sup> O autor, entretanto, entende que pessoas públicas não podem alegar lesão à imagem-retrato no exercício de suas funções públicas.

A imagem-atributo se refere aos comportamentos reiterados da pessoa que a individualizam. Sidney Guerra entende que “envolve o indivíduo dentro

73 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 243-244. v. 1.

74 GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 57.

75 FACHIN, Zulmar Antônio. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 47.

76 PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 105-108. v. 17.

de suas relações sociais”.

Para Zulmar Fachin, “é o conjunto de características apresentadas socialmente por determinado indivíduo”.<sup>77</sup>

Já a imagem-voz individualiza a pessoa pelo seu timbre sonoro.<sup>78</sup> Roxana Borges sustenta que a voz é “a imagem sonora da pessoa”.<sup>79</sup>

#### 4.2 A (IM)POSSIBILIDADE DE REDIMENSIONAMENTO

Por serem expressões da personalidade inerentes às pessoas, os direitos da personalidade estão também previstos no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, como direitos fundamentais.

Para Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis.<sup>80</sup> Mas quanto à indisponibilidade, esta seria relativa pois há exceções à regra. Por exemplo, ninguém pode se escusar de ter documento de identificação com foto, alegando o direito à imagem.

Cristiano Chaves observa que é imprescindível o “consentimento do titular para o uso da imagem por terceiro, especialmente em nossos dias, nos quais há uma facilidade de acesso aos meios de comunicação e às redes sociais e, com isso, uma fácil propagação da imagem das pessoas por meio da *internet*, por exemplo”.<sup>81</sup>

Carlos Bittar,<sup>82</sup> por sua vez, entende que, mesmo na era da globalização, as premissas fundamentais são a autorização expressa do titular e o instrumento contratual.

É imperioso notar que, em relação aos direitos disponíveis, há coexistência com o direito à liberdade, que é a faculdade de fazer ou deixar

77 FACHIN, Op. cit, p. 48.

78 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 243-244. v. 1.

79 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 160.

80 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do Direito Civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150. v. 1.

81 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 249. v. 1

82 BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 47-51.

de fazer, de desenvolver suas atividades no mundo das relações.

A seguir, tratar-se-á sobre a forma como essa dupla proteção jurídica pode ser harmônica.

Nesse sentido, encontra-se o entendimento da Professora Roxana Borges,<sup>83</sup> segundo o qual, uma vez garantido o mínimo existencial e o não prejuízo a terceiros, cabe ao Direito tutelar a liberdade para que o indivíduo busque seus próprios interesses e da sua dignidade.

Para a autora, a ideia de que o Direito tem que proteger o indivíduo de si mesmo é apenas uma forma de juridiscizar argumentos morais, sendo uma atitude autoritária diante dos indivíduos. As restrições à autonomia privada devem se restringir – com o perdão da redundância – à proteção dos direitos de terceiros. O limite da liberdade do indivíduo deve ser a sua própria esfera jurídica, sem tolher a esfera dos outros.

Assim, considerando-se que a legislação veda a renúncia dos direitos da personalidade e que a Constituição elenca o direito à liberdade e o direito à imagem igualmente como direitos fundamentais, é de se concluir que somente é possível o redimensionamento dos direitos, uma disponibilidade relativa vinculada aos interesses do titular. A autolimitação, por sua vez, não pode ser definitiva e depende do consentimento do titular do direito, que pode se dar na forma expressa ou tácita.

O consentimento expresso decorreria de declaração de vontade, aquele proveniente de contrato, formal ou informal. Já o tácito, decorreria da manifestação inequívoca de vontade,<sup>84</sup> sendo depreendido do comportamento da pessoa, por meio dos seus atos próprios. Partilha dessa mesma conclusão Anderson Schreiber.<sup>85</sup>

Seria o caso da pessoa que, por vontade própria, posa para fotos de *site* ou perfil no *Facebook*, destinado exclusivamente para divulgar as representações gráficas do evento ou da campanha eleitoral. Todavia, ressalva o autor que é preciso tomar cuidado com a eleição de formas de consentimento tácito, pois, do contrário, a proteção dos direitos da personalidade seria

83 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 88-110.

84 FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 249 *et. seq.*

85 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 115.

drasticamente reduzida.

Pactuando desse entendimento de Schreiber, encontra-se a opinião de Helder Galvão,<sup>86</sup> que considera ultrapassadas as expressões “lugar público”, “pessoa pública” e “interesse público” como suficientes para significar consentimento tácito, sendo argumentos que objetivam banalizar a imagem. O consentimento tácito deve ser inferido do contexto e, ainda assim, interpretado restritivamente.

#### 4.2.1 DO REDIMENSIONAMENTO E O VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

Uma vez renunciado ou autolimitado o direito ou parte dele, o indivíduo não poderia alegar lesão à imagem e muito menos pleitear indenização. Esses atos, apesar de legítimos em abstrato, não se coadunam com a conduta até então adotada.

210 Todavia, quando se trata de direitos da personalidade, como conteúdo mínimo a ser preservado pela pessoa humana, a interpretação não pode ser tão radical. Ao ver de Thiago Neves, assim como todos os direitos subjetivos, os direitos da personalidade conferem faculdades ao titular, “que pode exercê-lo a qualquer tempo, desde que observados os limites impostos pelo próprio direito objetivo, como, por exemplo, a boa-fé e a função social do direito”.<sup>87</sup>

A autolimitação é feita com finalidade específica e só pode ser analisada a existência do abuso de direito levando em consideração a mesma finalidade. Exemplificando: quando uma pessoa autoriza que um amigo tire uma foto sua, obviamente não quis permitir que fosse publicada em várias redes sociais e compartilhada ou copiada por terceiros desconhecidos. Por outro lado, se uma pessoa permite a utilização de retratos seus para divulgar um evento, não pode posteriormente alegar ofensa à sua personalidade, pois foram feitos *outdoors* para divulgação do referido evento, senão incorrerá em abuso de direito.

Ou seja, a análise do abuso de direito depende do caso concreto que se apresenta e dos direitos envolvidos que mereçam tutela. É imperioso que

86 GALVÃO, Helder. Direito de Imagem e fotojornalismo. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 27-47.

87 NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. A dignidade da Pessoa Humana e os Direitos da Personalidade. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). *Direito e justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 172-195.

se examine a finalidade do redimensionamento, se este observa a boa-fé e se está de acordo com a consecução da própria personalidade do titular. A necessidade dessa análise se dá porque a contradição entre os atos de uma mesma pessoa só pode ser utilizada para fins de configuração do *venire contra factum proprium* se for injustificada. Dessa forma, se um segundo ato do titular importar em contradição, real ou aparente, com o comportamento anterior que importou em redimensionamento, só se considerará abuso de direito se o redimensionamento estiver em conformidade com a própria personalidade.

Na hipótese deste escrito, há a violação do direito à imagem por candidatos adversários nas suas propagandas eleitorais nas redes sociais. De início, é preciso analisar a finalidade dos indivíduos ao divulgar imagens e informações: promover a própria candidatura. Assim, a má utilização desses dados por candidatos adversários não importa em redimensionamento dos seus direitos da personalidade. Por não configurar o redimensionamento, eventual ação buscando a suspensão da propaganda e o ressarcimento por danos morais não configura um comportamento contraditório: a primeira conduta de divulgar imagens e informações com um objetivo específico e a segunda conduta de acusar violação dos dados livremente disponibilizados por utilização em finalidade distinta não estabelecem vínculo de legítima confiança ou boa-fé.

O mesmo pode ser dito quando há violações recíprocas dos adversários eleitorais: a conduta de ter violada a sua esfera jurídica por outrem não cria a legítima expectativa que a “vítima” não vá, por sua vez, violar a esfera jurídica do agressor inicial. A cada violação, há novo dano que merece nova reparação. Do contrário, se privilegiaria as condutas torpes recíprocas, indo de encontro ao princípio da boa-fé e da função social das propagandas eleitorais.

Nesta perspectiva, o abuso de direito somente irá ocorrer quando aquele que autolimitar seus direitos da personalidade de forma válida praticar atos contrários sem justa causa.

## 5 LESÃO, DANO E REPARAÇÃO

### 5.1 POSSIBILIDADE DE LESÃO E DANO

A norma geral sobre ilícito civil está consubstanciada no art. 186 do Código Civil. Prescreve o dispositivo que “aquele que, por ação ou omissão

voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Já o art. 927 do Código Civil, que trata da obrigação de reparar, aduz que o dano decorre do ato ilícito. Da leitura dos artigos, resta claro que a opção legislativa foi diferenciar a violação do direito da ocorrência de dano, como preconiza Thiago Borges.<sup>88</sup> Nesta perspectiva, a violação do direito é diferente da ocorrência de dano.

Então, das características dos direitos da personalidade, entendidos como atributos essenciais da personalidade, observa-se que a mera divulgação da imagem ou aspecto privado do usuário do *Facebook* implica em lesão.

Já o dano é o prejuízo causado pela lesão a um direito. Pode ser um prejuízo material, moral ou ambos.<sup>89</sup>

Considerado o dano como prejuízo, percebe-se que ele é uma lesão qualificada, que importa em algum tipo de prejuízo para o titular do direito, seja de forma direta ou indireta. Thiago Borges<sup>90</sup> assevera que a lesão integra o dano, mas somente o prejuízo gera a obrigação de indenizar, levando em consideração a opção legislativa do Código Civil de 2002.

Cita-se como exemplo as campanhas eleitorais que utilizam fotos dos adversários para realizar pilhéria ou caricaturas agressivas ou que informam dados privados – e até íntimos – com o objetivo de desacreditar o indivíduo. São as publicações ofensivas, que não têm qualquer intenção de divulgar um candidato ou um plano de governo, apenas lesar a imagem do candidato adversário.

## 5.2 DA POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO EM JUÍZO

De acordo com o art. 20 do Código Civil, caberá reparação em casos de lesão à imagem se for atingida a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se a violação for destinada a fins comerciais. Nota-se, entretanto, um erro legislativo na construção desse dispositivo. Nos dizeres de Anderson Schreiber,<sup>91</sup> a restrição para a reparação não é justificada. Primeiramente,

88 BORGES, Thiago. Uma reflexão sobre o dano estético. In: *TESES da Faculdade Baiana de Direito*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012. p. 309-320. v. 4.

89 Em razão do corte material deste trabalho, não se aprofundará sobre a distinção entre o dano moral e dano material. Entende-se, de maneira generalista, que há danos, e por tal motivo, devem ser reparados.

90 BORGES, *loc. cit.*

91 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 103.

porque o direito à imagem é autônomo e não é atrelado ao direito à honra. Depois, é notório que existem danos à imagem que em nada se relacionam com a destinação indevida a fins comerciais, como as propagandas eleitorais ofensivas. Dessa forma, qualquer violação a esse direito deve ser reparada.

Nos termos do art. 944 do Código Civil, o montante da indenização é medido pela extensão do dano. Não se compactua com a ideia de que as informações foram colocadas na rede pelo próprio ofendido e, por tal motivo, haveria culpa concorrente. Repetindo palavras anteriores, o redimensionamento feito pelos usuários do *Facebook* deve ser interpretado restritivamente, não havendo autorização para que os dados postados possam ser copiados, compartilhados ou alterados. Acredita-se que o relevante, nesses casos, é lembrar que os danos causados na *internet*, em geral, são potencialmente irreversíveis, pela sua própria natureza. É possível conseguir a retirada dos dados da rede social, mas nem sempre saber onde esses dados foram reproduzidos. Dessa forma, longe de entender que o *quantum* indenizatório deve ser diminuído por culpa concorrente, compreende-se que o valor deve ser proporcional à perpetuação indeterminada do dano.<sup>92</sup>

Diante dos debates sobre a instalação de uma “indústria do dano moral”, outras formas não patrimoniais de reparação foram construídas pela doutrina.<sup>93</sup> A forma de reparação mais eficaz é a tutela específica, na qual se atua no combate direto ao ato danoso. Por exemplo, no caso de compartilhamento não permitido de fotos a tutela específica seria o apagar das fotos. No caso das propagandas eleitorais danosas, a suspensão de sua veiculação, o direito de resposta, a multa, entre outros.<sup>94</sup>

Deduz-se, então, que todo e qualquer dano aos direitos da personalidade no âmbito do *Facebook* deve ser reparado, seja ele causado por terceiros, pelo *Facebook* ou por ambos. E essa reparação deve ser medida pela extensão do dano causado, sendo patrimonial ou extrapatrimonial.

92 Principalmente quando se leva em consideração que o direito ao esquecimento é de difícil consecução prática na *Internet*, visto a rapidez de propagação de dados. Nesse sentido: COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na *Internet: a scarlet letter digital*. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 184-206.

93 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 191-203.

94 Arts. 57-D, 57-F, 57-H e 57-I da Lei nº 9.504/1997.

## 6 CONCLUSÃO

O *venire contra factum proprium* é uma espécie de abuso de direito, um instituto que se presta à proteção da confiança, compreendida como crença no comportamento da contraparte e na efetividade do ordenamento jurídico.

Para Anderson Schreiber,<sup>95</sup> a aplicação do instituto necessita da verificação de quatro pressupostos: um *factum proprium*, a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta, um comportamento contraditório com este sentido objetivo – violador da confiança –, e um dano ou potencial de dano a partir da contradição.<sup>96</sup>

O *factum proprium* seria a conduta inicial, jurídica ou não, que se torna vinculante e jurídica por gerar em outrem uma legítima expectativa de comportamentos posteriores.<sup>97</sup> A legítima confiança, por sua vez, é aferida objetivamente e em concreto. É a adesão de terceiro ao sentido razoavelmente inferido do *factum proprium*.<sup>98</sup> A contradição seria a incompatibilidade objetiva entre os dois comportamentos. Dessa forma, implica em uma conduta posterior que venha de encontro ao *factum proprium*.<sup>99</sup> Já a existência do dano ou a sua potencialidade se relacionam com o objeto da proteção: se não há prejuízos, significa que não houve adesão ao sentido emulado pelo *factum proprium*.<sup>100</sup>

No objeto deste trabalho, tem-se violação à imagem de um candidato nas propagandas eleitorais no *Facebook* do adversário e o legítimo pedido de reparação. Observa-se que as duas condutas analisadas, uma do candidato de postar fotos para divulgar a própria campanha e a outra do adversário que utiliza indevidamente as fotos, não conseguem estabelecer um vínculo razoável de confiança de que uma vez que as imagens foram postadas pelo titular elas seriam de domínio público. Dessa forma, não há configuração do *venire contra factum proprium* diante do pedido de reparação, pois é justificável publicar fotos para se autopromover e posteriormente pleitear indenização

95 SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 91-95.

96 *Ibidem*, p. 132.

97 *Ibidem*, p. 132-140.

98 *Ibidem*, p. 140-144.

99 *Ibidem*, p. 144-152.

100 *Ibidem*, p. 152-154.

quando os referidos retratos foram utilizados para depreciá-lo.

Da mesma forma, não há *venire contra factum proprium* quando candidatos trocam ofensas reciprocamente. Ter a sua esfera jurídica violada não induz legitimamente a confiança de não lesar a esfera jurídica de outrem. As lesões devem ser analisadas isoladamente, evitando que comportamentos torpes sejam anistiados pelo ordenamento.

Conclui-se, finalmente, que pleitos por reparação, diante de eventuais lesões e danos aos direitos da personalidade, ainda que redimensionados, não configuram o *venire contra factum proprium*, pois não há legítima expectativa a ser protegida. Quando a contradição for justificada, não há atração da incidência de abuso de direito.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAÚJO, Vaneska Donato de. Contratos e Direitos da personalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 19-39.

BORGES, Thiago. Uma reflexão sobre o dano estético. In: *TESES da Faculdade Baiana de Direito*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012. p. 309-320. v. 4.

BRASIL. *Lei nº 9.096*, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2012. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 1 mar 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.034*, de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm#art4](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm#art4)>. Acesso em: 28 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.165*, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm#art2) >. Acesso em: 09 fev. 2017.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. *In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 1-28.

CAMARGO, Guilherme Pessoa Franco de. Propaganda eleitoral antecipada. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano. 16, n. 370, p. 47-49, 2012.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. Propaganda eleitoral: limites e a “brincadeira de dizer verdades”. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 16, n. 370, p.37-39, 2012.

CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral*. 11. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. *In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 45-68.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DALLAGNOL, Maritânia. Propaganda eleitoral antecipada. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 16, n. 370, p. 42-43, 2012.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *A teoria dos atos próprios*: elementos de identificação e cotejo com institutos assemelhados. 2006. Tese (Doutorado em Direito) –Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. 255 p.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*: teoria geral do Direito Civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

FACHIN, Luiz Edson. Uns nos outros: ato ilícito e abuso de Direito. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). *Direito & justiça social*: por uma sociedade mais justa, livre e solidária. São Paulo: Atlas, 2013. p. 376–392.

FACHIN, Zulmar Antônio. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 1.

GALVÃO, Helder. Direito de imagem e fotojornalismo. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 27-47.

GOMES, Fernando de Paula. Do contrato: interpretação e boa-fé. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 7, p. 97-142, jul./set. 2006.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2007. Tomo 1.

\_\_\_\_\_. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito*: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. A dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). *Direito e justiça social*: por uma sociedade mais justa, livre e solidária. São Paulo: Atlas, 2013. p. 172-195.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. Uso e abuso dos meios de comunicação social: a (delicada) relação entre candidatos e os veículos de rádio e de televisão. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 15, n. 370, p. 34-35, 2012.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 17.

QUEIROZ, Luiz Viana. A propaganda eleitoral nas redes sociais. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 16, n. 370, p. 30-31, 2012.

REALE, Miguel. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 21 *et. seq.*

REIS, Márton. A propaganda eleitoral nas redes sociais. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 16, n. 370, p. 32-33, 2012.

REQUIÃO, Maurício. *Normas de textura aberta e interpretação*: uma análise no adimplemento das obrigações. Salvador: JusPodivm, 2011.

ROLLO, Arthur. A propaganda eleitoral na *Internet*. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 16, n. 370, p. 28-29, 2012.

SALATA, Luiz Silvio Moreira. A propaganda eleitoral na rede mundial de computadores (*Internet*). *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 30, n. 109, p. 67-69, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2009.

SEBBEN, Lizete Andreis. O Direito Eleitoral e a informatização. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 16, n. 370, p. 26-27, 2012.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. v. 2. (Coleção Prof. Rubens Limongi França).

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 29-43.



## O COMPLIANCE COMO MECANISMO DE COMBATE À CORRUPÇÃO: FUNDAMENTOS E IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL

Caroline da Rosa Pinheiro \*

Raphael Vieira da Fonseca Rocha \*\*

### RESUMO

O presente artigo tem por objeto examinar o *compliance*, realizando-se, inicialmente, uma delimitação conceitual do instituto. Após, dotado da ótica do direito comparado, o estudo realizará uma abordagem das principais normas estrangeiras que serviram de lastro para o legislador brasileiro, bem como da convenção da OCDE, a fim de fornecer ao leitor uma visualização global acerca do tema debatido. Por fim, será analisada a Lei Anticorrupção brasileira (Lei nº 12.846/2013), o Decreto nº 8.420/2015 e a implementação do programa de integridade no ordenamento jurídico brasileiro. O método científico de elaboração utilizado é o indutivo, partindo da análise de textos legais e infralegais (nacionais e estrangeiros), bem como obras doutrinárias sobre o assunto debatido. A pesquisa é do tipo bibliográfica e a conclusão alcançada pelos autores é pessoal, com lastro no material investigatório coligido.

Palavras-chave: Programas de Integridade. Lei Anticorrupção brasileira. Convenção Anticorrupção da OCDE. *Foreign Corrupt Practices Act*. *UK Bribery Act*.

### ABSTRACT

This paper aims to examine compliance. At a first moment, it carries out a conceptual delimitation of the institute. Then, based on comparative law perspective, it will study the main foreign norms that served as a basis for Brazilian legislator, as well as the OECD convention, in order to provide the

\* Doutoranda em Direito Empresarial na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC/RJ e do Centro Universitário Serra dos Órgãos – UNIFESO/RJ. Advogada.

\*\* Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor do Centro Universitário Serra dos Órgãos – UNIFESO/RJ. Advogado.

reader with a global view on the topic discussed to the reader. Finally, it will analyze Brazilian Anti-Corruption Law (Federal Law No. 12.846/2013), Decree No. 8.420/2015 and the implementation of compliance in the Brazilian legal system. The scientific method used is the inductive, starting from the analysis of legal and infralegal texts (national and foreign), as well as doctrine on the debated subject. The research is of the bibliographic type and the conclusion reached by authors is personal, based on the collected research material.

Keywords: Compliance. Brazilian anti-bribery law. Foreign Corrupt Practices Act. UK Bribery Act.

## 1 INTRODUÇÃO

Quase três anos após a vigência da Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), que prevê a responsabilização objetiva de pessoa jurídica envolvida em atos de corrupção, é possível afirmar que o tema ainda permanece em voga (e permanecerá durante os próximos anos). A corrupção tem assolado a sociedade brasileira desde a época do descobrimento, com notícias históricas de solicitação de vantagens por conta de súditos do Rei.<sup>3</sup> Atualmente, o problema da corrupção vem ganhando maior vulto e, conseqüentemente, importância, haja vista que os valores das sociedades contemporâneas primam pela lisura, pela transparência e pela responsabilidade social.

Não resta dúvida quanto à necessidade de combate à corrupção, sobretudo considerando a atual conjuntura econômica e política do país. Contudo, o cidadão brasileiro mais atento sabe que não basta existir uma determinada lei para resolver o problema. É preciso implementá-la efetivamente.

Ao voltar o olhar ao cenário exterior, verifica-se que o desafio de combate à corrupção foi enfrentado ao longo das últimas décadas. Em 1997, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>4</sup> editou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, que começou a vigorar no âmbito

3 É fato de conhecimento geral que, já nas cartas que comunicaram o descobrimento do Brasil, Pero Vaz de Caminha, ao final da comunicação real, solicita ao Rei D. João um emprego para o seu genro, sendo esse o primeiro caso de nepotismo que se tem conhecimento em terras tupiniquins.

4 Saliente-se que a sigla OECD é a versão inglesa da OCDE, significando *Organisation for Economic Co-operation and Development*. Por outro lado, tanto a versão espanhola (*Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico*) quanto francesa (*Organisation de coopération et de développement économiques*) são abreviadas semelhantemente à língua portuguesa: OCDE. No presente artigo, será dada preferência ao termo em português, porém, nas citações e alusões a documentos em língua estrangeira, será preservada a grafia original da sigla.

internacional em 1999, tornando-se determinante para o enfrentamento desse problema nos seus países membros, que adotaram efetivamente as regras convencionadas.

Em dezembro de 2014, a OCDE publicou um relatório inédito sobre corrupção internacional (*OECD Foreign Bribery Report*),<sup>5</sup> que pode auxiliar na efetiva implementação da Lei Anticorrupção e seus mecanismos. Ao analisar 427 casos de corrupção internacional nos últimos 15 anos, a OCDE conseguiu traçar características comuns na maioria das investigações concluídas no período, sinalizando padrões que podem ser observados no Brasil.

No intuito de combater a corrupção, a Lei nº 12.846/2013 trouxe norma voltada aos Programas de Integridade, conhecidos internacionalmente como *compliance*. No Brasil, a presença ou não desse conjunto de disciplinas que visam ao cumprimento de normas, combate e prevenção à corrupção de maneira interna da pessoa jurídica não acarreta problemas tão severos quanto os previstos em legislações estrangeiras, tal como a norte-americana. Contudo, é certo que a adoção de padrões de *compliance* e de governança acarretará custos extras que não podem ser desconsiderados.

A Lei Anticorrupção, todavia, não trouxe previsão normativa de qual seriam os procedimentos que deveriam ser considerados como *compliance*, uma vez que o conceito nela apresentado (art. 7º, III), como se verá adiante, é extremamente abstrato. Este problema foi solucionado pela edição do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, que, em seu artigo 42, lista todas as políticas e estruturas que fazem parte do Programa de Integridade e as formas como elas serão analisadas.

Em razão da importância que o tema da corrupção vem ocupando no cenário hodierno, esse artigo terá por objeto examinar o *compliance*, realizando-se, inicialmente, uma delimitação conceitual do instituto. Após, dotado da ótica do direito comparado, o estudo realizará uma abordagem das principais normas estrangeiras que serviram de lastro para o legislador brasileiro, bem como da convenção da OCDE, a fim de fornecer ao leitor uma visualização global do tema debatido. Por fim, será analisada a Lei Anticorrupção brasileira, o Decreto nº 8.420/2015 e a implementação do Programa

5 OECD *Foreign Bribery Report*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corruption/oecd-foreign-bribery-report-9789264226616-en.htm>>. Acesso em: 17 maio 2017.

de Integridade no ordenamento jurídico brasileiro.

O método científico de elaboração utilizado é o indutivo, partindo da análise de textos legais e infralegais (nacionais e estrangeiros), bem como obras doutrinárias sobre o assunto debatido. A pesquisa é do tipo bibliográfica e a conclusão alcançada é pessoal, com lastro no material investigatório coligido.

## 2 DEFININDO O COMPLIANCE

O termo *compliance* deriva do verbo inglês “*to comply*”, que significa, em tradução livre, o ato de cumprir ou estar de acordo com uma certa regra/ orientação. Nos dizeres de Vanessa A. Manzi, define-se *compliance* como o “ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado a reputação e ao regulatório”.<sup>6</sup> Assim, analisando-se o conceito no âmbito empresarial, a expressão se refere a um conjunto de procedimento adotado por uma determinada sociedade empresária, objetivando otimizar o cumprimento de normas legais, regulamentos e políticas estabelecidas pela organização, com o intuito de mitigar riscos e responsabilidades. Nesse sentido, atestam Marcia Carla P. Ribeiro e Patrícia Dittrich F. Diniz que o *compliance* “é uma expressão que se volta para as ferramentas de concretização da missão, da visão e dos valores de uma empresa”.<sup>7</sup> Complementando o assunto, Rudá Santos Figueiredo, em dissertação sobre o tema, salienta:

*Compliance* ou programa de comprometimento é instrumento de contenção de riscos, um meio para evitar perigos, se afigurando enquanto novidade hodierna. Constitui-se, assim, como comprometimento da empresa com o cumprimento do ordenamento, mediante criação de código de conduta ético interno, com vistas a alcançar tal finalidade, através da proibição de condutas arriscadas e estruturação de cultura ética na empresa, apurando os comportamentos desviados e os sancionando. Representa as ideias de prevenção primária e prevenção técnica atinentes ao direito de intervenção e deve ser um elemento central para aferição da responsabilidade de uma empresa [...].<sup>8</sup>

6 MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil*. São Paulo: Saint Paul, 1. ed., 2008. p. 15.

7 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e lei anticorrupção*. p. 88. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>>. Acesso em 25 jan. 2017.

8 FIGUEIREDO, Rudá Santos. *Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excluente de responsabilidade*. 2015. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal da

O conceito, contudo, pode ser examinado com focos em outras searas jurídicas. Como exemplo, cita-se que, na perspectiva do direito público, pode-se afirmar que um dos objetivos desse “conjunto procedimental” é a prevenção e combate dos crimes de corrupção (e outros atos atentatórios à administração pública), com o fim último de promover uma melhoria na qualidade de vida da população de uma eventual comunidade e o correto aporte de recursos por parte do Estado. A corrupção é a antítese da democracia, pois que, afinal, esta praga social nada mais é que a negação das áureas regras civilizadoras, novas e antigas, daí a importância e a urgência de sua erradicação, destacando-se que uma democracia corrompida nada mais produz que um grotesco simulacro de justiça.<sup>9</sup> Em razão da abrangência do instituto, fala-se inclusive em *compliance* de natureza pública (*public compliance*):

Desta feita, se agiganta como o grande desafio da Administração Pública brasileira na atualidade a implantação de programas de *compliance de natureza pública*, pormenorizadamente customizados para a realidade estatal, não apenas aproveitando a riqueza da experiência vitoriosa no combate à corrupção advinda do setor privado no além-mar, como igualmente criando estruturas responsáveis pela educação efetiva do gestor público, forte na criação de uma cultura de boa governança. Frisamos aí a palavra “efetiva”, uma vez que tudo o que foi feito até aqui simplesmente falhou, não apenas pela falta de densidade em seu conteúdo, como pela ausência de sinceridade de propósitos na efetivação dos códigos de conduta. Aliás, nossa história é rica na produção de normas “para inglês ver”.<sup>10</sup>

Retornando à ótica empresarial, mister registrar que o *compliance* não pode ser entendido como mero ato de cumprimento de regulamentos por parte do agente, mas como verdadeira linha mestra de orientação da sociedade empresária. Seu alcance deve ter esse viés mais amplo, delimitando-

Bahia, Salvador, 2015. p. 117. Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17475/1/Dissertacao%20rud%C3%A1%20figueiredo.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

9 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. *A juridicidade da Lei Anticorrupção*: reflexões e interpretações prospectivas. Disponível em: < [http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART\\_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al\\_Lei-Anticorruptcao.pdf](http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf)>. Acesso em: 5 mar. 2017.

10 BREIER, Ricardo. Implementação de programas de *compliance* no setor público é um desafio. Revista *Consultor Jurídico* (“*Conjur*”), São Paulo, 20 ago. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breier-compliance-setor-publico-desafio-pais>>. Acesso em: 16 jan. 2016. Veja-se outro interessante trecho da crítica do autor: “[...] o mesmo Estado brasileiro que exige legalmente das empresas que pretendam com ele contratar deterem rígidos programas internos de controle e integridade, não investe em programas de gestão preventiva anticorrupção. Pois a realidade é posta: o que existe são leis que visam represar a corrupção e órgãos fiscalizatórios de natureza eminentemente repressiva. No Brasil, infelizmente, há a cultura de ‘se chorar o leite derramado’, sendo que os códigos de conduta orientativo e preventivo existentes na Administração, visando ao controle dos atos administrativos, são absolutamente genéricos. Contentam-se apenas em reprisar conceitos legais já existentes, os quais são naturalmente amplos e abertos, sendo absolutamente ineficazes, como bem nos mostra o noticiário.”

-se contornos que permitem a identificação de um *compliance* em sentido moderno, atrelado naturalmente à ideia de contenção de riscos e segurança jurídica. Acentuando esse aspecto do instituto, veja-se lição de Marcia Carla P. Ribeiro e Patrícia Dittrich F. Diniz:

Não se pode confundir o *Compliance* com o mero cumprimento de regras formais e informais, sendo seu alcance bem mais amplo, ou seja, 'é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários'.<sup>11</sup>

Considerando esse tracejado o *compliance* moderno, pode-se dizer que a origem do instituto dialoga com a era da globalização, momento em que surge uma sociedade de riscos, isto é, quando os objetivos produtivos dos agentes atuantes no mercado perseguem maiores lucros mediante menores custos, sem limitar-se às barreiras das fronteiras nacionais. Desse modo, é natural que se observe progressivamente mais tentativas de melhoria na contenção dos riscos, havendo a necessidade de se criar mecanismos de coerção para condutas que impliquem em perigos, ainda que presumidos ou abstratos. Nesse sentido, o "direito administrativo recrudescer, o direito penal se expande e são mitigados princípios desta seara como o da lesividade e da taxatividade", com o intuito final de garantir os objetivos perseguidos.<sup>12</sup> Complementando esse raciocínio, veja-se lição de Andre Pimentel Filho:

A inserção da temática do combate à corrupção na agenda da comunidade internacional correu em paralelo com o próprio processo de internacionalização da economia, e é natural que assim fosse. Em um mundo globalizado, normatizações nacionais não têm a capacidade de dar resposta suficiente a práticas corruptas que ocorrem nos mais diversos cantos do mundo. A característica transnacional da economia e das relações sociais tornou necessária a abordagem do assunto pela

11 CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinicius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012, p. 30 apud RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e lei anticorrupção*. p. 88. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 jan. 2017.

12 FIGUEIREDO, Rudá Santos. *Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade*. 2015. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. p. 117. Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17475/1/Dissertacao%20rud%C3%A1%20figueiredo.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

comunidade internacional.<sup>13</sup>

O amadurecimento do capitalismo, a facilidade no aporte de capitais, os avanços na tecnologia da informação, dentre outros fatores decorrentes do cenário globalizado, abriram margem para ocorrência de complexas fraudes financeiras, que passaram a ser arquitetadas no interior das gigantescas estruturas dos grupos econômicos de atuação transnacional, tão potentes que, algumas vezes, são detentores de riquezas maiores que os produtos internos brutos de alguns países. Com vistas a facilidade em seus negócios e na abertura de oportunidades além fronteiras, registraram-se (e registram-se) uma série de trocas de pagamentos e favores entre poder privado e agentes do governo, estabelecendo-se uma cadeia de corruptos e corruptores.

Em meio a esse cenário, situam-se os dirigentes e integrantes das sociedades, tal como os acionistas majoritários e minoritários, os administradores e funcionários, todos compondo o todo social, porém individualmente representados em seus interesses. Em outros termos, cada um deles com sua própria esfera de direitos, deveres e responsabilidades, objetivando realizar seu ofício, com a consequente obtenção de lucro ou remuneração, e proteger-se dos riscos e perdas patrimoniais/pessoais. Considerando que o agir do acionista controlador e do administrador, muitas vezes, representam o agir da própria sociedade, adveio o *compliance* na tentativa de conformar suas atuações e propiciar segurança jurídica na delimitação de suas ações.<sup>14</sup>

Em razão do exposto, tem-se que a origem do *compliance* situa-se na década de 70, após a ocorrência dos escandalosos casos de corrupção, que conduziram na criação de uma rede normativa de combate a essa atuação

13 PIMENTEL FILHO, Andre. Comentários aos artigos 1º ao 4º da lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 52

14 Como ilustrativo do alegado, veja-se discussão ocorrida no ordenamento jurídico norte-americano, apresentada por Cynthia A. Williams, acerca da possibilidade de violação de normas regulatórias na hipótese de trazer lucros para a sociedade: “Fifteen years ago, Professor (now Judge) Frank Easterbrook and Professor Daniel Fischel set out following proposition about corporate law compliance: ‘Managers have no general obligation to avoid violating regulatory laws, when violations are profitable to the firm... We put to one side laws concerning violence or other acts thought to be *malum in se* [...]’. Easterbrook and Fischel’s view of corporate compliance with the law, which I call the ‘efficient breach’ view, has obvious intellectual connections to some aspects of law and economics and to the theory of efficient breach of contract, expanded to include efficient breach of public law [...]. I argue that the conception of law underlying ‘efficient breach’ is similar to the conception underlying ‘efficient compliance’, and that both understate the significance of law in a similar way, treating vast realms of law as simply a pricing scheme or set of tariffs on behavior. I call the underlying conception of law, which I am criticizing in this Article, the “law-as-price” view of law [...]”. (WILLIAMS, Cynthia A. *Corporate Compliance with the Law in the Era of Efficiency*. North Carolina Law Review, vol. 76, n. 4, p. 1267, 1998. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3753&context=nclr>>. Acesso em: 1 jan. 2017).

das sociedades corruptoras, inicialmente no âmbito dos Estados Unidos e, após, estendendo-se para organizações internacionais (ex: OCDE) e outros Estados (ex: Reino Unido), conforme será examinado nos tópicos seguintes.

### **3 O COMPLIANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO NORTE-AMERICANO E O CASO *UNITED STATES OF AMERICA V. GARTH PETERSON***

O *Foreign Corrupt Practices Act* (“FCPA”), de 1977, apesar de ser uma das mais antigas leis anticorrupção das quais se tem conhecimento, ainda serve de modelo para as leis anticorrupção de vários outros países, inclusive do Brasil, sendo uma das mais importantes, senão a mais importante e eficaz norma anticorrupção. Seu propósito primeiro é o de criminalizar a prática de suborno a oficiais públicos estrangeiros, a fim de influenciar a ação do funcionário para obter vantagens impróprias.<sup>15</sup> Em outras palavras, uma sociedade não pode dar, oferecer, prometer ou autorizar a doação de qualquer coisa de valor a funcionário do governo estrangeiro, direta ou indiretamente.

228

A lei, de modo bastante simples, divide-se nas sessões anticorrupção e de controles contábeis. A primeira trata de subornos efetuados a funcionários públicos estrangeiros e qualifica como crime as práticas de dar ou prometer pagamentos a funcionários públicos estrangeiros ou membros de partidos políticos com os fins específicos de encorajar o agente a praticar ou omitir qualquer ato que violaria os seus deveres legais ou oficiais; obter ou manter negócios; direcionar negócios a qualquer empresa ou pessoa; ou conseguir qualquer tipo de vantagem indevida.

O FCPA tem, assim, ampla jurisdição, ou seja, ela é aplicada tanto aos cidadãos e sociedades norte-americanas como também a todos aqueles que com eles estabelecem relações comerciais, às sociedades estrangeiras que comercializam papéis nas bolsas de valores dos Estados Unidos e também às pessoas físicas ou jurídicas que mantêm relações com agentes públicos. Embora o texto legal seja extremamente descritivo e elenque enorme gama de atos proibidos, há entendimento na Comissão de Justiça norte-americana que amplia os efeitos da lei quando o ato é praticado em relação a funcionário público estrangeiro, punindo qualquer conduta que implique na obtenção de

15 KORKOR, Samer; RYZNOR, Margaret. Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom: a comparative analysis of scope and sentencing. *Missouri Law Review*, vol. 76, n. 2, p. 415-453, 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1903903>>. Acesso em: 29 fev. 2017.

vantagem, mesmo que não pecuniária. Isso ocorre porque o item (1), (A), do §78dd-1 dispõe que as condutas elencadas no item (1) são condenáveis quando visam a qualquer vantagem indevida.<sup>16</sup>

Resta claro que o FCPA tem forte intento de evitar que agentes governamentais sejam envolvidos em casos de corrupção provocados por sociedades que desejam obter quaisquer vantagens ilícitas. Quando se refere à questão contábil, a FCPA estabelece que todas as sociedades que se encontram relacionadas na Bolsa de Valores de Nova York, e, portanto, submetidas às regulamentações da *Securities Exchange Commission* (órgão equivalente à Comissão de Valores Mobiliários no Brasil), emitam relatórios anuais e trimestrais das transações realizadas; mantenham livros contábeis, registros e contas fidedignos às suas respectivas transações; que esses livros assegurem que todas as transações tenham transcorrido de acordo com a autorização da direção da sociedade; e que haja acesso aos dados referentes aos ativos da companhia.<sup>17</sup> Segundo a lei, os registros contábeis não precisam ser exatos, mas suficientemente confiáveis e fidedignos para assegurarem a verificação das transações financeiras realizadas pela companhia.<sup>18</sup>

Note-se, então, que o FCPA, em consonância com as regras de governança corporativa, valorizou a transparência e a prestação de contas, dois dos mais importantes aspectos da governança, e que instituiu parâmetros de conduta a serem seguidos pelas pessoas jurídicas, valorizando a adoção de medidas de *compliance*. O rigor do FCPA vem do alto valor das multas aplicadas e não há dúvidas que foram essas sanções que modificaram o comportamento das sociedades perante os agentes públicos.

A lei prevê, por exemplo, multas de US\$ 2 milhões de dólares para as companhias que violam as políticas de registro contábeis, ou do dobro do valor da vantagem financeira recebida ou da propina paga; ou de até US\$ 25 milhões como sanção penal pelo descumprimento das normas estabelecidas. Em contrapartida, segundo as disposições da FCPA, caso a companhia tenha

16 Nesse sentido, é importante apontar que “A FCPA não definiu expressamente o que significa pagar por ‘qualquer vantagem indevida’ a um agente governamental, contudo a frase tem sido interpretada de modo amplo. A prática dos reguladores governamentais sugere que a frase inclui ambos, objetos tangíveis e intangíveis, quer pagamentos de coisas ou serviços seja feito diretamente ou por intermediários, como agentes, consultores ou contratados. Coisas de valor incluem bolsas de estudo, favores sexuais e ofertas de emprego futuro” (Tradução livre). (KORKOR, Samer; RYZNOR, Margaret. *Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom: a comparative analysis of scope and sentencing*. *Missouri Law Review*, vol. 76, n. 2, p. 415-453, 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1903903>>. Acesso em: 29 fev. 2017).

17 FCPA, § 78m.

18 KORKOR; RYZNOR, *op. cit.*

implementado um programa de *compliance* eficiente, as sanções civis e penais aplicáveis podem ser reduzidas em até 95% (noventa e cinco por cento).<sup>19</sup>

A aplicação prática do FCPA pode ser verificada no caso *United States of America v. Garth Peterson*. Garth Peterson, cidadão norte-americano que vivia em Singapura, atuou na condição de diretor-geral da gigante financeira Morgan Stanley, sendo responsável por seus negócios na China. Em sua gestão, foi acusado de violação ao FCPA ao oferecer uma propina de aproximadamente US\$ 1.8 milhões a uma ex-diretor da estatal chinesa Yongye.

Em razão do ato cometido, o ex-diretor, após confessá-los judicialmente, foi condenado a 9 meses de prisão, 3 anos de liberdade monitorada, participação em programas de tratamento psiquiátrico, antidrogas e antialcoolismo, bem como multa criminal no valor de US\$ 100,00, na esfera penal, e indenização de US\$ 3.822.613,44, na esfera cível. Já a pessoa jurídica Morgan Stanley não foi responsabilizada por ter-se reconhecido nos autos que ela possuía um robusto programa de *compliance*. Veja-se trecho em original do caso citado:

*According to court documents, Morgan Stanley maintained a system of internal controls meant to ensure accountability for its assets and to prevent employees from offering, promising or paying anything of value to foreign government officials. Morgan Stanley's internal policies, which were updated regularly to reflect regulatory developments and specific risks, prohibited bribery and addressed corruption risks associated with the giving of gifts, business entertainment, travel, lodging, meals, charitable contributions and employment. Morgan Stanley frequently trained its employees on its internal policies, the FCPA and other anti-corruption laws. Between 2002 and 2008, Morgan Stanley trained various groups of Asia-based personnel on anti-corruption policies 54 times. During the same period, Morgan Stanley trained Peterson on the FCPA seven times and reminded him to comply with the FCPA at least 35 times. Morgan Stanley's compliance personnel regularly monitored transactions, randomly audited particular employees, transactions and business units, and tested to identify illicit payments. Moreover, Morgan Stanley*

19 Samer Korkor e Margaret Ryznar asseveram que “Especificamente, uma corporação se qualifica para o crédito se seu programa de *compliance* e ética: (1) requerer que aqueles com responsabilidade operacional no programa de *compliance* e ética reportem diretamente às autoridades governamentais ou aos seus subgrupos, tal como o comitê de auditoria do conselho de administração; (2) detectar a ofensa antes dela ser descoberta fora da organização ou antes que ela seja possível; (3) requerer que a organização prontamente reporte a ofensa às autoridades governamentais; e (4) seja tal que “nenhuma pessoa com responsabilidade operacional no programa de conformidade tenha participado, tolerado, ou tenha, deliberadamente, ignorado a infração” (Tradução livre). (KORKOR, Samer; RYZNOR, Margaret. Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom: a comparative analysis of scope and sentencing. *Missouri Law Review*, vol. 76, n. 2, p. 415-453, 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1903903>>. Acesso em: 29 fev. 2017).

conducted extensive due diligence on all new business partners and imposed stringent controls on payments made to business partners.<sup>20</sup>

#### 4 O COMPLIANCE NA INGLATERRA

O *U.K. Bribery Act*, de 2010, é considerado como um dos mais severos regramentos sobre o tema, pois seu rol de atos lesivos é extenso: (i) oferecer, prometer, pagar, requerer, concordar em receber ou aceitar vantagem; (ii) subornar oficial estrangeiro; e (iii) falhar na prevenção de corrupção; tipificando, então, quatro crimes: (i) corrupção ativa de sujeitos públicos e privados, (ii) corrupção passiva de sujeitos públicos ou privados, (iii) corrupção de agentes públicos estrangeiros, e (iv) a falha das sociedades na prevenção da corrupção,<sup>21</sup> constituindo crime corporativo.<sup>22</sup> Nesse sentido, aponta Peter Allridge:

*The Bribery Act 2010 contains new substantive offences of active and passive bribery, defined no longer by reference to the adverb “corruptly” but by intention to affect the way in which somebody acts who is expected to act in good faith or impartially or who is in a position of trust. It contains no explicit public/private distinction. The act put in place a specific overseas bribery offence to deal with overseas officials and a further new offence committed by corporations employing persons who bribe unless they have adequate procedures in place. It involves an extended jurisdiction. Consent to prosecution is for the relevant director. Shortly after it came into force, the Bribery Act was described in a blog as the ballyhooed U.K. Bribery Act, the caffeinated younger*

20 US DEPARTMENT OF JUSTICE, Office of Public Affairs. *Former Morgan Stanley Managing Director Pleads Guilty for Role in Evading Internal Controls Required by FCPA*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/former-morgan-stanley-managing-director-pleads-guilty-role-evading-internal-controls-required>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

Outro diploma norte-americano que contribui para a implementação do *compliance* nesse país é o *Sarbanes-Oxley Act (SOX)*. O SOX foi publicado no ano de 2002, após os escândalos envolvendo algumas das grandes sociedades dos Estados Unidos (Enron e Worldcom). A lei de autoria do Deputado Michael Oxley e do Senador Paul Sarbanes examinou todos os crimes e desvios cometidos no caso Enron e buscou, através do regramento legal, evitar que atos como os vistos naquela sociedade ocorressem novamente no seio norte-americano, classificando-os como crimes.

21 Lei Anticorrupção. Flesberg Advogados (Folder). Disponível em: <<http://www.felsberg.com.br/wp-content/uploads/2014/08/A-Lei-Anticorrup%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

22 Os crimes de corrupção elencados no U.K.. *Bribery Act* são extraterritoriais e a lei inglesa é aplicada se o crime ocorrer dentro da Inglaterra ou se uma companhia ou cidadão inglês, ou até mesmo pessoa residente na Inglaterra, estiver envolvido no crime de corrupção, mesmo que a prática do ato delituoso tenha ocorrido fora do território inglês. O U.K.. *Bribery Act* é aplicado, inclusive, a sociedades que, mesmo não sendo inglesas e que participem de atividade corrupta fora da Inglaterra, exerçam atividade dentro do território inglês. (KORKOR, Samer; RYZNOR, Margaret. *Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom: a comparative analysis of scope and sentencing*. *Missouri Law Review*, vol. 76, n. 2, p. 415-453, 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1903903>>. Acesso em: 29 fev. 2017).

sibling of the FCPA.<sup>23</sup>

Não obstante o *Bribery Act*, por regra, utilize-se da responsabilização subjetiva dos agentes que praticam atos de corrupção, ou seja, da necessidade da verificação de culpa para que a eles seja imputada qualquer sanção, exceção à regra ocorre nos casos de falha na prevenção de suborno. O entendimento da lei é o de que as companhias têm a obrigação legal de prevenir que seus funcionários violem as leis anticorrupção, ou seja, devem prevenir que qualquer pessoa associada de alguma forma com a sociedade suborne outra pessoa, com o intuito de obter ou de manter vantagem para a companhia. Por isso, a responsabilização pelo crime de *failure to prevent bribery* é objetiva. Nesse contexto, vale observar que a pena máxima, para cada crime, é de dez anos de prisão, para indivíduos, e/ou de uma multa sem teto máximo de valor.

Sobre a dinâmica da responsabilização de indivíduos e de diretores corporativos, Brazil e Binns ressaltam que:

*Individuals may be liable for the general offences according to the normal rules of criminal liability. In addition, however, the Act addresses the liability of senior officers for bribery offences committed by companies. If a company commits one of the general offences (or an offence under Section 6, addressed below), and it is proved that the offence was committed with the 'consent or connivance' of a director, manager or corporate secretary (or other similar officer), then the senior officer can also be prosecuted for the offence.*<sup>24</sup>

No que concerne à necessidade de cooperação entre os organismos públicos e as sociedades, tão importante para o efetivo combate à corrupção e para a adequação às regras de *compliance*, seguem os autores:

*The enforcement of foreign bribery is generally conducted by the SFO. Historically, however, criminal enforcement in England and Wales against companies for foreign bribery has been rare; mainly because of the inherent difficulty in attributing liability and obtaining foreign evidence. As a result, in recent years, the SFO has sought to encourage companies to self-report their wrongdoing and cooperate with their investigation.*<sup>25</sup>

23 ALLDRIDGE, Peter. The U.K. Bribery Act: The Caffeinated Younger Sibling of the FCPA. *Ohio State Law Journal*, v. 73, n. 5, p. 1198-1199, 2012. Disponível em: <<http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/oslj/files/2013/02/73.5.Alldridge.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2017, p. 1198-1199.

24 BINNS, John; BRAZIL, Shaul. Chapter 5: England & Wales. In: MENDELSON, Mark F. *The anti-bribery and anti-corruption review*. 3. ed. London: Law Business Research Ltd., 2014. p. 65-66.

25 *Ibidem*, p. 70.

Na eventualidade de falta de cooperação espontânea ou de as companhias serem acusadas por crimes como suborno, pode-se aplicar o *Crime and Courts Act 2013*, que propicia um acordo entre um promotor e a pessoa ou companhia suspeita, que deve concordar com o acordo e realizar alguns procedimentos, entre eles, a devolução de lucros indevidamente ganhos (*to disgorge profits*), a cooperação nas investigações e a implementação ou a modificação de um programa de *compliance*.

Sendo assim, muito embora o *U.K. Bribery Act* se aplique tanto às sociedades quanto às pessoas que praticam atos de corrupção, a lei estabelece que a existência de programas de integridade (*compliance*) será considerada quando da apreciação, pelo judiciário, da prática ilegal. Dessa forma, pode-se dizer que o *U.K. Bribery Act* incentiva a formulação de programas de *compliance* dentro das sociedades que a ele se sujeitam. O problema é que, embora já esteja sendo aplicada pelo sistema em alguns casos e leve em consideração os “procedimentos adequados”, adotados pela companhia, para prevenir o suborno, a lei não define que procedimentos seriam esses, o que levou o Ministro da Justiça a publicar uma espécie de guia a ser seguido pelas companhias que visem à implementação desses procedimentos. O guia em questão, além de estudos de caso ilustrativos, possui seis princípios principais: procedimentos proporcionais, comprometimento de alto nível, avaliação de risco, diligência devida, comunicação e treinamento e monitoramento e revisão.<sup>26</sup>

26 Eis os princípios: “a. Proportionate procedures: maintaining bribery prevention policies that are proportionate to the nature, scale and complexity of the organisation’s activities, as well as to the risks that it faces. b. Top level commitment: ensuring that senior management establishes a culture across the organisation in which bribery is unacceptable, which may include top-level communication of the organisation’s anti-bribery stance and being involved in the development of bribery prevention policies. C. Risk assessment: conducting periodic, informed and documented assessments of the internal and external risks of bribery in the relevant business sector and market. d. Due diligence: applying due diligence procedure that are proportionate to the risks faced by the organisation; since na organisation’s employees are ‘associated’ persons, appropriate due diligence may become part of recruitment and HR procedures. e. Communication and training: ensuring that bribery prevention policies are understood and embedded throughout the organisation through education and awareness. f. Monitoring and review: putting in place auditing and financial Controls that are sensitive to bribery, including consideration of obtaining external verification of the effectiveness of na organisation’s anti-bribery procedures”. (BINNS, John; BRAZIL, Shaul. England & wales. In: MENDELSON, Mark F. *The anti-bribery and anti-corruption review*. 3. ed. London: Law Business Research Ltd., 2014. p. 66-97).

Não obstante a demora para a sua edição, as dificuldades práticas da realidade, especialmente no tocante à responsabilidade, e a falta de uma maior especificação acerca do *compliance*, que teve que ser complementada pelo Ministério da Justiça, o *U.K. Bribery Act* surgiu como uma das mais severas leis anticorrupção do mundo, especialmente no que concerne a sua extraterritorialidade e a sua aplicação de responsabilidade no âmbito criminal, bem como previu diversos tipos de condutas delituosas.

Além disso, as penas previstas pela lei britânica têm natureza penal. Ou seja, não há qualquer previsão de reparação civil ou administrativa no *U.K. Bribery Act*. Caso uma pessoa pratique ato de corrupção, a ela pode ser imputada pena de até 10 (dez) anos mais multa. Nos casos de crimes praticados por companhias, as multas são ilimitadas e podem, ademais, acarretar o fechamento das sociedades e a perda compulsória de patrimônio.<sup>27</sup>

## 5 A OCDE E O COMPROMISSO DOS PAÍSES NO COMBATE À CORRUPÇÃO

234

Conforme já se informou, em 1997, a OCDE editou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, que começou a vigorar no âmbito internacional em 1999, tornando-se determinante para o enfrentamento desse problema em seus países membros, que adotaram efetivamente as regras convencionadas. Andre Pimentel Filho examina seu processo de formação e a influência sofrida pelos interesses norte-americanos e o FCPA, *in verbis*:

A par de representar um avanço no combate à corrupção, mesmo porque a partir do ato as empresas americanas passaram a ter vantagem competitiva em relação às demais, o que levou os Estados Unidos a pressionar, no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), à criação de um pacto internacional que estendesse aos demais países desenvolvidos a vedação do pagamento de propinas nos negócios internacionais. Inobstante, as primeiras iniciativas da OCDE na luta contra a corrupção, ainda que tímidas, remontam a 1976, com a edição de sua 'Declaração sobre o Investimento Internacional e as Empresas Multinacionais'. Esta Declaração, sem força jurídica vinculante, registra que 'as empresas não devem, direta ou indiretamente, oferecer, prometer, acordar ou solicitar

27 FERREIRA, Luciano Vaz. *A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil: como o Brasil pode controlar o suborno praticado por empresas transnacionais*. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/109268/000950746.pdf?sequence=1>>. Acesso em 1 mar. 2017.

qualquer espécie de propina ou outros benefícios, a fim de obter ou conservar mercado ou vantagem indevida'. Com a desvantagem em virtude do FCPA, veio dos americanos proposta de no âmbito da OCDE lançar um instrumento firmando a ilicitude do pagamento de propinas a autoridades estrangeiras, embora desejassem, originalmente, uma mera declaração, a fim de indicar a importância do tema. A Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, que entrou em vigor em 15 de fevereiro de 1999, com 77 países firmantes, tem por objeto a prática de corrupção de funcionários públicos estrangeiros.<sup>28</sup>

A Convenção da OCDE traçou um norte para o combate à corrupção em atos de comércio internacional nos países signatários. O documento trouxe em seu bojo diversos pontos centrais, normas que delinearão a cooperação internacional e o combate às práticas em desacordo com a legalidade no cenário internacional, cujos mais importantes são: *i*) a definição do conceito de agentes públicos sujeitos à prática de crime de corrupção em transações comerciais internacionais; *ii*) a necessidade da adequação das legislações dos países signatários ao conceito de crime de corrupção em transação comercial internacional; *iii*) a imperatividade de um padrão de *accountability* aplicável a todas as sociedades nos países signatários da Convenção; *iv*) a necessidade da criminalização da lavagem de dinheiro para fins de corrupção em comércio internacional; *v*) a responsabilização de pessoas jurídicas; e *vi*) a cooperação internacional.

Segundo a Convenção, são funcionários públicos todos os membros da administração pública direta e indireta, de quaisquer esferas de poder (legislativo, executivo ou judiciário), que exerçam quaisquer funções, em quaisquer níveis (federal, estadual ou municipal). Além disso, o conceito adotado pela Convenção incluiu no rol de funcionários públicos os detentores de cargos eletivos. Assim, pela maneira que a Convenção conceituou o funcionário público, fica evidente o intuito da norma de alargar ao máximo a abrangência do combate à corrupção, possibilitando a responsabilização de todo e qualquer agente público.

A Convenção também determinou que todos os países signatários devem adaptar suas legislações para criminalizarem os atos de corrupção nos negócios internacionais. Para tanto, ela definiu os atos de corrupção como

28 PIMENTEL FILHO, Andre. Comentários aos artigos 1º ao 4º da lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 54.

sendo os de oferecer, dar ou prometer vantagens indevidas a um funcionário estrangeiro a fim de obter vantagens ilícitas em negócios internacionais. Da mesma sorte, a Convenção estipulou que a cumplicidade, o encorajamento, a autorização e a tentativa de corrupção também são puníveis, pois são nocivas às ordens jurídica e econômica.

Outra inovação da Convenção foi a de determinar que os seus signatários devem estabelecer critérios objetivos de contabilidade, de auditoria e de registro de documentos. Os novos mecanismos de *accountability* exigidos têm por objetivo dificultar as manobras contábeis e tributárias, bem como evitar a utilização de documentos falsos nas transações internacionais.

A criminalização da lavagem de dinheiro para fins de corrupção relacionada ao comércio internacional foi outra determinação da Convenção. Desse modo, os países que tomaram os crimes de corrupção como parâmetro de aplicação da legislação penal referente à lavagem de dinheiro aos seus funcionários públicos deverão adotar as mesmas medidas quando se tratar de crime de corrupção praticado na esfera do comércio exterior, mesmo sem considerar o local da ocorrência do ilícito.

No intento de combater a prática de atos de corrupção, a Convenção também apontou para a necessidade da responsabilização das pessoas jurídicas que, na busca de vantagens, tentam corromper ou corrompem funcionários públicos. Para tanto, a Convenção indicou a necessidade da aplicação de sanções, sejam elas penais ou não, consideradas as peculiaridades dos sistemas jurídicos das partes signatárias. A norma deixou claro que as sanções impostas às pessoas jurídicas devem ser sempre efetivas, proporcionais e dissuasivas.

A cooperação internacional para a coibição da corrupção no comércio exterior foi a principal inovação da Convenção. O documento estabeleceu que as partes signatárias devem prestar assistência jurídica umas às outras para fins de investigações e de processos criminais ou não criminais cuja matéria seja a corrupção de funcionários públicos em transações comerciais internacionais, por meio da apresentação de informações e de documentos requeridos.

A Convenção foi além. Não bastasse a clara normatização da cooperação pela prestação de informações, ela estipulou a possibilidade da extradição dos agentes do crime de corrupção no comércio internacional e, inclusive,

estabeleceu a própria Convenção como base jurídica para a extradição de indivíduos, em caso de inexistência de tratado que verse sobre a matéria entre os signatários.

Examinando os impactos da Convenção, Nicola Ehlermann-Cache conclui que sua aprovação levou a uma mudança das “regras do jogo”, majorando a visibilidade da corrupção de oficiais estrangeiros e acentuando a importância da questão. Tal situação levou a uma maior investigação ao redor do mundo, culminando em diversos julgamentos e penalidades aplicadas.<sup>29</sup>

Em atenção à importância de supervisionar a aplicabilidade da Convenção, em dezembro de 2014, a OCDE publicou um relatório inédito sobre corrupção internacional (*OECD Foreign Bribery Report*), que pode auxiliar a implementação da Lei Anticorrupção.<sup>30</sup> Ao analisar 427 casos de corrupção internacional nos últimos 15 anos, a OCDE conseguiu traçar características comuns na maioria das investigações concluídas no período, sinalizando padrões que podem ser observados no Brasil e destacando que a corrupção está minando o futuro das crianças no mundo.

Dentre as conclusões do relatório, é possível constatar que a maioria dos casos apurados entre 1999 e 2014 possui algumas características em comum. Do lado do corruptor, foi constatado o envolvimento de pessoas jurídicas de grande porte, com a participação ativa de diretores e executivos, que utilizaram intermediários para realização de pagamentos aos agentes públicos com o intuito de burlar o processo de contratação. Do lado do corrupto, 80% das propinas foram ofertadas ou pagas a agentes públicos de empresas públicas ou sociedades de economia mista. O relatório aponta expressamente a importância da figura dos dirigentes da sociedade, que devem cumprir com seriedade o programa de *compliance*, bem como a necessidade de vinculação de terceiras partes aos seus termos, tendo em vista que é comum a utilização

29 EHLERMANN-CACHE, Nicola. *The Impact of the OECD anti-bribery convention*. p. 3. Disponível em: < <https://www.oecd.org/mena/competitiveness/41054440.pdf> >. Acesso em: 3 fev. 2017.

30 É importante mencionar que a OCDE, além de ter patrocinado a elaboração da convenção em comento, tem um importante papel de monitoramento dos países signatários: “A OCDE editou diversas recomendações e comentários sobre a Convenção e está em permanente monitoramento dos países signatários, produzindo relatórios periódicos que registram avanços e retrocessos na sua implementação, sendo divididos por fases conforme se caminha nesse sentido. Esse monitoramento é conduzido por um Grupo de Trabalho composto por membros dos próprios países signatários (*Working Group*), adotando-se o sistema de *peer review*.” [BAPTISTA, Renata Ribeiro. Dilemas e boas práticas do modelo multijurisdicional no combate a ilícitos transfronteiriços: algumas pautas para a aplicação da lei n. 12.846/13. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coord.). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 103].

de subsidiárias e agentes intermediários na prática da corrupção.

Aponta ainda que leva em consideração, no mapeamento dos casos, aqueles processos que são ajuizados em cortes internas e que podem levar à condenação de pessoas físicas, tanto a penas de prisão quanto de multas. Como exemplo, cita-se o caso *United States of America v. Jeffrey Tesler*, que condenou o réu a uma pena de 13 anos de prisão pelo cometimento dos crimes de conspiração e violação à lei anticorrupção norte-americana, isto é, ao *Foreign Corrupt Practices Act* (18 U.S.C. § 371, 15 U.S.C. § 78dd-2 e 18 U.S.C § 2). Conforme o relatório da OCDE, até sua data, o presente caso foi o que gerou a sentença com maior pena combinada de prisão envolvendo os delitos mencionados a um determinado indivíduo pessoa física. Além disso, do ponto de vista patrimonial, também foi arbitrada a maior sanção monetária a um indivíduo, condenando-o ao pagamento de quase 149 milhões de dólares.

O Grupo de Trabalho Antissuborno da OCDE examinou o caso do Brasil, destacando como aspectos positivos a adoção da Lei Anticorrupção e a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção, além de reconhecer o esforço do país quanto ao aumento da cooperação jurídica internacional em casos de corrupção internacional. Por outro lado, esse relatório também identificou pontos importantes que carecem de melhorias, como o baixo nível de aplicação de sanções em casos de corrupção internacional no Brasil e a falta de regulamentação sobre os programas de *compliance*.<sup>31</sup> Vale destacar que, apesar da vigência da convenção da OCDE no ordenamento brasileiro há 14 anos, somente 5 investigações relacionadas à corrupção internacional foram iniciadas no período no país, conforme o relatório. Ao observar os fatos colhidos pelos membros da OCDE ao longo dos últimos 15 anos, é possível antecipar o sucesso da Lei Anticorrupção em médio prazo, caso a sua implementação seja conduzida adequadamente pelo poder público.

238

## 6 A IMPLEMENTAÇÃO DO COMPLIANCE NO BRASIL

A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) inovou em diversos aspectos, deixando claro, em seu artigo 1º, que as sociedades são responsáveis *civil e administrativamente* pelos atos de corrupção praticados. A Lei Anticorrupção

<sup>31</sup> Como se verá, a regulamentação da Lei Anticorrupção foi implementada por meio do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.

trouxo grande impacto ao ordenamento nacional, uma vez que determinou que as pessoas jurídicas respondem objetivamente em ambas as esferas pelos atos praticados. A responsabilidade objetiva civil e administrativa foi novidade trazida ao ordenamento jurídico nacional em matéria de *compliance*. Antes do advento da referida lei, a responsabilidade era sempre subjetiva.

A lei pátria também deixou clara a separação das responsabilidades da empresa e dos administradores. Segundo o texto legal, “a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”.<sup>32</sup> Na mesma esteira, considerou agente público estrangeiro, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.<sup>33</sup>

Como de costume, o legislador brasileiro, no art. 5º, descreveu cada uma das condutas consideradas lesivas à administração pública.<sup>34</sup> Além disso, criou procedimento próprio para a investigação dos casos de corrupção e determinou que a autoridade máxima do Poder Executivo de cada órgão da administração pública é competente pela condução das investigações, sendo possível a delegação da competência, mas nunca a subdelegação. Especialmente, na esfera federal, a Lei Anticorrupção determinou que a Controladoria-Geral da União (CGU) é o órgão competente pelas investi-

32 BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm)>. Acesso em: 2 mar. 2017.

33 *Ibidem*, art. 5º, §3º.

34 “i) prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; ii) comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção; iii) comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; iv) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; v) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; vi) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; vii) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; viii) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; ix) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; x) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; e xi) dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”. (*Ibidem*)

gações. O diploma legal também reforçou o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, ao possibilitar a invasão patrimonial dos sócios quando as pessoas jurídicas forem utilizadas para a violação dos preceitos da Lei Anticorrupção.

Ainda na esteira do combate à corrupção, a lei brasileira criou o instituto do acordo de leniência, por meio do qual as pessoas jurídicas podem ter as penas reduzidas mediante colaboração com o poder público.<sup>35</sup> Para tanto, as sociedades empresárias que fecharem os ditos acordos devem possibilitar a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Entretanto, para que seja possível a obtenção do acordo, a empresa deve ser a primeira a se manifestar sobre o ilícito, a cessar completamente o seu envolvimento na infração e admitir a participação no ilícito, bem como cooperar com a investigação no processo administrativo até o seu encerramento. A Lei também tratou das sanções aplicáveis às pessoas jurídicas infratoras.

De modo pioneiro no ordenamento jurídico pátrio, a Lei Anticorrupção determinou que a existência de normas de *compliance* deve ser considerada como atenuante quando da instauração dos processos administrativo e judicial contra as pessoas jurídicas. Não obstante isso, a Lei não determina quais são os padrões e quais normas de *compliance* devem ser seguidas. O art. 7º da Lei nº 12.846/2013 prevê que a presença de um programa de integridade estruturado com o objetivo de prevenir e detectar atos ilícitos seja usado como fundamento para atenuar a sanção que a pessoa jurídica estará sujeita em caso de envolvimento com atos de corrupção.<sup>36</sup>

Assim sendo, a presença de auditorias, fiscalizações periódicas, o uso de códigos de ética, como também o controle permanente da execução dos contratos celebrados pela pessoa jurídica com a entidade ou órgão da

35 Veja-se conceituação do acordo de leniência, com lastro na lição de Carolina Barros Fidalgo e Rafaela Coutinho Canetti: “Acordos de leniência são acordos celebrados entre o Poder Público e um agente envolvido em uma infração, com vistas à sua colaboração na obtenção de informações sobre o tema, em especial sobre outros partícipes e autores, com a apresentação de provas materiais de autoria, tendo em contrapartida a liberação ou diminuição das penalidades que seriam a ele impostas com base nos mesmos fatos”. [FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 338].

36 “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”. (BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm). Acesso em: 2 mar. 2017).

Administração Pública são ações e medidas desejáveis. Dessa forma, o *compliance* passa a ser medida que tende a diminuir/atenuar as sanções aplicadas à pessoa jurídica. Insta salientar que só haverá a referida redução quando a pessoa jurídica, comprovadamente, buscar implementar mecanismos de proteção às fraudes no âmbito da atividade que desempenha e for verificada a efetividades de tais mecanismos.

Percebe-se que o legislador visava impulsionar a criação dessas políticas internas, uma vez que, diferentemente do que ocorre nos EUA, a ausência das estruturas tidas como obrigatórias para o *compliance* não é considerada crime, não sendo penalmente relevante. O problema que surgiu foi a falta de previsão normativa de quais seriam os procedimentos que deveriam ser considerados como *compliance*, uma vez que o conceito apresentado no inciso VIII do art. 7º é assaz abstrato.

Conforme estabelecido na Lei Anticorrupção, seria a Controladoria-Geral da União o órgão competente para estabelecer a regulamentação e consolidar entendimentos, critérios e conceitos trazidos pela Lei. Desta forma, dentre as medidas propostas pelo pacote Anticorrupção, a mais aguardada foi o Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Isso porque, como visto, a Lei Anticorrupção ainda carecia de regulamentação complementar. Dentre os esclarecimentos trazidos pelo Decreto, o mais importante foi a definição das expectativas e critérios para o estabelecimento de um programa de integridade a ser adotado pelas sociedades residentes no Brasil. Assim sendo, o Decreto estabeleceu que os programas de *compliance* devem, por regra, contemplar os seguintes itens previstos no art. 42:

Art. 42. Para fins do disposto no §4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

- I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;
- II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;
- III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;
- V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
- VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as

transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei no 12.846, de 2013; e

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.<sup>37</sup>

O Decreto, um pouco mais adiante, determina que microempresas e empresas de pequeno porte poderão ter programas de *compliance* diferenciados, que não atendam aos incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do artigo 42, ou seja, que não regulamentem as condutas de terceiros contratantes; sem análises de risco periódicas para adequação dos programas de integridade; sem independência entre o responsável pela implementação do programa de *compliance* e sua respectiva fiscalização; desprovidos de canais internos e externos de denúncias; sem a necessidade da implementação de procedimentos para contratação; desprovidos de fiscalização de vulnerabilidade nos

37 BRASIL. *Decreto nº 8.420*, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm)>. Acesso em: 2 mar. 2017.

processos de fusão, aquisições e reestruturação societária; e sem monitoramento do programa de integridade para o seu aprimoramento.

Dessa forma, durante algum tempo o meio acadêmico se perguntou quais seriam as regras para a implementação de programas de *compliance* nas microempresas e nas empresas de pequeno porte, visto que algumas das mais importantes regras para o estabelecimento de programas de integridade não se aplicariam a esses tipos de sociedades. Foi com esse intuito que, em setembro de 2015, a CGU e a Secretaria da Micro e Pequena Empresa publicaram a Portaria Conjunta nº 2.279, para regular os padrões de *compliance* que devem ser adotados pelas micro e pequenas empresas.

A Portaria publicada, além de destrinchar os incisos do artigo 42 do Decreto nº 8.420/2015, inova ao estabelecer que, para que as medidas sejam avaliadas quando da investigação de atos de corrupção para a verificação da responsabilidade e diminuição da sanção, as micro e pequenas empresas devem apresentar relatórios de perfil e de atividade. Nos primeiros, devem constar a área de atuação, os responsáveis pela administração, o quantitativo de empregados e a estrutura organizacional e o nível de relacionamento da sociedade empresária com o Poder Público, inclusive com a indicação dos contratos que a empresa mantém com a Administração Pública. Nos segundos, a sociedade deve apontar o funcionamento das medidas adotadas e que essas medidas contribuíram para a detecção e remediação dos atos ilícitos.

Vê-se, assim, que as normas infralegais foram editadas a fim de concretizar a implementação do *compliance* no Brasil, que ganha força com o advento da Lei nº 12.846/2013, mais conhecida como a Lei Anticorrupção. Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas afirmam que, uma vez regulamentado o artigo 7º, VIII, da Lei Anticorrupção, sua aplicação seria um ato administrativo vinculado, ou seja, uma vez preenchidos os requisitos nele contidos, não estaria aberta qualquer margem de escolha da comissão julgadora em aplicar ou não o benefício.<sup>38</sup>

Por fim, merece examinar a relação entre o *compliance* e a “lavagem” de dinheiro. Os atos que atentam contra a ordem financeira e econômica têm íntima relação com o *compliance* nas sociedades empresárias. O suborno de agentes estrangeiros, fraudes em contratos, recebimento de vantagens

38 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. *A juridicidade da lei anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas*. Disponível em: <[http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART\\_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al\\_Lei-Anticorruptcao.pdf](http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf)>. Acesso em: 5 mar. 2017.

indevidas, burla de processos licitatórios, todos esses atos envolvem pagamentos realizados fora da legalidade, que, em regra, desembocam no crime de lavagem de dinheiro. No Brasil, tem-se verificado o reiterado uso de empresas de fachada, algumas nacionais, outras *off-shore*, para a remessa de vultosas quantias advindas da prática de atos de corrupção. Esse processo é bastante complexo e a detecção dessa prática pelo Estado é demasiado difícil.<sup>39</sup> É nesse cenário que as Leis nº 9.613/1998 e nº 12.683/2012 tomam relevância substancial no regramento do *compliance* nas sociedades brasileiras.

A Lei nº 9.613/1998 criou o embrião das regras de *compliance* aplicáveis às sociedades empresárias sobre a matéria. Com base na redação do art. 9º, a norma determinava a fiscalização da “captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira; compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial; e custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários”. Essas regras eram aplicáveis a uma série de sujeitos elencados no parágrafo único do mesmo dispositivo. Esse rol, após a edição da Lei nº 12.683/2012, foi ampliado, passando a figurar novas entidades.

Frisa-se, portanto, que a Lei nº 12.846/2013 seguiu a tendência de determinar que as medidas de *compliance* são aplicáveis a quaisquer pessoas jurídicas. Contudo, é importante ressaltar que a Lei de Lavagem de Capitais não se limita a elencar os sujeitos aos quais é direcionada, como adiantado, mas estabeleceu o embrião do *compliance* no Brasil através dos seus artigos 10 e 11, que elencam medidas que devem ser adotadas pelas sociedades quando da prática dos atos supracitados.

## 7 CONCLUSÃO

Como se viu, a Lei Anticorrupção estipulou que a existência de normas de *compliance* será considerada como atenuante no momento da instauração de processos administrativos e judiciais em face de pessoas jurídicas. Contudo, a norma não determinou os padrões que devem ser seguidos, relegando a matéria ao Decreto nº 8.420/2015. A alteração legal trouxe à tona

39 GLOEKNER, Ricardo Jacobsen. *Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do nemo tenetur se detegere*: cultura do controle e política criminal atuarial. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>>. Acesso em: 8 mar. 2017.

a importância de se debater o *compliance* (e a governança) com seriedade nos seios políticos e jurídicos nacionais.

Com base nas legislações alienígenas (FCPA e *UK Bribery Act*), a novel lei trouxe inúmeras inovações contidas, tendo seus aspectos positivos e negativos. Além da previsão dos programas de integridade, pode-se citar, como exemplo, a nova tese de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, não responsabilidade pelo risco integral, a responsabilidade solidária entre sociedades controladas e consorciadas, todas essas previsões com a mesma finalidade: o combate à corrupção. Ao estabelecer padrões em conformidade com os internacionalmente exigidos, o Brasil colabora para a adequação das suas sociedades empresárias ao mercado global, isto é, aos países com alto grau de regulação e, conseqüentemente, para o desenvolvimento de uma economia mais ética e competitiva.

Ao analisar todas as características e componentes da Lei nº 12.846, há a certeza de que um primeiro passo foi dado, porém de que os legisladores deveriam ter tido mais atenção quanto a sua elaboração. Superados os deslizes, há muito que se esperar no campo da eficácia da norma, não podendo ser deixada a cobrança de resultados de lado, nem mesmo a lei somente no papel. Nesse diapasão, medidas extras serão necessárias para que as sociedades, independentemente do porte, entendam o valor do *compliance* e como a implementação de programas de integridade pode ser benéfica tanto para elas mesmas como para o desenvolvimento de toda a sociedade.

Por fim, importa reforçar que, para que a Lei Anticorrupção possa encontrar um campo fértil para ser assimilada e disseminada em nossa sociedade, o Brasil precisa avançar na questão educacional. O esforço de formação e conscientização da sociedade para uma cultura de ética e de responsabilidade deve ser constante e fazer parte de um panorama mais amplo, no qual a Lei é uma ferramenta fundamental nesse processo. Só mediante essa união de esforços que o mal da corrupção, que tanto castiga o país, desde seu descobrimento, poderá ser efetivamente combatido.

## REFERÊNCIAS

ALLDRIDGE, Peter. The U.K. Bribery Act: the caffeinated younger sibling of the FCPA. *Ohio State Law Journal*, v. 73, n. 5, p. 1198-1199, 2012. Disponível em: <<http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/oslj/files/2013/02/73.5.Alldridge.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

BAPTISTA, Renata Ribeiro. Dilemas e boas práticas do modelo multijurisdicional no combate a ilícitos transfronteiriços: algumas pautas para a aplicação da Lei n. 12.846/13. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coord.). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 103.

BINNS, John; BRAZIL, Shaul. England & wales. In: MENDELSON, Mark F. *The anti-bribery and anti-corruption review*. 3. ed. London: Law Business Research Ltd., 2014.

246

BRASIL. *Decreto nº 8.420*, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm)>. Acesso em: 2 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.846*, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 2 mar. 2017.

BREIER, Ricardo. Implementação de programas de *compliance* no setor público é um desafio, *Revista Consultor Jurídico ('Conjur')*, São Paulo, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breier-compliance-setor-publico-desafio-pais>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

EHLERMANN-CACHE, Nicola. *The impact of the OECD anti-bribery convention*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/mena/competitiveness/41054440.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

FERREIRA, Luciano Vaz. *A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil: como o Brasil pode controlar o suborno praticado por empresas transnacionais*. Disponível em: <<http://www>>

lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/109268/000950746.pdf?sequence=1>. Acesso em: 1 mar. 2017.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 338.

FIGUEIREDO, Rudá Santos. *Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade*. 2015. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17475/1/Dissertacao%20rud%C3%A1%20figueiredo.pdf>>. Acesso em: 1 fev. 2017.

GLOEKNER, Ricardo Jacobsen. *Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do nemo tenetur se detegere: cultura do controle e política criminal atuarial*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>>. Acesso em: 8 mar 2017.

KORKOR, Samer; RYZNOR, Margaret. Anti-bribery legislation in the United States and United Kingdom: a comparative analysis of scope and sentencing. *Missouri Law Review*, v. 76, n. 2, p. 415-453, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1903903>>. Acesso em: 29 fev. 2017.

LEI Anticorrupção. Flesberg Advogados (Folder). Disponível em: <<http://www.felsberg.com.br/wp-content/uploads/2014/08/A-Lei-Anticorrupt%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Saint Paul, 2008.

MOREIRANETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. *A juridicidade da lei anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas*. Disponível em: <[http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART\\_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al\\_Lei-Anticorruptcao.pdf](http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf)>. Acesso em: 5 mar. 2017.

OECD *foreign bribery report*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corruption/oecd-foreign-bribery-report-9789264226616-en.htm>>. Acesso em: 17 maio 2017.

PIMENTEL FILHO, Andre. Comentários aos artigos 1º ao 4º da lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e lei anticorrupção*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

US DEPARTMENT OF JUSTICE, Office of Public Affairs. *Former Morgan Stanley Managing Director Pleads Guilty for Role in Evading Internal Controls Required by FCPA*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/former-morgan-stanley-managing-director-pleads-guilty-role-evading-internal-controls-required>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

WILLIAMS, Cynthia A. Corporate *compliance* with the law in the era of efficiency. *North Carolina Law Review*, v. 76, n. 4, p. 1267, 1998. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3753&context=nclr>>. Acesso em: 1 jan. 2017.

## O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O JULGAMENTO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA PELA JUSTIÇA ELEITORAL

Adonai Araújo Cardoso \*

### RESUMO

O advento do Estado Democrático de Direito e também dos princípios fundamentais possibilitou o fortalecimento da garantia da máxima efetividade dos “novos” direitos individuais e coletivos. No entanto, quando da interpretação constitucional, por vezes, ocorre conflito entre princípios, ou mesmo destes com direitos fundamentais, o que tem sido solucionado através do emprego do princípio da proporcionalidade. Embora não tenha previsão expressa na Constituição Federal de 1988, tal princípio tem sido largamente utilizado pela Justiça Eleitoral brasileira, sobretudo no julgamento de prestação de contas de campanhas de candidatos. Tão grande a relevância do princípio da proporcionalidade no julgamento das contas que o mesmo, expressamente, foi incluído na norma eleitoral que disciplina a arrecadação e gastos de recursos durante as campanhas, sendo hoje um verdadeiro balizador destes julgamentos que, na análise do caso concreto, tem levado em consideração não só a “letra fria da lei”, mas também o compromisso de cada candidato em prestar contas de forma transparente, possibilitando a efetiva fiscalização e controle por parte da Justiça Eleitoral, sob pena de serem produzidas verdadeiras injustiças sob a égide do legalismo exacerbado.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Prestação de Contas. Campanha Eleitoral. Candidatos. Justiça Eleitoral.

### ABSTRACT

The advent of the Democratic State of Law, and also of the fundamental principles, made it possible to strengthen the guarantee of maximum effectiveness of the “new” individual and collective rights. However, when there is a

\* Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Graduado em Gestão, Controladoria e Auditoria de Contas Públicas Municipais e Pós-Graduado em Direito Eleitoral, ambas especializações pela Fundação César Montes (FUNDACEM). Advogado.

constitutional interpretation, there is sometimes a conflict between principles, or even of fundamental rights, which has been solved through the use of the principle of proportionality. Although not expressly provided in the Federal Constitution of 1988, such a principle has been widely used by the Brazilian Electoral Court, especially in the judgment of accountability of candidates campaigns. The relevance of the principle of proportionality in the judgment of the accounts is expressly included in the electoral norm that governs the collection and expenditure of resources during the campaigns, and is now a true marker of these judgments that, in the analysis of the concrete case, has taken into account not only the “cold letter of the law”, but also the commitment of each candidate to be accountable in a transparent way, allowing the effective inspection and control by the Electoral Justice, under penalty of producing real injustices under the aegis of Exacerbated legalism.

Keywords: Principle of proportionality. Accountability. Election campaign. Candidates. Electoral Justice.

## 1 INTRODUÇÃO

A chegada do chamado constitucionalismo moderno, cuja origem coincide com o nascimento do Estado Liberal, dentre outras mudanças, proporcionou o fortalecimento da ideia de “culto” à liberdade individual, ao passo em que a Constituição assumiu um papel preponderante na imposição de limites à atuação estatal.

Com o passar do tempo, operou-se o distanciamento de concepções meramente formalistas da Constituição, sendo que o implemento do Estado Democrático de Direito, e também dos princípios fundamentais, possibilitou o fortalecimento da garantia da máxima efetividade dos “novos” direitos individuais e coletivos.

No caso do Brasil, a Constituição de 1988, batizada de “Constituição Cidadã”, devido ao seu texto ser marcado por mecanismos capazes de assegurar direitos sociais essenciais ao exercício da cidadania e ainda garantir o cumprimento de tais direitos,<sup>2</sup> além de dispor acerca das regras e princípios norteadores do ordenamento jurídico, também estabeleceu a separação dos

2 CONSTITUIÇÃO de 1988 fortaleceu a cidadania do trabalhador. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/10/01/constituicao-de-1988-fortaleceu-a-cidadania-do-trabalhador>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário, cabendo a este último, no exercício típico, a função de aplicar tais regras e princípios ao caso concreto.

É justamente nesse contexto que na Justiça Eleitoral, constitucionalizada pela Carta Magna de 1934,<sup>3</sup> ganha notoriedade o princípio da proporcionalidade, o qual, segundo ensina Willis Santiago Guerra Filho:

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um 'princípio dos princípios', o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma 'solução de compromisso', na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu 'núcleo essencial', no qual se encontra entronizado o valor da dignidade humana.<sup>4</sup>

Importante dizer que esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada pela constituinte, a do "Estado Democrático de Direito", pois, ainda no saber de Willis Santiago Guerra Filho,

[...] sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos isso em virtude das contradições que, concretamente, terminam se manifestando, entre esses interesses e os valores que os amparam, agasalhados em princípios jurídicos de estatura constitucional.<sup>5</sup>

É sob esta ótica da utilização do princípio da proporcionalidade pela Justiça Eleitoral, especificamente quando do julgamento de contas de campanha eleitoral, que pretendemos nos dedicar a seguir.

## 2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Conforme já mencionado, o princípio da proporcionalidade, na atual sistemática constitucional, passou a ocupar um lugar de destaque no tocante

3 JUSTIÇA Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/justica-eleitoral>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

4 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José R. (Org.). *Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 394.

5 *Ibidem*, p. 394.

à garantia da observância dos direitos fundamentais, na harmonização de tensões entre princípios e, até mesmo, entre princípios e direitos fundamentais.

Assim, sendo a proporcionalidade uma máxima, se constitui em parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade, por exemplo, de dada medida judicial; pelos critérios da proporcionalidade, pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como se outras, menos gravosas aos interesses sociais, não poderiam ser praticadas em substituição àquelas empreendidas.<sup>6</sup>

Consoante ensinamento do professor Ricardo Maurício Freire Soares,<sup>7</sup> a ideia de proporcionalidade se afigura, além de importante princípio jurídico fundamental, como referencial argumentativo valoroso, já que exprime um raciocínio aceito como justo e razoável de modo geral, de utilidade comprovada no equacionamento de questões práticas tanto no direito como em outras disciplinas, sempre que se trate da descoberta do meio mais adequado para atingir determinada finalidade.

Importante ressaltar que, hodiernamente, a jurisprudência pátria não tem se detido em fazer a necessária diferenciação quando da utilização do princípio da proporcionalidade e de outro princípio semelhante, porém de distinta natureza, o princípio da razoabilidade. A boa técnica tem sido deixada de lado chegando alguns juristas e doutrinadores a não fazerem diferença entre eles que, como afirmado, são empregados de modo indistinto.<sup>8</sup>

Nota-se que o princípio da proporcionalidade atua como verdadeiro escudo para evitar que as prioridades eleitas pela Constituição Federal sejam feridas, ou até mesmo esvaziadas, por ato legislativo, administrativo e/ou judicial que exceda os limites e avance, sem permissão, na seara dos direitos fundamentais.

Embora possua tamanha relevância, o princípio da proporcionalidade não está expresso na Constituição Federal, sendo, neste contexto, implícito; foi empregado pela primeira vez<sup>9</sup> no ano de 1993, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional do Comércio (CNC) contra a Lei nº 10.248/93, do

6 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 211.

7 SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

8 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 372.

9 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Estado do Paraná, que obrigava os estabelecimentos que comercializavam gás liquefeito de petróleo (GLP) a pesar, à vista do consumidor, cada botijão ou cilindro vendido.<sup>10</sup>

Observa-se, em análise mais aprofundada, que a aplicação do princípio da proporcionalidade consubstancia-se em ponderação de bens na perspectiva das limitações de direitos (inclusive expressamente previstos na Constituição). Portanto, tal restrição deve considerar alguns parâmetros que doutrinariamente são definidos como *adequação, necessidade e proporcionalidade (em sentido estrito)*, sendo certo que um meio é adequado quando promove minimamente o fim; é necessário quando não houver outros meios que possam fomentar igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados; e, quanto ao último (proporcionalidade), quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais.<sup>11</sup>

Enfim, será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais, mais uma vez observadas as circunstâncias do caso concreto.

Deteremos a atenção, a partir deste momento, ao exame das três variáveis acima referidas.

## 2.1 ADEQUAÇÃO

Este aspecto, que governa o conteúdo da normatividade do princípio da proporcionalidade, deve nos dizer se determinada medida representa o *meio certo para levar a cabo um fim* baseado no interesse público. Nesta oportunidade, deve ser examinada a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Esta perspectiva se confinaria e até mesmo se confundiria com a vedação do arbítrio. Ajusta-se, pois, o meio ao fim pretendido, de modo que a medida seja apta a nos guiar à consecução do objetivo escolhido.<sup>12</sup>

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 855- Paraná*. Relator original Min. Octavio Gallotti, relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, de 06.03.2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo497.htm>>. Acesso em 30 mar. 2017.

11 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 195.

12 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 360.

## 2.2 NECESSIDADE

Segundo este aspecto derivado da ideia de proporcionalidade, o meio é necessário se o legislador *não puder atingir o fim almejado sem violar qualquer direito, ou ao menos fazê-lo de modo menos perceptível ao menor número de pessoas, durante o menor lapso de tempo possível, em circunscrição delimitada ao máximo.*

Com efeito, a intervenção pública restritiva de direitos há de revelar seu caráter imprescindível para ser legítima, em consonância com os elementos supramencionados.

## 2.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Os meios adequados deverão ser estritamente os necessários. Se a finalidade pode ser realizada de outras formas, menos incisivas, sobretudo por meio do livre acordo sobre condições adequadas, há que ser priorizado este modo de resolução do problema. Deve-se verificar se *o bem sacrificado não é mais relevante que o tutelado.*

Assim sendo, ainda que o meio seja adequado para atingir um fim desejado, mesmo que não haja outro modo de atingi-lo, deve-se averiguar se o bem sacrificado não é mais importante que o beneficiado. Em tal hipótese, o sacrifício do direito é incabível, conforme defende o professor Pedro Augusto Lopes Sabino.<sup>13</sup>

A adequação visa conferir se os meios ajustam-se aos fins pretendidos na lei, enquanto a necessidade cinge-se aos limites da proibição do excesso, isto é, se não há meio menos gravoso ao direito fundamental a não ser aquele.

Mas existe um ponto ainda a ser mais bem enfrentado: o que Robert Alexy, citado por Willis Santiago Guerra Filho,<sup>14</sup> denomina de ponderação estrito senso, quando o esforço argumentativo é maior e o diálogo apresenta-se como a maior instância de controle da decisão a ser tomada. Segundo Alexy, a fórmula da ponderação resumir-se-ia no seguinte: “quanto mais intensa se

13 SABINO, Pedro Augusto Lopes. Proporcionalidade, razoabilidade e Direito Penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 340, 12 jun. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5328>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

14 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José R. (Org.). *Hermenêutica Plural*; possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”.<sup>15</sup> Portanto, é nos fundamentos justificadores da violação a determinado direito (ou princípio), em favor de outro que venha com ele colidir, que encontramos o ponto nodal do postulado da proporcionalidade.

### 3 PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA ELEITORAL

Feitas estas considerações acerca do princípio da proporcionalidade, cabe abordarmos a atual sistemática da prestação de contas de campanha eleitoral no Brasil.

A legislação eleitoral vigente estabelece a obrigatoriedade de prestação de contas a todos os candidatos (e partidos políticos) que concorrem a cargos eletivos. O Tribunal Superior Eleitoral emite resoluções que disciplinam o processo de prestação de contas, sendo que, nas eleições mais recentes, ocorridas no ano de 2016, o assunto foi tratado na Resolução TSE nº 23.463/2015, segundo a qual:

Art. 41. Devem prestar contas à Justiça Eleitoral:

I - o candidato;

II - os órgãos partidários, ainda que constituídos sob forma provisória:

a) nacionais;

b) estaduais;

c) distritais; e

d) municipais.<sup>16</sup>

A Justiça Eleitoral também desenvolveu o Sistema de Prestação de Contas Eleitorais (SPCE)<sup>17</sup> em que são encaminhados, por meio digital, os dados referentes às prestações, os quais, posteriormente, junto com documentos comprobatórios de receitas e despesas, devem ser apresentados, em suporte impresso, aos competentes órgãos da Justiça Eleitoral.

15 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría dei discursoracional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

16 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.463*, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições de 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234632015.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

17 SISTEMA de Prestação de Contas Eleitorais (SPCE). Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2016/prestacao-de-contas/sistema-de-prestacao-de-contas-eleitorais-spce>>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

Dentre as fases obrigatórias na prestação de contas constaram, na Resolução TSE nº 23.463/2015, as seguintes:

- a) Recebimento de doações financeiras: recebida qualquer doação financeira, partidos e candidatos deveriam enviar a informação à Justiça Eleitoral, por meio exclusivamente eletrônico, via SPCE, no prazo de 72 horas após o recebimento dos valores;
- b) Prestação de contas parcial: deveria ser enviada à Justiça Eleitoral, por meio eletrônico, exclusivamente via SPCE, entre 09 a 13/09/16, referente a toda movimentação financeira, ou, estimável em dinheiro, bem como ausência de movimentação, do período compreendido entre o início da campanha (16/08) até 08 de setembro;
- c) Prestação de contas final: deveria ser enviada à Justiça Eleitoral, por meio eletrônico (SPCE) e protocolo físico de documentos, até 01/11/16, referente a toda movimentação financeira ou estimável em dinheiro (ou ausência de movimentação).<sup>18</sup>

Salienta-se que tamanha é a importância da prestação de contas para a garantia da lisura no pleito eleitoral que, inclusive candidatos que não concorreram (renunciaram, por exemplo) são obrigados a apresentá-la – na mesma situação também se incluem aqueles que concorreram e não tiveram receitas e/ou despesas de campanha.

Uma vez cumpridas as etapas acima elencadas, quando a Justiça Eleitoral tenha a posse das prestações encaminhadas pelo SPCE e dos documentos comprobatórios das receitas e despesas (a exemplo de notas fiscais e recibos eleitorais), tem início a fase de apreciação e julgamento.

### 3.1 JULGAMENTO DE CONTAS DE CAMPANHA PELA JUSTIÇA ELEITORAL

Decorrente do advento da Lei nº 12.034/2009, inovação promovida no âmbito da Justiça Eleitoral diz respeito à obrigatoriedade das prestações de contas de campanha serem apresentadas pelos prestadores com a indicação do advogado que os representarão no processo, juntando, na oportunidade, o instrumento de mandato respectivo.

Vejamos o que dispõe a Resolução TSE nº 23.463/2015:

Art. 41 [...] § 6º É obrigatória a constituição de advogado para a prestação de contas.

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.463*, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições de 2016. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234632015.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

Art. 48. Ressalvado o disposto no art. 57, a prestação de contas, ainda que não haja movimentação de recursos financeiros ou estimáveis em dinheiro, deve ser composta, cumulativamente:

[...]

f) instrumento de mandato para constituição de advogado para a prestação de contas;<sup>19</sup>

Deste modo, a lei em epígrafe conferiu caráter jurisdicional ao processo de prestação de contas de campanha e provocou, assim, a mudança do caráter eminentemente administrativo, até então adotado.

Até aquele momento, o Tribunal Superior Eleitoral se posicionava da seguinte forma:

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ELEITORAL EM PRESTAÇÃO DE CONTAS. AUSÊNCIA DE ARRECADAÇÃO DE RECURSOS. AUSÊNCIA DE GASTOS. DESAPROVAÇÃO. *NATUREZA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO*. FALHAS FORMAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - *A prestação de contas de campanha tem a natureza de procedimento administrativo, cabendo ao julgador analisá-la de acordo com os elementos trazidos aos autos*; 2 - *A entrega intempestiva das parciais da prestação de contas é vício de natureza formal*; 3 - *A prestação de contas final entregue após o prazo fixado pelo caput do art. 38 da Res. TSE n.º 23.376/2012, mas anteriormente ao prazo previsto no § 4º do mesmo artigo, deverá ser analisada, constituindo-se como vício formal, não ensejador de julgamento das contas como não prestadas*; 4 - *Provimento parcial*.<sup>20</sup> (Grifo nosso)

Com o início da vigência da Lei nº 12.034/2009, assim passou a se manifestar:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. *PRESTAÇÃO DE CONTAS. LEI Nº 12.034/2009. CARÁTER JURISDICIONAL DO PROCESSO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. AUSÊNCIA. ARTIGO 13 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO*.

1. *A Lei nº 12.034, de 29.9.2009, ao prever, nos §§ 5º, 6º e 7º do artigo 30 da Lei nº 9.504/97, a possibilidade de interposição de recurso nos processos de prestação de contas, conferiu caráter jurisdicional*

19 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.463*, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições de 2016. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234632015.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

20 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (PE). Recurso Eleitoral nº 160.90- PE. Relator Virgínio Marques Carneiro Leão, data de julgamento: 12 mar. 2013, *DJE- Diário da justiça eletrônico*, tomo 52, 14 mar. 2013, p. 9. Disponível em: < <https://tre-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23345904/recurso-eleitoral-re-16090-pe-repe?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 de mar de 2017.

*a esses processos, antes de índole eminentemente administrativa. 2. Disso resulta que, a partir da entrada em vigor do citado diploma, o exame das contas de campanha se sujeita à observância de todas as formalidades inerentes aos processos judiciais. 3. O recurso eleitoral foi interposto pelo próprio Agravante, que não demonstrou capacidade postulatória. Nos termos do art. 4º da Lei nº 8.906/94, são nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil. 4. Não há falar em violação ao artigo 13 do Código de Processo Civil, pois não se deve confundir capacidade postulatória irregular, vício sanável e passível de correção na instância ordinária, com a falta de capacidade postulatória, de natureza insanável e que não admite regularização. 5. Agravo regimental desprovido.<sup>21</sup> (Grifo nosso)*

Como o processo de exame das contas de campanha passou a ter caráter jurisdicional, ficou sujeito, por consequência, à observância de todas as formalidades inerentes aos processos judiciais – inclusive, aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, cuja utilização, como já dito, de maneira geral não sofre qualquer distinção pela jurisprudência.

Importante chamar a atenção para o fato de, embora não expressamente consignado na Constituição Federal, o princípio da proporcionalidade estar indicado explicitamente na seara eleitoral, mormente nas normas relativas aos processos de prestação de contas.

Assim dispõe a Resolução TSE nº 23.463/2015:

Art. 68. [...]

§ 1º A ausência parcial dos documentos e das informações de que trata o art. 48 ou o não atendimento das diligências determinadas não enseja o julgamento das contas como não prestadas se os autos contiverem elementos mínimos que permitam a análise da prestação de contas.

§ 2º Na hipótese do § 1º, a autoridade judiciária examinará se a ausência verificada é relevante e compromete a regularidade das contas para efeito de sua aprovação com ressalvas ou desaprovação.

§ 3º O partido que descumprir as normas referentes à arrecadação e à aplicação de recursos perderá o direito ao recebimento da cota do Fundo Partidário do ano seguinte, sem prejuízo de responderem os candidatos beneficiados por abuso do poder econômico.

§ 4º Na hipótese de infração às normas legais, os dirigentes partidários poderão ser responsabilizados pessoalmente, em processos específicos a serem instaurados nos foros competentes.

21 BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral: AgR-REsp nº 50947- SP. Relator Min. Laurita Hilário Vaz, data de julgamento: 15 maio 2014. *DJE- Diário da justiça eletrônico*, tomo 107, 10 maio 2014, p. 39. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123291986/agravo-regimental-em-recurso-especial-eleitoral-agr-respe-50947-sp>>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

§ 5º A sanção prevista no § 3º será aplicada no ano seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que desaprovar as contas do partido político ou do candidato, de forma *proporcional* e razoável, pelo período de um a doze meses, ou será aplicada por meio do desconto no valor a ser repassado da importância apontada como irregular, não podendo ser aplicada a sanção de suspensão caso a prestação de contas não seja julgada, pelo juízo ou Tribunal competente, após cinco anos de sua apresentação.<sup>22</sup> (Grifo nosso)

Demonstrada está, portanto, a importância do princípio da proporcionalidade, não só no tocante ao seu regramento constitucional, mas também, especificamente, em relação ao processo de julgamento das prestações de contas de campanha pela Justiça Eleitoral.

Relevante ressaltar, ainda, a vasta utilização do princípio da proporcionalidade no julgamento de tais processos, os quais envolvem uma série de condicionantes e requisitos estabelecidos em resoluções; por vezes, a falta de fiel cumprimento de algum desses dispositivos, que deveria ocasionar as sanções respectivas, termina por gerar conflito entre princípios.

Logo, o julgador, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, embora verifique a violação de determinado dispositivo legal pelo prestador de contas, reconhecendo a prevalência de certo princípio (por exemplo, da soberania popular), por vezes afasta as sanções que incidiriam no caso concreto.

É o que podemos conferir no julgamento abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRESTAÇÃO DE CONTAS. DECISÃO REGIONAL. DESAPROVAÇÃO. IRREGULARIDADE. NÃO-COMPROMETIMENTO DAS CONTAS. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. PRECEDENTES. 1. A rejeição das contas de campanha do candidato ocorreu em face de uma arrecadação estimável em dinheiro, consistente em prestação de serviço por empresa de publicidade, que não foi inicialmente declarada mediante recibo eleitoral ou documento hábil. 2. Esclareceu-se no processo de prestação de contas, por documento apresentado pelo candidato, que esse serviço foi objeto de doação. 3. No julgamento do Agravo de Instrumento n. 4.593, rel. Min. Luiz Carlos Madeira, o Tribunal entendeu que o preenchimento de recibos após a entrega da prestação de contas não enseja rejeição de contas, mas aprovação com ressalvas, em caso que igualmente versava sobre despesa com publicidade inicialmente não declarada. 4. *Consi-*

22 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.463*, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições de 2016. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234632015.html> >. Acesso em: 29 mar. 2017.

*derado o pequeno montante do serviço inicialmente não declarado, que constituiu a única irregularidade averiguada, e não se vislumbrando a má-fé do candidato, dada a posterior justificativa apresentada, é de se aprovar, com ressalvas, a prestação de contas, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes. Recurso provido.<sup>23</sup> (Grifo nosso)*

No caso em tela, nota-se que o prestador de contas deixou de declarar, quando da apresentação da prestação de contas, valores gastos com serviços que foram realizados durante a campanha – circunstância que além de constituir-se afronta à Instrução do TSE que disciplina os gastos e arrecadação de valores, também se enquadra na hipótese de aplicação de sanção prevista no art. 30-A da Lei 9.504/97, que assim dispõe:

Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos.

§ 1º Na apuração de que trata este artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, no que couber.

§ 2º *Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado.[...].<sup>24</sup> (Grifo nosso)*

Ou seja, conquanto tenha o prestador das contas incidido, a primeira vista, em grave irregularidade, com base no princípio da proporcionalidade e sopesando outros princípios de igual valor, não lhe foram aplicadas as sanções previstas em lei, tendo sido as contas julgadas aprovadas com ressalvas.

Resta demonstrada, portanto, a grande relevância que o princípio da proporcionalidade possui na seara eleitoral sendo, repita-se, utilizado de forma reiterada pela Justiça Eleitoral ao julgar as prestações de contas de campanha eleitoral, com vistas a empregar o direito em sua plenitude e evitar, assim, que injustiças sejam cometidas na aplicação da “letra fria da lei” ou,

23 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso em Mandado de Segurança: RMS 551- PA. Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, data de julgamento: 15 maio 2008, *DJ- Diário da Justiça*, 24 jun. 2008. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/918309/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-551-pa/inteiro-teor-100594444?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

24 BRASIL. *Lei n º 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2017.

em outras palavras, buscando adequar a prevalência de princípios de maior relevância no caso concreto, em relação a outros princípios ou normas que eventualmente foram infringidas quando da prestação de contas.

Vale salientar, a título de informação, que, embora este “procedimento” seja adotado atualmente de maneira ampla nos julgamentos das contas, ainda assim, até o ano de 2012, segundo levantamento mais atualizado da Corregedoria do TSE, 21 mil candidatos haviam tido suas prestações desaprovadas pela Justiça Eleitoral<sup>25</sup> – número elevado que aponta tanto para a falta de conhecimento de parcela significativa dos candidatos, quanto para o seu desprezo pelo cumprimento da legislação eleitoral, apesar do “esforço” desta Justiça Especializada em afastar desaprovações ocasionadas por inobservância de meros requisitos formais, ou mesmo quando as irregularidades não são tão expressivas a ponto de comprometerem a prestação de contas em sua integralidade.

#### 4 CONCLUSÃO

Com efeito, na dinâmica da Justiça Eleitoral, em especial após a edição da Lei nº 12.034/09, o princípio da proporcionalidade tem sido cada vez mais utilizado pelo TSE em julgamentos de contas de campanha eleitoral, com aplicação reiterada dos parâmetros ora delineados, cuja presença encontra-se, inclusive, de forma expressa no referido Diploma.

Em tal contexto, na tônica da ponderação de princípios e a lei, na análise do caso concreto, há que ser considerada a conduta individualizada de cada candidato (ou partido político), sob pena de serem produzidas verdadeiras injustiças abrigadas pelo legalismo exacerbado defendido por alguns operadores do Direito Eleitoral.

Na linha da atual jurisprudência do TSE, sendo manifesto o compromisso do candidato prestar contas de forma transparente, possibilitando a efetiva fiscalização e controle dos gastos e receitas por parte da Justiça Eleitoral, em caso de eventuais falhas, deve a circunstância ser levada em consideração, dosando-se a aplicação de severas sanções mediante a utilização do princí-

25 PGR pede que candidatos com contas rejeitadas sejam impedidos de receber quitação eleitoral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=228697>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

pio da proporcionalidade (e da razoabilidade que, conforme exposto acima, têm sido tratados quase que como sinônimos pela jurisprudência eleitoral).

Eventuais erros formais, despidos de má-fé, nesta perspectiva, devem ser superados, ensejando, inclusive, possível aprovação das contas partidárias, ainda que com ressalvas – conforme tem-se posicionado, reiteradamente, o TSE.

Não restam dúvidas quanto ao fato de que a lei é, e continuará sendo, o ato oficial de maior realce na vida política, por meio da qual se dão as intervenções que alteram a situação dos jurisdicionados. No entanto, a aplicação consciente de princípios constitucionais, como acima mencionado, há que se fazer imprescindível na atual conjuntura de maneira a proporcionar o aprimoramento da aplicação da justiça, bem como da própria cidadania no País.

## REFERÊNCIAS

262

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría dei discursoracional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. *Lei n° 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 855- Paraná*. Relator original Min. Octavio Gallotti, relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, de 06.03.2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo497.htm>>. Acesso em 30 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral (PE). Recurso Eleitoral nº 160.90- PE. Relator Virgínio Marques Carneiro Leão, data de julgamento: 12 mar. 2013,

*DJE- Diário da justiça eletrônico*, tomo 52, 14 mar. 2013, p. 9. Disponível em: <<https://tre-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23345904/recurso-eleitoral-re-16090-pe-repe?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 de mar de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral: AgR-REsp n.º 50947- SP. Relator Min. Laurita Hilário Vaz, data de julgamento: 15 maio 2014,. *DJE- Diário da justiça eletrônico*, tomo 107, 10 maio 2014, p. 39. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123291986/agravo-regimental-em-recurso-especial-eleitoral-agr-respe-50947-sp>>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso em Mandado de Segurança: RMS 551- PA. Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, data de julgamento: 15 maio 2008, *DJ- Diário da Justiça*, 24 jun. 2008. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/918309/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-551-pa/inteiro-teor-100594444?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Resolução nº 23.463*, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições de 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234632015.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

CONSTITUIÇÃO de 1988 fortaleceu a cidadania do trabalhador. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/10/01/constituicao-de-1988-fortaleceu-a-cidadania-do-trabalhador>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2006.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José R. (Org.). *Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 394.

JUSTIÇA Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/justica-eleitoral>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

PGR pede que candidatos com contas rejeitadas sejam impedidos de receber quitação eleitoral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=228697>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. Proporcionalidade, razoabilidade e Direito Penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 340, 12 jun. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5328>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

SISTEMA de Prestação de Contas Eleitorais (SPCE). Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2016/prestacao-de-contas/sistema-de-prestacao-de-contas-eleitorais-spce>>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

## INELEGIBILIDADES ORIUNDAS DA ELEIÇÃO: CONTAGEM DO TEMPO

Olivar Coneglian \*

Fabiola Roberti Coneglian \*\*

### RESUMO

A inelegibilidade pode ser considerada sanção ou condição negativa a impedir que um nacional se apresente como candidato a cargos eletivos e, dependendo da sua natureza, pode retroagir. O trabalho destaca a inelegibilidade inata, que é aquela que não depende de sentença judicial negativa ou de fato administrativo negativo, e a inelegibilidade cominada, que é aquela que decorre de uma sentença judicial negativa ou procedimento administrativo com carga negativa em razão de fato desabonador da conduta do nacional e foi desenvolvido levando em consideração quando se deu a inelegibilidade para, então, se saber quando ela encerra. Se a causa nasceu de ilícito eleitoral, a contagem do tempo de inelegibilidade deve ser feita no tempo de três eleições, ou contando-se o tempo ano a ano, e não dia a dia.

Palavras-chave: Inelegibilidade. Sanção. Condição subjetiva negativa. Retrospectividade. Contagem de tempo.

### ABSTRACT

Ineligibility may be considered a penalty or a negative condition to prevent a national from standing as a candidate for elective office and, depending on its nature, it may be retroactive. The paper highlights innate ineligibility,

\* Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral – IBRADE e do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral – IPRADE. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná – IAPR. Professor. Advogado. Juiz de direito aposentado. Conferencista e escritor.

\*\* Mestranda pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Especialista em Processo Civil pela Universidade Católica do Paraná e em Direito Eleitoral pela Universidade Positivo/Paraná. Advogada. Professora Auxiliar da Universidade Tuiuti do Paraná. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PR. Membro do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral – IPRADE.

which does not depend on a negative judicial decision or a negative administrative fact, and the comminuted ineligibility, which is the result of a negative judicial decision or administrative procedure with a negative charge due to the degrading fact of the national conduct, and it was developed considering when the ineligibility occurs to, then, know when it ends. If the cause arose as an electoral offense, the count of the time of ineligibility must be made in the time of three elections, or the time must be counted year by year, but not day by day.

Keywords: Ineligibility. Penalty. Negative subjective condition. Retrospectivity. Time counting.

## 1 INTRODUÇÃO

O art. 1º da Lei Complementar 64/90<sup>3</sup> dispõe sobre as inelegibilidades,

3 Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

- a) os inalistáveis e os analfabetos;
- b) os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura
- c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;
- d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;
- e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:
  1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;
  2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;
  3. contra o meio ambiente e a saúde pública;
  4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;
  5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;
  6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
  7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;
  8. de redução à condição análoga à de escravo;
  9. contra a vida e a dignidade sexual; e
  10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;
- f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos;
- g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;
- h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida

e as apresentadas pelas alíneas “d”, “h” e “j”, do inciso I, devem existir por um tempo de oito anos a partir da eleição em que houver o ilícito que levou à inelegibilidade.

As três alíneas acima apontadas mostram inelegibilidades nascidas da eleição, do próprio processo eleitoral.

A inelegibilidade da alínea “d” deriva de abuso de poder econômico ou político e se aplica ao concorrente à eleição que tenha praticado a conduta ilícita dentro do processo eleitoral ou ao menos com a finalidade eleitoral. A da alínea “h” também deriva de abuso de poder econômico ou político, e atinge o detentor de cargo na administração pública que exercite o abuso eleitoral, quer a favor de sua própria candidatura, quer a favor de candidatura de terceiro.

- 
- por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;
- i) os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade;
  - j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição;
  - k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura;
  - l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;
  - m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário;
  - n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude;
  - o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário;
  - p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;
  - q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos; [...]

A sanção de inelegibilidade da alínea “j” fere os condenados por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha, ou por conduta vedada.

Uma rápida análise de todas as causas de imposição da inelegibilidade previstas nas várias alíneas do inciso I do art. 1º da LC 64/90 mostram o seguinte: a) a inelegibilidade prevista na alínea “a” (inalistáveis e analfabetos) não tem finalidade punitiva, mas apenas busca garantir que os nacionais propensos a se submeter ao voto popular não estejam em condições tais que teriam dificuldade de exercer qualquer mandato; b) a inelegibilidade prevista na alínea “i” do inciso I constitui apenas elemento de cautela da lei em relação àqueles que tenham exercido cargo ou função de direção nos estabelecimentos que descreve, e que sofram processo de liquidação; c) as inelegibilidades contempladas nas alíneas “b”, “c”, “f”, “g”, “k”, “l”, “m”, “o”, “q” se caracterizam como elemento a mais de sanção, sendo que a sanção primária não decorre de decisão da Justiça Eleitoral; d) a inelegibilidade prevista na alínea “e” atinge os condenados pela prática de alguns crimes. Com exceção do crime eleitoral (*crime nº 4 da alínea “e”*) ao qual se comina pena privativa de liberdade, que é processado perante o juiz eleitoral respectivo, todos os outros são crimes não eleitorais, desenvolvem-se perante juízos comuns, e o reflexo eleitoral é a aplicação da inelegibilidade, além da pena principal cominada a tais crimes; e) as inelegibilidades previstas nas alíneas “n” e “p” são inelegibilidades declaradas em processos de cunho eleitoral, mas sua aplicação se faz após o julgamento das ações eleitorais, ou seja, não se vinculam às datas das eleições.

Dessa forma, apenas as inelegibilidades previstas nas alíneas “d”, “h” e “j” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90 derivam de condutas típicas do processo eleitoral, são processadas perante a Justiça Eleitoral, são aplicadas a partir do julgamento por colegiado ou a partir do trânsito em julgado, mas com data de vigência marcada pela data da eleição em que a conduta foi praticada: oito anos a partir da data da eleição.

## 2 INELEGIBILIDADE: SANÇÃO OU CONDIÇÃO SUBJETIVA NEGATIVA

As inelegibilidades previstas nos incisos abordados são sanções, pois representam a resposta da sociedade às condutas ilícitas capazes de conspurcar o processo eleitoral. Mesmo não erigidas à condição de crime eleitoral, as condutas contempladas nos três incisos constituem ofensa à dignidade do processo eleitoral, daí que a resposta, na forma de inelegibilidade, se traduz como o castigo para o político praticante da conduta.

A respeito de inelegibilidade como sanção, cumpre fazer algumas observações.

O castigo, qualquer castigo, é uma retribuição negativa ao malfeito. Vai desde um castigo apenas psicológico, como o impedimento a assistir ao jogo de futebol, passa por correção física (uma palmada), e chega até mesmo à pena aplicada a crimes. A sanção é um castigo geral, com conceito jurídico, e se aplica como consequência à violação de um preceito legal.

A pena é a sanção aplicada a quem viola um preceito jurídico de ordem criminal.

No linguajar cotidiano, sem carga jurídica, os conceitos de castigo, sanção e pena se confundem, são quase sinônimos. Na esfera jurídica, cada um desses signos possui significado mais conciso. Poder-se-ia dizer, juridicamente, que o signo “castigo” tem espectro amplo e contém em si o próprio significado não jurídico e também os significados jurídicos contidos nos signos “sanção” e “pena”. No entanto, a criminologia moderna não vê a “pena” como um castigo, mas como um elemento de recuperação do indivíduo violador dos preceitos criminais.

Para o campo deste estudo, comporta afirmar que os signos “castigo”, “sanção” e “pena” se aplicam sempre como reprimenda a uma ação violadora de preceitos, e consistem sempre numa subtração de condutas, numa restrição de atividade, além de outros elementos.

No julgamento da ADC 29/DF,<sup>4</sup> ocorrido em 16 de fevereiro de 2012, o Ministro Luiz Fux, Relator, explicitou que “a inelegibilidade não é sanção”, mas tão somente uma condição negativa a impedir que um nacional se apresente como candidato a cargos eletivos.

Havia, naquele momento histórico do Supremo Tribunal Federal, a tendência a aplicar os formatos da inelegibilidade desenhados pela nova Lei Complementar 135/2010 a fatos pretéritos já julgados dentro dos parâmetros da Lei Complementar 64/90 ainda não modificados pela LC 135/2010. Por isso, para aplicar as novas sanções da LC 135/2010 a fatos pretéritos, era também necessário que a inelegibilidade não fosse considerada sanção. Para chegar a essa conclusão, e para fugir do conceito de “irretroatividade da lei”, o Ministro Relator foi buscar lição de Canotilho, que se referiu a uma “retrospectividade” apta a deslocar o foco da retroatividade. Tratar-se-ia de uma “inelegibilidade não autêntica”. Como “a inelegibilidade não é sanção”, poderia ela ser aplicada a fatos pretéritos na formulação legislativa atual, ainda que esta não a previsse anteriormente, ou a previsse em condições mais brandas que agora.

Dessa forma, a inelegibilidade formatada pela LC 135/2010 pôde ser aplicada integralmente, nas eleições de 2012 e seguintes, para todo e qualquer fato gerador dela que tivesse ocorrido anteriormente à existência da própria lei, e também essa inelegibilidade pôde ser aplicada a fatos desse tipo com a mesma carga da LC 135/2010, ainda que o fato estivesse previsto com carga negativa menor na LC 64/90 ainda não modificada. Com o respaldo do Supremo, toda jurisprudência do TSE aplicada às eleições de 2012, concernente à inelegibilidade, afirmou que “a inelegibilidade não é pena”, como, por exemplo, o julgamento proferido no Recurso Ordinário nº 229362, de relatoria do Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior.<sup>5</sup>

Assim, tanto pela ótica do julgado do Supremo, como pela ótica da

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29/DF*. Relator: Min. Luiz Fux, julgamento: 16 fev. 2012, DJe-127, publicado em 29 jun. 2012. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso: 5 set. 2017.

5 RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO ESTADUAL. INELEGIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010 ÀS ELEIÇÕES 2010. CONDENAÇÃO COLEGIADA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 1º, I, I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. NECESSIDADE DE PRÁTICA DE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE QUE IMPORTE, SIMULTANEAMENTE, ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO CANDIDATO E LESÃO AO ERÁRIO. ARTS. 9º E 10 DA LEI Nº 8.429/92. PROVIMENTO.

jurisprudência do TSE, ficou entendido que a inelegibilidade não se alça à categoria de sanção, devendo ser considerada como uma condição subjetiva negativa a impedir o nacional de se apresentar como candidato aos cargos eletivos.

### 3 A INELEGIBILIDADE E A RETROSPECTIVIDADE

Pedro Henrique Távora Niess dá a seguinte definição de inelegibilidade:

A inelegibilidade consiste no obstáculo posto pela Constituição Federal ou por lei complementar ao exercício da cidadania passiva, por certas pessoas, em razão de sua condição ou em face de certas circunstâncias.<sup>6</sup>

Adriano Soares da Costa a define assim: “A inelegibilidade é o estado jurídico de ausência ou perda de elegibilidade.”<sup>7</sup>

José Jairo Gomes aprofunda o conceito:

Denomina-se inelegibilidade ou ilegibilidade o impedimento ao exercício da cidadania passiva, de maneira que o cidadão fica impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político-eletivo. Em outros termos, trata-se de fator negativo cuja presença obstrui ou subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional, tornando-o inapto para receber votos e, pois, exercer mandato representativo. Tal impedimento é provocado pela ocorrência de determinados fatos previstos na Constituição ou em lei complementar. Sua incidência embaraça a elegibilidade, esta entendida como o direito subjetivo público de disputar cargo eletivo.<sup>8</sup>

[...]

2. A inelegibilidade não constitui pena, mas sim requisito a ser aferido pela Justiça Eleitoral no momento do pedido de registro de candidatura, razão pela qual a ela não se aplicam os princípios constitucionais atinentes à eficácia da lei penal no tempo. Precedentes.

3. ....

[...]

5. Recurso ordinário provido. (Recurso Ordinário nº 229362, Acórdão de 26/05/2011, Relator(a) Min. ALDIR GUILMARÃES PASSARINHO JUNIOR, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 20/06/2011, Página 45).
6. NIESS. Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000. p. 23.
7. COSTA. Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 145.
8. GOMES. José Jairo Gomes. *Direito Eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 147.

A inelegibilidade sempre foi considerada como decorrente de um fato pretérito a produzir efeitos para o futuro, para a candidatura a ser posta.

Também sempre se olhou a inelegibilidade como existente em tempo determinado: ou até que cessasse a causa de sua existência, ou até que passasse o tempo para o qual ela foi imposta.

Assim, se João era inelegível para o cargo de prefeito porque seu irmão era governador, recuperaria ele a elegibilidade para a eleição futura no momento em que seu irmão deixasse de ser governador. Se João era inelegível porque era secretário da prefeitura, deixava essa condição de secretário e recuperava a elegibilidade se fosse demitido no tempo certo de desincompatibilização. Nesse caso, a recuperação da elegibilidade dependia da vontade do nacional.

Se João era inelegível por três anos em vista de sentença de cunho negativo na esfera eleitoral, recuperava sua condição de elegibilidade no momento em que a restrição completasse os três anos. João nada podia fazer, a não ser esperar o tempo passar.

Com o advento da Lei Complementar nº 135/2010, que modificou a LC 64/90 – Lei das Inelegibilidades –, houve nova modulação ou novo enfoque a respeito da inelegibilidade.

Segundo o Ministro Luiz Fux, em seu voto na ADC 29/2012, a inelegibilidade, por não ser sanção, poderia ser aplicada a fatos pretéritos, por meio da retrospectividade, desde que não esgotado o tempo de sua vigência. E nesse sentido, aplicou-se como tempo de vigência não aquele que estava na lei no momento em que praticado o fato, mas o tempo previsto na LC 135/10, como se esse tempo, aplicado retrospectivamente, atingisse o fato plenamente. Exemplifica-se: em 2012, Praxedes queria se candidatar a prefeito. Foi candidato em 2008, e nessa campanha foi condenado por abuso de poder econômico, com a aplicação da inelegibilidade por três anos; em 2011 já teria cumprido o tempo, mas em 2010 veio a LC 135, que alargou o tempo para oito anos; embora a sentença lhe tivesse imposto uma inelegibilidade de três anos, pela nova modulação deveria ele cumprir o tempo de oito anos.

Nem a lei, nem a jurisprudência, foram neutras na análise da inelegibilidade alargada com a LC 135/2010.

A lei nasceu, é certo, da necessidade de se colocar um freio a fatos abrangidos pelo signo elástico “corrupção”. Nasceu ela no seio da sociedade, e foi colocada no Congresso não por um congressista, mas pela vontade de mais de um milhão de pessoas que assinaram o projeto de lei de iniciativa popular.

A jurisprudência apoiou a intenção popular, fazendo aplicar a lei com rigorismo e com o sinete da retroatividade (retrospectividade), para alcançar fatos desabonadores de condutas praticados ao longo da década anterior ao surgimento da própria lei.

Já a doutrina se dividiu entre dois polos.

É necessário constatar que a imensa maioria dos eleitoralistas aceitava uma lei mais rigorosa quanto à inelegibilidade.

Assim, quando se fala em “dois polos”, não se fala em um segmento da academia que aceitava maior rigor, e outro que queria o mesmo “*statu quo*” ou até o abrandamento. Os dois segmentos aceitaram e até desejaram a nova lei, mas se colocaram em posições opostas apenas em dois pontos: 1) aplicar a retroatividade ou não aplicar; 2) o tempo de inelegibilidade deveria ser único, oito anos para qualquer caso, ou deveria haver gradação de acordo com a gravidade da conduta ilegal?

É claro que essas questões não são tão simplórias. Para abraçar uma posição, ou outra, cada estudioso exercitou raciocínios lógicos, cada um buscou esgrimir conceitos profundos. Mas o resultado final foi esse: duas posições antagônicas na aplicação da retroatividade, e duas posições antagônicas em relação ao tempo. Isso do ponto de vista acadêmico, já que, na prática dos processos, sobressaiu o peso da jurisprudência, inclinada para um só lado, o da aplicação do efeito retroativo, e o peso da lei que fixou oito anos.

#### **4 A INELEGIBILIDADE INATA E A INELEGIBILIDADE COMINADA**

Há, em verdade, vários tipos de inelegibilidade. Vê-se na doutrina a classificação das inelegibilidades dependentes do ângulo de visão. Assim, há inelegibilidades constitucionais e infraconstitucionais; inelegibilidades inatas

e cominadas, e outras. Mas nesse trabalho interessa olhar a inelegibilidade em sua natureza, a partir do fator “nascimento”, ou, na linguagem econômica, do “fato gerador”.

Em seu livro *Teoria da Inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral*,<sup>9</sup> mais tarde reformulado, em edições posteriores, com o nome de *Instituições de Direito Eleitoral*, Adriano Soares da Costa fez um estudo científico da inelegibilidade, e a classificou em dois signos bastante fortes: inelegibilidade inata e inelegibilidade cominada.

Todo raciocínio do ilustre alagoano parte do princípio de que só é elegível aquele que obtém o registro de candidatura, sendo o registro o ato jurídico que deflagra a própria elegibilidade: só é elegível quem está registrado validamente como candidato.

Deixando de lado essa sutileza doutrinária, que aqui se deixa de lado apenas didaticamente, para que se possa fazer a análise da inelegibilidade como está na doutrina mais clássica, pode-se olhar a inelegibilidade em sua dúplice vertente: a inata e a cominada.

Grosso modo, a inelegibilidade inata, que estes escribas preferem denominar “neutra”, é aquela que não depende de sentença judicial negativa ou de fato *administrativo* negativo, ou seja, não se coloca como o afastamento do nacional de uma eventual candidatura por causa de um fato desabonador de sua própria conduta. É o caso, por exemplo, do irmão do prefeito que não pode ser candidato a prefeito no mesmo município em que seu irmão está finalizando o segundo mandato consecutivo.

Já a inelegibilidade cominada é aquela que decorre de uma sentença judicial negativa ou procedimento administrativo com carga negativa em razão de fato desabonador da conduta do nacional.

A inelegibilidade dita cominada, ou sancionatória, decorre de sentença ou decisão negativa, quer de sentença que explicitamente imponha a inelegibilidade, *verbi gratia*, uma sentença em investigação judicial eleitoral por abuso de poder econômico, quer em sentença em que a inelegibilidade

<sup>9</sup> COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

fica implícita, como ocorre em sentença criminal condenatória de um dos crimes previstos na alínea “e” do inciso I do art. 1º da LC 64/90, quer, ainda, em uma decisão administrativa, como a do Tribunal de Contas que rejeita a conta de um vereador.

Aristófanês não pode ser candidato a prefeito porque seu irmão é o atual prefeito em segundo mandato (*art. 14, §7º, da CF*). Xenofonte não pode ser candidato a prefeito porque teve reprovadas suas contas do tempo em que foi presidente da Câmara Municipal (*art. 1º, inciso I, g, da LC 64/90*). A inelegibilidade que atinge Aristófanês não é igual à que atinge Xenofonte:

– Aristófanês não pode ser candidato a prefeito no município de Tuiuiu, onde seu irmão é prefeito, mas pode ser candidato a prefeito em todos os outros municípios brasileiros; sua “inelegibilidade inata ou neutra” é parcial;

– Xenofonte não pode ser candidato em nenhum município brasileiro; sua “inelegibilidade cominada” é total;

– Aristófanês pode ser candidato a qualquer outro cargo estadual (deputado, senador, governador) e a presidente da República; se já era vereador, pode se candidatar a vereador; trata-se de “inelegibilidade neutra” parcial;

– Xenofonte não pode ser candidato a nada: “inelegibilidade cominada” total;

– a inelegibilidade de Aristófanês não tem um tempo determinado; como seu irmão foi prefeito em duas gestões consecutivas, Aristófanês fica inelegível ao cargo de prefeito no mesmo município no mandato seguinte;

– a inelegibilidade de Xenofonte dura oito anos após o julgamento das contas.

Tome-se o caso de um ministro de Estado ou de um secretário de Estado. Ele não poderá ser declarado candidato se continuar como ministro ou como secretário. Seu pedido de registro será indeferido. Mas se ele deixar o ministério ou a secretaria seis meses antes do pedido de registro, poderá ser candidato. Nesse caso, e em muitos outros em que se exige a desincompatibilização, a marca de “inelegível” só existe se ao mesmo tempo existir o exercício do cargo de ministro ou de secretário. Nesse caso, não se pode falar em sanção, mas apenas na falta de uma condição pessoal, uma circunstância que pode desaparecer com um ato jurídico praticado pelo

nacional inelegível: ele pede exoneração do cargo de ministro e imediatamente adquire a condição que não tinha até aquele momento. Vale dizer: a inelegibilidade pode desaparecer por ato voluntário do nacional inelegível.

Tome-se o caso, agora, de um nacional que esteja respondendo a processo por crime eleitoral. Ele foi condenado no juízo eleitoral e recorreu. E então seu recurso não foi provido pelo Tribunal. Ele ingressa com recurso especial. Desde o momento em que o Tribunal Regional o julgou e manteve a condenação, ele está inelegível. Vamos supor que seu recurso demore uns dois anos para ser julgado no TSE. Nesse tempo, ele fica inelegível. Vamos supor ainda que o TSE mantenha a sentença de condenação. Então ele vai cumprir a pena, e durante o cumprimento ele está com os direitos políticos suspensos, vale dizer, também inelegível. Depois do cumprimento da pena, ele fica inelegível por mais oito anos.

276

Ou seja: a inelegibilidade de oito anos não é uma inelegibilidade de oito anos: é muito mais. Foi por isso que o Ministro Luiz Fux entendeu, em seu voto, que o tempo de inelegibilidade imposto antes do trânsito em julgado da sentença deveria ser descontado do tempo de oito anos. No exemplo dado, caso o julgamento pelo TSE demorasse três anos – e nesse tempo o nacional ficou inelegível – esse tempo de três anos deveria ser diminuído do tempo de oito anos. Nesse aspecto, o voto do Min. Luiz Fux foi vencido. A lógica não prevaleceu.

A partir da sanção da LC 135/10, a jurisprudência, na esteira do julgamento da ADC 29/2012, passou a entender que “a inelegibilidade não é sanção”.

Como decorrência lógica desse postulado, desse verdadeiro dogma, passou-se a admitir que a inelegibilidade poderia e deveria ser aplicada a fatos pretéritos (retroatividade ou retrospectividade).

Dessa forma, para muitos fatos ocorridos na década 2000/2010, ou seja, na década anterior ao nascimento da norma (LC 135/10) aplicou-se o disposto na norma nascida depois.

Agora, observe-se:

a) Estefânio foi secretário municipal de 2006 a 2009; em 2011 Estefânio voltou a ser secretário municipal; em 2012, Estefânio foi candidato a vereador no mesmo município em que fora secretário; para isso, no início de abril de

2012, pediu exoneração do cargo de secretário (*desincompatibilização*, art. 1º, VII, “a”, da LC 64/90); seu registro como candidato foi deferido;

b) Romualdo foi vereador de 1997 a 2000; nesses dois últimos anos (1999/2000), exerceu a presidência da Câmara de Vereadores; problemas em sua prestação de contas junto ao Tribunal de Contas estadual geraram a desaprovação de contas; Romualdo ingressou com diversos recursos junto ao Tribunal de Contas, mas as contas acabaram por ser rejeitadas em definitivo em 8 de dezembro de 2005; a partir desse momento, Romualdo ficou inelegível por cinco anos (art. 1º, I, “g”, da LC 64/90); em 2012, Romualdo quis se candidatar a vereador, mas seu registro foi negado porque a LC 135/10 entrou em vigor em junho de 2010 e atingiu sua situação e dessa forma a inelegibilidade de cinco anos prevista na antiga LC 64/90 passou a ser de oito anos pelo disposto na nova redação da alínea “g”, agora aplicada retroativamente, retrospectivamente.

Continue a se observar: se para Romualdo foi utilizado o critério da retroatividade, com impedimento a sua candidatura, poder-se-ia aplicar também para Estefânio a retroatividade, pelo fato de ele ter ficado “inelegível” no primeiro tempo (2006 a 2009) em que foi secretário municipal? Não! E se pergunta: por que não pode isso?

A resposta é a seguinte: porque a inelegibilidade de Estefânio, na primeira vez em que foi secretário, acabou por vontade dele no momento em que ele se afastou da secretaria. E isso aconteceu também na segunda vez: afastou-se no tempo certo, voltou a ter condições de se candidatar.

Mas essa resposta simples poderia ser dada de outra forma: não se aplica a retroatividade para Estefânio porque se trata de inelegibilidade neutra, ou inata, ou condicionada. E se aplica retroativamente a inelegibilidade a Romualdo porque a inelegibilidade dele é de outro tipo: cominada, sancionatória.

Assim, vê-se que no postulado “a inelegibilidade não é sanção” e na conclusão “por isso pode ser aplicada retroativamente” temos um sofisma, pois a conclusão se baseia num postulado falso (“a inelegibilidade não é sanção”). O termo “sofisma”, aí no caso, está aplicado tecnicamente, com alto teor acadêmico e nenhuma inflexão pejorativa.

Nos dois casos acima, montados a fim de desenvolver o raciocínio, constata-se que somente quando a inelegibilidade é sanção é que pode ser aplicada retroativamente, o mesmo não podendo acontecer com a inelegibilidade neutra ou inata.

Retornando às alíneas «d», «h» e «j», do artigo 1º, da Lei Complementar 64/90.

Essas três alíneas preveem a aplicação da inelegibilidade em razão de conduta ilegal do nacional, ou seja, trata-se de inelegibilidade cominada, sancionatória: a inelegibilidade decorrente da aplicação das alíneas “d”, “h” e “j” do inciso I é inelegibilidade sancionatória, é sanção.

O TSE, a partir da constatação de redações diferentes para as inelegibilidades das alíneas “d” e “h” em relação à alínea “j”, em algumas passagens de julgamentos considerou que havia uma interpretação diferente, ou uma aplicação diferente para cada uma dessas alíneas, mas em outras passagens consignou a igualdade de significado entre as duas redações.

As alíneas “d” e “h” consignam que se aplicará a inelegibilidade “para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes”. A alínea “j” dispõe que se aplica a inelegibilidade “pelo prazo de 8 (anos) a contar da eleição”.

Leia-se, a propósito, o acórdão proferido no REspe nº 74-27.2012.6.16.0116/PR,<sup>10</sup> que justamente consigna que, ainda que com redações diferentes, o significado contido nas três alíneas é um só: inelegibilidade por oito anos a contar da data da eleição.

## 5 TEMPO OU PRAZO?

Durante muito tempo, houve o costume de se marcar a eleição para o dia 3 de outubro, independentemente do dia da semana. O dia da eleição

10 RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2012. REGISTRO DE CANDIDATURA. CONTAGEM DO PRAZO. ART. 1º, I, J, DA LC Nº 64/90. TRANSCURSO DO PRAZO. ALTERAÇÃO JURÍDICA SUPERVENIENTE. CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO. 1. O prazo de inelegibilidade de 8 (oito) anos previsto na alínea j do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90 deve ser contado da data da eleição, como disciplina o art. 132, § 3º, do Código Civil, expirando no dia de igual número de início. 2. Considera-se alteração jurídica superveniente, enquadrável na ressalva do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97, o transcurso do prazo de inelegibilidade verificado até a data do pleito, o qual, por se tratar de evento futuro e certo, é passível de reconhecimento na data do pedido de registro do candidato. 3. Recurso especial provido. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 7427 - FÊNIX – PR, Acórdão de 09 out. 2012. Relatora Min. Laurita Hilário Vaz, Relatora designada Min. Luciana Christina Guimaraes Lóssio, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data: 09 out. 2012).

era feriado. Assim, foram eleitos em 3 de outubro Getúlio Vargas em 1950, Juscelino em 1955, Jânio Quadros em 1960.

Passado o período de governos militares, leis do ano foram determinando as datas das eleições. Assim, a Lei nº 7.773/89 marcou a data para a eleição de presidente e vice-presidente para o dia 15 de novembro de 1989. Com exceção dessa eleição, as seguintes foram marcadas para o dia 3 de outubro: eleições municipais de 1992 (*Lei nº 8.214/91*); eleições gerais – presidente, vice-presidente, governador, vice-governador, senador, deputados – de 1994 (*Lei nº 8.713/93*); eleições municipais de 1996 (*Lei nº 9.100/95*).

A Constituição de 1988, em sua redação original, estabeleceu que a eleição para os cargos executivos – presidente, governador e prefeito – deveria ocorrer noventa dias antes do término do mandato. Como todos os mandatos executivos terminavam no dia 1º de janeiro, o nonagésimo dia anterior era sempre 3 de outubro.

Assim, as eleições brasileiras, com alguma exceção, sempre eram marcadas para o dia 3 de outubro.

A Emenda Constitucional nº 16/1997, além de criar a reeleição para os cargos executivos – presidente, governador e prefeito – fixou as eleições para o primeiro domingo de outubro, e para o último domingo de outubro para eventual segundo turno (*arts. 28, 29, II, 77 e 82 da CF*).

As datas para as eleições dos cargos legislativos – senador, deputado, vereador – não tiveram amparo constitucional. Sempre foram marcadas por leis ordinárias, e de preferência eram realizadas em conjunto com a eleição dos cargos executivos.

Feitas essas considerações, faz-se a pergunta: nas inelegibilidades previstas nas alíneas “d”, “h” e “j”, como se conta o tempo de oito anos?

A resposta parece simples: a contar da eleição.

É isso que o presente trabalho pretende responder.

A matéria está sumulada. A Súmula nº 19 do TSE é bastante clara:

O prazo de inelegibilidade decorrente da condenação por abuso do poder econômico ou político tem início no dia da eleição em que este se verificou e finda no dia de igual número no oitavo ano seguinte (art. 22, XIV, da LC nº 64/90).<sup>11</sup>

11 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula nº 19. Disponível em : <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-elei->

A título de registro histórico, a Súmula 19 tinha outra redação, e foi modificada em julgamento ocorrido em 10.5.2016, para se adaptar à nova redação do inciso XIV do art. 22 da LC 64/90.

Dessa forma, aplicando-se a Súmula 19, do TSE, se uma eleição ocorreu no dia 4 de outubro, a inelegibilidade em relação a essa eleição finda no dia 4 de outubro do oitavo ano seguinte.

Parece, pois, que está dada a resposta para a pergunta feita acima: a contagem de oito anos se faz tomando como dia do início o dia mesmo da eleição em que se deu a infração, e a partir daí se contam oito anos, para que a inelegibilidade se esgote no dia do oitavo ano igual ao dia da eleição em que começou a inelegibilidade.

Mesmo sabendo que a questão parece simples e que a forma de contagem está sumulada, ainda assim ousa-se fazer algumas observações sobre o tema, pois há quatro aspectos relevantes.

O primeiro aspecto tem a ver com o significado dos termos jurídicos “prazo” e “tempo”.

Volta-se à Súmula 19: “O prazo de inelegibilidade decorrente da condenação por abuso do poder econômico ou político tem início...”

Já aí, encontra-se um problema, pois prazo e tempo não são a mesma coisa.

O prazo é referencial do tempo, está dentro do tempo, estabelece tempo, é um tempo dentro do tempo. O tempo é a medida de duração dos fenômenos. O prazo é o espaço de tempo dentro do qual se deve fazer alguma coisa.

O prazo tem dentro de si o conceito de tempo. Todo prazo é tempo, mas nem todo tempo é prazo.

Elcir Castello Branco traz preciosa lição a respeito do assunto, em que se pode alçar o seguinte:

O lapso de tempo necessário à prática de um ou mais atos configura o prazo.  
De maneira mais sucinta, se diz que prazo é o período de tempo compreendido entre dois termos.<sup>12</sup>

---

toral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-nb0-19>. Acesso: 5 set. 2017.

12 BRANCO, Elcir Castello. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

É preciso constatar: muitas vezes a lei se refere a “prazo”, quando deveria dizer “tempo”. Assim, quando na alínea “j” consigna que a inelegibilidade é “*pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição*”, deveria dizer “pelo tempo” e não pelo “prazo”. A Súmula 19 fala em “prazo”, quando deveria conter “tempo”. Ali não se trata de um “tempo” dado a alguém para ele fazer alguma coisa, mas de um tempo fixo imutável em que o nacional “espera”. Fosse um prazo, o cidadão poderia fazer em qualquer momento o que lhe tinha sido designado, e então o prazo estaria esgotado, mesmo que ainda sobrasse tempo.

## 6 O TEMPO DA INELEGIBILIDADE E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

No referido acórdão proferido no REspe nº 74-27.2012.6.16.0116/PR do TSE, que vai servir de base para a discussão aqui engendrada, foi trazido à baila o art. 132 do Código Civil, que consigna a forma de contagem do prazo: exclui-se o dia do começo e inclui-se o do vencimento. Nesse aspecto, há um equívoco ao se invocar o parâmetro do art. 132 da legislação civil, que estabelece a forma de contagem do “prazo”, e não a forma de contagem do “tempo”.

A contagem do tempo pode ser enganosa. Um menino nasceu no dia 18 de março. No dia 18 de março seguinte comemora-se a data do seu aniversário: o menino completou um ano de vida! Na verdade, no dia 18 de março do ano seguinte ao do seu nascimento, o menino completou um ano e um dia de vida. A partir do segundo ano, isso não vai importar, mas na verdade em cada aniversário o menino estará completando, sempre, o número de anos mais um dia.

No mesmo acórdão proferido no REspe nº 74-27.2012.6.16.0116/PR, a Ministra Luciana Lossio fez um raciocínio que merece destaque. Em seu voto, a Ministra afirma:

Sendo assim, forçoso reconhecer que o prazo teve seu início no dia 3 de outubro de 2004, data da eleição, e terá, necessariamente, em obediência às normas legais, o seu término em 3 de outubro de 2012. [...]

A meu ver, não há a menor dúvida de que a situação jurídica do recorrente foi alterada. Afinal, antes, era inelegível e, após o registro,

supervenientemente ao registro, a sua inelegibilidade acabou, voltando a estar elegível a partir do dia 4 de outubro de 2012.<sup>13</sup>

Deve ficar registrado que a questão de fundo do acórdão proferido no REspe nº 74-27.2012.6.16.0116/PR, do TSE, não era a contagem pura e simples do tempo. Discutiu-se, nesse acórdão, se o registro deveria ser deferido para o cidadão que completou o seu tempo de inelegibilidade antes da eleição, mas depois do pedido de registro. No entanto, para resolver a questão de fundo houve ampla discussão a respeito do tempo de inelegibilidade iniciado em um dia de uma eleição passada. Por isso, a remissão frequente a esse acórdão.

Restou decidido que se a eleição ocorreu num determinado dia do mês de outubro (dia 3, por exemplo), a partir desse dia passou a correr o tempo da inelegibilidade, que teria completado oito anos no dia 3 de outubro do oitavo ano seguinte, para fazer com que o nacional se tornasse elegível a partir do dia 4 de outubro desse oitavo ano. Traz-se à luz esse raciocínio, para dele se discordar.

E aqui fica exposto o segundo aspecto a merecer reflexão.

Como o tempo de inelegibilidade é tempo, e não prazo, a inelegibilidade prevista nas alíneas mencionadas (“d”, “h” e “j”) nasce no dia da eleição em que houve o fato ilícito que lhe deu causa. Tomemos, para exemplificar, a data de 3 de outubro. Pelo raciocínio esposado no acórdão referido, o tempo de oito anos de inelegibilidade se conta a partir do dia 3 de outubro e se finda no dia 3 de outubro do oitavo ano.

No entanto, não é assim que se deve contar. Quanto ao tempo do início, não há dúvida: o primeiro dia é o dia 3 de outubro. No entanto, o último dia não é o dia 3 de outubro do oitavo ano, mas o dia 2 de outubro desse oitavo ano. No dia 2 de outubro do oitavo ano completaram-se oito anos, e o nacional cumpriu seu castigo, de tal forma que no dia 3 de outubro do oitavo ano o nacional está livre.

13 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 7427 - FÊNIX – PR, Acórdão de 09 out. 2012. Relatora Min. Laurita Hilário Vaz, Relatora designada Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data: 09 out. 2012.

O ano começa no dia 1º de janeiro e termina no dia 31 de dezembro. Aplicando-se o raciocínio esposado no acórdão referido, o ano começaria no dia 1º de janeiro de determinado ano e findaria no dia 1º de janeiro do ano seguinte. Mas não é isso.

Volta-se ao ponto de se considerar o espaço entre o dia em que se inicia a inelegibilidade e o dia em que ela finda como “tempo”, e não como prazo. Se fosse prazo, ela se iniciaria não no dia da eleição, mas no dia seguinte, e terminaria, sim, num dia depois do dia calendário. Mas como é “tempo”, e não prazo, ela se inicia no dia mesmo da eleição e finda no dia de número imediatamente inferior do oitavo ano, de tal forma que no dia de número igual desse oitavo ano o nacional sancionado já está livre daquela sanção.

Na vida, também se comete erro. Uma criança nasce no dia 18 de março. Seu aniversário vai ser comemorado no dia 18 de março do ano seguinte. No entanto, observe-se: ela nasceu no dia 18 de março. Não importa a hora em que nasceu. Ao fim do dia 18 de março, ela terá um dia de vida. Ao fim de 365 dias, ou seja, no dia 17 de março do ano seguinte, ela completa um ano de vida. No entanto, seu aniversário é comemorado no dia 18 de março, e não no dia 17. Em verdade, no dia do seu primeiro aniversário, ela tem um ano e um dia de vida. E assim ficará pelo resto de sua vida, sempre comemorando o aniversário com um dia a mais de vida.

Ocorre que se a festa de aniversário for realizada no mesmo dia calendário em que a pessoa nasceu, ainda que sabendo que o aniversário verdadeiro, se é que alguém já se preocupou com isso, ocorreu no dia anterior, tal fato não traz nenhum prejuízo a alguém, nem contém qualquer dado juridicamente significativo.

Já no caso da inelegibilidade, um dia a mais ou a menos pode significar poder ou não poder ser candidato aos cargos eletivos.

O terceiro aspecto a ser analisado está no número de eleições durante a vigência da inelegibilidade.

Partamos do ano eleitoral de 2006, em que o primeiro domingo de outubro foi dia 1º. O nacional foi condenado por uma das alíneas (“d”, por exemplo) e ficou inelegível por oito anos, de tal forma que no dia 30 de setembro de 2014 completou os oito anos e no dia 1º de outubro de 2014 ele

tinha recuperado as condições de elegibilidade, podendo disputar a eleição de 2014, marcada para o dia 5 de outubro. Nesse caso, ele ficou inelegível na eleição que disputou e em que foi sancionado, mais três eleições. Total: quatro eleições.

Tome-se o exemplo de candidato que tenha sido declarado inelegível na eleição de 2008, que ocorreu no dia 5 de outubro, também por imposição da alínea “d”. Ele é considerado inelegível na eleição que disputou, mais as eleições de 2010, 2012, 2014 e 2016, ou seja, mais quatro eleições. Total: cinco eleições.

Um candidato considerado inelegível na eleição de 2010 também fica inelegível na eleição em que se deu o fato, mais três eleições, ou seja, mesma situação de quem se tornou inelegível na eleição de 2006.

Assim, uma mesma causa de inelegibilidade afasta um nacional de três eleições ou de quatro eleições, a depender do ano em que ocorreu a infração à lei eleitoral, porque em cada ano o dia da eleição é diferente. É sempre no primeiro domingo de outubro, mas pode ser em qualquer dia entre o dia 1º e o dia 7 de outubro.

Há, pois, um elemento de completa ofensa ao princípio da isonomia: duas pessoas que cometeram um mesmo tipo de infração e que deveriam receber a mesma sanção, recebem sanções diferentes, a depender do ano da eleição, porque em diferentes anos a eleição ocorre em dias diferentes.

Não há que se discutir a gravidade da conduta de um nacional em relação à do outro como vetor para uma maior ou menor sanção, pois a sanção possui um índice fixo, igual para todos: oito anos. No entanto, os oito anos de um são diferentes dos oito anos do outro.

O espírito da lei é que o nacional sancionado pela inelegibilidade das alíneas “d”, “h” e “j” receba a reprimenda em relação àquela eleição em que o ilícito aconteceu, mais três eleições, de tal forma que, na quarta eleição, ele possa voltar ao redil dos candidatos.

A aplicação pura e simples da inelegibilidade com base apenas e tão somente no dia da eleição cria um foco de desigualdade, fere o princípio da isonomia.

## 7 A CONTAGEM DO TEMPO MÊS A MÊS

O quarto ponto a ser analisado diz respeito à própria contagem do tempo de oito anos.

Faz-se de novo a pergunta: como se conta o tempo de oito anos?

A Justiça Eleitoral conta o tempo partindo da data da eleição em que se deu o ilícito provocador da inelegibilidade, e acrescenta oito anos, para declarar que, no dia seguinte ao do mesmo número do oitavo ano anterior a inelegibilidade desaparece.

Se for deixada de lado essa forma de contagem, poderia perfeitamente ser aplicada a teoria das três eleições: o nacional recuperaria a elegibilidade depois do transcurso de três eleições, além daquela em que se deu o ilícito.

No entanto, há outra maneira de se fazer a contagem que contende frontalmente com a contagem estabelecida pela Justiça Eleitoral.

Volta-se a comentários iniciais, em que se discorreu a respeito da marcação das eleições sempre para o dia 3 de outubro. Naqueles casos, naquela época, o dia 3 de outubro era uma data fixa, e toda eleição ocorria nesse dia. Logicamente, a contagem de algum tempo de inelegibilidade deveria ter como base o dia 3 de outubro. Se as eleições continuassem a ocorrer nos dias 3 de outubro de todos os anos pares, então o nacional que fosse sancionado pela inelegibilidade de oito anos seria declarado inelegível naquela eleição que disputou e em que cometeu o ilícito, mais três eleições, pois no dia 2 de outubro do oitavo ano teria completado o tempo de inelegibilidade.

Com a Emenda Constitucional nº 16/97, a eleição deixou de ser marcada num dia fixo, para ser marcada no mês de outubro. Ou seja, abandonou-se a marcação da eleição em dia determinado, para se eleger um mês determinado, o mês de outubro.

A eleição está sempre marcada para o primeiro domingo de outubro. Logo, pode haver eleição desde o dia 1º de outubro até o dia 7 de outubro do ano eleitoral.

Como a eleição está marcada para um mês determinado, e não para um dia fixo, o ano deve ser contado não dia a dia, mas mês a mês, de tal

forma que uma inelegibilidade fundada nas alíneas “d”, “h” e “j” tem início no mês de outubro do ano em que ocorreu o ilícito, e se contam doze meses para cada ano (outubro, novembro, dezembro, janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro), de tal forma que no último dia de setembro do oitavo ano completam-se os oito anos, e no mês de outubro que inicia o nono ano o infrator já cumpriu a sanção e recuperou a elegibilidade.

A contagem mês a mês, embora não seja usual, não é absurda. Ao contrário, ela se coaduna com o espírito da norma legal que prevê a realização de eleições com a escolha de um mês fixo, e não com a escolha de um dia fixo.

Com esse tipo de contagem, ficam em igualdade todos os que foram condenados por atos ilícitos em qualquer eleição, pois todos eles cumprirão o mesmo tempo de sanção: oito anos ou três eleições, mais a eleição do fato.

Pode-se argumentar que não existe nenhum parâmetro para a contagem mês a mês. Mas esse argumento não pode prevalecer, uma vez que a marcação de uma eleição num determinado mês, sem fixação de um dia exato, é caso especial para a realização da eleição brasileira. Sendo caso especial, deve ser acolhido dentro de uma especialidade, de tal forma que suas regras também sejam especiais.

A contagem do tempo em meses não ofende nenhum dispositivo, não favorece alguém em especial, e resolve plenamente uma possível injustiça de se considerar alguém punido com mais tempo do que deveria sofrer.

## 8 CONCLUSÃO

Em conclusão, a sanção de inelegibilidade prevista nas alíneas “d”, “h” e “j” do art. 1º, inciso I, da LC 64/90 deve ser aplicada por determinado tempo, e não por determinado prazo. A contagem do tempo, dia a dia, cria uma situação de sancionamento maior ou menor, a depender do dia em que ocorreu a eleição, e pode, nesse caso, ocasionar ofensa ao princípio da isonomia. Uma contagem mais harmônica com os princípios da isonomia é aquela que considera que o nacional fica inelegível para aquela eleição em que se deu o ilícito, mais três eleições. Também se pode contar o tempo tomando por base o fato de que a eleição brasileira está marcada para o primeiro domingo do mês de outubro, sem uma data fixa, e nesse caso se deve contar o tempo

de oito anos mês a mês, de forma que o tempo de oito anos inclui o mês de outubro do ano da eleição em que se deu o ilícito, completando-se o tempo no último dia de setembro do oitavo ano.

## REFERÊNCIAS

BRANCO. Elcir Castello. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BRASIL. Lei Complementar nº 64. Estabelece, de acordo com o art. 14, §9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF, 21 maio 1990.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF, 7 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29/DF*. Relator: Min. Luiz Fux, julgamento: 16 fev. 2012, DJe-127, publicado em 29 jun. 2012. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso: 5 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 7427 - FÊNIX – PR*, Acórdão de 09 out. 2012. Relatora Min. Laurita Hilário Vaz, Relatora designada Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data: 09 out. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Súmula nº 19*. Disponível em : <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-nb0-19>>. Acesso: 5 set. 2017.

COSTA. Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GOMES. José Jairo Gomes. *Direito Eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NISS. Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000.

# O (DES)ACERTO DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 848.826

Tatiana Andrade Almeida \*

## RESUMO

Sessão plenária do Supremo Tribunal Federal de 10 de agosto de 2016 definiu, em sede de julgamento conjunto, o Recurso Extraordinário nº 848.826, concluindo pela exclusiva competência da Câmara Municipal para julgar as contas de governo e as contas de gestão dos chefes do Executivo Municipal, assumindo os Tribunais de Contas o papel de “auxiliares” do Poder Legislativo nesse espectro do controle externo. O escopo deste artigo, portanto, é avaliar a função constitucional das Cortes de Contas no Brasil, suas diferentes atuações quando em análise de contas de governo e de gestão dos administradores públicos, e de que forma a decisão do Supremo Tribunal Federal pode impactar na aplicação de um dos dispositivos mais acionados pelos órgãos judiciais decorrentes da chamada “Lei da Ficha Limpa”, o artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/90.

Palavras-chave: Tribunais de Contas. Função constitucional. Competência exclusiva. Câmara de Vereadores. Recurso Extraordinário 848.826.

## ABSTRACT

Plenary session of Supreme Court defined, in a combined judgment, the Extraordinary Appeal nº 848.826, concluding for the exclusive competence of City Council to judge the government accounts and the management accounts of Chiefs Local Executive, assuming the Courts of Auditors the role of “auxiliaries” of Legislative Power in this external control spectrum. The

\* Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Chefe do Cartório da 81ª Zona Eleitoral da Bahia. Especialista em Direito Público pela Universidade Salvador – UNIFACS. Especialista em Direito Eleitoral pela Faculdade Maurício de Nassau.

scope of this article, therefore, is to evaluate the constitutional function of the Brazilian Courts of Auditors, their different practices when in analysis of government accounts and the management accounts, and in what way this Supreme Court decision can have a direct impact on the application of one of the most activated devices for the judicial bodies arising from the called “Ficha Limpa Law”, the article 1, I, g, of the Complementary Law nº 64/90.

Keywords: Courts of Auditors. Constitutional function. Exclusive competence. City Council. Extraordinary Appeal 848.826.

## 1 INTRODUÇÃO

Definir o órgão competente – Poder Legislativo ou Tribunal de Contas – para o efetivo julgamento das contas de gestão dos prefeitos municipais quando atuarem como meros ordenadores de despesas, tornou-se crucial para a uniformização de decisões judiciais nos tribunais pátrios, sobretudo com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha assim procedido, longe de aplinar as discordâncias sobre o tema, o acórdão, por maioria do Pleno, deixou a aplicação da decisão, que teve repercussão geral reconhecida, com algumas dúvidas, principalmente acerca da própria aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa no que se refere à inelegibilidade por contas rejeitadas prevista na alínea g, inciso I, do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90 que teve sua atual redação introduzida pela Lei Complementar nº 135/2010.

Não se sabe a dimensão do que fora decidido pelo Pleno quanto às questões reflexas, assim como, não se sabe que caminho judicial há de ser percorrido para que a alínea g, inciso I, do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90 não perca por completo sua aplicabilidade quando os ordenadores de despesas sejam mandatários do Executivo Municipal. Num primeiro momento, a decisão de deixar a cargo das Casas Legislativas municipais o julgamento definitivo de quaisquer contas dos prefeitos torna a referida inelegibilidade, na prática, de difícil aplicação contra eles.

Com efeito, contas rejeitadas quando os mandatários atuam como ordenadores de despesas têm se apresentado como uma das principais causas de inelegibilidade desde a aplicação da Lei da Ficha Limpa e suas alterações

promovidas no capítulo das inelegibilidades da Lei Complementar nº 64/90. O impacto da decisão do Supremo e sua abrangência serão primordiais para avaliarmos a viabilidade e efetividade deste dispositivo legal.

Essa é a questão a ser tratada: a decisão do Supremo no RE nº 848.826 contribui para o esvaziamento dos Tribunais de Contas enquanto instituições democráticas e de controle da *res pública*? Vai tornar letra morta a hipótese de inelegibilidade prevista na alínea *g*, inciso I, do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90 no que se refere aos mandatários ordenadores de despesas ou os tribunais pátrios conseguirão encontrar, dentro da abrangência dessa decisão, caminhos para dar efetividade, ainda assim, ao dispositivo?

O objetivo do presente trabalho é compreender o papel das Cortes de Contas desde seu regime constitucional na Carta de 88 até os dias atuais, para, por meio da construção jurisprudencial acerca da temática proposta, que assumiu feições importantíssimas no meio político e jurídico após a vigência da Lei da Ficha Limpa, avaliar se a decisão aqui retratada significou, de fato, um avanço para dirimir dúvidas remanescentes após a aplicabilidade da hipótese de inelegibilidade por contas rejeitadas, ou, na verdade, representou um retrocesso social, na medida em que esvaziou uma instância de controle social da coisa pública, prevista na Constituição, ao enquadrá-la, em termos, a um órgão auxiliar do Poder Legislativo.

## 2 TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL

### 2.1 CONCEITO

De forma singela, poderíamos introduzir conceitualmente as Cortes de Contas como órgãos responsáveis pelo controle das contas públicas, em quaisquer das esferas federais.

Ocorre que tal simplismo não explicaria as complexas funções e atribuições assumidas pelas mais diversas Cortes de Contas desde a época feudal aos atuais Estados Democráticos de Direito. Interessante, nesse ponto, o entendimento extraído das lições do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, no Fórum Administrativo – Direito Público, para

quem “as Casas de Contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei”.<sup>2</sup>

Sob esse prisma, as Cortes de Contas não assumem feição exclusiva de órgãos judiciais, administrativos ou meramente políticos, antes, detêm competências e características diversas e pertinentes a todos esses órgãos conjuntamente, culminando, assim, em órgãos complexos com função constitucional própria e independente de quaisquer outros poderes da República, ainda quando atuante como “auxiliares” do Poder Legislativo na emissão de parecer técnico acerca das contas anuais dos chefes do Executivo.

Tem-se, assim, que as Cortes de Contas são órgãos responsáveis pela fiscalização, controle, transparência e exame das contas públicas, podendo, ainda, aplicar sanções aos agentes públicos que incorrerem em desobediência aos preceitos constitucionais.

## 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para uma pormenorizada análise acerca do surgimento umbilical das Cortes de Contas no mundo, e em especial no Brasil, é recomendada a leitura da edição comemorativa do livro “Tribunal de Contas da União – Evolução Histórica e Administrativa”, de 2014.<sup>3</sup>

Aqui, trataremos sucintamente como, na sua evolução histórica, deixaram de ser apenas órgãos do Estado e passaram a ser também órgãos da sociedade no Estado, nos dizeres de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em conferência proferida no Encontro Luso-Brasileiro de Tribunais de Contas, realizado em Estoril, Portugal, em março de 2003.<sup>4</sup>

Ao longo do tempo, desde o período feudal até as atuais conformações dos Estados Democráticos de Direito, os órgãos responsáveis pelas contas públicas tiveram que se adaptar às necessidades surgidas para o atendimento

2 BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *Fórum Administrativo*: Direito Público, Belo Horizonte, v. 5, n. 47, jan. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/22287>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

3 Edição comemorativa do livro “Tribunal de Contas da União – Evolução Histórica e Administrativa”, de 2014, disponível na biblioteca do TCU/BA.

4 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: ENCONTRO LUSO-BRASILEIRO DE TRIBUNAIS DE CONTAS. Estoril: 19-21 de março de 2003.

aos controles das gestões dos recursos públicos. Assim, paulatinamente, foi ampliado o objeto da fiscalização, multiplicados os sujeitos fiscalizados e diversificadas as finalidades por eles exercidas.

Na origem do objeto, tivemos a necessidade de fiscalização contábil por parte dos órgãos de contas, a isso tendo sido acrescida a gestão financeira pública, o surgimento dos orçamentos e a própria gestão patrimonial, com as intrínsecas urgências de fiscalização financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da coisa pública.

No tocante aos sujeitos, a evolução passou pelo monarca, alcançando a administração direta, com ramificações posteriores para a indireta, demais poderes estatais e, atualmente, aos órgãos constitucionalmente autônomos.

Por fim, completando a descrição evolutiva material de Moreira Neto, relativamente à finalidade anterior estritamente contábil, progrediu-se para uma atuação muito mais ampla, que engloba o controle das contas dos administradores, a própria legalidade dos gastos e, no Estado Democrático de Direito, o controle da legitimidade e economicidade da gestão financeira, com avaliação inclusiva da aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Nesta perspectiva, assumiram, hodiernamente, feição não só de órgãos de controle de contas, mas de institutos a serviço direto e indireto da sociedade, uma vez que promovem verdadeiro controle social nos Estados Democráticos.

## 2.3 PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Poder Legislativo, com o auxílio do respectivo Tribunal de Contas, o julgamento “político” das contas dos chefes do Executivo Municipal. Ato contínuo, previu que as contas dos demais administradores públicos seriam julgadas pelo Tribunal de Contas.

Em um dos dispositivos fixa a competência exclusiva do Congresso Nacional para julgar anualmente as contas prestadas pelo presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo. Ainda, que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Seguindo as disposições do texto constitucional, ao Tribunal de Contas da União cabe apreciar as contas prestadas anualmente pelo presidente da República, mediante parecer prévio, e julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Idêntica disciplina, aplicável no âmbito federal, é válida nas searas estadual e municipal, como estabelecido na Constituição, em seu art. 31, que determina que a fiscalização do município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. No §2º do dispositivo deixa claro que o parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o prefeito deve anualmente prestar, só não prevalecerá por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

294

Finalmente, a Constituição conclui o regime das Cortes de Contas indicando, em seu art. 75, que as normas daquela seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Importante observar, após o resumo das normas constitucionais atinentes às Cortes de Contas, que há clara menção quanto à aplicação, por simetria, das determinações previstas ao Tribunal de Contas da União para as demais esferas federativas e que, ao tratar do parecer prévio em nível de contas municipais, só o faz para as contas anuais do chefe do Executivo, ou seja, não faz qualquer previsão acerca de parecer dos Tribunais de Contas dos Municípios ou Estaduais no que tange às contas de gestão, indicativo de que, nesses casos, deveria haver julgamento propriamente dito por qualquer deles, e não mera emissão de parecer, ainda que o ordenador de despesas seja o chefe do Executivo, uma vez que não excepcionou a hipótese.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, não há dúvidas quanto à aplicação, nos âmbitos estadual e municipal, das normas sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária, aos respectivos Tribunais e Conselhos de Contas, conforme dicção do artigo 75, afirmando que, “com relação aos Municípios, o art. 31 da Constituição prevê o controle externo da Câmara Municipal, com o

auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados, do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas, onde houver”.<sup>5</sup>

Percebe-se claramente que o arcabouço jurídico-positivo dos órgãos de contas encontra-se traçado na própria Carta Magna, não restando muito a ser regulamentado por leis infraconstitucionais, salvo no que pertine à aplicação de sanções. O constituinte estruturou e funcionalizou em seis artigos e dezenas de dispositivos praticamente todo o aparato necessário à sua regulamentação.

Tal prestígio atribuído ao controle externo e seus exercentes advém do próprio princípio republicano, da necessidade de acompanhar a exatidão e correção das decisões daqueles que administram, *lato sensu*, a *res pública*. É fundamental verificar o cumprimento, pelos gestores, dos princípios constitucionais e preceitos legais exigidos, o que é feito principalmente por meio das prestações de contas das gestões orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional.

É essa responsabilidade jurídica pessoal, como ressalta Carlos Ayres Britto, que “demanda ou que exige, assim, todo um aparato orgânico-funcional de controle externo. E participando desse aparato como peça-chave, os Tribunais de Contas se assumem como órgãos impeditivos do desgoverno e da *desadministração*”.<sup>6</sup>

## 2.4 FUNÇÃO, COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES

A função das Cortes de Contas é uma só: o exercício do controle externo, por vezes dividido com o Poder Legislativo, por vezes exercido com exclusividade. Já as competências são várias: consultivas, judicantes, corretivas, sancionadoras. São instrumentos necessários para o alcance da função preestabelecida.

A Constituição Federal faz menção, ainda, às atribuições dos Tribunais de Contas, as quais assumem verdadeiros contornos de “prerrogativas”, uma vez que o texto constitucional igualou o Tribunal de Contas da União aos tribunais judiciários, “no que couber”. Na verdade, não são iguais, mas

5 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 897.

6 BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 47, jan. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/22287>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

tal comparação tem o condão de garantir que as condições especiais proporcionem o melhor desempenho possível das competências pertinentes às Cortes de Contas.

## 2.5 DISTINÇÃO ENTRE CONTAS DE GOVERNO E CONTAS DE GESTÃO

Já foi explicitada anteriormente a competência exclusiva do Congresso Nacional para julgar anualmente as contas prestadas pelo presidente da República. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, leciona que, quanto ao julgamento das contas anuais de governador e de prefeito, “o modelo federativo foi estendido simetricamente para o julgamento das contas dos Estados e dos Municípios, preservando desse modo sempre a competência do poder legislativo para julgar as contas do chefe do poder executivo”.<sup>7</sup>

As contas de governo são julgadas anualmente pelo Poder Legislativo, após parecer prévio do Tribunal de Contas respectivo, enquanto as contas de gestão são realizadas periodicamente ou a qualquer tempo, por intermédio da emissão de acórdão pela Corte de Contas, com força de título executivo, conforme arts. 71, II e § 3º, e 75, da Carta Magna de 88.

Por seu turno, dispõe o §1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200 de 1967: “Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda”.<sup>8</sup>

O Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, sustentou, no dia 4 de agosto de 2016, no julgamento conjunto dos recursos extraordinários nº 848.826 e nº 729.744, no Supremo Tribunal Federal, o tratamento diferenciado, previsto na Constituição, entre contas de governo e contas de gestão, assim pontuando: “O critério constitucional para fixação da competência no controle dos atos de contas de governo e contas de gestão reside na natu-

7 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 102.

8 BRASIL. *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2016.

reza do ato e no conteúdo em si das contas em exame e não propriamente no cargo detido pelo ordenador de despesas”.

As contas de governo apresentam conteúdo político, uma vez que devem demonstrar a execução do orçamento, dos planos da administração, das políticas públicas, dos cumprimentos das metas fiscais, numa clara referência à atuação administrativa do chefe do Executivo enquanto agente político. Nada mais natural que sejam efetivamente julgadas pelo Poder Legislativo, mediante julgamento político, ainda que amparado em parecer prévio que garanta o aspecto técnico contábil da análise.

As contas de gestão, por sua vez, compreendem o exame de atos administrativos rotineiros, que compõem a gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente público e devem aferir a obediência quanto à legalidade, legitimidade e economicidade. Devem ser prestadas por qualquer agente que pratique atos como ordenador de despesas, como administrador da *res* pública, inclusive chefe do Executivo. E todo administrador público, num regime republicano, deve assumir responsabilidade pessoal específica pelo objeto sob sua gerência. Para esses administradores coube, constitucionalmente, ao respectivo Tribunal de Contas, o julgamento, propriamente dito, de suas contas, embora na decisão aqui estudada o Supremo Tribunal Federal tenha decidido de forma diversa.

### **3 LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010 E A ALÍNEA G, DO INCISO I, DO ART. 1º DA LC Nº 64/90**

#### **3.1 CONTEXTO E INGRESSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

A Lei Complementar nº 135/2010, mais conhecida como Lei da Ficha Limpa, teve origem em 2008 por meio de uma campanha popular. Lançada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, uma das reivindicações era que se levasse em consideração a vida pregressa dos candidatos quando da análise de seus requerimentos de candidatura.

O movimento em defesa da ética na política foi capitaneado, à época, por dezenas de entidades representando segmentos sociais de diversas categorias, a exemplo da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB),

da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), entre tantas outras.

Em 2009, foi entregue o Projeto de Lei com 1 milhão e 300 mil assinaturas presenciais, atendendo ao requisito para apresentação de proposta de lei de iniciativa popular, que é a subscrição de, pelo menos, 1% do eleitorado nacional. Posteriormente, foram angariadas ainda cerca de 800 mil assinaturas, boa parte virtuais.

Aprovada em ambas as Casas do Congresso, em 2010, a Lei foi sancionada pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, ingressando no ordenamento jurídico nacional como lei complementar. E aqui temos um divisor de águas. Com efeito, a definição acerca do órgão competente para julgar as contas de prefeito, quando age como ordenador de despesas, só se tornou polemicamente necessária, sejamos honestos, quando a Lei nº 135/2010 alterou a alínea g, inciso I, do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, dando-lhe a seguinte redação:

Art. 1º São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

[...]

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição.

[...]º

### 3.2 JULGAMENTO DAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS

No exercício do controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal teve que se manifestar em três ações referentes à Lei da Ficha Limpa, após sua vigência. No caso, nas Ações Declaratórias de

9 BRASIL. *Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)>. Acesso em :22 nov. 2016.

Constitucionalidade nº 29 e nº 30 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578.

Em sede de julgamento de ADI e Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Suprema Corte julgou improcedente a primeira, e procedentes as demais, para declarar a constitucionalidade da hipótese de inelegibilidade acima mencionada, entre outras, introduzidas pela Lei nº 135/2010 que alterou várias alíneas do inciso I, art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, conhecida como Lei das Inelegibilidades.

Em pronunciamento, o ex-Ministro Joaquim Barbosa, responsável pelo voto condutor, que garantiu a maioria na decisão do STF pela constitucionalidade do art. 1º, inciso I, alíneas *c, d, f, g, h, j, m, n, o, p e q*, da Lei Complementar nº 64/90, que foram objeto das ações acima referidas, posicionou-se no sentido de que a moralidade administrativa e a ética deveriam prevalecer sobre os interesses individuais:

Nessa ordem de ideias, entendo que os critérios eleitos pelo legislador complementar, critérios estes, vale frisar, nascidos e fomentados no seio de nossa sociedade, defendidos e exigidos por movimento social expressivo, estão em perfeita harmonia com a Lei Maior.

[...]

Assim, como diversas vezes já afirmei nesse Plenário, eu analiso a Lei Complementar 135/2010, sob a ótica da valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública, sob a ótica da proteção ao interesse público, e não para o fim de proteção preferencial aos interesses puramente individuais e privados.

[...]

Na ponderação entre os valores concernentes aos direitos políticos individuais e os valores referentes aos direitos políticos em sua dimensão coletiva, os primeiros devem ceder pontualmente em face de um princípio de maior envergadura constitucional que é a própria democracia e os seus mecanismos operativos.<sup>10</sup>

Em março de 2012, a Corte Constitucional julgou improcedente a ADIn nº 4.578 de iniciativa da OAB, declarando, por maioria de votos, a constitucionalidade das alíneas do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 135/2010.

A propósito, dado interessante é trazido por Pinto e Petersen: “Nas Eleições Municipais de 2012, a Lei da Ficha Limpa foi invocada em 3.366 recursos,

<sup>10</sup> Pronunciamento do então Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29, nº 30 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578 no Supremo Tribunal Federal, em 2012.

interpostos perante o Tribunal Superior Eleitoral, dos 7.781 que versaram sobre registro de candidatura, ou seja, mais de 43% desses processos”.<sup>11</sup>

Percebe-se, portanto, que a Lei da Ficha Limpa percorreu um longo caminho até ter aplicação mais harmoniosa pelos tribunais pátrios, embora, ainda hoje, surjam emblemas pontuais e específicos, a exemplo do que aqui é tratado, que tiram a plenitude de seu cumprimento, especialmente o que decorre do julgamento da Corte Constitucional de que cogita este artigo.

## 4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### 4.1 CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TSE E DO STF E A REPERCUSSÃO GERAL

O Tribunal Superior Eleitoral, ao menos desde 2006 até recentemente, vinha seguindo uma linha decisória relativamente harmônica, no sentido de que a competência para o julgamento das contas de prefeito é da Câmara Municipal, cabendo ao Tribunal de Contas a emissão de parecer prévio, o que valeria tanto para as contas correspondentes ao exercício financeiro, prestadas anualmente pelo chefe do Executivo, quanto às contas de gestão ou atinentes à função de ordenador de despesas. Há vários precedentes do TSE em tal sentido.<sup>12</sup>

Em 2008, os tribunais regionais eleitorais começaram a adotar, com mais frequência, orientação divergente do Tribunal Superior, com decisões no sentido de que o exame das contas de prefeito referentes à ordenação de despesas seria da competência do Tribunal de Contas competente e uma eventual decisão definitiva pela rejeição levaria à incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea g, da LC nº 64/90.<sup>13</sup>

Tal tendência levou, no ano de 2015, a decisões nessa nova linha de entendimento pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral, a exemplo do Acórdão em Recurso Ordinário nº 725-69.2014.6.26.0000, sob a relatoria da Min. Ma-

11 PETERSEN, Elke Braid; PINTO, Djalma. *Comentários à Lei da Ficha Limpa*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 7.

12 TSE: REsp nº 2810-06.2009.6.15.0066 (2010), REsp nº 34430 (2009), REsp nº 32958 (2008), Resp nº 32934 (2008), Resp nº 32652 (2008), entre outros.

13 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (RJ). *Recurso Eleitoral nº 5960*, Acórdão nº 35.640, de 4 set. 2008. Relatora: Des. Jaqueline Lima Montenegro. Disponível em: <<https://tre-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3891714/recurso-eleitoral-re-5960-rj>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

ria Thereza de Assis Moura, em que se consignou, em um caso envolvendo responsabilidade de prefeito por consórcio municipal, que a sua atuação nada mais é do que o desdobramento do exercício de atos de gestão próprios do chefe do Poder Executivo Municipal, e caberia à Justiça Eleitoral, uma vez rejeitadas as contas, proceder ao enquadramento das irregularidades como insanáveis ou não e verificar se constituem ou não ato doloso de improbidade administrativa, não lhe competindo a análise do mérito da Corte de Contas. Restou caracterizada, na oportunidade, a inelegibilidade da alínea g.<sup>14</sup>

Sob o regime da Carta Magna de 88, o Supremo Tribunal Federal asse-ntou o entendimento de que o julgamento das contas do chefe do Executivo ficaria a cargo do Poder Legislativo, mesmo quando diante de um ordenador de despesas. Ainda nos anos 90, o Ministro Marco Aurélio relatou a ementa do RE nº 132.747, onde explicitado que ao Poder Legislativo competia o julgamento das contas do chefe do Executivo, considerados os três níveis – federal, estadual e municipal, atuando o Tribunal de Contas como simples órgão auxiliar, responsável pela emissão de parecer opinativo.<sup>15</sup>

Já em 2009, foi reconhecida a repercussão geral do tema no julgamento do Recurso Extraordinário nº 597.362/BA, oriundo do Recurso Especial Eleitoral nº 33.747, porém o Ministro Dias Toffoli pediu vista e nada restou decidido.

Em sede de decisão monocrática, no ano de 2010, o ex-Ministro Joaquim Barbosa não concedeu medida liminar a Reclamante que alegou ter o TCE-CE ultrapassado os limites de sua competência, que seria restrita à emissão de parecer prévio à Câmara Municipal. A medida liminar fora requerida porque o Reclamante, prefeito municipal que tivera multa imputada, alegara que, do contrário, estaria inelegível, nos termos do art. 1º, inc. I, alínea g, da Lei Complementar nº 135/2010.

Na Reclamação nº 10.551, por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes entendeu presentes os requisitos para a concessão de medida liminar no sentido de suspender os efeitos do acórdão do TCE-CE, que julgou irregulares as contas do prefeito ordenador de despesas. Tal entendimento foi reafirmado em acórdão mais recente de 2011, da 2ª Turma da Corte Constitucional, em que

14 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Ordinário nº 725-69.2014.6.26.0000*, de 17 mar. 2015. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <file:///D:/Usuarios/126050580590/Downloads/PDF390AC\_004.pdf> . Acesso em: 22 nov. 2016.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial nº 132.747*, de 17 jun. 1992. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça (DJ)*, 7 dez. 1995.

novamente deixa clara a compreensão de que o Tribunal de Contas é órgão meramente opinativo, cabendo-lhe a apreciação das contas prestadas pelo chefe do Executivo tão somente mediante emissão de parecer prévio, ficando a competência para julgá-las exclusivamente a cargo do Poder Legislativo.<sup>16</sup>

Enfim, em meio a decisões individuais monocráticas e decorrentes de Turmas, a linha de entendimento do STF seguia demandando um posicionamento do Pleno. Em fevereiro de 2012, a Corte julgou a ADIn nº 4.578 e as ADCs nº 29 e nº 30, todas de relatoria do Ministro Luiz Fux, onde se discutiu a validade da Lei Complementar nº 135/2010 que deu a atual e já transcrita redação ao art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/90.

Ao utilizar, em seu trecho final, as expressões “sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição”, a referida alínea dá a entender, sim, que o regime do art. 71, II, da CF deveria se estender a todos os ordenadores de despesas, sem exclusão de quaisquer mandatários que tenham atuado como tal. O Pleno julgou a ADI improcedente e declarou a constitucionalidade das alíneas c, d, f, g, h, j, m, n, o, p e q, inciso I, do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 135/2010, embora se argumente que o cerne da discussão das referidas ações foi mais propriamente a incidência do princípio da presunção de inocência no Direito Eleitoral e a aplicação da lei no tempo, do que o alcance do julgamento das Cortes de Contas aos mandatários ordenadores de despesas.

A repercussão geral foi defendida pelo Ministro Barroso em função do tema em si, de ampla ressonância do ponto de vista político, social e jurídico, e o fez com base no fato de que é extremamente comum a atuação do chefe do Poder Executivo Municipal como ordenador de despesas na maioria dos pequenos municípios do país, impondo-se, desta forma, a definição do órgão competente para apreciar as respectivas contas, com graves reflexos em eventuais declarações de inelegibilidade e influência em pleitos eleitorais.<sup>17</sup>

Ademais, na oportunidade, já se verificava a existência de acórdãos da 2ª Turma decidindo várias Reclamações procedentes, confirmando a

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 471.506. Relator Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça (DJ)*, 26 abr. 2011.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 848.826/DF*. Relator: Min. Roberto Barroso, 27 ago. 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9308523>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

competência exclusiva do Legislativo para julgar as contas do chefe do Executivo, ainda quando se tratasse de contas de gestão (e.g., Rcl 14.310 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.03.2015) e, por outro lado, precedentes da 1ª Turma (e.g., Rcl 11.478, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.06.2012) e do Plenário (e.g., Rcl. 11.479 AgR, Rel. Min. Carmem Lúcia, j. 19.12.2012) em que julgava improcedentes Reclamações de tal natureza, por ausência de identidade estrita com os paradigmas invocados.

Em fins de 2015, estava reconhecida, por unanimidade, pelo Plenário da Corte Constitucional, a repercussão geral, e pronto, neste contexto, o cenário para a decisão acerca da questão, sobretudo diante da nova linha adotada nos últimos julgamentos do TSE nesse ano e das tratativas que estavam sendo submetidas as diversas Reclamações no STF.

#### 4.2 JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 848.826

A questão enfrentada pelo STF no RE nº 848.826 foi: quem tem competência para julgar as contas prestadas pelo chefe do Executivo quando age como ordenador de despesas? É fato que, em grande parte dos municípios brasileiros, ele igualmente acumula tal função, gerando, dessa forma, duas modalidades de contas: as de governo, inerentes a seu cargo político, e as de gestão, outorgadas ao ordenador de despesas.

Pois bem. Conquanto no julgamento do RE nº 848.826 o Plenário também tenha decidido o RE nº 729.744, vamos nos ater à análise do primeiro, principalmente porque somente a tese a ele relativa é alvo de estudo neste trabalho.

No RE nº 848.826, o Recorrente fora candidato eleito *sub judice* para o cargo de deputado estadual, no estado do Ceará, nas Eleições 2014 e questionava acórdão do TSE que indeferiu seu registro de candidatura em razão da rejeição, pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado (TCM-CE), de contas relativas a sua situação como ordenador de despesas quando era prefeito de Horizonte (CE).

Duas correntes se apresentaram para a decisão da questão proposta, sendo que a primeira defendia que o órgão competente para o julgamento das

contas dos chefes do Executivo Municipal que atuassem como ordenadores de despesas deveria ser a Corte de Contas, ao passo que a outra sustentava a competência exclusiva da Câmara de Vereadores para a decisão final.

Como já mencionado anteriormente, o Procurador-Geral da República à época do julgamento, Rodrigo Janot, defendeu, em sua sustentação, que o “critério constitucional para fixação da competência no controle dos atos de contas de governo e contas de gestão reside na natureza do ato e no conteúdo em si das contas em exame e não propriamente no cargo detido pelo ordenador de despesas”. Calha obtemperar, a propósito, que a professora Fabiana Augusta de Araújo Pereira, em artigo publicado em 2011 no “Âmbito Jurídico”, esposara semelhante entendimento: “Vale lembrar que o regime das contas públicas segue a natureza dos atos administrativos a que elas se referem, não sendo possível falar em contas públicas em função da qualidade da pessoa que as administra.”<sup>18</sup>

304

O Relator, Ministro Roberto Barroso, defendeu a primeira tese, no sentido de que se o Tribunal de Contas rejeitasse as contas do prefeito, ele já se tornaria inelegível, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea g, da LC nº 64/90. Apontou, ainda, que as contas de governo objetivam demonstrar o cumprimento do orçamento e dos planos da administração, referindo-se, portanto, à atuação do chefe do Executivo como agente político. Afirmou: “A Constituição Federal reserva à Casa Legislativa correspondente a competência para julgá-las em definitivo, mediante parecer prévio do tribunal conforme determina o artigo 71, inciso I”.<sup>19</sup>

Barroso ressaltou que, por outro lado, as contas de gestão possibilitam o exame não dos gastos globais, mas de cada ato administrativo que componha a gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente público quanto à legalidade, legitimidade e economicidade. “A competência para julgá-las em definitivo é do tribunal de contas, portanto sem

18 PEREIRA, Fabiana Augusta de Araújo. O julgamento das contas do Prefeito ordenador de despesas. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 14, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10697](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10697)>. Acesso em : 20 set. 2016.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 848.826/DF*. Relator: Min. Roberto Barroso, redator para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 10 ago. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9308523>>. Acesso em: 2 dez. 2016.

participação do Legislativo, conforme determina o artigo 71, II, da Constituição Federal”,<sup>20</sup> assinalou.

São muitos os doutrinadores que reforçam tal posicionamento. Em observação específica acerca do tema, José Jairo Gomes preleciona:

Demais, ao ordenar pagamentos e praticar atos concretos de gestão administrativa, o Prefeito não atua como agente público, mas como técnico, administrador de despesas públicas. Não haveria, portanto, razão para que, por tais atos, fosse julgado politicamente pelo Poder Legislativo. Na verdade, a conduta técnica reclama métodos e critérios técnicos de julgamento, o que – em tese, ressalve-se! – só pode ser feito pelo Tribunal de Contas.<sup>21</sup>

Para Flávio Sátiro Fernandes, ainda, se o chefe do Executivo Municipal:

[...] se posiciona como agente político e como ordenador de despesas e de dispêndio, assinando empenhos, emitindo cheques, autorizando gastos, homologando licitações, enfim, responsabilizando-se por todas as despesas, das menores às maiores, pois todas são por ele ordenadas, está sujeito a duplo julgamento. Um, político, emitido pela Câmara dos Vereadores, sobre as contas anuais oferecidas pela administração e examinadas, previamente, pelo Tribunal de Contas que sobre elas emite, apenas, um parecer. O outro, técnico e definitivo, exarado pela Corte de Contas, que conclui pela legalidade ou ilegalidade dos atos praticados pelo Prefeito, na qualidade de ordenador de despesas.<sup>22</sup>

Em obra específica sobre a Lei da Ficha Limpa, Djalma Pinto e Elke Petersen resumem que “a decisão irrecurável a que se refere a alínea g quanto às contas de governo é de competência do Poder Legislativo, enquanto, em relação às contas de gestão, a decisão que enseja a inelegibilidade do gestor é elaborada pelo Tribunal de Contas”.<sup>23</sup>

Para Peter Panutto, a nova redação do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/90, ao não excluir os mandatários quando ordenadores de despesas para efeito de aplicação da inelegibilidade retratada, “levaria a crer que o Prefeito, quando agisse como ordenador de despesa, teria suas

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 848.826/DF*. Relator: Min. Roberto Barroso, redator para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 10 ago. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9308523>>. Acesso em: 2 dez. 2016.

21 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 155-156.

22 FERNANDES, Flávio Sátiro. O Tribunal de Contas e a fiscalização municipal. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 65, p. 77, jan./jun. 1991.

23 PETERSEN, Elke Braid; PINTO, Djalma. *Comentários à Lei da Ficha Limpa*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 87.

contas julgadas pelo Tribunal de Contas, reservando-se a competência da Câmara Municipal apenas para julgamento das contas relativas à execução orçamentária”.<sup>24</sup>

Ainda que consistente a primeira tese, a posição que obteve maioria do Pleno foi a que defendia que a competência para julgamento das contas do prefeito ordenador de despesas era exclusiva da Câmara de Vereadores, sustentada pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Edson Fachin, Carmem Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello. Restaram vencidos os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli.

Para a corrente vencedora, a Câmara de Vereadores é o órgão competente para julgar as contas de natureza política e de gestão, pois essa é a interpretação que se extrai do art. 31, § 2º da CF/88. Afirma que se a Constituição conferiu ao Poder Legislativo a função de controle e fiscalização das contas do chefe do Poder Executivo, isso se deve ao fato de que cabe a um poder fiscalizar o outro. Essa fiscalização se desenvolveria em nível de processo político-administrativo, iniciado no Tribunal de Contas, que faria uma apreciação técnica das contas com a emissão de um parecer opinativo, sem poder decisório algum, no entanto.

A Câmara de Vereadores representaria a soberania popular e os contribuintes e, por isso, teria a legitimidade para o exame. Parte da doutrina sustenta esse entendimento, a exemplo do já citado doutrinador Gilmar Ferreira Mendes. O Professor Jamilson Lisboa Sabino, em consonância com tal corrente, assentou em artigo que:

O Chefe do Poder Executivo, entretanto, mesmo quando age como ordenador de despesas, assinando empenhos, contratos, ordens de pagamento ou cheques, não pode ser julgado pela Corte de Contas, pois tal como preconiza o artigo 31 da Carta Magna, a fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado.<sup>25</sup>

A tese de repercussão geral decorrente do julgamento do RE nº 848.826

24 PANUTTO, Peter. *Inelegibilidades*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 87.

25 SABINO, Jamilson Lisboa. Competência para julgar as contas dos prefeitos e presidentes de câmaras. *Revista Âmbito jurídico*, Rio Grande do Sul. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17461](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17461)>. Acesso em: 2 dez. 2016.

foi elaborada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, uma vez que o Relator restara vencido, e tem o seguinte teor:

Para os fins do artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64/1990, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos vereadores.<sup>26</sup>

## 5 CONCLUSÃO

Em suma, temos uma das hipóteses de inelegibilidade mais incidentes, até então, trazida para o ordenamento jurídico pela Lei da Ficha Limpa, que é a da rejeição, pelo Tribunal de Contas, de contas de prefeito quando o mesmo age como ordenador de despesas; temos uma decisão do STF que a declarou constitucional e, por fim, a decisão mais recente da mais alta Corte Constitucional identificando o Poder Legislativo como o órgão competente para julgamento das contas de prefeito, sejam elas de governo ou de mera gestão.

Sob esse prisma, parece-nos que a decisão do Supremo Tribunal Federal não levou em conta a evolução das Cortes de Contas mencionada na introdução deste artigo, de órgãos do Estado a órgãos da sociedade no Estado. O Supremo não só ignorou a evolução e o papel fundamental de instituição de controle social, assumido pelas Cortes de Contas, em Estados Democráticos de Direito, como passou a largo da decisão outrora tomada nas ações constitucionais em que declarara a constitucionalidade das alíneas do art. 1º, inciso I, da LC nº 64/90.

Não se revela justificada a afirmação de que, naquela oportunidade, decidiu-se pela constitucionalidade das alíneas na perspectiva do princípio da presunção de inocência e da aplicação da lei no tempo porque julgamento de constitucionalidade não se faz, ou não deveria se fazer, salvo melhor juízo, de forma parcial para questões isoladamente analisadas.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 848826/DF*. Relator : Min. Roberto Barroso, redator para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 10 ago. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9308523>>. Acesso em: 2 dez. 2016.

Ora, não seria razoável que se defendesse que o Tribunal só analisou a constitucionalidade das alíneas sob uma ótica, e ainda assim a tenha declarado. Seria imaginar que a Corte Constitucional está indo de encontro à sua própria decisão. Enfim, se analisarmos a coerência de algumas das últimas decisões do Supremo Tribunal Federal, percebemos que elas têm sido tomadas levando-se em consideração circunstâncias factuais, e isso leva inevitavelmente a uma clara insegurança jurídica.

A alínea *g*, tal qual redigida após a Lei Complementar nº 135/2010, claramente previu a hipótese do julgamento, pelas Cortes de Contas, das contas de gestão do prefeito municipal como ordenador de despesas. O Pleno do Supremo Tribunal Federal manifestara-se anteriormente pela constitucionalidade da alínea referida, entre outras. As Cortes de Contas assumiram papel fundamental de instância democrática de controle social da *res pública*. A hipótese de inelegibilidade aqui analisada é uma das mais incidentes e impeditivas de obtenção de registros de candidatura em nível municipal.

308

Difícil imaginar que o Supremo Tribunal Federal tenha ignorado toda essa cadeia de considerações, por meio de uma interpretação restritiva do art. 31 da Constituição Federal, para atribuir à Câmara de Vereadores a competência exclusiva para o julgamento das contas de gestão dos mandatários municipais quando atuarem como tais, esvaziando de forma significativa o papel democrático das Cortes de Contas em prol de uma instituição que tem competência constitucional, sim, para julgamentos políticos das contas de governo dos chefes do Executivo, porém não técnico-contábeis. Ademais, os prefeitos não são obrigados a acumular suas funções de agentes políticos com as atinentes a dos administradores públicos em geral.

Muito pouco contribui para a aceitação do julgamento do RE nº 848.826 o argumento de que as outras instâncias de controle da probidade continuam funcionando, a exemplo da possibilidade de ingresso de ações na esfera cível, administrativa e penal, sobretudo pelo Ministério Público. As ações de improbidade se arrastam na Justiça Comum e longe se encontram da efetividade que o impedimento, por conta da referida inelegibilidade, alcança no momento do registro de candidatura, negando o acesso de pessoas que já demonstraram des zelo com a administração da coisa pública a um novo eventual mandato. O Ministério Público está para o Poder Judiciário assim como as Cortes de Contas estão para o Poder Legislativo, numa linha “auxi-

liar”, porém, autônoma e independente, para o alcance de suas respectivas funções constitucionais.

O equívoco do Supremo foi ter reconhecido a autonomia e independência com que o Ministério Público atua e ter ignorado a importância de tais características no exercício da função constitucional das Cortes de Contas, atribuindo-lhes tão somente papel coadjuvante e praticamente de “meras pareceristas”, quando a própria Constituição lhes atribuiu papel privilegiado, regulando praticamente todo seu funcionamento.

O Supremo ignorou, mais uma vez, que se o Ministério Público saiu de uma posição de apêndice acusador no Poder Judiciário para órgão dos mais atuantes do Estado Democrático de Direito, foi justamente porque a Constituição Federal lhe atribuiu a devida independência e autonomia e o Judiciário as respeitou, ao contrário do que fez em relação às Cortes de Contas no exame da questão aqui analisada.

Com essa decisão da Corte Constitucional optou-se por afastar o julgamento técnico para privilegiar um julgamento político, acerca de questões sem alcance político, mas sim técnico-contábeis, para conferir, reflexamente, uma espécie de “imunidade” aos prefeitos municipais ordenadores de despesas, na contramão do novo papel dos Tribunais de Contas, de instâncias indispensáveis de controle no Estado Democrático de Direito.

O Supremo Tribunal Federal, salvo melhor juízo, com essa decisão, contribuiu para o esvaziamento da função constitucional das Cortes de Contas no Brasil, comprometendo, nos pleitos futuros, a efetividade da aplicação da alínea *g*, inciso I, do art. 1º da LC nº 64/90.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade,

prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)>. Acesso em : 22 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 132.747, de 17 jun. 1992. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça (DJ)*, 7 dez. 1995.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 471.506. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça (DJ)*, 26 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 848.826/DF*. Relator: Min. Roberto Barroso, redator para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 10 ago. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9308523>>. Acesso em: 2 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 848.826/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso, 27 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9308523>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral (RJ). *Recurso Eleitoral nº 5960*, Acórdão nº 35.640, de 4 set. 2008. Relatora: Des. Jaqueline Lima Montenegro. Disponível em: <<https://tre-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3891714/recurso-eleitoral-re-5960-rj>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Ordinário nº 725-69.2014.6.26.0000*, de 17 mar. 2015. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <[file:///D:/Usuarios/126050580590/Downloads/PDF390AC\\_004.pdf](file:///D:/Usuarios/126050580590/Downloads/PDF390AC_004.pdf)> . Acesso em: 22 nov. 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 47, jan. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/22287>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas; 2015.

FERNANDES, Flávio Sátiro. O Tribunal de Contas e a fiscalização municipal. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 65, p. 77, jan./jun. 1991.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: ENCONTRO LUSO-BRASILEIRO DE TRIBUNAIS DE CONTAS. Estoril: 19-21 de março de 2003.

PANUTTO, Peter. *Inelegibilidades*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

PEREIRA, Fabiana Augusta de Araújo. O julgamento das contas do Prefeito ordenador de despesas. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 14, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10697](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10697)>. Acesso em : 20 set. 2016.

PETERSEN, Elke Braid; PINTO, Djalma. *Comentários à Lei da Ficha Limpa*. São Paulo: Atlas, 2014.

SABINO, Jamilson Lisboa. Competência para julgar as contas dos prefeitos e presidentes de câmaras. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande do Sul. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17461](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17461)>. Acesso em: 02 dez. 2016.



## BREVES DIGRESSÕES SOBRE CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E CAUSAS DE INELEGIBILIDADE

Vanderléia Oliveira Santos Rodrigues da Silva \*

### RESUMO

Este artigo trata das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade, fazendo uma abordagem didática destes aspectos à luz da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988 e das principais normas infraconstitucionais que cuidam da matéria, especialmente a Lei Complementar nº 135/2010, salientando e caracterizando alguns pontos e situações importantes ligadas ao tema. Procura-se demonstrar o dinamismo da Justiça Eleitoral, o quanto a legislação relativa às eleições é minuciosa e que está nas mãos dos eleitores os rumos do país, traçados a cada eleição.

Palavras-chave: Elegibilidade. Inelegibilidade. Constituição. Legislação eleitoral. Ficha limpa.

### ABSTRACT

This scholarly work addresses the Conditions of Eligibility and the Causes of Ineligibility, making a didactic approach these issues in light of the Constitution of the Federative Republic of Brazil enacted on October 5, 1988 and the main infra rules that take care of the matter, especially the Complementary Law No. 135/2010, highlighting and featuring some important points and situations related to the theme. It seeks to demonstrate how the Electoral Court is dynamic, as the election legislation is detailed and how much is in the hands of the voters the direction of the country, drawn to each election.

Keywords: Eligibility. Ineligibility. Constitution. Electoral law. Clean Record.

\* Analista Judiciária – Apoio Especializado em Taquigrafia no Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Bahia – FIB. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera.

## 1 INTRODUÇÃO

A análise das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade, descritas tanto na Constituição Federal como em outros dispositivos legais, permite concluir que são situações distintas que precisam ser compreendidas por todos que pretendem se candidatar a cargo eletivo e também por aqueles que têm a responsabilidade de decidir o melhor dos candidatos para exercer os cargos.

Não se espera esgotar os questionamentos no entorno do Direito Eleitoral, mas, de forma didática e sintética, objetiva-se chamar a atenção sobre assunto tão importante, especialmente para aqueles que participam do processo eleitoral e são capazes de decidir os rumos da história política no Brasil.

Por tais razões, a finalidade precípua deste artigo é fazer uma abordagem do que está envolvido no processo eleitoral, no âmbito jurídico, enfatizando, se possível, alguns aspectos necessários e despertando nos eleitores a certeza da sua responsabilidade na decisão e escolha dos ocupantes dos cargos eletivos.

## 2 CONSTITUIÇÃO, ELEGIBILIDADE E INELEGIBILIDADE

Elegibilidade e inelegibilidade são aspectos afetos ao processo eleitoral, caminho traçado para a realização de uma eleição por meio da qual serão escolhidos os representantes do povo brasileiro, condutores política, social e economicamente da República Federativa do Brasil, interna e externamente. O processo eleitoral, por sua vez, tem um tratamento próprio no Direito Eleitoral, ramo do direito público e entendido por muitos como uma especialização do Direito Constitucional.

Na Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 estão delineadas condições de elegibilidade e algumas das causas de inelegibilidade, bem como conceitos relativos à cidadania, voto, sufrágio, intrinsecamente ligados ao tema em questão, ressaltando-se que a cidadania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme disposto no art. 1º, inc.

## II. Na verdade, matérias relativas à temática, são abordadas já no preâmbulo.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um 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 e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.<sup>2</sup>

O Capítulo IV trata dos Direitos Políticos. O art. 14, *caput*, descreve as formas de se exercer a soberania popular: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei [...]”.<sup>3</sup> Neste artigo evidencia-se a importância da participação popular nas diretrizes do país, por meio do sufrágio, que é universal, e do voto, que é direto, secreto e de igual valor para todos.

Entende-se por sufrágio “a emanção, o desejo, a vontade política do cidadão expressada pelo voto”,<sup>4</sup> como ensina Marcos Ramayana. Ou seja, o sufrágio é o direito e o voto é a forma como ele é exercido. A universalidade do sufrágio refere-se, por sua vez, ao fato de ser extensivo a todo o povo, mas não quer dizer que o seja para todas as pessoas, uma vez que os conscritos não votam, enquanto durar o exercício do serviço militar.

Ainda no art. 14, mais especificamente no §3º, a CF/88 elenca, de forma direta, as condições de elegibilidade: as condições mínimas, os primeiros e principais requisitos a serem preenchidos por todos que desejarem se candidatar a um mandato eletivo. Esta lista de condições envolve situações cujos conceitos e/ou exercício são tratados ao longo do texto constitucional, podendo-se citar, a nacionalidade brasileira e o pleno exercício dos direitos políticos.

É no art. 12 da Lei Maior que se encontra a definição de quem ocupa o território nacional e é brasileiro nato ou naturalizado, estabelecendo-se as situações passíveis de perda da nacionalidade brasileira e que a distinção

2 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2017.

3 *Ibidem*.

4 RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 3.

entre brasileiros natos e naturalizados só é possível em hipóteses nela taxativamente previstas. Tem-se como exemplo o fato de alguns cargos políticos somente serem ocupados por brasileiros natos. O referido artigo cuida ainda da situação do português, residente no Brasil, a quem são atribuídos os mesmos direitos dos brasileiros, desde que haja reciprocidade em relação aos brasileiros em Portugal.

Os direitos políticos não estão definidos expressamente no texto constitucional, mas sim a forma como são exercidos, havendo vedação expressa à sua cassação. Entretanto, de forma taxativa, a Carta Magna, em seu art. 15, elenca os casos de sua perda e suspensão.

No que tange às causas de inelegibilidade, a Constituição preconiza, no capítulo relativo aos direitos políticos e em outros momentos, alguns poucos casos de inelegibilidade: a que decorre, por exemplo, de parentesco com parlamentares em mandato (inelegibilidade reflexa), determinando que lei complementar estabeleça as demais situações. Assim, a Lei Complementar nº 64/90,<sup>5</sup> editada em 18 de maio de 1990, ficou conhecida como Lei das Inelegibilidades, modificada em muitos aspectos pela Lei Complementar nº 135/2010 – Lei da Ficha Limpa.<sup>6</sup>

Ponto de muita importância na seara eleitoral é, obviamente, o voto, tratado na CF/88, art. 14, *caput* e §1º, no mesmo momento em que resta estabelecido que tanto o alistamento eleitoral quanto o voto são obrigatórios, evidenciando hipóteses taxativas em que estes se tornam facultativos.

O texto constitucional expõe ainda, dentre outras, questões relativas à realização das eleições – dia, mês; duração dos mandatos; eventos que implicarão em perda do mandato; remuneração; vedações e competências dos parlamentares eleitos e das Casas Legislativas, bem como a data em que todos deverão tomar posse.

Em capítulos subsequentes, a partir do art. 17, a CF/88 dispõe acerca dos partidos políticos e também sobre a organização, funcionamento,

---

5 BRASIL. Lei Complementar nº 64. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF, 21 maio 1990.

6 BRASIL. Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF, 7 jun. 2010.

competências, composição da Justiça Eleitoral, arts. 118 a 121, todos intrinsecamente ligados ao processo eleitoral. Cuida, ainda, a Carta Magna das competências dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ressaltando-se a competência do Legislativo em julgar as contas de governo, cuja rejeição poderá redundar em causa de inelegibilidade.

### 3 CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE

Diz a CF/88, em seu art. 1º, parágrafo único, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Para uma melhor compreensão do artigo *in* comento, convém definir o termo *povo*, o que o doutrinador José Jairo Gomes faz com maestria:

[...] povo constitui um conceito operativo, designando o conjunto dos indivíduos a que se reconhece o direito de participar na formação da vontade estatal, elegendo ou sendo eleitos, ou seja, votando ou sendo votados com vistas a ocupar cargos político-eletivos.<sup>7</sup>

317

Qualquer brasileiro que atenda às condições de elegibilidade elencadas no art. 14, §3º da Constituição Federal e em leis esparsas, a exemplo do Código Eleitoral, e não dê causa à inelegibilidade pode ser eleito representante do povo, como afirma Carlos Eduardo de Oliveira Lula:

As condições de elegibilidade, portanto, devem ser entendidas como pressupostos para aquisição da elegibilidade pelos cidadãos brasileiros, pressupostos fixados pelo ordenamento jurídico para a obtenção do direito de ser votado. Assim, só a partir do preenchimento das condições de elegibilidade e da não incidência em qualquer causa de inelegibilidade é que nasce a elegibilidade, verdadeiro direito subjetivo.<sup>8</sup>

É cidadão todo brasileiro, nato ou naturalizado, no gozo dos direitos políticos e participante da vida do Estado, ou seja, o indivíduo titular dos direitos políticos de votar e ser votado, adquirindo-se tal atributo com a mera obtenção da qualidade de eleitor, que se manifestaria na posse de um

7 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011. p. 5.

8 LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*. Leme, SP: Imperium, 2010. p. 268.

documento, qual seja, o título de eleitor.<sup>9</sup>

Como dito, as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são tratadas na Constituição Federal e outras leis, ressaltando-se apenas que as primeiras em lei ordinária, em virtude de ausência de previsão constitucional, e as causas de inelegibilidade na Lei Complementar nº 64/90, que foi, em muito, alterada pela Lei Complementar nº 135/2010.

As condições de elegibilidade elencadas no art. 14, §3º, da CF/88, consideradas doutrinariamente próprias, são as seguintes: a nacionalidade brasileira; o pleno exercício dos direitos políticos; o alistamento eleitoral; o domicílio eleitoral na circunscrição; a filiação partidária e a idade mínima, que varia de acordo com o cargo pleiteado: trinta e cinco anos para presidente e vice-presidente da República e senador; trinta anos para governador e vice-governador de estado e do Distrito Federal; vinte e um anos para deputado federal, deputado estadual ou distrital, prefeito, vice-prefeito; dezoito anos para vereador.

As demais condições de elegibilidade, constitucionais ou infraconstitucionais, estas dispostas em lei ordinária, são denominadas pela doutrina de impróprias e consistem em: condições especiais dos militares (art. 14, §8º, da CF/88); a necessidade de desincompatibilização (§§ 6º e 7º, do art. 14, da CF/88); tempo mínimo de filiação partidária (art. 18, da Lei nº 9.096/95); a indicação em convenção partidária (inc. I, do §1º, do art. 94, da Lei nº 4.737/65), ou a participação na referida convenção para os parlamentares que estejam pleiteando a reeleição para o mesmo cargo e pelo mesmo partido (§ 1º, do art. 8º, da Lei nº 9.504/97).

### 3.1 CONDIÇÕES PRÓPRIAS DE ELEGIBILIDADE (ART. 14, §3º, DA CF/88)

Doravante, serão feitas algumas considerações importantes acerca das condições delineadas no texto constitucional.

#### 3.1.1 A NACIONALIDADE BRASILEIRA

9 LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*. Leme, SP: Imperium, 2010, p. 214.

“Nacionalidade é o vínculo jurídico entre o indivíduo e o Estado, a partir do qual nascem direitos e deveres a ambas as partes”,<sup>10</sup> conforme preleciona Carlos Eduardo de Oliveira Lula. O vínculo entre o indivíduo – pessoa física – e o Estado não é apenas jurídico, é também político.

Aquele que pleiteia a presidência ou a vice-presidência da República e, uma vez eleitos para deputado federal e senador, almejam a presidência da referida Casa Legislativa, devem ser brasileiros natos, obedecendo aos incisos I, II e III, §3º, do art. 12, da CF/88, pois os ocupantes destes cargos podem vir a assumir interinamente a presidência da República, de acordo com o art. 80.

A distinção entre brasileiros natos e os naturalizados só é permitida em algumas situações constitucionalmente especificadas, a exemplo do que é tratado no art. 12, incisos I e II. Segundo Alexandre de Moraes<sup>11</sup> a nacionalidade brasileira poderá ser primária ou secundária. Primária ou originária decorre do nascimento e é estabelecida por critérios sanguíneos (*jus sanguinis*), territoriais (*jus soli*) ou mistos. Por sua vez, a secundária é posterior ao nascimento e adquirida por vontade própria, geralmente pela naturalização.

De acordo com a Lei nº 6.815/80, Lei do Estrangeiro, art. 122, a naturalização confere ao naturalizado todos os direitos civis e políticos. É possível a perda da nacionalidade brasileira caso ocorra quaisquer das hipóteses previstas em rol taxativo na Constituição Federal (art. 12, §4º).

### 3.1.2 O PLENO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS

De início cabe, por óbvio, uma definição do que vêm a ser direitos políticos e, para tanto, faz-se uso do entendimento de Alexandre de Moraes:

Conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o art. 14 da Constituição Federal. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania.<sup>12</sup>

10 LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*. Leme, SP: Ed. Imperium, 2010. p. 277.

11 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 207-208.

12 *Ibidem*, p. 227.

Infere-se que o conceito está intimamente ligado ao de cidadão e ao de cidadania. Cidadania é um atributo político, tendo em vista que o seu titular tem o direito de intervir politicamente no governo de forma ativa, consubstanciada na capacidade de votar e escolher os seus representantes, e/ou de forma passiva, que corresponde ao direito de ser eleito como representante popular. Já cidadão é todo nacional capaz de participar do governo de um país regido por um regime democrático.

Direitos políticos são direitos públicos subjetivos, da categoria dos direitos fundamentais, disciplinados na Constituição Federal, nos arts. 14 a 16. Existem também legislações infraconstitucionais que abordam situações relativas ao exercício dos direitos políticos e todas estas envolvem matérias eleitorais, o que vem a ampliar o sentido do conceito.

Para melhor compreensão, faz-se necessária uma análise conjunta dos arts. 1º e 14 da Constituição Federal, pois se complementam, uma vez que o primeiro dispõe que o poder emana do povo, soberano, enquanto o segundo estabelece as formas como a soberania popular vai ser exercida. Conclui-se que são direitos políticos o direito de sufrágio, mediante o voto direto, secreto e de igual valor para todos; a alistabilidade; a elegibilidade; a iniciativa popular de lei; a ação popular e a organização e participação de partidos políticos.

A capacidade eleitoral ativa e a capacidade eleitoral passiva, respectivamente de votar e de ser votado representam a forma mais clara de expressão e manifestação dos direitos políticos, ou seja, “o direito de sufrágio é a essência do direito político, expressando-se pela capacidade de se eleger e de ser eleito”.<sup>13</sup>

Pode parecer que não há distinção entre cassação e perda de direitos políticos, mas analisando-se os termos à luz dos ensinamentos de José Jairo Gomes, clara fica a diferença entre eles: “Cassar significa desfazer ou desconstituir ato perfeito, anteriormente praticado, retirando-lhe a existência e, pois, a eficácia”, enquanto perder é “deixar de ter, possuir”.<sup>14</sup>

A suspensão consiste em uma “privação temporária de direitos políticos”, e “só pode ser suspenso algo que já existia e estava em curso”,

13 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 228.

14 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011. p. 8.

no entender de Gomes.<sup>15</sup> Ocorrendo a suspensão dos direitos políticos, a privação de tais direitos é transitória.

A perda ou suspensão dos direitos políticos pelas razões constantes no art. 15, da CF/88 tem consequências negativas para o indivíduo: o alistamento eleitoral é cancelado e há a exclusão do rol de eleitores (CE, art. 71, inc. II), respeitando-se o procedimento do art. 77 do CE, sendo privado o indivíduo da capacidade eleitoral ativa e da capacidade eleitoral passiva; cancela-se a filiação partidária (LOPP, art. 22, inc. II); perde-se o mandato eletivo (CF/88, art. 55, inc. IV, §3º) e o cargo ou função pública (CF/88, art. 37, inc. I c/c art. 5º, incs. II e III, da Lei nº 8.112/90); impedimento de ajuizar ação popular (CF/88, art. 5º, inc. LXXIII) e de exercer a capacidade eleitoral ativa e a passiva (CF/88, art. 14, §3º, inc. II); impedimento para exercer a iniciativa popular (CF/88, art. 61, §2º).

Vale observar que no caso de parlamentares – deputados estaduais, federais e distritais e senadores – que perdem ou têm suspensos os seus direitos políticos, a perda do mandato não se dá automaticamente, tendo em vista o disposto nos arts. 27, §1º, 32, §3º e 55, inc. IV, §3º, todos da Constituição Federal.

O art. 9º da Lei de Improbidade reporta-se aos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, considerados graves, tendo, portanto, consequências mais severas. O art. 10 refere-se aos atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário, enquanto o art. 11 elenca atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

### 3.1.3 ALISTAMENTO ELEITORAL

O alistamento eleitoral é um procedimento administrativo, disciplinado pelos arts. 41 a 82 do Código Eleitoral, pela Lei nº 7.444/85 e pela Resolução TSE nº 21.538/2003, que pode ser bem compreendido a partir da lição trazida por Gomes, aqui transcrita:

Entende-se por alistamento o procedimento administrativo-eleitoral pelo qual se qualificam e inscrevem os eleitores. Nele se verifica o preenchimento dos requisitos constitucionais e legais indispensáveis à

15 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7.

inscrição do eleitor. Uma vez deferido, o indivíduo é integrado ao corpo de eleitores, podendo exercer direitos políticos, votar e ser votado, enfim, participar da vida política do País. Em outras palavras, adquire cidadania. Note-se, porém, que, com o alistamento, adquire-se apenas a capacidade eleitoral ativa, o *jus suffragi*; a passiva ou a elegibilidade depende de outros fatores.<sup>16</sup>

Consubstancia-se o alistamento na primeira etapa de aquisição dos direitos políticos que, conforme preleciona Ramayana,<sup>17</sup> é materializado em etapas, fases ou graus de cidadania.

No momento do alistamento, deverá o indivíduo fornecer os seus dados pessoais – nome, sexo, filiação, data de nascimento, endereço – comprovando ainda a condição de brasileiro. Para tanto, será exigida a exibição de qualquer dos seguintes documentos: carteira de identidade, que pode ser substituída por um documento emitido por entidades reguladoras de atividade profissional, desde que sejam órgãos criados mediante lei federal; certificado de quitação do serviço militar, de apresentação obrigatória no caso de indivíduos do sexo masculino, maiores de 18 anos; registro de nascimento ou casamento.

Atualmente, o alistamento eleitoral é feito por meio eletrônico, utilizando-se o sistema ELO, elaborado pelo TSE e redistribuído aos tribunais regionais eleitorais. Consiste em um cadastro nacional. Este sistema está sendo aperfeiçoado, gradativamente, para um método de identificação biométrica, com vistas a ser evitado o cometimento de fraudes no momento do voto. Por este novo sistema, o eleitor é identificado, na hora de exercer o seu direito de votar, pela sua digital e não apenas pelo título de eleitor.

Importante observar que o alistamento eleitoral poderá ser efetuado a qualquer época, entretanto, em ano eleitoral, somente até 150 (cento e cinquenta) dias anteriores à realização do pleito, de acordo com o art. 91, da Lei nº 9.504/97, em data divulgada no calendário eleitoral elaborado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Constam ainda da Carta Magna, no art. 14, §2º, as situações de inalistabilidade que impedem o alistamento eleitoral. De acordo com o referido dispositivo são inalistáveis os estrangeiros e os conscritos, aqueles que

16 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011. p. 113.

17 RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 195.

prestam serviço militar obrigatório.

Vale ressaltar que existe previsão de ordem jurisprudencial e também na Resolução TSE nº 21.538/2003, art. 14, para o alistamento de jovens aos 15 anos, desde que na data do primeiro turno da eleição já tenha 16 anos completos.

### 3.1.4 DOMICÍLIO ELEITORAL NA CIRCUNSCRIÇÃO

Conforme lições do civilista César Fiúza, o “domicílio é o lugar onde a pessoa se fixa com vontade de aí permanecer em definitivo”,<sup>18</sup> ou seja, o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela centraliza as suas atividades, os diferentes aspectos da sua vida.

O conceito de domicílio no Direito Eleitoral é mais flexível do que no Direito Civil, segundo se conclui do que consta no art. 42, parágrafo único, da Lei nº 4.737/65: “Para o efeito da inscrição, é domicílio eleitoral o lugar de residência ou moradia do requerente, e, verificado ter o alistando mais de uma, considerar-se-á domicílio qualquer delas”.<sup>19</sup>

Para candidatar-se a exercício de cargo de mandato eletivo, a lei exige que o candidato tenha domicílio eleitoral na circunscrição que pretende concorrer e representar.

Em se tratando de eleição municipal, será considerada circunscrição do pleito o município, em eleição estadual será o Estado e na eleição para presidente e vice-presidente da República, o País. Servirá de prova do domicílio eleitoral o título de eleitor ou certidão emitida pelo Cartório Eleitoral.

### 3.1.5 FILIAÇÃO PARTIDÁRIA

A República Federativa do Brasil tem como modelo de governo uma democracia indireta ou democracia representativa em que os cidadãos/eleitores, por meio do sufrágio, elegem os seus representantes para exercer o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Pinto assim define a filiação partidária: “É ato pelo qual se estabelece um vínculo jurídico, para fins de exercício de direitos políticos, entre deter-

18 FIÚZA, César. *Direito Civil*: curso completo. 11. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 164.

19 BRASIL. Lei nº 4.737. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF, 19 jul. 1965.

minado partido e o cidadão, sendo a relação entre eles regida pela lei e pelo respectivo estatuto.”<sup>20</sup> A lei a que se refere o autor é a Lei nº 9.096/95, conhecida como Lei Orgânica dos Partidos Políticos, arts. 16 a 22.

O cidadão poderá filiar-se nos órgãos de direção municipal, estadual ou nacional do partido político cuja filosofia e ideário mais se alinhar ao seu pensamento, devendo o referido órgão fazer a comunicação da respectiva filiação à Justiça Eleitoral, seguindo determinação do art. 19, da LOPP.

Nas listas encaminhadas periodicamente à Justiça Eleitoral podem ocorrer omissões dos nomes de alguns filiados. Nesta hipótese, o próprio filiado prejudicado pode requerer ao juiz eleitoral a inclusão de seu nome no rol de filiados ou, de acordo com a Súmula nº 20 do TSE, provar a sua filiação por outros meios, a exemplo do comprovante emitido pelo partido no momento da filiação:

TSE. Súmula nº 20: A falta do nome do filiado ao partido na lista por este encaminhada à Justiça Eleitoral, nos termos do art. 19 da Lei 9.096, de 19.9.95, pode ser suprida por outros elementos de prova de oportuna filiação.<sup>21</sup>

Se à agremiação partidária compete comunicar ao juiz eleitoral quando da filiação, ao cidadão cumpre avisar por escrito ao juiz eleitoral quando da sua desfiliação, assim como ao órgão de direção municipal do partido político. Dois dias após a comunicação da desfiliação, extingue-se o vínculo do cidadão com o partido, sendo que, em caso de morte, perda dos direitos políticos, expulsão ou quaisquer outras formas constantes no estatuto do partido, a desvinculação é imediata, conforme dicção da LOPP, arts. 21 e 22.

### 3.1.6 IDADE MÍNIMA

De acordo com o texto constitucional, a idade mínima é condição de elegibilidade, vale dizer, requisito para ser eleito.

Para a Corte Superior Eleitoral a idade mínima, como assegurado no texto constitucional, constitui-se em condição para ser eleito, e não em condi-

20 PINTO, Djalma. *Elegibilidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 15.

21 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula TSE nº 20. *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*, Brasília, DF, 24 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-nb0-20>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

ção para ser empossado. Gomes compartilha deste entendimento, conforme se depreende do excerto abaixo:

Não era essa a posição da Corte Superior Eleitoral. Em seus precedentes encontrava-se assentado que a idade mínima deveria ser atendida na data da eleição [...] Por isso, entende como inconstitucional a regra inscrita no § 2º do art. 11 da Lei no. 9.504/97. Deveras, a data relevante é o dia do pleito, pois é nesse momento que os candidatos são votados. A posse é já um fato posterior, que nada tem com as condições de elegibilidade.<sup>22</sup>

O eleitoralista, por compreender que a idade mínima é condição para ser eleito, entende perfeitamente possível que no momento do registro o candidato ainda não tenha a idade exigida, mas deverá tê-la atingido quando da eleição, ou seja, na data do pleito.

### 3.2 CONDIÇÃO ESPECIAL DE ELEGIBILIDADE DO MILITAR

No que tange aos militares, existem questões peculiares quanto à sua elegibilidade. Primeiramente, a Constituição Federal dispõe acerca das condições de elegibilidade dos militares, no art. 14, §8º, para, mais adiante, referir-se à sua filiação partidária, no art. 142, §3º.

De acordo com os dispositivos constitucionais os militares não são inelegíveis, mesmo tendo impedida a sua filiação partidária. São militares os integrantes das Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica – e os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros, estes definidos como militares dos estados, Distrito Federal e territórios.

Os militares da ativa que almejam candidatar-se a cargo eletivo deverão obedecer às condições de elegibilidade elencadas no texto constitucional, excluindo-se a necessidade de filiação partidária, e também a condição especial estabelecida na Lei Complementar nº 64/90, art. 1º, inc. IV, “c”, relativamente ao prazo de desincompatibilização: quatro meses antes do pleito, se candidato a prefeito ou vereador.

Vale salientar que a filiação partidária é vedada, mas é imprescindível a escolha em convenção partidária do partido pelo qual pretende disputar o pleito. Escolhido em convenção partidária, o militar então poderá requerer,

22 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011. p. 139.

perante a Justiça Eleitoral, o seu registro de candidatura. Uma vez deferido, deverá obedecer a disposição constitucional do art. 14, §8º.

### 3.3 CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS DE ELEGIBILIDADE

São condições impróprias de elegibilidade o prazo de filiação partidária de seis meses antes do pleito eleitoral, a escolha em convenção partidária. A condição especial do militar, já tratada anteriormente, a despeito de ser uma condição constitucional de elegibilidade, é classificada, doutrinariamente, como condição imprópria.

O pretense candidato precisa ainda ser escolhido em convenção a ser realizada pelo partido ou coligação, pois, de acordo com norma contida no art. 94, §1º, inc. I, do Código Eleitoral, deverá instruir o requerimento de registro de candidatura com cópia da ata da convenção partidária em que seu nome foi escolhido.

A Lei das Eleições – Lei nº 9.504/97 – determina as condições necessárias à realização das convenções partidárias. A convenção partidária, por sua vez, tem a seguinte definição do Professor José Jairo Gomes:

Convenção é a reunião ou assembleia formada pelos filiados a um partido político – denominados convencionais – cuja finalidade é eleger os que concorrerão ao pleito. Em outros termos, é o meio pelo qual os partidos escolhem os candidatos que disputarão as eleições.<sup>23</sup>

As convenções poderão ser realizadas gratuitamente em prédios públicos, ginásios desportivos etc., desde que solicitada autorização à autoridade competente, responsabilizando-se o partido político por eventuais danos causados ao local. Deverá ser convocada pelo respectivo diretório, valendo ressaltar que convenção nacional, que pode ser realizada em qualquer dos estados brasileiros, escolherá os candidatos à presidência e vice-presidência da República; convenção estadual, realizada em qualquer município, se incumbirá de escolher os candidatos a governador e vice-governador dos estados e do Distrito Federal, senado federal, deputados

23 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011. p. 219.

federais e deputados estaduais; e a convenção municipal, realizada nos limites do município, ficará encarregada de escolher os candidatos a prefeito, vice-prefeito e vereador.

## 4 CAUSAS DE INELEGIBILIDADE

Uma vez delineados os aspectos relativos às condições de elegibilidade, é cabível, doravante, abordagem a respeito das causas que podem obstar as candidaturas. Como já observado anteriormente, as situações a seguir são as mais polêmicas e controversas, tendo em vista a subjetividade e as interpretações dissonantes da legislação que disciplina a matéria.

### 4.1 CONCEITO DE INELEGIBILIDADE

Uma análise superficial do termo inelegibilidade poderia levar à errônea conclusão de que nada mais é que o inverso de elegibilidade. Tal entendimento apresenta-se em concordância ao que consta no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa: “Qualidade daquele que não pode ser eleito para cargo político, por não atender às exigências legais”.<sup>24</sup>

De acordo com o excerto acima, pode-se concluir que, ainda que o resultado prático ao não atendimento a qualquer das condições de elegibilidade ou a configuração de uma das causas de inelegibilidade seja o mesmo - a ausência da capacidade eleitoral passiva - ambas as situações devem ser entendidas como distintas. Observa-se apenas que o conceito da inelegibilidade é mais elástico na medida em que abraça tanto a ausência das condições de elegibilidade quanto as inelegibilidades de modo geral.

O impedimento ao exercício da cidadania passiva, *ius honorum*, pode ocorrer tanto em virtude de circunstâncias pessoais, por exemplo, em decorrência do analfabetismo, como consequência direta de ações judiciais eleitorais que constatarem o cometimento de condutas ilícitas descritas em legislação específica.

24 HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. p. 1610.

## 4.2 INELEGIBILIDADES CONSTITUCIONAIS

São as causas de inelegibilidade definidas no texto constitucional, art. 14, §§4º a 7º. Poderão ser arguídas no momento do registro de candidatura ou até mesmo após as eleições, logo não estão sujeitas à preclusão, respeitando-se, para tanto, o prazo específico exigido para cada ação. Pode-se citar como exemplo o Recurso Contra Expedição de Diploma, que deverá ser ajuizado até 03 (três) dias depois da diplomação do candidato eleito.

### 4.2.1 INALISTÁVEIS

Ao afirmar-se que os inalistáveis são inelegíveis, art. 14, §4º, da Constituição, e art. 1º, inc. I, “a” da LC nº 64/90, resta estabelecido como inelegíveis os menores de dezesseis anos, os estrangeiros e os conscritos. Tais indivíduos ficam, portanto, desprovidos de cidadania, tendo em vista que o alistamento eleitoral é *conditio sine qua non* para aquisição da condição de cidadão. Impende ressaltar que, enquanto o inelegível não possui capacidade eleitoral passiva, o inalistável não possui sequer capacidade eleitoral ativa.

Vale lembrar que conscrito é quem participa do processo seletivo de prestação do serviço militar; os selecionados para a prestação deste serviço ficam inalistáveis e inelegíveis. Entretanto, passado o período de prestação obrigatória do serviço militar, o indivíduo não só pode, como deve alistar-se, ainda que permaneça no exercício militar.

### 4.2.2 ANALFABETOS

Consoante o texto constitucional e o art. 1º, inc. I, “a” da LC nº 64/90, é inelegível também o analfabeto. Encontra-se aí uma situação um tanto quanto mais complexa, na medida em que definir o analfabetismo não é fácil. De modo geral, pode-se dizer que analfabeto é quem não domina um sistema escrito de linguagem, carecendo dos conhecimentos necessários para ler e escrever. Assim, a noção de analfabetismo prende-se ao domínio da escrita e da compreensão de textos, ainda que singelos. Por outro lado, o domínio

de tal sistema em algum grau justifica o *status* de alfabetizado – ou, pelo menos, de semialfabetizado.<sup>25</sup>

A doutrina entende salutar a preocupação do constituinte em restringir a eleição de pessoas analfabetas, mas salienta que a regra em apreço, tendo em vista tratar-se de restrição de direitos, deverá ser interpretada também de forma restrita, aplicando-se somente àqueles que não sabem ler nem escrever.

Mas urge frisar: não se trata de trocar x por s ou sc por c, confundir mal com mau ou bem com bom, escorregões, aliás, comuns mesmo em portadores de diplomas. Cuida-se, sim, de desconhecem-se estruturas e articulações fundamentais da língua, de não se saber ler uma frase singela, de se ignorar a escrita de palavras corriqueiras como 'gato', 'banana', 'mãe'. Obviamente, não se pretende que apenas homens letrados se candidatem aos postos públicos, mas, sim, que os candidatos tenham um mínimo de conhecimento da língua para que possam exercer com independência, dignidade e altivez o mandato conquistado.<sup>26</sup>

Conclui-se que tal causa de inelegibilidade se reveste de subjetividade, haja vista os aspectos que definem a condição de alfabetizado. No momento do registro de candidatura exige-se a comprovação da escolaridade, mediante apresentação de documento emitido por estabelecimento de ensino. Ainda assim, muitas vezes, o pretense candidato é submetido a teste e algumas vezes reprovado.

Somente o comprovante de escolaridade vale como prova da alfabetização, pouco importando se o indivíduo já exerceu mandato. Nesse sentido, o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral já sumulado, transcrito por Lula:

TSE. Súmula 15. O exercício de cargo eletivo não é circunstância suficiente para, em recurso especial, determinar-se a reforma de decisão mediante a qual o candidato foi considerado analfabeto.<sup>27</sup>

Havendo suspeita de ser o candidato, ou pré-candidato, analfabeto, deverá submeter-se a teste, realizado de forma a não ofender a sua dignidade ou causar-lhe constrangimento. Em regra, os referidos testes consistem em

25 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011. p. 152.

26 *Ibidem*, p. 154.

27 LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*. Leme, SP: Imperium, 2010. p. 295.

declaração de próprio punho de que não é analfabeto, não devendo ocorrer de forma coletiva. A negativa do candidato em sujeitar-se ao exame se constitui, quase sempre, em presunção da condição de analfabeto. Esta é a posição da Corte Superior Eleitoral.

Caso que se tornou de todos conhecido nas eleições de 2010 foi o de Francisco Everardo Oliveira Silva, mais conhecido como Palhaço Tiririca, Deputado Federal pelo estado de São Paulo, com cerca de 1,3 milhão de votos. Após eleito, teve a sua condição de alfabetizado questionada pela Procuradoria Regional Eleitoral de São Paulo, que recebeu denúncia de que o teste a que se submeteu na verdade foi feito por outra pessoa. Tiririca realizou nova prova, dias depois das eleições, tendo sido aprovado.

#### 4.2.3 INELEGIBILIDADE REFLEXA

A inelegibilidade em virtude de grau de parentesco consiste em tornar inelegíveis cônjuges e parentes consanguíneos ou afins ou por adoção, até o segundo grau, de chefes do Poder Executivo, ou de qualquer pessoa que os tenha substituído até seis meses antes do pleito eleitoral. Esta inelegibilidade ocorrerá “no território de jurisdição do titular”, não se aplicando no caso do parente que pretende se candidatar já exercer mandato eletivo e buscar a reeleição. Assim dispõe o art. 14, § 7º, da Carta Magna.<sup>28</sup>

A regra vale ainda que estes parentes possuam adversidade notória, pouco importando se são de partidos diferentes. Aplica-se também o dispositivo mesmo que o casamento tenha sido realizado apenas no religioso. Por analogia, entende-se que tal regra é estendida para companheiros uma vez que a união estável é prestigiada no texto constitucional (art. 226, §3º) tendo sido aplicada inclusive em casos de união homoafetiva, conforme jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, firmada no pleito realizado em 2004:

RESPE - RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 24564 - VISEU/PA  
Acórdão nº 24564 de 01/10/2004  
Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES  
Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 01/10/2004  
RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 17, Tomo 1, Página 234

28 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2017.

Ementa:

REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATAAO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

Recurso a que se dá provimento.

Decisão:

O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do relator.<sup>29</sup>

O art. 14, §7º, é uma regra objetiva, que há de ser interpretada de forma literal, não havendo impedimentos para que marido e mulher, pai e filho, mãe e filho, irmãos, ou quaisquer outros parentes, sejam candidatos no mesmo pleito, desde que nenhum deles exerça mandato eletivo do Poder Executivo e esteja pleiteando reeleição.

A expressão “no território de jurisdição do titular”, por sua vez, significa que a inelegibilidade em apreço ficará restrita à circunscrição do titular, ou seja, “território sob influência direta do chefe do Poder Executivo”.

A candidatura de tais pessoas, no entanto, estará viabilizada se o chefe do Poder Executivo em questão renunciar ao mandato até seis meses antes da realização das eleições. Observa-se, por outro lado, que os parentes dos vices não são inelegíveis, desde que estes não substituam os titulares até seis meses antes da data do pleito eleitoral. A inelegibilidade dos cônjuges, companheiros, concubinos e viúvos há de se configurar ainda que ocorra a dissolução da união no curso do mandato:

No caso de separação, divórcio e morte do Chefe do Executivo, se esses fatos ocorrerem durante o exercício do mandato, permanecerá o impedimento do cônjuge separado, divorciado ou viúvo – inclusive o dos parentes por afinidade –, porque, de qualquer forma, em algum momento do mandato terão existido os vínculos conjugal e parental. Essa interpretação foi cristalizada na Súmula Vinculante nº 18 do Supremo Tribunal Federal, que reza: ‘A dissolução da sociedade ou do vínculo

29 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 24.564. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Revista de Jurisprudência do TSE*, Brasília, DF, v. 17, n. 1, p. 234, 2006.

conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no §7º do art. 14 da Constituição Federal.<sup>30</sup>

Todavia, se a dissolução da união do mandatário do Executivo ocorrer durante o primeiro mandato, tendo sido ele reeleito, ao final deste segundo mandato não persistirá a inelegibilidade do ex-cônjuge, ex-companheiro, ex-concubino. São abraçados pela regra de inelegibilidade acima disposta todos os parentes por consanguinidade ou afinidade, em linha reta ou colateral, até o segundo grau.

#### 4.2.4 Inelegibilidades funcionais constitucionais

A reeleição dos chefes do Poder Executivo, e seus respectivos vices, é possível desde que uma única vez sucessivamente, ou seja, prefeitos, governadores e presidente, bem como seus vices, poderão ser reeleitos para o mandato consecutivo. Esta inovação foi introduzida no texto constitucional, art. 14, §5º, por meio da Emenda Constitucional nº 16, em 1997.

Há distinção entre os termos “sucessores” e “substitutos”, utilizados no dispositivo constitucional acima explicitado, sendo estes os que vêm a ocupar os cargos de forma passageira, enquanto aqueles os que substituem em caráter permanente, em caso de vacância, a exemplo de morte ou renúncia.

A desincompatibilização consiste no afastamento do cargo até seis meses antes das eleições, e deverá se operar não só para os mandatários do Poder Executivo, reeleitos ou não, que desejam se candidatar para outros cargos, bem como para todos os servidores ou agentes públicos que pretendam se candidatar, à exceção do militar que tenha mais de dez anos de serviço. No caso do servidor público, o prazo de desincompatibilização será de três meses, e não de seis, pois se afasta do seu cargo, mas continua recebendo os seus vencimentos.

### 4.3 NATUREZA JURÍDICA DA INELEGIBILIDADE

Discute-se muito a respeito da natureza jurídica da inelegibilidade, com o intuito de restar estabelecido se ela se constitui em sanção, e, em assim

30 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011. p. 160-161.

sendo, se seria penal ou administrativa. Para expressiva maioria de doutrinadores a inelegibilidade é uma sanção e muitas vezes assim a ela se referem:

É de oito anos a **sanção** de inelegibilidade.

Entre os instrumentos jurídico-eleitorais predispostos à *constituição* de **inelegibilidade-sanção**, destacam-se os seguintes: (a) ação de investigação judicial eleitoral – AIJE (LC nº 64/90, arts. 19 a 22); (b) ação eleitoral – nos termos do art. 1º, I, j, da LC nº 64/90 de captação ilícita de sufrágio (LE, art. 41 – A), doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha (LE, art. 30 – A) ou conduta vedada a agentes públicos em campanhas eleitorais (LE, arts. 73 ss).<sup>31</sup> (Grifos nossos)

Muitos juízes interpretam a inelegibilidade como sanção, entretanto, nas eleições de 2010, ano em que a inelegibilidade foi extremamente discutida, o Juiz Salomão Viana, membro da Corte Eleitoral baiana à época, ao proferir voto no Processo nº 2089-03.2010.6.05.0000, da relatoria do Juiz Josevando Souza Andrade, trouxe, com muita simplicidade e maestria, seu posicionamento acerca da matéria:

Juiz Salomão Viana: [...] as normas relativas à elegibilidade ou inelegibilidade, elas não têm a finalidade de impor penas, não. As normas relativas à elegibilidade ou à inelegibilidade, tal qual consta na própria Constituição Federal, não são normas que têm a intenção de impor restrição de direito. As restrições de direito ocorrerão, vamos chegar lá, mas as normas não têm esse propósito. **As normas relativas à inelegibilidade são normas que visam a proteger a probidade e a moralidade.** Bom, protegendo-se a probidade e a moralidade, é obvio que esta norma produzirá um efeito que será nefasto para algumas pessoas: aquelas que tendo se considerado “com penas cumpridas”, ou aquelas que de repente tornaram-se inelegíveis por conta da nova norma, e à luz das normas anteriores não eram inelegíveis, sentem-se, é justo, com um sentimento de patrimônio jurídico invadido. [...].<sup>32</sup> (Grifos nossos)

O próprio STF no Mandado de Segurança nº 22.087, julgado em 28 de março de 1996, assim se posicionou: “[...] *inelegibilidade não constitui pena. Destarte, é possível a aplicação da lei de inelegibilidade, Lei Complementar nº 64, de 1990, a fatos ocorridos anteriormente a sua*

31 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011. p. 150.

32 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (BA). *Notas taquigráficas parciais*. Processo nº 2089-03.2010.6.05.0000. Orador: Juiz Salomão Viana. 66ª sessão ordinária, Salvador, BA, 5 ago. 2010.

**vigência.**<sup>33</sup> O relator, Ministro Carlos Velloso, fundamentou a sua decisão em posicionamento do TSE, que também não reconhece o caráter de pena da inelegibilidade, e estabelece “*inelegibilidade não é pena e independe até de que o fato que a gere seja imputável àquela a que se aplica [...]*”.<sup>34</sup>

Diante dos posicionamentos apresentados pelos ministros dos tribunais superiores em questão, a inelegibilidade é entendida apenas como uma restrição preventiva ao exercício de uma atividade, atendendo a uma determinação constitucional de garantir a moralidade e a probidade administrativa. Cuida-se, pois, a inelegibilidade de mera aplicação de preceito contido em lei.

## 5 INELEGIBILIDADES INFRACONSTITUCIONAIS

As causas infraconstitucionais de inelegibilidade, ao contrário das inelegibilidades constitucionais, estão sujeitas à preclusão, portanto, precisam ser examinadas em momento oportuno, no registro de candidatura, a menos que se trate de causa superveniente ao registro, entre ele e a eleição, a teor do quanto disposto na Lei nº 9.504/97, em seu art. 11, §10.

A Lei Complementar nº 64/90, que teve substancial modificação introduzida pela Lei Complementar nº 135, de 4 junho de 2010, traz as causas de inelegibilidade infraconstitucionais, repetindo, em alguns casos, situações já elencadas no texto constitucional. Alguns de seus aspectos serão abordados nas linhas adiante.

### 5.1 LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 E LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010 (LEI DA FICHA LIMPA)

A inelegibilidade é tratada na Constituição Federal em seu art. 14, §§4º a 7º, mas é também uma das poucas matérias, como nela inculcido, que deve ser disciplinada por uma lei complementar (art. 14, §9º): “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.087. Relator: Min. Carlos Velloso. *Diário de Justiça (DJ)*, Brasília, DF, 10 maio 1996.

34 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 9.797. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Revista de Jurisprudência do TSE*, Brasília, DF, v. 5, n. 1, p. 21, 1994.

cessação [...]”.<sup>35</sup>

A LC nº 64/90 tem objetivos bem definidos, presentes na Carta Magna: proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, ou seja, estabelece que o mandato seja exercido por pessoas idôneas, de moral ilibada, bem como garantir a lisura do processo eleitoral com igualdade de condições para todos os candidatos.

A primeira lei complementar a tratar da inelegibilidade foi a LC nº 5, de 29 de abril de 1979, revogada pela LC nº 64/90, modificada, inclusive com inserção de novos dispositivos, pela LC nº 135/2010, popularmente conhecida como Lei da Ficha Limpa.

A respeito desta última, tem-se que seu marco inicial, de iniciativa popular, foi em maio de 2008, quando começaram a ser colhidas as assinaturas, e o objetivo precípua do projeto era que se criasse uma lei capaz de impedir ou pelo menos impor obstáculos à candidatura de pessoas com condenações criminais em determinadas searas do Poder Judiciário.

O trâmite do projeto se iniciou em março de 2010, sendo relator o Deputado Índio da Costa. A lei foi aprovada em curto espaço de tempo, tendo chegado no dia 4 de maio na Câmara dos Deputados e, em 19 de maio, no Senado Federal. Deu-se a aprovação final do texto legal no dia 4 de junho. É de se ressaltar ainda que o período do registro das candidaturas para as eleições de 2010 findava-se em 5 de julho.

Apesar do posicionamento da Corte Superior Eleitoral, os efeitos da nova legislação às eleições de 2010 só foram definitivamente decididos em março de 2011, tendo em vista a ocorrência de empate no STF ao se pronunciar sobre a questão no decorrer do processo eleitoral de 2010. O impasse acabou mantendo a decisão do TSE, permitindo-se assim que muitos dos candidatos que tiveram seus registros de candidatura indeferidos, por ferir a lei em vigor, concorressem *sub judice*.

A Suprema Corte, em decisão exarada em 23 de março de 2011, entendeu, por seis votos a cinco, pela não aplicação da lei naquele pleito, ao se debruçar sobre os RE nº 633703, interposto por Leonídio Correa Bouças, candidato a deputado estadual em Minas Gerais, pelo PMDB, RE nº 630147,

35 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2017.

de Joaquim Roriz, candidato a governador pelo Distrito Federal e RE nº 631102, de Jader Barbalho, que pretendia ser senador.

A divergência entre os tribunais, TSE e STF, dizia respeito ao fato de aquele tribunal entender que a LC nº 135/2010 não provocava alterações no processo eleitoral, podendo, conseqüentemente, ser aplicada no mesmo ano em que se realizaria o pleito, diversamente do entendimento da maioria do STF. De acordo com o TSE, o dispositivo encartado no art. 16 da CF/88 refere-se à Lei nº 9.504/97, Lei das Eleições, esta, sim, capaz de alterar o processo eleitoral.

## 5.2 O NOVO ART. 1º, INC. I, DA LC Nº 64/90

Em seu art. 1º, a lei elenca as causas de inelegibilidade, agrupando-as, conforme aponta o Professor Roberto Moreira de Almeida, em 7 (sete) níveis, a saber: os inelegíveis para quaisquer cargos; os inelegíveis para presidente e vice-presidente da República; os inelegíveis para governador, vice-governador de estado e do Distrito Federal; os inelegíveis para prefeito e vice-prefeito; os inelegíveis para o Senado Federal; os inelegíveis para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmara Legislativa e, finalmente, os inelegíveis para a Câmara Municipal.<sup>36</sup>

As maiores modificações ocorreram justamente no nível um, correspondente ao inciso I, que abarca os inelegíveis para quaisquer cargos, nas alíneas “c” a “i”, onde sucederam alterações na redação. As alíneas “j” a “q”, por sua vez, englobam os novos casos de inelegibilidade. Em relação à alínea “e”, impende ressaltar que foram acrescidos crimes como racismo, terrorismo, tráfico de drogas, ou seja, um rol taxativo. Nestes dispositivos a lei endurece para tornar mais extensos os prazos de inelegibilidade, alterando também o seu início.

Em julgamento ocorrido a 27 de agosto de 2010, o TSE entendeu aplicável a LC nº 64/90, com as suas inovações, para as eleições realizadas naquele ano, ao julgar o recurso de Francisco das Chagas, do Ceará. Este candidato, condenado por captação ilícita de sufrágio nas eleições de 2004, condenação lastreada no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, encontrava-se

36 ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 83.

inelegível pelo prazo de três anos. Considerou o egrégio Tribunal que com a entrada em vigor da nova lei este prazo se estendeu para oito anos. Vale aqui transcrever as palavras da Ministra Cármen Lúcia ao proferir voto vista no citado recurso:

A meu ver não se está diante de aplicação de punição pela prática de ilícito eleitoral, mas de delimitação no tempo de uma consequência inerente ao reconhecimento judicial de que o candidato, de alguma forma, não cumpre os requisitos necessários para se tê-lo como elegível.<sup>37</sup>

A Suprema Corte, ao se manifestar acerca da matéria, posicionou-se pela constitucionalidade do dispositivo, tendo em vista que a inelegibilidade não se constitui em sanção, conforme entendimento dos tribunais superiores já demonstrado anteriormente, que o princípio da presunção não é absoluto e trata-se de um princípio aplicável à seara penal, independentemente da seara eleitoral. Além do mais, pela técnica da ponderação de interesses, haverá prevalência do princípio da moralidade e da probidade administrativa.

O Juiz Federal Salomão Viana, membro do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, por ocasião do pleito de 2010, se manifestou pela aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa, contrariando a alegação de que fere o princípio da irretroatividade da lei, assim sustentando:

[...] E é no § 9º do art. 14 da Constituição Federal que consta com todas as letras: “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação,” - destaco agora – “a fim de proteger a probidade administrativa, e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato...” Vida pregressa do candidato, não é a vida do candidato daqui para frente, não. A Constituição Federal no § 9o. do seu art. 14 diz que os casos de inelegibilidade a serem tratados em uma Lei Complementar visam a proteger a “probidade administrativa, e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato”. Muito bem, então diz-se que uma norma que tem por objetivo dar eficácia a um comando constitucional seria uma norma violadora da segurança jurídica. Com todas as vênias ao meu eminente amigo e Juiz Cássio Miranda. Segurança jurídica. Segurança jurídica de quê? Qual é a segurança jurídica que se pretende preservar, afinal de contas? [...] É a segurança do que a Constituição Federal diz, é a proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato? Diz a Constituição Federal. Ou é a segurança jurídica de

37 Sessão Ordinária do TSE. Realizada em 27/8/2010. Ministra Cármen Lúcia.

uns gatos pingados que se amoitam no poder e dele não querem mais sair? Que mesmo condenados insistem em voltar ao poder, valendo-se dos meios mais ilícitos com os quais nós aqui constantemente nos deparamos, para conseguir alcançar a quantidade de votos suficientes para serem considerados eleitos? [...]”.<sup>38</sup>

Ainda no que tange aos crimes taxativamente dispostos e aos atos de improbidade citados na nova versão da lei, é preciso destacar que o dolo deve estar presente. Esta foi uma das modificações do projeto original: ficaram excluídas as ações penais dos crimes culposos, bem como as ações penais privadas.

Nas alíneas “d” e “h” o legislador faz referência ao abuso de poder político e econômico. Define-se o abuso de poder político como a utilização indevida do poder estatal, ou seja, utilização da máquina estatal pelos agentes públicos em benefício próprio ou de terceiros, configurando-se quando “são realizadas relevantes obras públicas ou implantadas e desenvolvidas políticas públicas de largo alcance social”.<sup>39</sup>

O abuso de poder econômico poderá ser praticado diretamente pelo candidato ou por meio de pessoas que trabalham em sua campanha, configurando-se pela distribuição de objetos como material escolar, cestas básicas, materiais de construção, camisas etc.

Importante frisar que, no que se refere ao disposto no art. 1º, inc. I, “d”, quanto ao abuso de poder, não há mais que se falar em potencialidade da conduta, ou seja, na capacidade que a conduta abusiva tem de interferir no resultado das eleições, medida pela diferença de votos entre o primeiro colocado, eleito, e os demais candidatos. É suficiente a gravidade da conduta. Esta é mais uma importante inovação trazida pela legislação de junho de 2010.

Os órgãos colegiados a que alude a LC nº 135/2010 devem ser entendidos como as decisões de qualquer câmara, turma, ou plenário dos tribunais, bem como as decisões do tribunal do júri, uma vez que o projeto final da lei excluiu condenações por crimes de menor potencial ofensivo, eliminando-se

38 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (BA). *Notas taquigráficas parciais*. Processo nº 2089-03.2010.6.05.0000. Orador: Juiz Salomão Viana. 66ª sessão ordinária, Salvador, BA, 5 ago. 2010.

39 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011. p. 171.

assim as decisões exaradas pelos juizados especiais criminais, que também são órgãos colegiados.

A perda de mandato é evento que redundando em inelegibilidade pelo prazo de oito anos (LC nº 64/90, art. 1º, inc. I, “b” e “c”). Inicia-se o processo para perda de mandato, no caso dos representantes do Legislativo Federal, mediante provocação da Mesa ou de partido político com representação no Congresso Nacional, e o parlamentar, que terá direito a ampla defesa, será cassado se uma votação de maioria absoluta dos membros da respectiva Casa Legislativa assim determinar. O artifício da renúncia, algumas vezes usado por parlamentares em situações desse jaez, doravante não surtirá mais efeito, tendo em vista o disposto na alínea “k”, do inc. I, do art. 1º da LC nº 64/90.

Em se tratando de representante do Poder Executivo, a perda de mandato ocorrerá em caso de processo de *impeachment*, a ser processado e julgado pela Casa Legislativa. Objetiva apurar crimes de responsabilidade. Tratando-se de presidente da República, ocorrerá, além da inelegibilidade, a inabilitação para o exercício de qualquer cargo ou função pública pelo prazo de 8 (oito) anos. Ressalta-se, entretanto, que a ex-presidente Dilma Rousseff, que perdeu o mandato após sofrer processo de *impeachment*, não teve a sua inabilitação decretada.

Todos os dispositivos têm a inelegibilidade como consequência direta das ações que redundam em condenação proferida por órgão colegiado, ainda que não transitada em julgado, podendo-se afirmar que todas ações de competência da Justiça Eleitoral são capazes de desembocar em inelegibilidade pelo prazo de oito anos.

A captação ilícita de sufrágio está definida na Lei nº 9.504/97, em seu art. 41-A:

Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990.<sup>40</sup> (Incluído pela Lei nº 9.840, de 28.9.1999).

40 BRASIL. Lei nº 9.504. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF, 1 out. 1997.

Os arts. 73 a 78 da Lei nº 9.504/97 e as alterações e inovações advindas com a Lei nº 12.034/2009 trazem as condutas vedadas aos agentes públicos. Podem ser citados como crimes eleitorais que cominam pena privativa de liberdade, dentre outros, os constantes da Lei nº 9.504/97, art. 33, §4º, ou seja, a divulgação de pesquisa eleitoral fraudulenta, para o qual é prescrita também a pena de multa no valor de cinquenta mil a cem mil UFIR, a prática de propaganda de boca de urna, inseridos também na Lei das Eleições, art. 39, §5º, inc. II, para o qual é cominada também a pena de multa de cinco mil a quinze mil UFIR.

A inelegibilidade a que se reporta o inciso I, “g”, do artigo em realce, ocorrerá se, uma vez prestadas as contas do agente público, estas forem rejeitadas, por estarem eivadas de irregularidade insanável. A competência para o julgamento das referidas contas é estabelecida na CF/88, nos termos dos arts. 31 e 70 a 75, que determinam ser o Poder Legislativo, auxiliado pelos Tribunais de Contas, o responsável pelo julgamento das contas de governo, ou seja, aquelas prestadas pelo chefe do Executivo.

Além de ser insanável, a irregularidade das contas deverá advir de ato doloso de improbidade administrativa e a decisão que as rejeita deverá ser irrecurável, o que vale dizer, não caberá mais recurso. É da Justiça Eleitoral a competência para determinar se a irregularidade em questão é insanável, se o ato de improbidade é doloso e capaz de redundar em causa de inelegibilidade; como consequência, infere-se que não há a necessidade de haver uma condenação por ato doloso de improbidade, muito menos que exista uma ação correndo judicialmente.<sup>41</sup>

A condenação por ato doloso de improbidade que importe em enriquecimento ilícito e lesão ao erário também desemboca em inelegibilidade pelo prazo de 8 (oito) anos. No primeiro caso, a Lei nº 8.429/92, lei de improbidade, comina a suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, enquanto, no segundo caso a condenação é de cinco a oito anos. A inelegibilidade, a teor do quanto disposto no art. 1º, inc. I, da LC nº 64/90, só começará a partir do cumprimento da pena, ou seja, após findar-se a suspensão dos direitos políticos.

Foi introduzida pela LC nº 135/2010, a inelegibilidade decorrente de exclusão do exercício de profissão por decisão sancionatória do órgão profis-

41 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011. p. 178.

sional competente, por simulação do fim da relação conjugal, por demissão do serviço público, por doação ilegal de recursos para campanha eleitoral e de magistrados e membros do Ministério Público que foram aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que perderam o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária durante processo administrativo disciplinar.

Nos artigos seguintes, a LC nº 64/90 estabelece a competência para julgamento e processamento das ações para impugnação do registro de candidatura, legitimidade para arguir as causas de inelegibilidade e os prazos para ajuizamento das ações e interposição dos recursos eleitorais.

O art. 26-C traz a possibilidade de suspensão da inelegibilidade, em caráter cautelar, necessitando para tanto de solicitação da parte interessada, para o candidato que pretenda o julgamento do seu recurso com prioridade a todos os outros feitos, exceto mandado de segurança e *habeas corpus*.

## 6 CONCLUSÃO

As matérias anteriormente abordadas foram lastreadas, basicamente, no texto constitucional vigente. Serviu de fonte também a legislação eleitoral: o Código Eleitoral, a Lei das Eleições, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos e a Lei das Inelegibilidades. A Lei de Improbidade também serviu de fundamento para este ensaio.

No que tange às condições de elegibilidade, pode-se inferir que se tratam de critérios constitucionais ou infraconstitucionais que deverão ser respeitados por todos os pretensos candidatos a cargos eletivos, devendo, portanto, ser entendidos sob um aspecto positivo. Para ser elegível é imprescindível que o candidato, no momento do registro da sua candidatura, encontre-se com toda a documentação exigida para a efetivação do referido registro, que deverá ser efetuado pelo partido político pelo qual concorrerá, podendo o candidato fazê-lo, caso o partido não o faça.

As causas de inelegibilidade, por sua vez, têm um aspecto negativo, uma vez que nenhuma delas deverá se configurar. As divergências com relação à aplicação da LC nº 64/90, após as inovações, não se referem, é bom que se diga, às causas de inelegibilidade em si. As controvérsias porventura existentes dizem respeito, por exemplo, ao momento em que se entende que

a causa de inelegibilidade poderá persistir como óbice à candidatura eleitoral, se antes ou depois do trânsito em julgado de uma condenação; se durante ou após o cumprimento da pena. Controvertida ainda é a questão que se refere à aplicação da citada legislação a crimes e fatos ocorridos antes da sua vigência.

A lei complementar que atende ao preceito constitucional narrado no art. 14, §9º, da CF/88, atende também aos anseios do eleitorado brasileiro, haja vista ter decorrido de um movimento popular, necessitando apenas de garantia de que realmente será aplicada aos pleitos vindouros.

A LC nº 64/90, como se encontra, tornou-se mais eficaz, tendo em vista que anteriormente estabelecia inelegibilidade por prazo de apenas três anos, podendo o “infrator” ser candidato nas eleições seguintes para o mesmo cargo. Ficava, portanto, impedido apenas de participar das eleições que se realizassem em período intermediário, uma vez que havia sido eleito para um mandato de quatro anos.

A Lei da Ficha Limpa surpreende demais porque adveio de um projeto de lei aprovado em tempo recorde. Resta agora ao povo brasileiro acompanhar nas eleições a sua aplicação. O fato é que diante da dúvida os partidos políticos vão ser mais exigentes na seleção dos seus candidatos, pois não desejarão ver a sua sigla associada a alguém considerado “ficha suja”.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral*. 5 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Disponível :<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 64. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF, 21 maio 1990.

BRASIL. Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF, 7 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.737. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF, 19 jul. 1965.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.815. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF, 21 ago. 1980.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.444. Dispõe sobre a implantação do processamento eletrônico de dados no alistamento eleitoral e a revisão do eleitorado e dá outras providências. *Diário Oficial da União (DOU)*. Brasília, DF, 23 dez. 1985.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.429. Lei de improbidade administrativa. *Diário Oficial da União (DOU)*. Brasília, DF, 3 jun. 1992.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.096. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, §3º, inciso V, da Constituição Federal. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF, 20 set. 1995.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.504. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União (DOU)*, Brasília, DF, 1 out. 1997.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União (DOU)*. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.087. Relator: Min. Carlos Velloso. *Diário de Justiça (DJ)*, Brasília, DF, 10 maio 1996.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral (BA). *Notas taquigráficas parciais*. Processo nº 2089-03.2010.6.05.0000. Orador: Juiz Salomão Viana. 66ª sessão ordinária, Salvador, BA, 5 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 9.797. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Revista de Jurisprudência do TSE*, Brasília, DF, v. 5, n. 1, p. 21, 1994.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 24.564. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Revista de Jurisprudência do TSE*, Brasília, DF, v. 17, n. 1, p. 234, 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 21.538, de 14 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-21.538-de-14-de-outubro-de-2003-brasilia-2013-df>>. Acesso: 15 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Súmula TSE nº 20. *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*, Brasília, DF, 24 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-nb0-20>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

FIÚZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. p. 1610.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*. Leme, SP: Imperium, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PINTO, Djalma. *Elegibilidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

## DA VIABILIDADE DAS AÇÕES CAUTELARES EM MATÉRIA DE INELEGIBILIDADE NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL SOB A ÉGIDE DO NOVO CPC

Ubirajara Gondim de Brito Ávila \*

### RESUMO

O trabalho discute o cabimento das ações cautelares, à luz da Lei Complementar nº 64/90, após a vigência do Novo Código de Processo Civil, sobretudo diante da nova sistemática do juízo de admissibilidade recursal instaurado no ordenamento jurídico brasileiro. Analisa também a regulamentação trazida pela Resolução nº 23.478/2016 do Tribunal Superior Eleitoral, observando o Regimento Interno do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Discute, ainda, a imperiosa necessidade de regulamentação da aplicação do Novo Código de Processo Civil Brasileiro no âmbito da Justiça Eleitoral. Por fim, destaca a desnecessidade contemporânea da ação cautelar autônoma nesta seara, buscando conferir maior segurança jurídica e estabilidade social.

Palavras-chaves: Sistema eleitoral. Ação cautelar. Novo Código de Processo Civil brasileiro. Inelegibilidade. Juízo de admissibilidade.

### ABSTRACT

This work discuss the applicability of precautionary action, according to the Complementary Law 64/90, after the New Brazilian Code of Civil Procedure, especially before the new system of judgment of appeal admissibility has been established in Brazil Law System. Finally, it discusses the contemporary lack of need of autonomous precautionary action in that area, searching to improve more legal certainly e social stability.

Keywords: Electoral system. Precautionary action. New brazilian Code of Civil Procedure. Ineligibility. Judgment of admissibility.

\* Graduado em Direito pela UFBA. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Universidade Católica do Salvador e Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Católica do Salvador. Advogado. Presidente da OAB da Subseção de Vitória da Conquista/BA. Ex-Conselheiro Estadual da OAB/BA.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discutir o cabimento das ações cautelares com base na Lei Complementar nº 64/90, diante da nova sistemática do juízo de admissibilidade dos recursos eleitorais, em matéria de inelegibilidade, após a vigência do Novo CPC.

Inicialmente, cumpre entender a tendência do direito pátrio no que concerne a codificação de normas e em que contexto social tal diretiva está inserida.

O estudo leva em conta aspectos importantes, como as peculiaridades da Justiça Eleitoral, analisando as disposições do Regimento Interno do TRE da Bahia, bem como a Resolução nº 23.478/2016, do Tribunal Superior Eleitoral, que visou regulamentar a aplicação do Novo CPC no processo eleitoral.

É preciso entender em que conjuntura a medida cautelar ingressou na prática forense eleitoral, especificamente veiculada através de ação autônoma, ajuizada perante o Tribunal *ad quem*, e qual sua natureza jurídica neste particular.

De igual modo, mister analisar em que termos o Código de Processo Civil se aplica ao processo eleitoral, levando-se em conta seus princípios próprios, notadamente os da oralidade, celeridade e máxima efetividade da justiça.

Assim sendo, a intenção é refletir sobre a aplicação do Novo Código de Ritos ao procedimento previsto na Lei Complementar nº 64/90, no que tange ao juízo de admissibilidade dos recursos, para, ao final, oferecer uma conclusão sobre a desnecessidade das ações cautelares, nos casos de inelegibilidade, diante desta novel sistemática.

## 2 SISTEMA DE CODIFICAÇÃO E ABRANGÊNCIA DO NOVO CPC

Nos últimos tempos, tem-se notado uma grande tendência no direito brasileiro, no sentido de se estabelecer a codificação de diversas normas em busca de uma melhor sistematização do enorme arcabouço de dispositivos legais em vigência no país, sobretudo visando evitar-se conflitos e antinomias,

bem como uma melhor operacionalização do direito.

O exemplo emblemático é o do Código Civil de 2002, que trouxe, para dentro de si, a disciplina de várias regras, como, por exemplo, normas de Direito Comercial.<sup>2</sup>

Nessa exata linha, o Novo CPC tentou comungar as normas processuais esparsas, criando um sistema procedimental voltado, sobretudo, para a celeridade, consensualidade, ampla defesa e a efetividade da prestação jurisdicional.

De igual modo, o Novo Código de Ritos também abarca matérias dos mais variados ramos do direito, desde normas de direito internacional<sup>3</sup> a dispositivos tratando de direito notarial e registral.<sup>4</sup>

Em verdade, há até mesmo um caráter social na intenção dos legisladores brasileiros em torno das codificações.

Isso porque o país passou, nestes últimos anos, e ainda passa, por intensa instabilidade social, política e econômica, e o sistema legislativo, por seu turno, recebe inúmeras críticas pela quantidade de leis e pela ineficácia das normas na prática, de modo que a codificação oferece, ao menos ao cidadão comum, a ideia de unicidade e coesão, o que, em certa medida, possibilita demonstrar uma melhor sensação de efetividade e coerência.

Nessa perspectiva, entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil, com a missão de tornar as práticas processuais mais céleres e propositivas, norteando a atuação do operador do direito na direção da consensualidade, sempre com fulcro na boa-fé e na busca pela efetividade da prestação jurisdicional, e foi exatamente nesta toada que o novo Codex visou chamar para si a responsabilidade de disciplinar toda a ritualística dos mais diferentes ramos do direito.

Foi assim que se buscou implementar as diretrizes do Novo Código de Processo Civil na Justiça do Trabalho, pelo que o Tribunal Superior do Trabalho, acertadamente, cuidou logo de regulamentar sua aplicação, no âmbito de sua competência, e o fez através da Resolução nº 203, de 15 de

2 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2017. (Livro II - Do Direito de Empresa – arts. 966 e seguintes).

3 *Ibidem.*

4 *Ibidem.*

março de 2016,<sup>5</sup> na tentativa de adequar e viabilizar a aplicação dos novos regramentos de acordo com as peculiaridades daquele ramo do direito.

De igual modo, até mesmo reflexos na esfera do Processo Penal tem-se discutido atualmente.

Observa-se, à guisa de exemplo, a questão dos prazos processuais penais durante o recesso de férias forenses implementado pelo Novo CPC.

Diversos operadores do direito entenderam estar amparados pela suspensão dos prazos neste interstício. Contudo, o Conselho Nacional de Justiça, através da Reclamação para Garantia das Decisões 0006866-92.2016.2.00.02000, de relatoria da Presidente Ministra Cármen Lúcia, estabeleceu que tal disciplina não se aplicaria ao Processo Penal, estando atualmente a matéria submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, por meio da Reclamação nº 25.638, relatada pelo Ministro Dias Toffoli.

O importante é notar que o Novo CPC se evidencia como uma espécie de macronorma que visa trazer unicidade aos procedimentos processuais nas mais diferentes esferas, o que poderia passar a ideia de coercitividade de sua aplicação, mesmo em microsistemas processuais.

Veja-se o quanto disposto no art. 1.046 do Novo CPC: “Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”.<sup>6</sup>

Não obstante, o novo Codex fez questão de enfatizar, no mesmo artigo, o seguinte: “§ 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código”.<sup>7</sup>

De outro giro, estabeleceu o mesmo Diploma: “Art. 1.049. Sempre que a lei remeter a procedimento previsto na lei processual sem especificá-lo, será observado o procedimento comum previsto neste Código”.<sup>8</sup>

Observa-se que, como já destacado, esse caráter sistematizador das normas processuais do Novo CPC irradiou a sua aplicação para os mais

5 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Resolução nº 203, de 15 de março de 2016*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

6 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2017.

7 *Ibidem*.

8 *Ibidem*.

diferentes sistemas processuais em vigor no país, justamente por essa concepção multidisciplinar.

Contudo, logo começaram a surgir questionamentos sobre sua aplicação em determinados microssistemas jurídicos, o que levou alguns tribunais a discutirem a efetiva aplicação, em suas respectivas searas, assim como foi feito na Justiça do Trabalho como já mencionado.

Mas fato é que a principal questão é saber se a nova disciplina poderia ou não ser aplicada aos microssistemas processuais, com destaque para os Juizados Especiais e a Justiça Eleitoral.

Em um primeiro momento, alguns coordenadores dos Juizados Especiais, apesar de reconhecedores do avanço da legislação processual, mostraram-se relutantes em aplicar as novas diretrizes, em decorrência não só das dificuldades operacionais, como também da própria característica dos Juizados, na medida em que o Novo CPC, na busca por uma maior justiça na participação dos agentes no processo, criou circunstâncias que, ao fim e ao cabo, inevitavelmente imprimem um ritmo mais lento aos atos processuais.

Colhe-se, por exemplo, a matéria relativa aos prazos em dias úteis, medida que visa conceder uma maior amplitude à defesa e, ao mesmo tempo, uma melhor adequação ao cotidiano das pessoas, uma vez que, dentre outras justificativas, muito se depende do funcionamento das instituições, principalmente públicas, as quais, em sua maioria, realmente não funcionam em feriados e finais de semana. Todavia, de qualquer modo, não deixam de imprimir um ritmo mais lento ao processo.

E foi justamente neste compasso que alguns se insurgiram contra a aplicação desta disciplina aos juizados, ao passo que ainda hoje diversas serventias, muitas delas na mesma base territorial, estabelecem contagem de prazos em dias úteis e outras em dias corridos.

Mas, para o que interessa ao presente trabalho, a Justiça Eleitoral passou então a discutir sua eventual adaptação ao novo sistema processual, culminando com a edição da Resolução nº 23.478/2016, do TSE, como se verá a seguir.

### 3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO ELEITORAL E APLICAÇÃO SUPLETIVA DO CPC

O processo eleitoral é orientado, sobretudo, pelos princípios da oralidade, da celeridade e da máxima efetividade da justiça.

Exatamente nesta esteira é que a Lei Complementar nº 64/90 sequer estabelece a previsão de uma fase de recebimento de recursos, ao revés, diante da necessidade de agilização do procedimento, a legislação impõe uma sequência de atos que independem de despachos ou mesmo de providências cartoriais.

Justamente na linha deste raciocínio é que o processo eleitoral, diante deste caráter simplório, vale-se da aplicação supletiva do Código de Processo Civil, ainda que haja clara concepção acerca da existência de microsistema jurídico eleitoral.

De qualquer sorte, para o que importa para esse trabalho, não há dúvidas da aplicação do Novo CPC no processo eleitoral, de forma supletiva, diante da ausência de disciplina na Lei Complementar nº 64/90, lacuna essa que os Tribunais Eleitorais já vinham suprindo com o Código de Ritos anterior.

### 4 NATUREZA JURÍDICA E A PREVISÃO LEGAL DAS CAUTELARES EM MATÉRIA DE INELEGIBILIDADE NO PROCESSO ELEITORAL

Na legislação eleitoral, especificamente quanto a matéria de inelegibilidade, a disciplina das ações cautelares encontra-se no âmbito da Lei Complementar nº 64/90:

Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d*, *e*, *h*, *j*, *l* e *n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.<sup>9</sup>

Como se observa, a pretensão cautelar está diretamente ligada à existência de um recurso, devendo, inclusive, haver expressamente pedido

9 BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 maio 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2017.

relativo a tal providência no bojo do referido apelo.

Esta é a dicção da lei, cuja observância se revela obrigatória, sob pena de não conhecimento do requerimento neste ponto.

Assim sendo, vislumbra-se de pronto o caráter acessório da medida cautelar, tendo em vista que a previsão expressa é no sentido de admiti-la, nas hipóteses de suspensão da inelegibilidade.

Foi exatamente neste diapasão que a medida cautelar passou a ser requerida através de ação autônoma, ajuizada diretamente no tribunal *ad quem*. Justamente por sua singularidade, foi denominada simplesmente de ação cautelar inominada, utilizada então nos casos em que o juízo de admissibilidade já havia sido exercido.

Faz-se esse destaque final pois a jurisprudência eleitoral é uníssona no sentido de assegurar a competência do presidente do Regional, nos casos em que o requerimento de suspensividade for atrelado à interposição do Recurso Especial Eleitoral, cuja admissibilidade ainda não foi apreciada pelo TRE.<sup>10</sup>

Assim, como era o juízo singular que – na prática – exercia o juízo de admissibilidade do recurso, conforme disciplina supletiva do CPC de 1973,<sup>11</sup> já que a Lei Complementar nº 64/90 silenciava a este respeito, não restava outro remédio processual que não a cautelar diretamente no Tribunal.

A veiculação da medida cautelar através de ação própria passou então a ser largamente utilizada, em virtude da inexistência de recurso próprio contra decisão interlocutória no processo eleitoral.

Diferentemente da esfera cível, onde a decisão que julgava a admissibilidade do recurso era alvo de agravo de instrumento, na seara eleitoral, diante da inexistência de previsão legal deste apelo, as partes se valiam do

10 ELEIÇÕES 2012. AÇÃO CAUTELAR. DECISÃO MONOCRÁTICA. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRECEDENTES. INTERPOSIÇÃO DE RCED NO TRE. JULGAMENTO PENDENTE. TSE. COMPETÊNCIA NÃO INSTAURADA. ARGUMENTOS GENÉRICOS. SÚMULA N. 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Os embargos de declaração opostos em face de decisão monocrática devem ser recebidos como agravo regimental. Precedentes do TSE. 2. A competência do TSE para exame de ação cautelar pressupõe, salvo casos excepcionais, a interposição e admissão de recurso especial.

3. A impugnação da decisão monocrática com base em argumentos genéricos atrai a incidência da Súmula n. 182/STJ. 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 19.610 – Acórdão. Relatora: Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio. *DJE - Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, p. 66, 21 jun. 2013).

11 Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo.

manejo da ação cautelar inominada diretamente no Tribunal.

Ora, diante de uma decisão que recebia o recurso eleitoral tão somente no efeito devolutivo, fato é que não restava outra alternativa que não a propositura da ação cautelar perante o Tribunal *ad quem* para concessão de efeito suspensivo ao apelo.

A jurisprudência na seara eleitoral é pacífica no sentido da aceitação da cautelar na lida eleitoral:

Ação cautelar. Pedido cautelar. Art. 26-C da Lei Complementar nº 64/90.

1. O Tribunal, na Ação Cautelar nº 1420-85.2010.6.00.0000, resolveu questão de ordem e firmou que o disposto no referido art. 26-C não afasta o poder geral de cautela conferido ao juiz pelo art. 798 do Código de Processo Civil, nem transfere ao Plenário a competência para examinar, inicialmente, pedido de concessão de medida liminar, ainda que a questão envolva inelegibilidade.

2. Dada a plausibilidade da questão atinente à nulidade de investigação judicial - em que o vice-governador não foi citado para figurar na demanda e o autor, titular do respectivo cargo majoritário, foi condenado juntamente com o vice, por captação ilícita de sufrágio e abuso de poder -, afigura-se cabível a pretensão cautelar, a fim de sustar os efeitos de decisão do Tribunal Regional Eleitoral, no que tange a eventuais inelegibilidades dela decorrentes.

3. A questão examinada nos autos já tinha sido objeto de ação cautelar, deferida pelo Tribunal em face da falta de citação de litisconsorte passivo necessário, nos termos da jurisprudência firmada pelo Tribunal a partir do julgamento do Recurso contra Expedição de Diploma nº 703. Agravo regimental não provido.<sup>12</sup>

Destarte, pode-se concluir que a natureza jurídica das cautelares na Justiça Eleitoral, em matéria de inelegibilidade, é de medida excepcional acessória que visa conferir efeito suspensivo ao recurso.

Como destacou o Ministro Carlos Ayres Britto (MS nº 26415/STF), os requisitos para a concessão da tutela cautelar devem ser perceptíveis de plano, “não sendo de se exigir, do julgador, uma aprofundada incursão no mérito do pedido ou na dissecação dos fatos que lhe dão suporte, sob pena de antecipação do próprio conteúdo da decisão definitiva”.<sup>13</sup>

A plausibilidade jurídica nas ações cautelares passou, portanto, a ser

12 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação Cautelar nº 238.393 – Acórdão. Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, p. 26, 21 out. 2010.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.415 - MC. Relator: Min. Carlos Britto. *DJ - Diário da Justiça*, Brasília, DF, 11 abr. 2007.

a própria probabilidade de êxito no recurso ao qual estão ligadas.

Contudo, tal conceito foi alargado para abarcar também providências decorrentes ou cumulativas com a inelegibilidade como a cassação de mandato eletivo, tanto pela urgência da providência requerida, como pela instrumentalidade mais eficaz da ação cautelar inominada proposta diretamente no Tribunal.

Justamente pela agressividade deste tipo de determinação, inelegibilidade e cassação de mandato eletivo, comandos que, de toda sorte, contrariam o direito fundamental de cidadania ou a soberania popular consubstanciada no voto, fato é que as cautelares passaram a ser utilizadas largamente pelos operadores do direito na seara eleitoral, ao ponto de serem inclusive sistematizadas dentro dos ordenamentos regimentais dos Tribunais Eleitorais.

Chama-se atenção, no entanto, para o fato de que, no que concerne a admissibilidade dos recursos na seara eleitoral, a praxe era a assunção do que estabelecia o Código de Processo Civil de 1973, ou seja, o julgamento acerca da concessão ou não de efeito suspensivo ao recurso era realizado pelo próprio juízo que prolatou a sentença, seja no corpo da própria decisão, nos casos em que a lei determinava o cumprimento imediato, seja através de despacho que recebia o recurso, e isso, como se verá, fará toda diferença na conclusão deste trabalho.

## **5 DA IMPORTÂNCIA DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE EM RECURSOS ELEITORAIS**

Relegado muitas vezes a um segundo plano de importância, a decisão que examina o juízo de admissibilidade de um recurso quase sempre é tida como um mero expediente, em muitas ocasiões passa despercebida, somente chamando atenção quando o recebimento do apelo destoava da normalidade ou causa algum prejuízo na prática.

Costuma-se, ao revés, atribuir maior atenção ao juízo de admissibilidade, quando efetuado em sede de recursos especiais e extraordinários, na medida em que há um maior rigor nesta deliberação, notadamente diante de institutos, como o do prequestionamento.

Contudo, principalmente após a vigência do Novo CPC, o juízo de admissibilidade de recursos exige uma análise mais percuciente.

Por isso mesmo, o presente trabalho também tem o escopo de sublinhar essa fase processual que se mostra muito importante, notadamente na esfera eleitoral.

Diferentemente da seara cível, o processo eleitoral tem como regra o recebimento dos recursos apenas com efeito devolutivo.

Esta é a disciplina geral prevista no Código Eleitoral:

Art. 257. Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo.  
 § 1º A execução de qualquer acórdão será feita imediatamente, através de comunicação por ofício, telegrama, ou, em casos especiais, a critério do presidente do Tribunal, através de cópia do acórdão.<sup>14</sup>

Ocorre, todavia, que o mesmo dispositivo já traz uma exceção importante logo em seguida:

§ 2º O recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo será recebido pelo Tribunal competente com efeito suspensivo.<sup>15</sup>

Deveras, até mesmo aqueles apelos cuja previsão legal estabelece expressamente a atribuição de efeito exclusivamente devolutivo, comportam interpretações que conduzem à relativização da regra.

Não destoam a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral:

Agravo Regimental. Medida Cautelar. Liminar. Concessão. Demonstração do *fumus boni iuris* e caracterização do *periculum in mora*.  
 - O Tribunal Superior Eleitoral considera imprescindível, para a procedência de ação de impugnação de mandato eletivo, mesmo que fundada no art. 41-A da Lei das Eleições, a demonstração da potencialidade de influência no resultado das eleições.  
 - A jurisprudência atual do TSE é no sentido de que a ação de impugnação de mandato eletivo não é via adequada para se veicular pretensão de cassação de mandato com base em suposto abuso do poder político.  
 - Demonstrados o perigo na demora da prestação jurisdicional e a “fumaça do bom direito”, deve-se conceder efeito suspensivo a recurso

14 BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm)>. Acesso em 8 ago. 2017>. Acesso em: 8 ago. 2017.

15 *Ibidem*.

especial, para que o prefeito eleito aguarde, no exercício do cargo, o julgamento do apelo.

- Argumentos trazidos pelo agravante que não são suficientes a ensejar a modificação da decisão atacada.

- Agravo regimental desprovido.<sup>16</sup>

Com efeito, a decisão que recebe o recurso interposto tem o condão de determinar o momento da eficácia da decisão hostilizada.

Acredita-se que o descrédito muitas vezes atribuído a este ato processual decorre do fato de que, no que pertine ao presente trabalho, a Lei Complementar nº 64/90 nem mesmo teve o cuidado de mencionar a existência de tal ato, apesar do mesmo ser inexoravelmente praticado em todos os processos eleitorais que versam sobre inelegibilidade.

Faz-se necessário destacar este específico momento processual, tendo em vista que, ao final, a conclusão é de que, com a vigência do Novo CPC, ele passou a ser decisivo.

É cediço que, no direito, mesmo naquelas hipóteses em que a lei determina expressamente o teor do ato a ser praticado, há uma carga de discricionariedade exercida pelo magistrado.

Assim é que, ainda que a lei estabeleça necessariamente que determinado recurso deva ser recepcionado neste ou naquele efeito, ou mesmo que haja a previsão de execução imediata da decisão proferida em matéria específica, ainda assim o magistrado, consideradas as circunstâncias, pode entender em sentido diverso, desde que fundamente seu convencimento.

Trazendo esse raciocínio para o objeto do trabalho, é de se notar que, ainda que o Código Eleitoral estabeleça a regra da não concessão de efeito suspensivo ou mesmo diante de normas que prevejam a eficácia imediata da decisão, a Justiça Eleitoral cotidianamente aprecia e defere a suspensividade, quase sempre em sede de medidas cautelares. Daí a importância cabal deste tema.

O juízo de admissibilidade, em primeira instância, na égide do Código de Processo Civil de 1973, era efetuado pelo próprio Juízo que prolatou a

16 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Medida Cautelar nº 2.260 - Acórdão. Relator: Min. Marcelo Henriques Ribeiro De Oliveira. *DJ - Diário da Justiça*, Brasília, DF, p. 147-148, 18 dez. 2007.

sentença, conforme previsão de seu art. 520.<sup>17</sup>

Já o Novo CPC, trouxe disciplina diferente em seu art. 1.010, § 3º, passando tal análise ao Tribunal competente para apreciar o apelo.<sup>18</sup>

É certo afirmar, então, que o juízo de admissibilidade recursal não é apenas uma tarefa mecânica, ao contrário, precisa ser melhor observado pelos operadores do direito, notadamente agora que tal tarefa passa ao Tribunal competente para apreciar o recurso, o que inexoravelmente tem reflexo direto na prática.

Deve-se registrar que, embora o Projeto do Novo CPC estabelecesse que o juízo de admissibilidade dos recursos especiais fosse realizado diretamente no Tribunal que apreciaria o apelo excepcional, tal dispositivo não restou validado, de modo que tal deliberação permanece com as Cortes Regionais.

Longe de ser uma simples reprodução do que diz a legislação de regência, com a vigência do CPC de 2015, o juízo de admissibilidade se mostra como o momento de partida da eficácia da decisão recorrida, é o que se verá a seguir.

356

## **6 DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS ELEITORAIS EM MATÉRIA DE INELEGIBILIDADE - UM ESTUDO DO REGIMENTO INTERNO DO TRE/BA E DA RESOLUÇÃO Nº 23.478/2016 DO TSE, COM BASE NO NOVO CPC**

O Regimento Interno do TRE-BA estabelece o seguinte: “Art. 41, § 12. Serão distribuídos ao Presidente os pedidos de suspensão de segurança ou de liminar, bem como de medida cautelar em recurso especial ainda pendente de juízo de admissibilidade”.<sup>19</sup>

Por seu turno, o art. 8º do mesmo RI diz o que segue: “Compete ao Presidente do Tribunal: XV - apreciar pedido de medida cautelar em recurso

17 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2017.

18 BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 8 ago. 2017.

19 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. *Resolução Administrativa nº 1, de 27 de abril de 2017*. Disponível em: < <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ba-resolucao-administrativa-nr-01-2017>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

especial pendente de juízo de admissibilidade”.<sup>20</sup>

A ação cautelar então possui recepção no RI do Tribunal baiano, inclusive com previsão expressa de autuação: “Art. 39. Os feitos obedecerão à seguinte classificação, com sua respectiva denominação, sigla e código: Ação Cautelar – AC – 1”.<sup>21</sup>

Cumpra ainda destacar que o Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, em sessão de 22 de maio de 2017, aprovou a Resolução Administrativa nº 4/2017, acerca da implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJe), no 2º grau de jurisdição, com validade a partir de 23 de agosto de 2017, sendo o seu uso obrigatório para a propositura e tramitação da ação cautelar.<sup>22</sup>

Diante da urgência e da importância da providência veiculada através da ação cautelar, o TRE da Bahia fez questão de fincar a prioridade de tal procedimento, *in verbis*:

Art. 38. Os processos, petições e inquéritos policiais serão autuados, mediante sistema informatizado, segundo a ordem de entrada na Secretaria Judiciária. § 1º Terão prioridade na autuação os feitos da classe de habeas corpus, mandado de segurança, registro de candidatura, representação e reclamação pelo descumprimento da Lei nº 9.504, de 1997, pedido de direito de resposta e respectivos recursos, bem como os procedimentos cautelares com pedido de liminar.<sup>23</sup>

Pois bem. Após a vigência do Novo CPC, passou-se, como já destacado, a discutir a aplicação dessas novas diretrizes na Justiça Eleitoral.

Compulsando o Regimento Interno do TRE-BA, vislumbra-se que, apesar da ciência da necessidade de se implementar uma nova sistemática, sobretudo para as tutelas provisórias, o Colegiado entendeu por bem estabelecer uma disciplina provisória, veja-se: “Art. 187. O pedido autônomo de tutela provisória será autuado como ação cautelar, até que seja criada a

20 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. *Resolução Administrativa nº 1, de 27 de abril de 2017*. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ba-resolucao-administrativa-nr-01-2017>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

21 *Ibidem*.

22 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. *Resolução Administrativa nº 4, de 22 de maio de 2017*. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ba-resolucao-administrativa-04-2017>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

23 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. *Resolução Administrativa nº 1, de 27 de abril de 2017*. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ba-resolucao-administrativa-nr-01-2017>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

classe própria”.<sup>24</sup>

Com efeito, o TRE-BA, antevendo a adequação dos agentes do processo eleitoral ao Novo CPC, o que ensejaria o protocolo de demandas próprias deste novo Diploma, criou regramento transitório, na medida em que admite esta nova concepção, contudo determina sua autuação como cautelar.

O Tribunal Superior Eleitoral, por sua vez, ciente da necessidade de um posicionamento mais enfático acerca da aplicação do Novo CPC na seara eleitoral, editou a Resolução nº 23.478, em 10 de maio de 2016, tratando das tutelas provisórias em seus artigos 14 e 21:

Art. 14. Os pedidos autônomos de tutela provisória serão autuados em classe própria.

Parágrafo único. Os pedidos apresentados de forma incidental em relação a feitos em tramitação serão encaminhados à autoridade judiciária competente, que determinará a sua juntada aos autos principais ou adotará as providências que entender cabíveis.

Art. 21. Até que seja criada a nova classe processual prevista no art. 14 desta Resolução, os pedidos de tutela provisória serão autuados, no Processo Judicial Eletrônico, na classe de Ação Cautelar.<sup>25</sup>

Como se vê, o TSE também criou disciplina transitória, apesar de já reconhecer a possibilidade de criação de uma classe própria para as tutelas provisórias. Todavia, quanto aos pedidos incidentais, passou ao crivo da autoridade judiciária competente a providência a ser adotada.

O que mais chama atenção na referida Resolução é a ausência de disciplina quanto ao sistema de admissibilidade dos recursos, o que tem toda pertinência e relevância já que, como dito, as cautelares tem caráter acessório a tais apelos.

Registre-se novamente que, como dito anteriormente, a Lei Complementar nº 64/90 não estabelece qualquer procedimento para julgamento de admissibilidade do recurso, veja-se:

Art. 8º Nos pedidos de registro de candidatos a eleições municipais, o Juiz Eleitoral apresentará a sentença em cartório 3 (três) dias após a conclusão dos autos, passando a correr deste momento o prazo de

24 BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. *Resolução Administrativa nº 1, de 27 de abril de 2017*. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ba-resolucao-administrativa-nr-01-2017>>

25 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.478, de 10 de maio de 2016. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 15 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-no-23-478-de-10-de-maio-de-2016-2013-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

3 (três) dias para a interposição de recurso para o Tribunal Regional Eleitoral.

§ 1º A partir da data em que for protocolizada a petição de recurso, passará a correr o prazo de 3 (três) dias para a apresentação de contra-razões.

§ 2º Apresentadas as contra-razões, serão os autos imediatamente remetidos ao Tribunal Regional Eleitoral, inclusive por portador, se houver necessidade, decorrente da exigüidade de prazo, correndo as despesas do transporte por conta do recorrente, se tiver condições de pagá-las.<sup>26</sup>

Assim é que, na prática forense, os juízes eleitorais se valiam supletivamente do rito previsto no Código de Processo Civil de 1973, ou seja, o próprio magistrado que prolatava a sentença apreciava a admissibilidade do apelo para aferir aspectos como tempestividade, representação processual ou mesmo legitimidade recursal, como no caso da Súmula 11 do TSE,<sup>27</sup> por exemplo.

Ocorre que, como o Novo CPC transferiu o juízo de admissibilidade dos recursos à instância *ad quem*, tal perspectiva passa a fazer uma grande diferença na prática. Com a nova sistemática, eventual efeito suspensivo ao recurso passa agora a ser apreciado pelo Tribunal que julgará o apelo.

Aqui o cerne do presente trabalho, pois, aos olhos do analista, com essa nova sistemática, não há necessidade da tutela provisória, tendo em vista que a própria admissibilidade do recurso é feita pelo Tribunal.

Explica-se. Com a nova disciplina do CPC, como o juízo de admissibilidade do recurso passa a ser do Tribunal que julgará tal apelo, ainda que a própria lei preveja a aplicação de efeitos imediatos, a conclusão é no sentido de que a eficácia da decisão recorrida somente se opera após tal análise, exceto em casos de antecipação de tutela expressa na sentença.

Faz-se necessário consignar mais uma vez que, no que concerne aos recursos especiais, o juízo de admissibilidade permanece com o Tribunal Regional.

Sobreleva expender que, com o Novo CPC, o juízo de admissibilidade necessariamente deve ser feito pelo relator, a teor do que dispõe o

26 BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 maio 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2017.

27 Súmula 11 do TSE: No processo de registro de candidatos, o partido que não o impugnou não tem legitimidade para recorrer da sentença que o deferiu, salvo se se cuidar de matéria constitucional.

artigo 1.010, § 3º: “§ 3º. Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade”.<sup>28</sup>

Significa dizer que, com a vigência do CPC de 2015, a interpretação do que a lei concebe como efeito imediato deve ser realizada em cotejo com todo o sistema processual vigente, através de uma análise teleológica, a revelar que tal efeito somente pode ser concebido após a decisão de admissibilidade, a qual, conseqüentemente, estabelecerá em que efeitos o recurso será recebido, tendo em vista que isso influi diretamente no próprio cumprimento da decisão objurgada.

Logo, como o órgão julgador só diz em que efeito o recurso está sendo recebido quando da recepção do apelo no Tribunal *ad quem*, a toda evidência, desaparece a necessidade e a utilidade do manejo da ação cautelar perante o mesmo Colegiado.

Cumpra transcrever o rito esculpido pela Lei Complementar nº 64/90, quanto à tramitação do recurso eleitoral ao chegar no Tribunal Eleitoral:

Art. 10. Recebidos os autos na Secretaria do Tribunal Regional Eleitoral, estes serão autuados e apresentados no mesmo dia ao Presidente, que, também na mesma data, os distribuirá a um Relator e mandará abrir vistas ao Procurador Regional pelo prazo de 2 (dois) dias.<sup>29</sup>

Ora, como se observa do rito previsto na legislação de regência, o recurso tem uma tramitação curta e objetiva, ao passo que chega em um dia ao Tribunal e, no mesmo dia, deve ir à conclusão para o relator, o que efetivamente confirma a tese de que este próprio relator, já neste primeiro momento, em que recebe o recurso, deve decidir em que efeito o recebe. A partir daí, pode-se ou não efetivar na prática o comando da decisão recorrida.

Repita-se que este raciocínio conduz a uma conclusão não menos importante. É que, mesmo naquelas demandas onde a lei determina o efeito imediato da decisão, como em casos de cassação de mandato eletivo, tal providência tem sua eficácia protraída para a data do julgamento de admis-

28 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2017

29 BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 maio 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2017.

sibilidade do recurso, que agora é feito pelo Tribunal *ad quem* na pessoa do relator.

A reflexão, após a vigência do Novo Código de Processo Civil, é saber o momento exato do que a lei chama de imediato, que pode não ser necessariamente o momento da prolação da sentença ou mesmo da sua publicação, como de fato não é.

Aqui se deve abrir um parêntese para consignar uma importante discussão, onde alguns autores entendem que essa suspensividade somente poderia ser conferida por órgão colegiado e não monocraticamente.

Os que assim entendem destacam que tal conclusão decorre da expressa previsão do art. 26-C da Lei Complementar nº 64/90.

Esta é a lição do eleitoralista José Jairo Gomes:

A competência para a suspensão cautelar foi atribuída ao 'órgão colegiado' a que couber a apreciação do recurso contra as decisões judiciais colegiadas. Se na maioria das situações a competência é do TSE, em alguns casos poderá ser de tribunal não eleitoral. Assim, e.g., na hipótese da alínea e do inciso I do art. 1º da LC no 64/90, a competência poderá ser: (i) do Superior Tribunal de Justiça, se a decisão recorrida for proferida por Tribunal da Justiça comum (TJ ou TRF); [...] Por expressa previsão legal, a suspensão em tela deve resultar de ato jurisdicional emanado do órgão colegiado competente para rever a decisão colegiada impugnada. De sorte que o relator do recurso no tribunal *ad quem*, *isoladamente*, é *incompetente para decidir o pedido de suspensão*; *por ser funcional, a incompetência aí tem caráter absoluto*.<sup>30</sup>

Em sentido oposto, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral, como se pode verificar do seguinte precedente:

ELEIÇÕES 2014. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. CARGO DE SENADOR DA REPÚBLICA. CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ÓRGÃO COLEGIADO. ACÓRDÃO SUSPENSO PELO STJ. ART. 26-C DA LC Nº 64/90. PODER GERAL DE CAUTELA DO MINISTRO RELATOR. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, L, DA LC Nº 64/90. AFASTADA. PROVIMENTO.

1. A concessão de medida cautelar suspensiva da condenação por improbidade administrativa, pelo órgão ao qual será dirigido o recurso cabível, nos termos do art. 26-C da LC nº 64/90, afasta a inelegibilidade do art. 1º, I, I, do mesmo diploma legal. Referida circunstância deve surgir enquanto o processo tramita na instância ordinária, em data anterior

30 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 269-271.

ao trânsito em julgado do processo de registro e antes da eleição, em nome da estabilização das relações jurídicas.

2. A menção a órgão colegiado, constante da redação do art. 26-C da LC nº 64/90, não afasta o poder geral de cautela do ministro relator, na linha do que vem decidindo o TSE.

3. A confirmação da condenação ou a revogação da medida cautelar não produzem efeitos imediatos no processo de registro de candidatura, devendo-se assegurar o enfrentamento da causa de inelegibilidade que motivou a impugnação, em homenagem ao princípio da efetiva prestação jurisdicional.

4. Recurso ordinário provido, para deferir o registro.<sup>31</sup>

A questão, de tão pacífica na Excelsa Corte Eleitoral, inclusive mereceu a edição de verbete sumular assim redigido: “Súmula 44 do TSE: O disposto no art. 26-C da LC nº 64/90 não afasta o poder geral de cautela conferido ao magistrado pelo Código de Processo Civil”.<sup>32</sup>

Portanto, verifica-se que, interpretando a redação do art. 26-C, o Tribunal Superior Eleitoral possui entendimento pacífico no sentido de ser possível a suspensão de inelegibilidade monocraticamente, com base no poder geral de cautela conferido ao relator.

De igual modo, também sob este prisma, desaparece a necessidade da cautelar, na medida em que tal providência de toda sorte seria inócua, uma vez que o cumprimento dos comandos da decisão é protraído para o momento em que o Tribunal diz em que efeito recepciona o recurso.

E mais, como a própria Lei Complementar nº 64/90 estabelece que tal providência deve existir no bojo do recurso, necessariamente a matéria da cautelar ali se encontra e será objeto de apreciação no momento da apreciação do recurso.

Analisando-se a ritualística do processo eleitoral sob outra perspectiva, constata-se que outro argumento se revela como justificador desta conclusão.

É que, como já tratado neste trabalho, o ajuizamento da ação cautelar diretamente no Tribunal, visando buscar a atribuição do efeito suspensivo ao recurso, tinha como objeto inexorável a decisão que recebia o apelo, e isso fica evidente através de uma reflexão principiológica.

31 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 1191-58.2014.6.19.0000. Relatora: Min. Luciana Lóssio. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 23 de set. 2014.

32 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Súmula TSE nº 44*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-no-44>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

Vigora, no ordenamento jurídico brasileiro, o sistema da unirrecorribilidade das decisões judiciais, de modo que não haveria respaldo legal ou mesmo razoabilidade para a parte interpor dois recursos contra a mesma decisão, ainda que um deles tivesse a roupagem de uma ação autônoma.

Logicamente, não haveria que se pensar em uma cautelar contra uma sentença de mérito em um processo eleitoral.

Deveras, a cautelar, por previsão legal expressa, vincula-se a um recurso principal, como forma de conferir a este o efeito que eventualmente não tenha tido em primeira instância.

E note-se que, ainda que não houvesse decisão expressa nesse sentido, já que a própria Lei Complementar nº 64/90 estabelece um rito extremamente simples, a cautelar teria como objeto a negativa da prestação jurisdicional neste particular, a qual enseja, inevitavelmente, a aplicação imediata da decisão que, por exemplo, estava a cassar um mandato eletivo.

Resta claro, portanto, que, seja para atacar uma decisão que julgou expressamente a admissibilidade de um recurso eleitoral, seja para suprir a ausência de tal prestação jurisdicional, a ação cautelar autônoma era realmente o único caminho para o operador do direito naquela situação, já que vigorava a ideia de que a aferição do efeito a ser atribuído ao recurso seria feita pelo próprio juízo que julgou aquela demanda.

Também neste compasso, é válido afirmar que, com a nova sistemática processual civil, aplicada supletivamente ao processo eleitoral no caso, desaparece a figura da ação cautelar autônoma neste particular.

Nesta exata medida, agora a decisão que aprecia a admissibilidade do recurso passa a ser não mais uma ato simplório ou mero cumpridor do que dispõe a lei, para se tornar uma decisão de suma importância no âmbito eleitoral, tendente a efetivar, na prática, os comandos, por exemplo, de inelegibilidade ou de cassação de mandato eletivo.

Interessante é notar que todas as decisões, em processos eleitorais que tratam de inelegibilidade e suas consequências, dentre elas a cassação de mandato eletivo, por sua própria natureza, possuem forte repercussão social.

Cidades pequenas, sobretudo, ficam em polvorosas com a simples notícia acerca de decisão judicial que cassa o mandato, por exemplo, de um vereador ou de um prefeito.

Nesta linha, a conclusão que propõe este trabalho, de igual forma, tende a estabelecer maior segurança jurídica, até mesmo porque esta instabilidade

causada pela repercussão social atinge principalmente o candidato réu no processo e de forma muito agressiva e impactante.

De outro giro, o Tribunal Superior Eleitoral já afirmou, em várias oportunidades, que a ação cautelar nesta seara tem efetivamente a função precípua de suspensão de efeitos da decisão recorrida, não podendo ser utilizada como recurso, veja-se:

Ação cautelar. Determinação. Tribunal Regional Eleitoral. Designação. Novas eleições. 1. A ação cautelar, em regra, destina-se, no âmbito do Tribunal, à atribuição de eficácia suspensiva a recurso a fim de obstar execução de acórdão, não constituindo meio hábil para pretender que se determine a Tribunal Regional Eleitoral a designação de novas eleições em município. 2. Cabe ao autor, por outras vias que entender cabíveis, suscitar tal questão, de modo a alcançar a providência pretendida. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>33</sup> [...]. 2. A ação cautelar deve ser preparatória de algum recurso especial eleitoral a ser manejado ou incidental de algum recurso já em trâmite no TSE. A via cautelar não pode ser utilizada como recurso eleitoral. [...].<sup>34</sup>

364

Como dito, quando a lei fala de efeito imediato de determinada decisão, há que se perquirir sobre a interpretação do que seja este momento imediato, se é a publicação da sentença ou mesmo a intimação das partes, ou seja, qual é o exato instante em que os comandos daquele decisório devem ser efetivamente cumpridos pelas partes.

Nesta linha de intelecção, o raciocínio mais prudente e adequado à nova sistemática processual civil é, sem sombra de dúvidas, de que a decisão que recebe o recurso é o marco temporal para o cumprimento, no caso, evidentemente, de negativa do efeito suspensivo do apelo.

Ao se conceber que uma decisão que decreta uma inelegibilidade ou mesmo que cassa um mandato eletivo tenha seus efeitos protraídos para momento futuro, onde há uma análise percuciente dos fundamentos recursais do réu, a uma, está-se a conceder maior respaldo na determinação do cumprimento da medida, e a duas, confere-se maior segurança jurídica, na medida em que, certamente, a análise dos efeitos do recurso, no momento

33 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 41.795. Relator: Min. Arnaldo Versiani. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 25 out. 2010.

34 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 3.285. Relator: Min. Marcelo Ribeiro. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 22 set. 2009.

oportuno, tem muito maior exaustão e completude, uma vez que realizado por integrante do próprio Tribunal que apreciará o apelo.

## 7 CONCLUSÃO

Os Tribunais Eleitorais precisam regulamentar de forma mais específica a aplicação do Novo Código de Processo Civil, por intermédio de resoluções que atentem efetivamente para as modificações que causam impacto imediato no processo eleitoral, notadamente aquelas que ensejam fortes efeitos na prática.

Dentre tais observações, está o juízo de admissibilidade de recursos em matéria de inelegibilidade, com base na Lei Complementar nº 64/90. Com a nova sistemática trazida pelo CPC de 2015, tal deliberação deve ser feita pelo Tribunal competente para apreciar o recurso.

Tal ato processual, quando da vigência do Código anterior, era desempenhado com sua aplicação supletiva, na medida em que, na praxe forense eleitoral, o recebimento do apelo, com conseqüente definição dos seus efeitos, era exercido pelo próprio Juízo que prolatava a sentença.

Significa dizer então que a disciplina do juízo de admissibilidade, na seara eleitoral, passa a seguir agora o CPC de 2015 e tal fato leva a uma conclusão inevitável, qual seja, a de que os efeitos da decisão recorrida somente podem operar-se após tal deliberação, que, como dito, somente é realizada pelo Tribunal que apreciará o recurso, por meio de decisão do seu relator.

Diante deste novo panorama, respeitando-se as posições em contrário, este trabalho conclui no sentido de que não há mais necessidade e, conseqüentemente, viabilidade da ação cautelar autônoma neste particular, uma vez que a decisão recorrida somente opera seus efeitos após a apreciação do juízo de admissibilidade do recurso, que agora é realizado diretamente pelo Tribunal que apreciará o apelo e, no bojo dessa própria petição, por determinação expressa da Lei Complementar nº 64/90.

Ante o exposto, certamente muito trabalho será poupado se, efetivamente, tal posicionamento passar a vigorar nos Tribunais Eleitorais, sobretudo com a desnecessidade do manejo de inúmeras ações cautelares que são propostas com o objetivo de concessão de efeito suspensivo em sentenças eleitorais, neste particular.

Por outro lado, a adoção deste entendimento também tende a conceder maior segurança jurídica e estabilidade social, dada a repercussão desta matéria no cotidiano das pessoas e nos rumos da coletividade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 maio 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm)>. Acesso em 8 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 8 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.415 – MC. Relator: Min. Carlos Britto. *DJE - Diário de Justiça*, Brasília, DF, 11 abr. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. *Resolução Administrativa nº 1, de 27 de abril de 2017*. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ba-resolucao-administrativa-nr-01-2017>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. *Resolução Administrativa nº 4, de 22 de maio de 2017*. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ba-resolucao-administrativa-04-2017>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº 203, de 15 de março de 2016. *Diário da Justiça Trabalhista [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação Cautelar nº 19.610. Relatora: Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, p. 66, 21 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação Cautelar nº 238.393. Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, p. 26, 21 out. 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 41.795. Relator: Min. Arnaldo Versiani. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 25 out. 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 3.285. Relator: Min. Marcelo Ribeiro. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 22 set. 2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. I. Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 41.795. Relator: Min. Arnaldo Versiani. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 25 out. 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Medida Cautelar nº 2.260. Relator: Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. *DJ - Diário de Justiça*, Brasília, DF, p. 147-148, 18 dez. 2007.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Ordinário nº 1191-58.2014.6.19.0000. Relatora: Min. Luciana Lóssio. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 23 de set. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 23.478, de 10 de maio de 2016. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 15 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-no-23-478-de-10-de-maio-de-2016-2013-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Súmula TSE nº 44*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-no-44>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.



## A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF: UMA REFLEXÃO SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA

Diego Oliveira dos Santos \*

### RESUMO

O presente artigo tem como objetivo examinar o instituto da reclamação constitucional e refletir a respeito do seu avanço no direito brasileiro e sua aplicabilidade como meio de garantia dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, notadamente em matéria de controle concentrado de constitucionalidade. Esta investigação busca analisar a supremacia da Constituição como um imperativo, uma vez que, na aferição de constitucionalidade, existe a preocupação em efetivar a vinculação das manifestações normativas em relação às normas constitucionais. Ademais, há o exame, a partir dos comandos constitucionais, do precedente inserto na Reclamação nº 4.374/PE, julgada pela Suprema Corte. Neste sentido, este trabalho, visa, ainda, investigar a imprescindibilidade da referida ação judicial (reclamação) para uniformização dos julgamentos realizados pelos tribunais e juízes do País em prol da segurança jurídica, princípio fundamental e característico de um regime democrático, a partir dos preceitos da Constituição da República Federativa de 1988.

Palavras-chave: Reclamação Constitucional. Supremacia da Constituição. Controle de Constitucionalidade. Segurança Jurídica. Observância das decisões do Supremo Tribunal Federal.

### ABSTRACT

This article aims to examine the Institute of constitutional complaint and reflect on its advancement in Brazilian law and its applicability as a means of ensuring the effects of the rulings of the Federal Supreme Court, notably in the matter of control Constitutionality concentrate. This investigation seeks

\* Pós-graduando em Direito Público pela Universidade Salvador (UNIFACS). Membro do Grupo de Pesquisa Controle de Constitucionalidade (UFBA/CNPQ). Monitor do Escritório Modelo Professor Manoel Ribeiro da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Advogado.

to analyze the supremacy of the Constitution as an imperative, since, in the benchmarking of constitutionality, there is a concern in effecting the linking of the normative manifestations in relation to constitutional norms. Moreover, there is the examination, from the constitutional commands, of the preceding insert in the complaint nº 4.374/PE, judged by the Supreme Court. In this respect, this work is also aimed at investigating the indispensability of the aforementioned judicial action (complaint) for the uniformity of judgments conducted by the courts and judges of the country in view of legal certainty, fundamental and characteristic principle of a regime Democratic, from the precepts of the Constitution of the Federative Republic of 1988.

Keywords: Constitutional complaint. Sovereignty of the Constitution. Constitutionality control. Legal Security. Compliance with the decisions of the Supreme Court.

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho busca analisar o instituto da reclamação constitucional – como meio de garantia da preservação dos efeitos dos julgados do Supremo Tribunal Federal – em matéria de controle de constitucionalidade.

Neste sentido, pretende-se refletir sobre o controle de constitucionalidade, a propósito da supremacia da Constituição, e como consectário lógico, a viabilidade e a utilidade da reclamação para a consecução da segurança jurídica. Desta forma, a atual reflexão está na ordem do dia, sobretudo nestes tempos marcados por imensa insegurança jurídica.

Nesta linha, é imprescindível uma análise sobre a propositura da reclamação como meio assecuratório de cumprimento das decisões, que, nesta dimensão, pode ser até utilizada como redefinição (restritiva ou ampliativa) de julgados em matéria de controle de constitucionalidade, não se devendo admitir, entretanto, a mudança do conteúdo da decisão-paradigma.

Trata-se, portanto, de pesquisa de cunho exploratório, que tem como objetivo descobrir e proporcionar maior familiaridade com o instituto da reclamação em matéria do referido controle. Todavia, possui também traços

de pesquisa explicativa, em virtude de se buscar identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenômenos.

Revela-se importante o estudo do tema pela sua originalidade e relevância social, uma vez que esta reflexão serve para a sociedade como meio de efetivação de direitos fundamentais. Para o meio acadêmico, como contribuição e início para outras reflexões dentro do direito, sobretudo no campo do direito público. E ainda, na aplicabilidade, contribui para que os profissionais manejem a reclamação, buscando a sua finalidade e contribuindo para que seja um meio de cumprimento das normas constitucionais.

Ademais, o seu estudo é pouco aprofundado, o que demanda que a doutrina se debruce no exame e na aplicabilidade em casos práticos, seguindo os comandos da Constituição Federal de 1988.

Nesta perspectiva, este ensaio traz à tona discussão inserta precipuamente no campo do Direito Constitucional, o que demanda perquirir os posicionamentos da doutrina constitucional do País e até de outros países. Demais disso, o Direito Processual Civil – dedicado ao estudo dos ritos – também se ocupa parcialmente da matéria, sobretudo no tocante ao procedimento, o que de modo restrito e parcial servirá para a investigação deste tema.

Inicialmente tratará sobre a supremacia da Constituição como um princípio norteador no Direito Constitucional, garantido e viabilizado pelo controle de constitucionalidade. Posteriormente, haverá uma abordagem sobre o avanço histórico e as peculiaridades da reclamação constitucional no direito brasileiro. E, ainda, uma análise da referida ação em interface com o princípio da segurança jurídica, bem como um estudo do entendimento consubstanciado na Reclamação nº 4374/PE. Por fim, uma reflexão sobre a preservação dos efeitos das decisões em matéria de controle de constitucionalidade.

## **2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO MECANISMO PARA ASSEGURAR A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO**

A supremacia da Constituição é um princípio imperativo que a coloca em evidência ou em preponderância em relação às demais normas do sistema jurídico. Esta supremacia advém, pois, da soberania da fonte que a gerou,

o poder constituinte originário, o que diferencia a Constituição dos demais atos jurídico-normativos e a torna peculiar.

Gomes assinala:

Compõe-se a supremacia constitucional de três elementos básicos: o institucional, o processo legislativo e a defesa.

O elemento institucional firma o pressuposto de que a supremacia da Constituição não nasceu do gênio ou da razão. À evidência, nasce a supremacia da repetição de uma conduta em uma sociedade, de uma prática reiterada realizadora de uma essência indubitável. Com efeito, a noção de supremacia constitucional, como meio de limitar o poder e, assim, garantir os direitos fundamentais, veio ao longo dos séculos se repetindo. Cuida-se de uma tradição jurídica.

O segundo elemento provém do primeiro. De fato, há um processo legislativo exclusivo em que a nação convoca a si mesma para elaboração da norma jurídica que figurará no ápice do ordenamento jurídico. Por fim, está o elemento que assegura a própria existência da supremacia constitucional: a defesa. De nada adiantaria a previsão da supremacia constitucional caso não houvesse um meio hábil de se garantir a observância da Constituição. Esse instrumento é a declaração de constitucionalidade [...].<sup>2</sup>

O jusfilósofo Hans Kelsen, em sua teoria do ordenamento jurídico, sustenta que o direito é um sistema hierarquizado de normas jurídicas, ou seja, uma edificação escalonada de diferentes dimensões de normas jurídicas.<sup>3</sup> Desse modo, todas as manifestações normativas devem estar em consonância com a norma constitucional, sendo para tanto, a Constituição, o ápice da pirâmide normativa. Neste sentido:

Assim, a Constituição passa a ser a fonte primária e o parâmetro obrigatório do ordenamento jurídico, impondo a hierarquização das normas, ordenando-as em duplo grau: no topo, postam-se as normas constitucionais; em escala descendente, as normas ordinárias ou infraconstitucionais. A norma infraconstitucional, que fere norma constitucional, torna-se norma inconstitucional, írrita e absolutamente nula.<sup>4</sup>

2 GOMES, Iuri de Castro. A legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista de Direito da ADVOCEF*, v. 1, n. 20, p. 145-146, 2015.

3 PACHECO, Cláudio Gonçalves. Conhecimento científico versus conhecimento jurídico. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 25 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49546&seo=1>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

4 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 113.

É, deste modo, que nasce a ideia da existência de normas que estão de acordo ou conformes com a Constituição, assim denominadas constitucionais, e ainda, normas que estão em dissonância, ou desconformidade, chamadas inconstitucionais. Para verificação ou aferição do respeito à Constituição, pelas disposições normativas infraconstitucionais, é que existe o controle de constitucionalidade, como mecanismo de verificação de consonância ou conformidade entre norma infraconstitucional e a Constituição.

Neste contexto de necessidade de garantia da supremacia da Constituição, como base para a sustentação do Estado Democrático de Direito, vê-se a importância do controle de constitucionalidade como um mecanismo imprescindível e previsto no próprio texto constitucional. No processo de aferição de compatibilidade material e formal das normas jurídicas com a Constituição, tem-se como consequência lógica a invalidação e o expurgamento das normas lesivas.

O controle de constitucionalidade é um procedimento ou uma atividade de fiscalização da compatibilidade ou da conformidade das leis e dos atos normativos pelos órgãos competentes em relação a uma Constituição rígida.

Cunha Júnior conceitua Constituição rígida como:

[...] aquela que não será alterada com a mesma simplicidade com que se modifica uma lei. Caracteriza-se por estabelecer e exigir procedimentos especiais, solenes e formais, necessários para a reforma de suas normas, distintos e mais difíceis, portanto, do que aqueles previstos para a elaboração ou alteração das leis. É o modelo ideal de Constituição porque nela se reúnem as duas necessidades das Constituições contemporâneas: a evolução e a estabilidade. A evolução, porque as Constituições devem acompanhar a mudança das forças sociais, abrindo-se para reformas; a estabilidade, em razão da exigência de que as reformas constitucionais ocorram com moderação, equilíbrio e cautela. Daí a vantagem das Constituições rígidas: permitem reformas (evolução), mas submetem essas reformas a um procedimento especialmente solene no qual seja possível uma maior reflexão, debate e ponderação (estabilidade).<sup>5</sup>

O Professor Dalmo Dallari assinala que, na história, em busca da origem da ideia de controle de constitucionalidade, o caso norte-americano *Marbury versus Madison* (1803), da lavra do Juiz John Marshal, é uma referência teórica necessária para pacificar a teoria, sobretudo para consagrar

5 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 123.

a supremacia da Constituição, sendo, como afirma o estimado autor, um *“instrumento fundamental para assegurar a superioridade e eficácia dos preceitos constitucionais”*.<sup>6</sup>

Desse modo, atualmente, o controle de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte Federal americana tornou-se referencial para o sistema constitucional dos Estados Unidos.

No período entre as Guerras Mundiais do século XX, surgiram a Constituição do México (1917) e a Constituição de Weimar (1919) como símbolos de sistemas normativos que inserissem e internalizassem a garantia dos direitos fundamentais.

Ademais, a Constituição da Áustria, inspirada pela doutrina de Hans Kelsen, teria influenciado uma nova concepção de controle de constitucionalidade, por meio da inovação da criação de uma “Alta Corte”, incumbida desta atividade. Kelsen sugere que o controle de constitucionalidade deve ser aferido por um órgão específico, diferenciando-se, portanto, esta atividade quanto aos efeitos.

Desse modo, Dalmo Dallari informa que *“a necessidade do controle da constitucionalidade das leis e, em seguida, dos atos do governo foi sendo reconhecida e defendida pelos teóricos do constitucionalismo, alargando-se cada vez mais o âmbito do controle [...]”*.<sup>7</sup>

O controle de constitucionalidade realizado por todos os juízes e tribunais, influenciando inúmeros Estados pela sua amplitude, aparece antes, com o constitucionalismo norte-americano, a partir do caso *Madison versus Marbury*.

No Brasil – País que influenciou outros Estados da América do Sul –, o controle de constitucionalidade ocorre quando há dúvida acerca da constitucionalidade de determinada norma. Neste sentido, os órgãos competentes, uma vez provocados, realizam uma operação de aferição entre as normas para que, quando constatada a inequívoca lesão à Constituição, declare-se a inconstitucionalidade e, como regra, haja efeitos *ex tunc* (podendo a de-

---

6 DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 332.

7 *Ibidem*, p. 336.

pendor do caso, haver a denominada modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade).

A Constituição Federal de 1988 manteve e aperfeiçoou o sistema judicial de controle da constitucionalidade, que combina os métodos difuso-incidental e concentrado-principal. No primeiro, realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário, denominado de controle incidental ou difuso, a questão é posta como prévia a ser analisada pelo magistrado incidentalmente, numa ação judicial, possuindo, portanto, efeitos *inter partes*. O segundo controle é exercido, em relação à Constituição de 1988, de modo exclusivo pelo Supremo Tribunal Federal, o “guardião (máximo) da Constituição”, como preceitua a Constituição Federal de 1988, no art. 102, denominado de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, em sede de via direta.

Saliente-se que os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal podem exercer também o referido controle concentrado, em sede de via direta, dos atos normativos estaduais, distritais e municipais, nos termos da Constituição Estadual e da Distrital.

É, ainda, muito importante acrescentar que este controle de constitucionalidade por via direta, no Supremo Tribunal Federal, compreende a ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Pela importância e abrangência da ação direta, o legislador constituinte entendeu por legitimar algumas pessoas, órgãos e até mesmo entes para provocar a Corte Suprema quanto à constitucionalidade de determinado ato normativo. Tão grande é a importância da legitimação para a propositura desta ação que alguns legitimados devem demonstrar pertinência temática.

Uma característica desta espécie de controle de constitucionalidade é a sua generalidade, possuindo efeitos *erga omnes* e vinculando todos os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como Administração Pública, conforme disposto na norma do artigo 102, §2º, da Constituição Federal.

É neste sentido que se revelam imprescindíveis a discussão e o exame da vinculação por parte de outros órgãos, com o objetivo de se garantir a supremacia da Constituição, por intermédio do controle de constitucionalidade,

e a sua efetivação com a reclamação constitucional, em vista da garantia da Constituição e da segurança jurídica.

### 3 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DE OBSERVÂNCIA DAS DECISÕES DO STF EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Faz-se mister averiguar a evolução histórica da reclamação constitucional no direito nacional, suas peculiaridades, bem como a sua utilidade e eficácia em matéria de controle concentrado de constitucionalidade.

#### 3.1 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO BRASILEIRO

376

A reclamação constitucional vem, desde a sua gênese e inserção no direito brasileiro, sendo confundida com o instituto da correição parcial, pois ambos situam-se no plano das medidas aptas a evitar o descumprimento ou a desobediência à ordem do Tribunal. Entretanto, é importante salientar que os referidos institutos não devem ser confundidos, uma vez que a correição parcial possui como objetivo:

[...] verificar a regularidade da atuação judicial relativamente aos expedientes ou serviços forenses – à condução do processo, portanto –, incluído também o comportamento e a própria disciplina do magistrado, e não a qualidade de suas decisões do ponto de vista procedimental ou material, isto é, para apurar a existência de *erros in procedendo* e *erros in judicando*, respectivamente.<sup>8</sup>

Ademais, a correição parcial é uma atividade administrativa, não possuindo natureza jurisdicional, como se enquadra a reclamação constitucional.

Furtado<sup>9</sup> sustenta que a reclamação, segundo Pontes de Miranda, foi incorporada pelo STF para que não houvesse a subversão da hierarquia

8 BUENO, Cassio Scarpinella *apud* HOMMERDING, Adalberto Narciso. Reclamação e correição parcial: critérios para distinção. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa.; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Org.). *Reclamação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 56-57.

9 FURTADO, Maria Priscila Mendonça. Reclamação constitucional e a garantia da autoridade das decisões dos tribunais superiores. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 417, 2013. p. 215.

judicial. Vislumbra-se que a reclamação tem um sentido de vinculação dos órgãos da Justiça, buscando respeito às determinações judiciais superiores.

Delfino informa que:

Inicialmente nada havia no direito positivo que contemplasse algo que assemelhasse à reclamação. Sem embargo, o Supremo Tribunal Federal começa a apreciar reclamações por volta da década de 1940, às quais, em sua maioria, ora apresentavam feições administrativas, ora correccionais, não obstante algumas delas já indicassem algumas características que o instituto depois viria a assumir.<sup>10</sup>

Grande parte da doutrina sustenta que a reclamação surgiu de uma paulatina construção jurisprudencial, a partir da “teoria dos poderes implícitos” (*implied powers*) do direito estadunidense, em 1819, no caso *McCulloch versus Maryland*, em que se discutia a possibilidade de uma lei federal criar uma instituição financeira contrariamente a norma estadual. O interessante é que, à época, a Suprema Corte Federal americana era presidida por John Marshall (*Chief Justice*), o qual fundamentado na supremacia da Constituição, ao proferir seu voto, sustentou que a Suprema Corte detinha poderes de declarar nulas as leis contrárias ao Texto da Constituição, reconhecendo-se possuir poderes não expressos em lei, ou seja, poderes implícitos, os quais lhe permitiam o uso de meios legítimos à concretização das finalidades insertas na Constituição.<sup>11</sup>

No Brasil, a reclamação passou a ser prevista no Regimento Interno do STF, sob a autorização dada pela Constituição de 1946, no seu art. 97, inciso II. De início, surgiu pela jurisprudência e, após, foi inserida na norma regimental, em 02/10/1957.

Em seguida, inicia-se uma nova fase, com a redação dada ao art. 115, parágrafo único, da Constituição de 1967, a qual conferiu uma denominada competência legiferante ao Supremo Tribunal Federal para dispor, em seu regimento, sobre “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência

10 DELFINO, Lúcio. Aspectos históricos da reclamação. In: NOGUEIRA, P. H. P.; COSTA, E. J. F. (Org.). *Reclamação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013.p. 296.

11 FURTADO, *op. cit.*, *loc. cit.*

*originária ou de recurso*”.<sup>12</sup>

Segundo Delfino,<sup>13</sup> a referida norma conteve a alegação daqueles que sustentavam ser inconstitucional o instituto da reclamação.

Houve a inserção da reclamação no corpo do Texto Constitucional, de modo expreso, sendo um remédio destinado à preservação da competência e da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (arts. 102, inciso I, alínea “I”, e 105, I, alínea “I”, respectivamente).

Em 1990, foi publicada a Lei nº 8.038/1990, a qual instituiu normas que disciplinam os processos de competência originária do STF e do STJ. Nesta Lei, o Capítulo II – arts. 13 a 18 –, que indica algumas regras procedimentais, foi destinado à reclamação.

Com a Emenda nº 45/2004, abriu-se outra finalidade para a reclamação, expressamente no texto da Constituição: a de impor o respeito às súmulas vinculantes, o que passou a ser admitido, em consonância com o entendimento de tratar-se de verdadeira ação.

O novo Código de Processo Civil albergou o instituto da reclamação constitucional, inserindo-o no Título “*Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais*”. Seu art. 988 trouxe as possibilidades para que tanto a parte interessada quanto o Ministério Público possam manejá-la, como transcrito:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.<sup>14</sup>

12 BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1967). *Diário Oficial [da] União (DOU)*, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 9 out 2016.

13 DELFINO, Lúcio. Aspectos históricos da reclamação. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Org.). *Reclamação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 297.

14 BRASIL. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial [da] União (DOU)*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso

Verifica-se que o legislador ordinário optou por encartar, dentro do Código de Ritos, as hipóteses de cabimento da referida ação, revogando as disposições atinentes à reclamação constitucional insertas na Lei nº 8.038/1990.

E, por fim, a Emenda Constitucional nº 92 de 2016, inseriu, no art. 111-A da Constituição Federal, a competência para o Tribunal Superior do Trabalho processar e julgar a “*reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões*”.<sup>15</sup> Com isso, haverá a possibilidade do manejo desta ação em matéria trabalhista.

Deste modo, a reclamação, pela sua história e avanço no direito brasileiro, possui pontos controvertidos, dentre eles, a questão da natureza jurídica e da legitimidade da aplicabilidade do instituto. Entretanto, após o advento da Constituição de 1988, nota-se que houve uma adequada previsão do instituto (para garantia da competência e autoridade dos julgados da Suprema Corte), bem como uma coerente regulamentação por lei, atendendo a norma do art. 22, inciso I, da Constituição Federal, a qual dispõe que compete privativamente à União legislar a respeito de Direito Processual, pacificando a discussão quanto à legalidade do instituto. Depreende-se, portanto, que cabe à doutrina debruçar-se sobre a matéria e investigar acerca da aplicabilidade deste instituto no País.

### 3.2 PECULIARIDADES DO INSTITUTO

A reclamação constitucional é “*um meio pelo qual se pode provocar o Estado para que, em se garantindo a sua autoridade, mais precisamente a autoridade do Poder Judiciário, sejam preservados o Estado de Direito, as liberdades públicas e a soberania popular*”.<sup>16</sup>

Para saber como utilizar determinado instituto, bem como investigar suas principais características, é imprescindível, pois, que se perquiria a sua natureza jurídica. Neste sentido, a reclamação, desde sua gênese, apresenta natureza jurídica controversa, em decorrência da sua função, uns entendendo

---

em: 19 nov. 2016.

15 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] União (DOU)*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016.

16 MORATO *apud* FURTADO Maria Priscila Mendonça. Reclamação constitucional e a garantia da autoridade das decisões dos tribunais superiores. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 417, p. 214, 2013.

tratar-se de uma ação, outros, de recurso e, até mesmo, alguns sustentando ser um incidente processual. Entretanto, à luz do panorama doutrinário atual sobre o assunto, bem como as consequências práticas que dele decorrem, é de se admitir a sua natureza jurídica de ação.

Alvin e Granado<sup>17</sup> assinalam que, para Nelson Nery Jr., por exemplo, a reclamação é “*um incidente processual*”. Contudo, a reclamação envolve questão autônoma, independente, prescindível de outro processo, ou seja, trata-se de novo processo, de uma nova questão a ser decidida, que é cronologicamente posterior à decisão reclamada ou ao ato administrativo violador. Sustentam ainda, que, para José Frederico Marques, a reclamação teria natureza recursal, e, para Alcides de Mendonça Lima, a natureza seria de sucedâneo recursal. Entretanto, conforme o perfil do instituto trazido pelo constituinte, não se trata de recurso ou de sucedâneo recursal, uma vez que não só as características são diversas, mas o interesse da reclamação se restringe à correção de eventual desvio de competência ou qualquer óbice ou limitação à plena eficácia do comando da decisão paradigma. Para propositura da reclamação, não é necessária a observância de prazo, podendo ser manejada, inclusive, contra atos administrativos, o que é relevante para afastar a sua alegada natureza recursal.

A Suprema Corte, em sede da ADI nº 2212/CE, sob a Relatoria da Ministra Ellen Gracie, firmou entendimento de ser a reclamação, um instituto de natureza processual constitucional, situado no âmbito do direito de petição, previsto na norma do art. 5º, XXXIV, “a”, do Texto Constitucional, posição criticada pela doutrina, como se vê:

Entretanto, em nossa opinião, são inconfundíveis o direito de petição, previsto no art. 5º inciso XXXIV, alínea “a” da CF e o direito de ação previsto no mesmo artigo, inciso XXXV, principalmente porque aquele, ao garantir o direito de qualquer um reclamar direitos perante o Poder Público, em decorrência de abuso de poder ou ilegalidades, é incondicionado. Ora, o direito de ação, que é o direito de pleitear a prestação da tutela jurisdicional somente pode ser exercido se estiverem presentes as condições da ação. Elas são necessárias para que se cumpra o modelo constitucional do processo civil, para que se evite o desperdício de tempo e atividade jurisdicional. Desta forma, pensamos que a natureza

17 ALVIN, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian. Reclamação e ação direta de inconstitucionalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 417, p. 39, 2013.

jurídica da reclamação constitucional é de verdadeira ação, eis que o instituto está submetido, por força de lei, às condições da ação [...].<sup>18</sup>

Inúmeros autores nacionais, como Hommerding,<sup>19</sup> sustentam e entendem que a natureza jurídica da reclamação é de ação. O que parece ser a mais acertada e, para tanto, possui caráter jurisdicional.

A reclamação é uma ação do tipo mandamental, uma vez que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal caracteriza-se como uma verdadeira ordem, a qual se descumprida caracteriza-se como típico crime de desobediência à ordem judicial.<sup>20</sup>

No que tange a quem pode ajuizar a reclamação e contra quem deve ser proposta, a jurisprudência do STF é no sentido de conceder a legitimidade da reclamação para todo e qualquer interessado, no caso de descumprimento de decisão em sede de controle de constitucionalidade,<sup>21</sup> inclusive terceiros que participaram do processo e até mesmo do *amicus curiae*.<sup>22</sup> O Ministério Público possui legitimidade pela expressa redação do Código de Processo Civil e já possuía na Lei nº 8038/1990. Entretanto, pela sua própria atuação, deve estar relacionada ao interesse público e aos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

A legitimidade passiva é extraída da norma do art. 989, inciso I, ou seja, é a autoridade responsável pelo ato violador da decisão da Suprema Corte, seja ela administrativa ou jurisdicional.

Questiona-se, portanto, se a autoridade legislativa poderia ter legitimidade passiva nesta ação. Ferreira<sup>23</sup> sustenta que a inaplicabilidade dos

18 AURELLI, Arlete Inês. Condições da ação para o exercício da reclamação constitucional. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Org.). *Reclamação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 22.

19 HOMMERDING, Adalberto Narciso. Reclamação e correição parcial: critérios para distinção. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Org.). *Reclamação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 56.

20 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. O procedimento da reclamação. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Org.). *Reclamação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 333.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.398. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça (DJ)*, Brasília, DF, 6 out. 2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14736260/reclamacao-recl-2398-to>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

22 A respeito da participação do *amicus curiae*: AURELLI, Arlete Inês. Condições da ação para o exercício da reclamação constitucional. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Org.). *Reclamação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 31.

23 FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Efeitos das decisões no controle de constitucionalidade. *Revista*

efeitos vinculantes ao legislativo ocorre para preservar a relação de equilíbrio existente entre os poderes. Com isso, se o Legislativo quiser, poderá novamente dispor sobre o mesmo assunto declarado inconstitucional, a exemplo. Ademais, é importante assinalar que a função jurisdicional atípica, exercida pelo Legislativo, pode, em decorrência de descumprimento da decisão-parâmetro, também ser a causa da propositura da reclamação constitucional.

A reclamação visa à avocação do processo, em caso de usurpação de competência – situação em que a Suprema Corte identifica violação à sua competência –, que pode ser objeto de outro trabalho científico. E, em caso de inobservância de suas decisões, a cassação do ato violador, neste caso, em face de atos judiciais ou administrativos.

A referida ação, conforme disposição expressa da Constituição Federal (art. 102, inciso I, alínea “I”) deve ser proposta diretamente junto a Corte Suprema. Contudo, o próprio Supremo Tribunal<sup>24</sup> tem entendido que, para que haja a provocação via reclamação, deve haver o esgotamento prévio das vias ordinárias, para que não seja este remédio um “atalho” aos tribunais.

Ademais, no tocante a propositura da reclamação contra ato administrativo “[...], todavia, depende de esgotamento a via administrativa, isto é, só pode ser interposta depois de utilizados os recursos administrativos cabíveis no caso”.<sup>25</sup>

Por fim, não caberia, a princípio, reclamação contra decisão coberta pela coisa julgada. Este entendimento já estava inserido na Súmula nº 734 do STF, e o legislador previu no art. 988, §5º, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015. Desse modo, a reclamação não pode servir como sucedâneo de ação rescisória.

Assim, a reclamação constitucional é uma ação com características próprias, tratando-se de procedimento específico de impugnação dos atos

---

*Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3814, 10 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26071>>. Acesso em: 9 out. 2016.

24 Vale lembrar que a propositura da reclamação deve ocorrer somente após o esgotamento das vias ordinárias: “Desta feita a orientação que prevalece, atualmente, no que tange a Reclamação Constitucional é a de que enquanto não houver súmula vinculante, o efeito vinculante da decisão é só para as partes, sendo necessário percorrer todos os caminhos ordinários antes de se cogitar o uso da Reclamação” (FURTADO, Maria Priscila Mendonça. Reclamação constitucional e a garantia da autoridade das decisões dos Tribunais Superiores. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 417, p. 230, 2013).

25 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 490.

violadores da competência do Supremo Tribunal Federal, bem como da soberania de seus julgados.

### 3.3 A AÇÃO JUDICIAL ADEQUADA À PRESERVAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme entendimento consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, qualquer prejudicado poderá valer-se desta ação para requerer que a Corte Suprema garanta a autoridade de suas decisões. Com isso, a questão já era pacífica no sentido de se buscar, com a ação, o respeito à força vinculante dos julgados do STF, em ações de controle de constitucionalidade. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como emenda da reforma do Judiciário, que inseriu, no art. 102 do Texto Constitucional, o §2º, houve a previsão de que caberia a propositura de reclamação constitucional para a garantia das decisões em sede de controle de constitucionalidade.

O legislador ordinário, por sua vez, também inseriu no texto do Código de Processo Civil de 2015, o art. 988, o qual previu expressamente, no inciso III, o cabimento da reclamação para garantir a observância das decisões “*do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade*”.<sup>26</sup> Desse modo, acredita-se que tais previsões tenham ocorrido para que os intérpretes não tenham dúvida a respeito da vinculação destas decisões.

Verifica-se que este remédio constitucional foi aos poucos e, com a sua aplicabilidade nos casos concretos, sendo utilizado de modo cada vez mais sofisticado, ou seja, a jurisprudência e a doutrina neste ponto são atores indispensáveis.

Incontroversa, portanto, a hipótese da propositura da reclamação constitucional, pelos aspectos já assinalados, como meio para garantia das decisões em matéria de controle concentrado de constitucionalidade, notadamente com vistas à submissão dos outros órgãos do Judiciário e da

26 BRASIL. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial [da] União(DOU)*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016.

Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal.

No julgamento da reclamação constitucional, acontece uma análise comparativa entre a decisão ou o ato impugnado (sustentado como violadores) e a decisão parâmetro da reclamação. E, logicamente, haverá a verificação de consonância ou de dissonância entre estes. Cada vez mais, se vê a necessidade de se ter mecanismos como a reclamação para manter não só vinculação das decisões, mas, a partir de então, garantir a aplicação da segurança jurídica, princípio basilar de um regime democrático.

No cumprimento de uma decisão em sede controle de constitucionalidade, ou seja, aplicando a decisão aos casos que surgem na sociedade, pode haver a necessidade de adequação dos lindes da decisão-parâmetro.

Neste confronto, a decisão-parâmetro deve sempre ser observada, mas, alguns dos seus efeitos podem ser restringidos ou ampliados, como já fez a Suprema Corte em certos casos, a exemplo da Reclamação nº 4.906, proposta como garantia da ADI nº 3.460, em que o Tribunal estabeleceu o conceito de atividade jurídica e fixou os requisitos para a demonstração em certames para ingresso nas carreiras do Ministério Público. Com isso, o efetivo alcance deste conceito e dos requisitos ficou assentado mediante algumas reclamações, notadamente a de nº 4.906.

Neste sentido, assinala Nogueira:

Hoje, a reclamação também está apta a funcionar como um instrumento de definição dos limites interpretativos de decisões vinculantes emanadas do Supremo, diante de situações de conflitos concretos, algo difícil de ser *a priori* pela Suprema Corte quando examina os processos objetivos que lhe são postos, dada a natureza do objeto litigioso nos processos de controle de constitucionalidade concentrado.<sup>27</sup>

Com isso, é imprescindível se verificar também que, com o maior número de institutos relacionados ao controle da constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais, a reclamação ampliou o seu âmbito de incidência. E nele pode haver a readequação de limites da decisão-parâmetro. Contudo, não se pode admitir, a bem da segurança jurídica, que com o manejo

27 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A eficácia da reclamação constitucional. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Org.). *Reclamação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 389.

da reclamação constitucional haja uma mudança, com reanálise e alteração da decisão em sede de controle de constitucionalidade para o caso concreto.

É satisfatória a atuação do Supremo do Tribunal Federal que, em muitos momentos, realiza esta limitação ou ampliação das decisões em controle de constitucionalidade, como o fez também no caso envolvendo a competência da Justiça do Trabalho. A decisão cautelar na ADI nº 3.395 deu interpretação ao art. 114, inciso I, do Texto Constitucional, entendendo que a competência nele prevista não abrange o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e seus servidores, que lhes sejam vinculados por relação jurídico-estatutária. E, a partir de então, diversas reclamações foram propostas e o STF passou a definir a extensão dessa decisão às hipóteses de contratos por tempo determinado, firmados pelos entes públicos e para os casos que envolvam cargos em comissão. Dentre estas, destaca-se a Reclamação nº 4.904, de relatoria da ministra Cármen Lúcia.

Entretanto, não faria sentido e causaria, portanto, violações a princípios, como a igualdade, isonomia e, principalmente, a segurança jurídica, a mudança deste parâmetro, uma vez que, em se tratando o controle concentrado de constitucionalidade de um processo objetivo, há a análise puramente de conflitos entre normas de hierarquias diversas.

#### 4 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E A SEGURANÇA JURÍDICA

A reclamação constitucional, como meio afirmativo da imperatividade das decisões em matéria de controle concentrado de constitucionalidade, tem como finalidade precípua a garantia da segurança jurídica nas relações.<sup>28</sup>

Desse modo, é salutar a importância do estudo e análise da segurança jurídica como princípio característico de um Estado Democrático de Direito.

##### 4.1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica é considerado como uma das colunas da ordem jurídica, inserido como integrante no próprio conceito do Estado de

28 Neste sentido, verifica-se no instituto valorosa receita para a garantia da segurança das relações jurídicas no sistema judiciário como um todo. Sobre o tema: FURTADO, Maria Priscila Mendonça. Reclamação constitucional e a garantia da autoridade das decisões dos tribunais superiores. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 417, p. 222, 2013.

Direito, ao qual está ligada a exigência de maior estabilidade das relações jurídicas.<sup>29</sup>

Parece claro que a segurança jurídica é um atributo e uma finalidade do Estado de Direito, embora com ele não se confunda.<sup>30</sup>

A simples opção pela democracia, enquanto regime político,<sup>31</sup> já traz em seu bojo a segurança jurídica como uma necessidade irrecusável. E a Constituição Federal, no seu art. 1º, *caput*, por falar em Estado de Direito, traz de modo imprescindível a segurança jurídica como garantia constitucional.

Ademais, a Constituição Federal, no *caput* do art. 5º, garante a inviolabilidade do direito à segurança jurídica, tratando-se de um princípio fundamental que consagra a proteção da confiança e estabilidade das relações jurídicas.

Para Lucca,<sup>32</sup> a proteção da segurança jurídica importa duas consequências imediatas: a primeira, a incompatibilidade com o arbítrio estatal, partindo do pressuposto de que existe uma ordem estatal, previsível e homogênea. E a segunda, situa a pessoa no tempo e no espaço, atribuindo-lhe elementos para confiar no Estado e nos demais sujeitos de direito, dando-lhe a convicção de que as situações jurídicas consolidadas não serão modificadas e que determinados fatos jurídicos implicarão determinadas consequências jurídicas.

A concepção de segurança jurídica, assim como do Estado de Direito, deve estar vinculada com a de justiça. Defender a promoção da segurança jurídica não significa abdicar da justiça.<sup>33</sup> O caminho mais adequado deve ser a busca da justiça,<sup>34</sup> enquanto um ideal, por intermédio da segurança jurídica.

González assinala que:

[...] a atual “crise do Poder Judiciário” impõe a busca por mecanismos que favoreçam a segurança jurídica na prestação jurisdicional por meio

29 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 94.

30 LUCCA, Rodrigo Ramiro de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 61.

31 Sobre uma reflexão a respeito do regime democrático e sua evolução: FACHIN, Luiz Edson. Reformas de que o Brasil precisa: as três fronteiras da democracia. *Revista de Direito da ADVOCEF*, Brasília, DF, v. 1, n. 20, p. 29-41, 2015.

32 LUCCA, *op. cit.*, p. 62.

33 *Ibidem*, p. 65.

34 Para Aristóteles, a justiça, em última análise, é uma expressão ética do princípio da igualdade (REALE, Miguel. *Lições preliminares do Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.p. 123).

da uniformidade dos julgamentos, e que possam também garantir maior respeitabilidade às decisões judiciais, notadamente àquelas proferidas pela Suprema Corte que versam diretamente sobre a interpretação do texto constitucional.<sup>35</sup>

Na Constituição, a segurança jurídica manifesta-se, sobretudo, por meio das garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.<sup>36</sup>

Neste campo, a reclamação constitucional, como mecanismo, possui um papel singular, ou seja, ser o sinalizador de descumprimentos deste princípio, notadamente, nas hipóteses previstas em lei.

Desse modo, a segurança jurídica pressupõe um direito acessível, estável e previsível, bem como exige do Estado o respeito à confiança legítima que lhe é depositada pelo particular.

#### 4.2 A RECLAMAÇÃO Nº 4.374/PE

387

Cabe analisar, com certa especificidade, o julgamento da Reclamação nº 4374/PE e seus delineamentos, a fim de que se verifique o enquadramento que a Suprema Corte deu ao instituto.

A referida Reclamação Constitucional nº 4.374/PE, foi proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em face da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco, com a finalidade de garantir a decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF.

Nesta decisão foi declarada a constitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 (Lei de Organização da Assistência Social – LOAS), a qual estabelece requisitos para o recebimento do benefício assistencial de um salário mínimo para a pessoa portadora de deficiência e para o idoso que demonstrem não possuírem, eles mesmos ou a sua família, recursos para a

35 GONZÁLEZ, Rebeca Peixoto Leão Almeida. *A reclamação constitucional no direito brasileiro. Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, 8 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigoa-reclamacao-constitucional-no-direito-brasileiro,51521.html>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

36 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 738.

sua manutenção e sobrevivência.

Segundo ficou estabelecido no *decisum*, conforme a lei, o requisito de possuir, a família do idoso ou da pessoa portadora de deficiência, renda *per capita* por mês inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo, seria constitucional.

Na Reclamação nº 4.374, o INSS sustentou que a decisão tomada pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais, ao desconsiderar a incidência da referida disposição legal sobre o caso concreto (um quarto de um salário mínimo, como critério apto a comprovar a miserabilidade), terminou por desprezar a autoridade da decisão da Suprema Corte na ADI nº 1.232/DF. E, por isso, alegou, o INSS, que a decisão deveria ser cassada.

A Suprema Corte conheceu da reclamação, por maioria, e, no mérito, julgou improcedente, entendendo que houve omissão inconstitucional no art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993, o qual sofreu um “processo de inconstitucionalização”. Sustentou, ainda, que teria ocorrido a mutação constitucional da norma parâmetro, exigindo-se mais para o deferimento do benefício assistencial.

Desta forma, poderia se entender que houve a mudança da norma – enquanto conteúdo da disposição submetida ao controle de constitucionalidade –, a qual pode ser submetida a um novo controle. O questionamento que vem à tona é saber se, à luz da norma do art. 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição Federal,<sup>37</sup> poderia haver este controle em sede de reclamação constitucional, uma vez que o referido instituto possui hipóteses de incidência específicas no sentido de garantir a competência e a autoridade das decisões do Tribunal.

O STF, ao realizar esta nova aferição de constitucionalidade, como no caso, *incidenter tantum*, adotou novo entendimento, ao invés de fazer valer a sua decisão anterior.

Como já assinalado, no momento da análise da reclamação constitucional, pode o Tribunal restringir ou ampliar o conteúdo da decisão parâmetro, notadamente das decisões em matéria de controle concentrado, que trata

37 Art. 102, I, “I”: a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] União (DOU)*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016).

de comandos resultantes de relações entre normas, mas a questão, trazida no caso da Reclamação nº 4.374/PE, é saber se haveria a possibilidade de, em sede de reclamação, ocorrer a exteriorização de novo entendimento, decorrente da interpretação de uma nova relação entre normas.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, Relator da referida Reclamação, haveria a possibilidade, diante da legitimidade hermenêutica, de reinterpretar, tanto a norma objeto do controle de constitucionalidade, como também a própria Constituição.

Realmente, a Suprema Corte possui este dever de interpretar e reinterpretar, aferindo a constitucionalidade de determinada norma. Contudo, no caso, é imprescindível salientar que a norma e a lei não são noções que se confundem, uma vez que a norma é o conteúdo da lei e, quando o Ministro trata da possibilidade de reinterpretação, de fato, não se trata de reinterpretação da norma, mas de interpretação, pois se fala de outra relação jurídica, a primeira, como o próprio Ministro fala, ocorreu quando da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade, e conseqüentemente, como ocorreu mutação legal, significa dizer que há uma nova relação entre normas. E, por isso, não se pode falar em revisão, mas sim, de nova relação jurídica entre normas, cujo conflito deve ser questionado.

Analisando a Reclamação nº 4.374/PE, importa assinalar que Didier Júnior sustenta se tratar de uma revisão, como se vê:

Modificando-se os fatos que dão ensejo à relação jurídica de trato continuado (e o próprio direito) e legitimam o pedido de uma tutela jurisdicional, tem-se a possibilidade de propositura de uma nova ação, com elementos distintos (nova causa de pedir/ novo pedido), a chamada ação de revisão. A coisa julgada não pode impedir a rediscussão do tema por fatos supervenientes ao trânsito em julgado [...].<sup>38</sup>

Parece ser controverso o fato de a Suprema Corte ser instada a se manifestar a respeito de determinada matéria e realizar “novo controle de constitucionalidade”. Pode-se sustentar, de início, tratar-se de decisão tera-

38 DIDIER JÚNIOR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4374/PE. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 16, n. 110, p. 582, 2015.

tológica, visto que se verifica latente desrespeito ao princípio da segurança jurídica.

Inclusive, é imprescindível entender que pode ocorrer mudança de entendimento e a mutação, tanto legal, como constitucional, podem ser causa de novo controle de constitucionalidade, seja pela via direta ou pela via incidental. Ou melhor, pode-se admitir a mudança de interpretação da lei, que ocasionará novo comando normativo, como se vê: “*Isto não significa que a interpretação da lei não possa mudar; ela frequentemente muda como decorrência e imposição da própria evolução do direito*”.<sup>39</sup>

A questão primordial é verificar se esta análise incidental poderia se dar em sede de reclamação pela sua específica utilidade.

No caso em análise, o Supremo Tribunal entendeu que, a partir de “significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”,<sup>40</sup> ou melhor, da evolução de entendimento, surge a oportunidade de reapreciação das decisões, tomadas em sede de controle abstrato de normas, a surgir, com mais naturalidade, por intermédio das reclamações.

O Relator destaca a existência da cláusula *rebus sic stantibus* em decisões oriundas de ações em controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que a relação normativa destas demandas é classificada como continuativa, a partir de modificações de fato e mutação jurídica. Inclusive, informa que haveria “a possibilidade de alteração da coisa julgada provocada por mudança nas circunstâncias fáticas”.<sup>41</sup>

Mais uma vez, levando-se em conta que existe uma nova relação jurídica entre normas, não se falaria em alteração da coisa julgada. Uma vez que a coisa julgada, referente à primeira relação, permanece intacta, a segunda relação entre normas pode ser objeto de uma nova demanda, a partir de uma mutação legal ou mesmo constitucional. Assim, não poderia a reclamação

39 DI PIETRO, Maria Sylvia. Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.374. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário de Justiça (DJ)*, Brasília, DF, 18 de abril de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

41 *Ibidem*.

alterar a coisa julgada atinente à primeira relação jurídica.

Didier Júnior e Macêdo assinalam que:

[...] conquanto o enfoque tenha sido, naturalmente, a reclamação constitucional, a fundamentação da decisão conota que a modificação do decism anterior, prolatado em controle concentrado, pode ser feita em qualquer outra espécie de procedimento desde que tenha relação com ele. Assim, por exemplo, seria possível a análise da manutenção da decisão tomada em controle concentrado pelo STF em recurso extraordinário ou em qualquer ação de sua competência originária.<sup>42</sup>

À luz das finalidades expressas neste instituto, insertas na Constituição Federal, depreende-se, então, que não seria cabível haver um controle de constitucionalidade no bojo da mesma para “mudar”, como assinala a Suprema Corte, entendimento repousado num acórdão oriundo do controle concentrado de constitucionalidade. Ou melhor, com base nas taxativas previsões na Constituição Federal para incidência da reclamação, não é possível admitir-se a aferição de constitucionalidade no bojo desta ação constitucional, quando proposta com o objetivo de garantir a soberania dos julgados da Suprema Corte, notadamente das decisões em matéria de controle concentrado de constitucionalidade.

Em sentido dissidente ao consubstanciado pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Teori Zavascki entendeu que a proposição terminaria por ensejar rescisão do acórdão na ação direta de inconstitucionalidade anterior, o que, pelo sistema jurídico nacional, seria vedado. Ademais, sustentou que o juízo da reclamação seria limitado à averiguação de desrespeito a soberania do julgado anteriormente proferido e seus limites impediriam a análise de eventual inconstitucionalidade, ainda que superveniente.

Note-se que, no ponto relativamente à limitação da cognição da reclamação, o entendimento do citado Ministro é consonante com o Texto Constitucional.

Existe, ainda, questão até então não aventada na decisão da Reclamação nº 4.374/PE, que é a de que, se se admitir a ocorrência da revisão – ao

42 DIDIER JÚNIOR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4374/PE. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 16, n. 110, p. 577, 2015.

contrário do que já foi assinalado de que compreende revisão ou reinterpretação, propriamente dita –, a decisão em sede de reclamação não possui efeitos *erga omnes* e, ainda, não se caracteriza por ter efeitos vinculantes.

Pelo fato de que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993, a referida norma continua válida para outros casos. A Suprema Corte aplicou o entendimento de modo diverso *in casu* da referida Reclamação.

A partir também de uma análise histórica, vê-se que o instituto da reclamação foi pensado como meio de garantir estabilidade aos precedentes da Corte Suprema, por intermédio do cumprimento pelos órgãos inferiores.

É legítima a superação de precedentes e, para tanto, numa sociedade em que existem mudanças, bem como a modificação da utilidade dos institutos jurídicos, torna-se imprescindível que a Suprema Corte se preocupe com a repercussão social de suas decisões em busca da adequação jurídica, tendo como referencial o Texto de 1988, principalmente em virtude da função de guarda da Constituição, que expressamente lhe foi confiada.<sup>43</sup>

Parece ser um questionamento, de logo, útil e importante, uma vez que o avanço social deve ocorrer a partir de uma preocupação com o princípio da igualdade e, principalmente, da segurança jurídica. A superação do entendimento inserto na lei pode ocorrer com o advento de uma nova disposição legislativa ou por intermédio de uma declaração em sede de uma nova ação direta de inconstitucionalidade, provocada pelos legitimados para tanto, a partir da demonstração da mutação legal ou constitucional (ou até mesmo pela via incidental nos procedimentos cabíveis). E, ainda, pode ocorrer pela edição de uma súmula vinculante, constando a mudança de entendimento da Suprema Corte.

A partir do Código de Processo Civil de 2015, vê-se a possibilidade de usar os precedentes, a partir da sua força obrigatória, o que ampliaria a chance de utilização em outras demandas. Entretanto, a Reclamação Constitucional nº 4.374/PE fixa precedente inadequado, uma vez que esta ação constitucional, quando se trata de garantia dos julgados do Supremo

43 GOMES, Iuri de Castro. A legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista de Direito da ADVOCEF*, v. 1, n. 20, p. 153, 2015.

Tribunal Federal, principalmente os que decorrem de controle concentrado de constitucionalidade, destina-se de modo específico e direto a garantir a autoridade de suas decisões.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imprescindível se discutir o instituto da reclamação constitucional, uma vez que se encontra inserida neste contexto a garantia da supremacia da Constituição, quando do controle de constitucionalidade. A efetivação deste instituto no direito brasileiro, a partir dos comandos constitucionais, visa, ainda, à consecução e à preservação segurança jurídica.

A referida ação constitucional, pelo seu histórico e evolução no direito brasileiro, possui pontos questionados e a análise jurisprudencial corrobora esta afirmação. Entretanto, após a Constituição Federal de 1988, percebe-se que houve uma necessária previsão, o que se sustenta pela importância e pela necessidade do instituto (para garantia da competência e autoridade dos julgados da Suprema Corte). Depreende-se, portanto, que cabe à doutrina o estudo e a investigação da aplicabilidade deste mecanismo no País.

Com isso, a reclamação constitucional é uma ação com características próprias, tratando-se de procedimento específico de impugnação dos atos violadores da competência e soberania dos julgados do Supremo Tribunal Federal. Analisando as disposições legais em derredor do instituto, depreende-se que se trata de ação específica, cabendo ao Poder Judiciário a aplicação de modo lógico e coerente, quando instado à manifestação.

No que tange a Reclamação nº 4.374/PE, sustenta-se que, em sede da referida ação constitucional, não haveria viabilidade de realização de controle de constitucionalidade, quando se tratar de veiculação para garantia da soberania dos julgados do Supremo Tribunal Federal (como, no caso, em matéria de constitucionalidade), uma vez que a cognição realizada pelo magistrado, na reclamação constitucional, seria restrita a verificação de atos violadores às decisões da Suprema Corte.

A partir de uma análise histórica, entende-se que não faria sentido a aferição de constitucionalidade de leis e de atos normativos em sede da reclamação constitucional. Ademais, no direito brasileiro, existem outros mecanismos que, em respeito aos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da

isonomia, podem servir como meio adequado para a evolução interpretativa, a partir do reconhecimento de novas relações normativas.

Uma prática seria o uso dos precedentes judiciais, a partir da força obrigatória que lhes é inerente, o que ampliaria a possibilidade de utilização de entendimentos em outras demandas.

A segurança jurídica pressupõe um direito acessível, estável e previsível, e, ainda, exige do Estado o respeito à confiança legítima que lhe é depositada pelos sujeitos de direito. Infelizmente, em tempos atuais, o Poder Judiciário, de modo equivocadamente, com o objetivo de garantir a efetivação de determinados direitos em casos concretos, desprestigia a orientação geral, afastando-a e gerando um cenário jurídico de insegurança das relações, o que, a médio e a longo prazo, pode interferir em outras searas, suscitando ou frustrando expectativas na sociedade.

Neste sentido, então, a preservação do princípio constitucional da segurança das relações jurídicas demanda dos poderes um enfrentamento sério, adequado e seguro.

## REFERÊNCIAS

ALVIN, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian. Reclamação e Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 417, p. 33-46, 2013.

AURELLI, Arlete Inês. Condições da ação para o exercício da reclamação constitucional. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca. (Org.). *Reclamação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013.

BRASIL. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial [da] União (DOU)*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] União (DOU)*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1967). *Diário Oficial [da] União (DOU)*, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 9 out 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232. Relator: Ministro Ilmar Galvão. *Diário de Justiça (DJ)*, Brasília, DF, 27 ago. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.212. Relator: Ministra Ellen Gracie. *Diário de Justiça (DJ)*, Brasília, DF, 25 maio 2000. Disponível em: <<http://linker.lexml.gov.br/linker/processa?urn=urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;adi:2000-05-25;22123707246&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fjurisprudencia%2FlistarJurisprudencia.asp%3F%3DADIMC%282212%2520NUME.%29%26base%3DbaseAcordaos&exec>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395. Relator: Ministro Cezar Peluso. *Diário de Justiça (DJ)*, Brasília, DF, 05 abr. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.460. Relator: Ministro Carlos Britto. *Diário de Justiça (DJ)*, Brasília, DF, 31 ago 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=464552>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Reclamação nº 2.398. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça (DJ)*, Brasília, DF, 6 out. 2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14736260/reclamacao-rcl-2398-to>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Reclamação nº 4.374. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário de Justiça (DJ)*, Brasília, DF, 18 de abril de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. O procedimento da reclamação. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca. (Org.). *Reclamação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013.

DELFINO, Lúcio. Aspectos históricos da reclamação. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca. (Org.). *Reclamação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4374/PE. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 16, n. 110, p. 567-590, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Reformas de que o Brasil precisa: as três fronteiras da democracia. *Revista de Direito da ADVOCEF*, Brasília, DF, v. 1, n. 20, p. 29-41, 2015.

396

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Efeitos das decisões no controle de constitucionalidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3814, 10 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26071>>. Acesso em: 9 out. 2016.

FURTADO, Maria Priscila Mendonça. Reclamação constitucional e a garantia da autoridade das decisões dos tribunais superiores. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 417, p. 213-231, 2013.

GOMES, Iuri de Castro. A legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista de Direito da ADVOCEF*, v. 1, n. 20, p. 139-159, 2015.

GONZÁLEZ, Rebeca Peixoto Leão Almeida. A reclamação constitucional no direito brasileiro. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 8 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigoa-reclamacao-constitucional-no-direito-brasileiro,51521.html>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Reclamação e correição parcial: critérios para distinção. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca. (Org.). *Reclamação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013.

LUCCA, Rodrigo Ramiro de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A eficácia da reclamação constitucional. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca. (Org.). *Reclamação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013.

PACHECO, Cláudio Gonçalves. Conhecimento científico versus conhecimento jurídico. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 25 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49546&seo=1>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



## A RELEVÂNCIA DA CONSTRUÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES COLEGIADAS DO STF E A LEGITIMIDADE DA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES

Mirela Rios Cruz de Jesus \*

### RESUMO

Necessidade de uniformização da jurisprudência. Sistema de precedentes previsto no Código de Processo Civil de 2015. O sistema de precedentes fortalece o Judiciário enquanto instituição. Operadores do Direito e jurisdicionados precisam confiar nas decisões do Judiciário para que o sistema de precedentes se firme. A forma como as decisões do Supremo Tribunal Federal são construídas na jurisdição contemporânea não garante sua legitimidade e vinculação. O argumento de autoridade é mais forte que a justificação das decisões. O processo decisório do Supremo Tribunal Federal precisa de alterações. É indispensável uma mudança cultural por parte dos membros do Supremo. O debate prévio é indispensável para construção de uma decisão coletiva. A formação de um entendimento institucional deve prevalecer aos interesses individuais.

Palavras-chave: Precedente judicial. Vinculante. Supremo Tribunal Federal. Deliberação. Colegialidade.

### ABSTRACT

Need to standardize case law. System of Precedents is predicted in the Code of Civil Procedure of 2015. The System of Precedents strengthens the Judiciary as an institution. Legal operators and jurisdictions need to rely on the decisions of the Judiciary so that the System of Precedents will be firmly established. The way in which the decisions of the Federal Supreme Court are built do not guarantee their legitimacy and binding. The argument of authority is stronger than the justification of decisions. The decision-making process of the Federal Supreme Court needs changes. It is indispensable a

\* Analista Judiciária do TRE/BA. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito e em Direito Processual Civil pela Universidade Católica do Salvador.

cultural change on the part of the members of the Supreme. The prior debate is indispensable for the construction of a collective decision. The formation of an institutional understanding must prevail over individual interests.

Keywords: Judicial precedent. Binding. Federal Court of Justice. Deliberation. Collegiality.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a relevância da construção da fundamentação das decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal para legitimidade da formação dos precedentes judiciais da Corte, diante da inclusão do sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015.

Com o reconhecimento dos precedentes judiciais pelo Novo Código de Direito Processual Civil, os tribunais precisarão rever a maneira como deliberam intracorte e resolvem as decisões colegiadas, a fim de que a *ratio decidendi* dos seus julgados, de fato, reflita o entendimento do órgão e não seja apenas uma reunião de decisões individuais.

O atual procedimento de construção das decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal não permite que as referidas decisões reflitam o entendimento da instituição, sendo apresentado o posicionamento de cada um dos membros do Tribunal, sem prévio e adequado debate e reflexão sobre as questões jurídicas delimitadas na disputa judicial.

Diante deste cenário, analisar-se-á, inicialmente, de forma sucinta, as razões da implantação do sistema de precedentes no Judiciário brasileiro e como se dá sua identificação e aplicação. Em seguida, será examinada a construção das decisões do Supremo, buscando identificar as falhas e propor sugestões de adequação do procedimento para que as decisões possam traduzir a posição da instituição, conferindo mais confiabilidade e segurança aos jurisdicionados e aos próprios magistrados que, com o novo CPC, passam a se submeter aos precedentes formados pelos órgãos superiores.

## 2 PRECEDENTES

### 2.1 NOTAS PRELIMINARES

A doutrina dos precedentes judiciais tem origem no sistema do *common law*, no qual as decisões têm força de lei e devem ser respeitadas e aplicadas aos futuros casos semelhantes.<sup>2</sup>

No *common law*, o precedente é considerado fonte do direito, mas isso não quer dizer que este direito é criado pelo magistrado, principalmente porque, em regra, a decisão que gera o precedente decorre da interpretação de legislação preexistente.<sup>3</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro sempre prevaleceu o *civil law*, sistema de tradição romano-germânica inquisitorial, que utiliza a legislação como base para resolução de conflitos.<sup>4</sup> Na origem do referido sistema, presumia-se que a segurança jurídica estaria na lei e na impossibilidade do juiz interpretá-la, mediante sua estrita aplicação.<sup>5</sup>

No entanto, o *civil law* evoluiu com o constitucionalismo, deixando o juiz de se limitar à mera aplicação da lei para interpretá-la e aplicá-la ou, até mesmo, afastá-la de acordo com os direitos previstos na Constituição.<sup>6</sup> Percebe-se, assim, que a principal diferença entre os referidos sistemas está na valoração dos códigos e na função dos magistrados ao aplicar a legislação.<sup>7</sup>

O Poder Judiciário, enquanto um dos poderes do Estado, tem sua autonomia e independência asseguradas na Constituição Federal de 1988 por garantias institucionais (autonomia orgânico-administrativa e financeira) e prerrogativas aos magistrados, que visam assegurar a independência e

2 MARCATO, Antônio Carlos. Os precedentes judiciais e o Novo CPC. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, v.13, n. 97, p. 162-164, set/out. 2015.

3 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 36 et seq.

4 COUTINHO, Carlos Marden Cabral; CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. (I)Legitimidade das decisões judiciais: análise dos precedentes à brasileira e do acesso à justiça no Novo CPC. In: FREIRE, A. et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 269. v. 2.

5 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 61.

6 *Ibidem*, p. 37 et seq.

7 *Ibidem*, p. 53 et seq.

imparcialidade aos seus membros no exercício da função jurisdicional.

A interpretação dada à ideia de independência funcional, por muito tempo, permitiu que magistrados interpretassem a legislação de forma contrária às decisões reiteradas de órgãos superiores.

Em razão da insegurança jurídica causada pela constante diversidade de soluções para situações similares, às vezes dentro de um mesmo tribunal, com fundamento na liberdade/autonomia decisória dos magistrados, sem qualquer respeito à história institucional,

há algum tempo, o Judiciário vem sendo alvo de críticas por juristas e jurisdicionados.

Marinoni<sup>8</sup> afirma que as decisões judiciais são resultado do sistema de distribuição de justiça e que é inconcebível que sejam construídas de forma individualizada, sem que o magistrado observe suas próprias decisões e as dos tribunais superiores, sob o argumento de que qualquer vinculação seria uma interferência ao livre convencimento e à liberdade de julgar.

A referida situação deu causa a diversas mudanças no sistema processual civil brasileiro, inclusive com a importação de procedimentos próprios do *common law*, como a aplicação do sistema de precedentes, no qual decisões decorrentes de profundos debates e esgotamento da matéria servem aos futuros casos semelhantes.<sup>9</sup>

Para o Professor Antônio Carlos Marcato,<sup>10</sup> a influência do sistema de precedentes no direito brasileiro teve início com a criação do Supremo Tribunal de Justiça, posteriormente transformado em Supremo Tribunal Federal, na Constituição do Império de 1824.

Já sob outra perspectiva, o que para alguns seria a solução de parte dos problemas do Judiciário brasileiro é apenas uma busca da efetivação de suas atribuições, priorizando-se apenas o aspecto quantitativo. Assim, a principal finalidade das recorrentes alterações do direito processual civil estaria no

8 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 62 et seq.

9 COUTINHO, Carlos Marden Cabral; CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. (I)Legitimidade das decisões judiciais: análise dos precedentes à brasileira e do acesso à justiça no Novo CPC. In: FREIRE, A. et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 270. v. 2.

10 MARCATO, Antônio Carlos. Os precedentes judiciais e o Novo CPC. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, v.13, n. 97, p. 162-164, set/out. 2015.

juízo do maior número de causas, no menor tempo possível, por meio da padronização das decisões judiciais. Ocorre que a aplicação inadequada do sistema de precedentes pode comprometer a legitimidade das decisões, em razão da impossibilidade de ampla participação das partes no processo, passando a meras destinatárias das referidas decisões.<sup>11</sup>

Para Frederick Schauer,<sup>12</sup> o grande custo do sistema de precedentes está no fato de que julgadores conscientes emitem suas decisões considerando que elas também serão observadas para casos futuros semelhantes, deixando, eventualmente, de emitir a melhor decisão para o fato presente isoladamente considerado. Ele questiona se a previsibilidade, uma das vantagens que justificam a escolha do sistema de precedentes, compensa os resultados abaixo do ideal, e que a equidade, também utilizada como argumento para adoção do referido sistema, por si só não se sustenta, haja vista que o principal problema está em definir o que são casos semelhantes.

Por outro lado, Frederick Schauer<sup>13</sup> sustenta que a adoção do precedente pelo julgador reduz de forma significativa seu esforço decisório, tornando a tomada de decisão mais eficiente. Saliencia, ainda, que a redução da variação das decisões fortalece as instituições.

Apesar das divergências doutrinárias acerca das justificativas para a uniformização das decisões judiciais, o Código de Processo Civil de 2015 foi taxativo ao determinar que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” e utilizou-se do sistema de precedentes como uma das principais ferramentas para referida uniformização.

De acordo com Fredie Didier Jr, “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.<sup>14</sup>

Com o art. 927 do CPC/2015, a ideia de precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro deixa de se limitar a um mero argumento de experiência, seja ela pessoal ou de terceiros,<sup>15</sup> e passa a ter um conceito mais

11 COUTINHO; CATERINA, *op. cit.*, p. 267 *et seq.*

12 SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER Jr., Fredie. et al (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 70-79.

13 *Ibidem*, p. 80-82.

14 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 441. v. 2.

15 Segundo Fredie Didier, há precedente que não vincula, possui apenas uma força persuasiva, sendo utilizado como

estrito, no qual o precedente é uma norma limitadora do raciocínio decisório do juiz sucessivo, que está obrigado a embasar sua decisão em um julgamento anterior.<sup>16</sup>

De forma sucinta, afirma-se que o precedente judicial é composto pelas circunstâncias de fato que embasam a causa e pelas teses assentadas na motivação da decisão.<sup>17</sup>

A chamada tese assentada na motivação da decisão, também conhecida como *ratio decidendi* (no direito inglês) e *holding* (no direito norte-americano), é, na verdade, a essência do precedente, uma vez que é a tese jurídica acolhida pelo julgador e que deverá ser aplicada nos casos futuros semelhantes.<sup>18</sup>

A *ratio decidendi* é extraída do precedente por meio do exame das circunstâncias fáticas relevantes relatadas, da interpretação dada aos preceitos normativos aplicados ao caso e da conclusão da decisão.<sup>19</sup>

Observa-se que a *ratio decidendi* figura na decisão judicial para o precedente assim como a norma jurídica está para o enunciado legal. Para aplicação da *ratio decidendi* extraída do precedente é necessária a verificação do preenchimento de sua hipótese de incidência aos fatos do caso concreto, cabendo ao Juiz essa análise.<sup>20</sup>

Vale observar que a *ratio decidendi* não se confunde com o *obiter dictum*, que é uma manifestação secundária, prescindível para decisão, muitas vezes sobre questões que não são objeto da causa ou são parte do voto vencido em decisões colegiadas, não sendo utilizado como elemento

mero mecanismo de convencimento. No entanto, as hipóteses constantes do art. 927 do CPC são de precedentes vinculantes, de observância obrigatória para o tribunal que o produziu e para os órgãos a ele subordinados. (*Ibidem*, p. 456).

16 *Ibidem*, p. 54.

17 TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte de Direito. São Paulo: RT, 2004. *Apud*: DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

18 COUTINHO, Carlos Marden Cabral; CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. (I)Legitimidade das decisões judiciais: análise dos precedentes à brasileira e do acesso à justiça no Novo CPC. In: FREIRE, A. et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil*: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 270. v. 2.

19 DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 447. v. 2.

20 ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituídos pelo NCP. In: DIDIER Jr., Fredie. et al (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 694.

integrante do precedente, razão pela qual é necessário bastante cautela para não confundi-lo com a *ratio decidendi*, apesar da sua importância na superação ou sinalização de futuros precedentes.<sup>21</sup>

## 2.2 MÉTODOS DE IDENTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Uma das grandes dificuldades para inserção da teoria dos precedentes no sistema jurídico brasileiro está na identificação e aplicação dos precedentes. Apesar da existência de métodos de identificação, suas técnicas isoladamente não são suficientes para extrair a *ratio decidendi* e viabilizar sua adequada aplicação aos casos futuros.

O “Teste de Wambaugh”, criado por Eugênio Wambaugh, foi um dos primeiros métodos de identificação dos precedentes e se utiliza da técnica de inversão, por meio da qual se verifica que determinado enunciado é a *ratio decidendi* quando sua inversão implicar em alteração na conclusão da decisão. Este método é bastante criticado por não permitir identificar a *ratio decidendi* nos casos em que a decisão final estiver fundamentada em mais de uma razão jurídica e estas sejam suficientes por si só para manter a conclusão apresentada.<sup>22</sup>

Já no método de Goodhart a identificação dos precedentes é feita com base na análise dos fatos materiais e fundamentais e na decisão que o sustenta. Assim, a aplicação do precedente só deverá ocorrer quando os fatos forem semelhantes.<sup>23</sup>

De acordo com Fredie Didier, o melhor método é aquele que conjuga as duas técnicas apresentadas, devendo o precedente ser identificado com base na análise dos fatos fundamentais e dos motivos jurídicos determinantes que levaram à decisão final.<sup>24</sup>

21 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 441-445. v. 2.

22 DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 448-449.

23 *Ibidem*, p. 449.

24 *Ibidem*, p. 450.

Com base no quanto exposto, é possível afirmar que para aplicar um precedente é necessário comparar um evento pretérito a um fato atual. Ocorre que, como não se pode exigir que os fatos sejam absolutamente iguais, é necessário determinar quais as semelhanças relevantes para aplicação do precedente.<sup>25</sup>

O que se pretende deixar claro é que não existe aplicação de precedente sem prévia interpretação. Não existe uma fórmula pronta para decidir casos futuros com base na *ratio decidendi* de julgamentos anteriores, devendo ser assegurado às partes o direito de se manifestarem sobre a possível aplicação de determinado precedente, uma vez que a interpretação é pautada na valoração e fundamentação que embasaram a decisão e no ordenamento jurídico como um todo.<sup>26</sup>

Há, então, uma necessidade do julgador selecionar os precedentes que se assemelham suficientemente com o caso em análise, identificar e articular os elementos constantes dos precedentes para determinar a regra jurídica e examinar as circunstâncias particulares do caso atual que podem afastar a aplicação do precedente identificado, o que é chamado de *distinguishing*.<sup>27</sup>

O *distinguishing* é a técnica que evitará que o sistema de precedentes se transforme em um sistema de teses, em que os órgãos jurisdicionais se vêem obrigados a repetir determinados entendimentos dos tribunais superiores mesmo diante de especificidades do caso concreto.<sup>28</sup>

### 3 DECISÕES COLEGIADAS NO STF

#### 3.1 NOTAS PRELIMINARES

O Supremo Tribunal Federal tem a função de garantir a supremacia da Constituição, sendo-lhe atribuída a competência para dizer por último o Direito Constitucional.<sup>29</sup> Trata-se do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro,

25 SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER Jr., Fredie. et al (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 55-58.

26 STRECK, Lenio; ABBDOUD, Georges. O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando? In: DIDIER Jr., *op. cit.*, p. 175-182.

27 DIDIER Jr., *op. cit.*

28 ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituídos pelo NCPC. In: DIDIER Jr., *op. cit.*, p. 681-682.

29 CUNHA JR., Dirlei da. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 994.

cuja competência é restrita a matérias constitucionais.<sup>30</sup>

O STF acumula, hoje, as funções de avaliar a constitucionalidade das leis em tese, a validade da aplicação da Constituição Federal em casos concretos e a garantia de uniformidade de aplicação do direito nas instâncias inferiores, tornando-se uma Corte Constitucional e um tribunal recursal.<sup>31</sup> Para Marcelo Novelino, o caráter de autêntica Corte Constitucional do STF, iniciado com a Constituição Federal de 1988, vem sendo reforçado pelas inovações na jurisdição constitucional, além daquelas trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004.<sup>32</sup>

Apesar de os Ministros do STF terem competência legal e regimental para proferir decisões de forma monocrática, trata-se de um órgão colegiado, composto de 11 Ministros, com competência originária, recursal ordinária e recursal extraordinária.

Barros<sup>33</sup> sustenta que o STF tem desempenhado um importante papel democrático no exercício da jurisdição constitucional, citando diversos avanços como a vedação ao nepotismo, a fidelidade partidária, proibição de prisão por dívida, regulamentação de greve de servidores públicos, equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis e direito ao casamento civil etc.

Este ativismo judicial, entretanto, precisa de maiores reflexões quando se verifica, por meio de dados estatísticos disponibilizados no sítio eletrônico da Suprema Corte,<sup>34</sup> que, entre 2010 e 2016, do total de 740.614 decisões apenas 99.935 (13,49%) foram colegiadas, restando 640.449 decisões exaradas de forma monocrática.<sup>35</sup>

Estes dados demonstram que o Supremo tem uma atuação muito mais expressiva numericamente por meio de decisões individuais, o que se agrava com a constatação feita por Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano

30 NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 769.

31 VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. 269 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 101.

32 NOVELINO, *op. cit.*, p. 770.

33 BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 23-50, 2015.

34 ESTATÍSTICAS do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

35 Outras 230 decisões proferidas entre 2010 e 2012 não foram classificadas em monocráticas ou colegiadas.

Ribeiro<sup>36</sup> sobre os poderes informais que têm sido exercidos pelos Ministros de forma individual, citando a antecipação de posições na imprensa, pedidos de vista como forma de controlar a agenda de julgamentos, com tempo médio de 349 dias e casos extremos chegando a quase uma década de duração, e, nos casos de decisões monocráticas sem relevância, como arquivamento por perda de objeto, em que argumentos de mérito da causa, não submetidos à apreciação do colegiado, por estratégia ou por erro, acabam sendo considerados no repertório jurisprudencial da Corte e influenciando futuras decisões sobre o tema, a exemplo do que ocorreu na ADPF 45.

Os autores ressaltam ainda a discussão sobre a legitimidade do *judicial review*, quando a decisão (ou atuação) contramajoritária em relação ao Poder Legislativo é exercida de forma individual, como acima abordado.

O pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes na ADI 4650, em que se questionava a constitucionalidade do financiamento de campanhas por empresas, após já formada maioria acolhendo ao menos em parte o pedido, foi claramente uma forma de submeter o Plenário à vontade individual de não julgar naquele momento a causa, especialmente por discordar da maioria, como abertamente afirmou em entrevista à revista *Consultor Jurídico*.<sup>37</sup> O processo só foi devolvido pelo Ministro depois de um ano, exatamente cinco meses e um dia após a Câmara dos Deputados aprovar as doações de empresas a políticos no Projeto de Lei 5.735/2013, e seu voto restou vencido.

Outro fato notório foi a decisão liminar proferida no recesso judiciário pelo então Presidente do STF, Ministro Joaquim Barbosa, na ADI 5017, suspendendo os efeitos da Emenda Constitucional nº 73/2013 que criava quatro novos Tribunais Regionais Federais. A decisão proferida em julho de 2013 nunca foi levada a referendo do Plenário como determina o regimento da Casa<sup>38</sup> e o dispositivo da própria decisão.<sup>39</sup>

36 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 46 p. 121-155, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

37 GILMAR Mendes devolve ação sobre financiamento empresarial de campanhas. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-10/gilmar-mendes-devolve-acao-questiona-doacoes-eleitorais>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

38 Conforme art. 13, inc. VIII c/c art. 21, incs. IV e V do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5017/DF*. Relator: Luiz Fux. Brasília.

### 3.2 FORMAÇÃO DAS DECISÕES COLEGIADAS DO STF

Inicialmente, cumpre registrar que existem dois principais modelos de processos decisórios colegiados das cortes constitucionais: o continental europeu e o norte-americano. O primeiro é um modelo de deliberação interna, no qual existe a troca de razões e argumentos dentro do grupo para que este chegue a uma decisão única. Os membros do colegiado buscam, por meio do debate, chegar a um consenso. Ainda que nem todos concordem totalmente com a decisão final, eles acabam por ceder aos argumentos de seus pares para alcançarem uma decisão institucional, sem necessidade de qualquer exposição individual para o exterior.<sup>40</sup>

Já o modelo norte-americano é de deliberação externa, há esforço voltado para convencer atores externos ao grupo, os magistrados não interagem entre si, não se preocupam em convencer seus colegas, mas sim a sociedade.<sup>41</sup>

O Supremo Tribunal Federal foi inspirado na Suprema Corte dos Estados Unidos e sua forma individual de decidir continua seguindo o modelo norte-americano de deliberação.<sup>42</sup>

De acordo com o Regimento Interno do STF (arts. 93 e 96), fazem parte do acórdão das decisões do Plenário e da Turma as conclusões dos colegiados e a transcrição do áudio de julgamento, no qual devem constar o relatório, a discussão, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas.

Atualmente, os julgamentos colegiados são realizados oralmente, sendo os votos dos Ministros reduzidos a termo, publicados e juntados ao processo, independentemente de refletirem ou não a decisão do órgão. Não há elaboração de um texto final que fundamente de forma organizada a decisão.

Observa-se que uma das grandes dificuldades na criação de precedentes a partir destas decisões colegiadas está no fato de que, muitas vezes, não é possível identificar os fundamentos que sustentam a decisão, pois os

---

Pesquisa de jurisprudência. Medida cautelar, 17 jul. 2013. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI\\_5017\\_\\_Liminar.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI_5017__Liminar.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

40 SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, 2009.

41 *Ibidem*, p. 211

42 *Ibidem*, p. 214.

juízes podem ter votado no mesmo sentido, mas por razões diversas.

As decisões do STF se restringem à soma de decisões individuais, sem o necessário debate para a formação de um entendimento coletivo. Não se busca uma decisão conjunta. A argumentação jurídica é de importância secundária nas instituições e na legitimação do direito pátrio.<sup>43</sup>

Observa-se que há uma significativa fragmentação nas decisões colegiadas, de modo que o individualismo dos Ministros na tomada das decisões se sobrepõe à necessidade de se firmar uma posição institucional.

Os Ministros do STF, assim como os demais juristas brasileiros, estão mais preocupados em defender opiniões pessoais que em debater a matéria com seus pares. Não há um voto do Tribunal, os fundamentos que justificam a decisão não são organizados em um voto, prevalecendo a individualidade dos Membros da Corte.<sup>44</sup>

Uma das causas desta excessiva preocupação dos Ministros do STF com sua reputação fora do Tribunal é a grande exposição a que são submetidos com a divulgação das sessões pela TV Justiça. Essa acentuada exposição reforça o individualismo e faz com que os Ministros não se sintam à vontade para debaterem seus argumentos e, eventualmente, mudarem de opinião.<sup>45</sup>

O fato de os Ministros, nos casos mais significativos, já levarem seus votos prontos também dificulta o debate em busca de um denominador comum, pois há menor disposição para reconsiderar seus votos que demandaram muito tempo e esforço.<sup>46</sup>

Nem mesmo a previsão de intervenção do *amicus curiae*, que vem para democratizar o processo ao embasar o magistrado para formação das decisões, é capaz de retirar o caráter pessoal, uma vez que os magistrados se comportam como alguém que precisa ser convencido, não utilizando o *amicus curiae* como instrumento para construção da melhor argumentação

43 RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?* Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013. p. 16.

44 *Ibidem*, p. 7.

45 PULS, Maurício; FERRARI, Márcio. Déficit de deliberação. *Revista Pesquisa Fapesp*, São Paulo, n. 243, p. 80-83, maio, 2016. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2016/05/19/deficit-de-deliberacao/>> Acesso em: 10 dez. 2016.

46 SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação do Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 183-200, 2015. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21>> Acesso em: 12 dez. 2016.

para solucionar o caso concreto.<sup>47</sup>

Em razão desta forma de funcionar do Judiciário Brasileiro, José Rodrigo Rodriguez chama a jurisdição brasileira de *justiça opinativa* e afirma ainda que a legitimidade das decisões judiciais está mais ligada ao poder institucional do órgão que à argumentação.<sup>48</sup>

### 3.3 DISPERSÃO DE VOTOS: CONCEITO E SOLUÇÕES

O individualismo e a falta de debate para se alcançar as decisões colegiadas, além de ser responsável por julgamentos que, apesar de majoritários, restringem-se à soma de posicionamentos individuais sem qualquer identidade na fundamentação ou baseados apenas no argumento de autoridade, são também as principais causas da dispersão de votos, quando, no julgamento colegiado, nenhum dos posicionamentos dos julgadores conseguem alcançar a maioria, o que inviabiliza a formação dos precedentes.

A dispersão de votos pode ser quantitativa ou qualitativa. Na divergência quantitativa, os julgadores proferem votos com valores diversos de condenação, adotando como solução o voto médio, que pode ser alcançado por meio do sistema de continência ou do sistema da média aritmética.

De acordo com o sistema de continência, voto vencedor é o que possui valor intermediário, ou seja, se os três julgadores condenam respectivamente em 10, 20 e 40, o voto vencedor será o voto com valor intermediário, 20.<sup>49</sup>

Já no sistema da média aritmética, o valor final seria o resultado da soma dos valores indicados em cada um dos votos dividido pelo número de julgadores, ou seja, o valor constante da decisão não seria nenhum dos indicados nos votos proferidos, o que faz do sistema de continência o mais adequado e aplicado.<sup>50</sup>

A divergência qualitativa dos votos é um pouco mais complexa, podendo ser solucionada através de um dos seguintes procedimentos: a) convocação de mais magistrados para participar da votação, chamada supervotação; b)

47 RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013. p. 65.

48 *Ibidem*, p. 51.

49 DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 81. v. 3.

50 *Ibidem, loc. cit.*

nova votação, na qual, em caso de manutenção da divergência, os defensores das correntes minoritárias devem aderir a uma das majoritárias; c) exclusão das soluções vencidas em sucessivas votações a cada duas opiniões.<sup>51</sup>

O critério da nova votação restrita às duas correntes anteriormente mais votadas tem previsão no artigo 185, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, quando trata da interpretação de leis.<sup>52</sup>

Com o Código de Processo Civil de 2015, a chamada supervotação ganha mais prestígio, diante da previsão de convocação de outros julgadores, quando for não unânime o resultado da apelação, da rescisória procedente e do agravo provido para reformar julgamento parcial de mérito. Essa é uma solução bastante razoável, haja vista que, ao trazer novos julgadores ao debate, aumentará a probabilidade de chegar a um entendimento majoritário. No entanto, a técnica tem aplicação bastante limitada, sendo aplicável apenas às hipóteses elencadas no artigo 942, *caput* e parágrafos, do CPC.

#### **4 A RELEVÂNCIA DA CONSTRUÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES COLEGIADAS DO STF E A LEGITIMIDADE DA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES**

O STF acumula as funções de avaliar a constitucionalidade das leis em tese, validade da aplicação da Constituição Federal em casos concretos e garantia de uniformidade de aplicação do direito nas instâncias inferiores, tornando-se uma corte constitucional e um tribunal recursal.<sup>53</sup>

Essa Corte Constitucional passa por uma crise de legitimidade, em razão da forte influência política nas decisões (inevitável) e da ausência de medidas capazes de tornar impessoais os atos praticados pela Corte, afastando a neutralidade mítica (uma vez que a neutralidade científica, pela

51 ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 357

52 Art. 185. Efetuado o julgamento, com o quorum do parágrafo único do art. 143, proclamar-se-á a interpretação que tiver apoio de, pelo menos, seis Ministros. § 1º Se não for alcançada a maioria necessária, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento desses Ministros, até que se atinja o quorum. § 2º Na hipótese de os votos se dividirem entre mais de duas interpretações, proceder-se-á, em outra sessão designada pelo Presidente, à segunda votação restrita à escolha, pelo quorum de seis Ministros, pelo menos, de uma dentre as duas interpretações anteriormente mais votadas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/rquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2016.

53 VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal*: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. 269 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 101.

própria natureza humana do juiz, é inalcançável) esperada do Tribunal pela sociedade.<sup>54</sup>

Sabe-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal têm natureza política. No entanto, não se pode admitir a partidarização e utilização das decisões da referida Corte como instrumento de poder pelos seus membros, que pessoalizam o órgão, descaracterizando sua verdadeira finalidade.<sup>55</sup>

Segundo o autor José Rodrigo Rodriguez,<sup>56</sup> apesar de o direito brasileiro distinguir bem direito e política e de trazer certa previsibilidade e espaço para diálogo entre o Poder Judiciário e a sociedade, há uma significativa dependência da pessoa do magistrado e um baixo grau de racionalidade na justificação das decisões.

A forma como as decisões atualmente são construídas demonstra que a Justiça é pouco transparente, sendo, quase sempre, muito difícil identificar as razões de decidir. Segundo José Rodrigo Rodriguez,<sup>57</sup> há uma redução do peso político da decisão, deixando espaço para futuras discussões acerca da matéria, situação que também fragiliza a estabilidade das decisões e, conseqüentemente, a legitimidade dos precedentes, uma vez que os juízes, para decidir de forma diferente do padrão estabelecido, não necessitam desconstruir a argumentação.

Ainda que se entenda que no Judiciário brasileiro há uma clara separação entre direito e política, a dependência da pessoa dos juízes e de decisões que não tenham como base a argumentação, mas sim a opinião pessoal, sem um debate e formação de um entendimento institucional, é suficiente para minar a legitimidade na formação dos precedentes judiciais.

Quando a decisão em si mesma é mais importante que o raciocínio construído para se chegar a ela, observa-se que as razões apresentadas visam justificar a opinião pessoal do julgador e convencer o destinatário da decisão, não argumentar para construir a melhor solução para o caso.<sup>58</sup>

54 LITWINSKI, Fernanda Fortes . Por uma Corte Constitucional sem face: o exemplo do Conselho Constitucional Francês. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Brasília. *Anais...* Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/509my5cz/7i2Pw5uq9Ayn6Uj7.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2016

55 *Ibidem*.

56 RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?* Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013. p. 11.

57 *Ibidem*, p. 96-97.

58 *Ibidem*, p. 62.

Falsas justificações para conferir uma aparência de racional a decisões arbitrárias fazem com que decisões que poderiam se tornar precedentes percam a legitimidade.

De acordo com a tese de doutorado de Adriana de Moares Vojvodic,<sup>59</sup> para o STF, enquanto tribunal recursal, o precedente serve como filtro na competência do Tribunal para questões com soluções já definidas em julgamentos anteriores, permitindo que a decisão seja tomada monocraticamente pelo relator e reduza de forma significativa a quantidade de processos.

No que se refere ao STF enquanto corte constitucional, o precedente deve ser analisado como resultado de decisões colegiadas que podem servir de referência para decisões futuras ao definirem a orientação do Tribunal acerca de dispositivos constitucionais questionados em casos mais complexos.

É preciso ter em mente que o Direito tem como finalidade viabilizar a vida em sociedade, o que se dá por intermédio da normatização, da resolução de conflitos e da garantia de segurança jurídica aos cidadãos, as quais decorrem da previsibilidade na interpretação e aplicação do Direito.<sup>60</sup>

Para que os argumentos levados em consideração no precedente sejam utilizados na fundamentação de casos semelhantes, os tribunais brasileiros teriam que elaborar decisões com apenas um voto vencedor.<sup>61</sup>

No entanto, o que se vê nas decisões do STF são registros dos debates entre os Ministros, não a redação de um texto com argumentos ordenados, a fim de que a decisão possa se tornar um precedente judicial.<sup>62</sup>

Para que haja aceitação das decisões judiciais pelo convencimento, é preciso que seja adotado um modelo de justificação que considere os argumentos apresentados e todo um debate racional favorável ou contrário a eles, não um modelo em que as decisões se justifiquem apenas pela autoridade.<sup>63</sup>

A qualidade e legitimidade das decisões do STF têm sido prejudicadas

59 VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal*: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. 269 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 103-117.

60 RODOVALHO, Thiago. A função institucional das Cortes superiores. In: DIDIER Jr., Fredie et. al (Coord). *Novo CPC: doutrina selecionada: processo nos Tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: Juspodvum, 2016. p. 91-100. v. 6.

61 RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?* Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013. p. 64.

62 *Ibidem*, p. 52.

63 *Ibidem*, p. 148.

pelo próprio processo decisório. Não há um debate de argumentos para que o grupo chegue a uma decisão comum.<sup>64</sup> Quando a matéria não é relevante para opinião pública, os Ministros, em regra, acompanham o voto do relator. Já nos casos em que a matéria é polêmica, cada Ministro se prepara para votar como se fosse relator do processo. Observa-se que nas duas situações o debate tem papel irrelevante.<sup>65</sup>

Para legitimar a formação dos precedentes, não se deve suprimir o poder do magistrado por meio de uma única resposta jurídica para cada tipo de conflito, mas buscar chegar a decisões bem fundamentadas, cujos argumentos possam ser debatidos e formalizados, alcançando, assim, a padronização das decisões.<sup>66</sup>

Um debate prévio, após a divulgação do voto do relator, facilitaria as decisões e traria uma significativa economia de tempo, uma vez que os Ministros que concordassem com o voto do relator deixariam de elaborar seus próprios votos e aqueles que divergissem teriam uma base para contra-argumentar. Mas ainda há Ministros que, quando relatores, preferem manter o sigilo de seus votos para não dar oportunidade dos demais Ministros contraporem seus argumentos com profundidade, ou seja, uma razão que não tem nada de institucional, mas repleta de vaidade e individualismo.<sup>67</sup>

64 PULS, Maurício; FERRARI, Márcio. Déficit de deliberação. *Revista Pesquisa Fapesp*, São Paulo, n. 243, p. 80-83, maio, 2016. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2016/05/19/deficit-de-deliberacao/>> Acesso em: 10 dez. 2016. p 81.

65 SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação do Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 183-200, 2015. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21>> Acesso em: 12 dez. 2016.

66 RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013. p. 203.

67 SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação do Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 193-194, 2015. p 191. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21>> Acesso em: 12 dez. 2016. p..

O debate dos argumentos para construção de decisões contribui para diluir as ideologias e preferências políticas dos Ministros, sendo imprescindível para legitimar a formação dos precedentes. Quando posições individuais superam a formação de entendimentos do colegiado, a Corte torna-se instável e pouco previsível, indo de encontro ao que se busca com a inserção da teoria dos precedentes no novo CPC.<sup>68</sup>

Para legitimar os precedentes, o Supremo Tribunal Federal precisa se manifestar enquanto instituição e, sempre que possível, de forma única. É necessária uma deliberação interna para que a instituição seja referência para a sociedade.

## 5 CONCLUSÃO

Uma das principais inovações do Código de Processo Civil de 2015 foi trazer regras que atribuem força vinculante a determinadas decisões, enunciados de súmulas, acórdãos e orientações, visando à uniformização da jurisprudência e manutenção de sua estabilidade, integridade e coerência.

O precedente deixa de ser um mero argumento de experiência e os julgadores passam a ter que observar as decisões referentes a casos semelhantes anteriormente proferidas.

Apesar de o Judiciário brasileiro adotar o *civil law*, observa-se, há tempos, a aproximação do seu sistema com o *common law*. Com o passar dos anos, o sistema de precedentes foi assumindo papel mais significativo no ordenamento jurídico pátrio, o que culminou com a sua inserção no novo Código de Processo Civil.

Observa-se que a adoção do sistema de precedentes também vem como forma de conter a insegurança jurídica a que os jurisdicionados e operadores do Direito são submetidos no Judiciário, onde tribunais e magistrados, sob o argumento da autonomia funcional, proferem decisões diversas para casos semelhantes, sem observar suas próprias decisões anteriores e as dos tribunais superiores.

Em que pesem as críticas no sentido de que o sistema de precedentes interfere na liberdade de julgar dos magistrados e de que decisões proferidas

68 OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 142, nov. 2012.

para serem aplicadas a casos futuros semelhantes fazem com que o órgão julgador deixe de emitir a melhor decisão para o caso presente isoladamente considerado, o sistema de precedentes pode tornar a elaboração das decisões mais rápida e eficaz, além de fortalecer as instituições.

No entanto, para que o sistema de precedentes seja, de fato, um caminho para o fortalecimento das instituições e fator para desobstrução do Judiciário brasileiro, é necessário que se firme, que operadores do Direito e juristas tenham confiança nos órgãos julgadores, que acreditem que os tribunais trabalham de forma a encontrar a tese jurídica mais adequada à solução dos litígios decorrentes de determinados fatos.

Ocorre que, atualmente, a forma como as decisões coletivas do Supremo Tribunal Federal são construídas não legitima a formação dos precedentes. As decisões não são fruto de debates entre os membros do Tribunal, mas da soma de decisões individuais, que não refletem o entendimento da instituição, mas posicionamentos pessoais de cada um de seus membros, que, muitas vezes, estão mais preocupados em defender sua opinião, em utilizar sua função na instituição como instrumento de poder, e menos em debater argumentos para alcançar a solução mais adequada para o caso.

Apesar da natureza política do STF, para garantir a legitimidade e vinculação das suas decisões, é preciso que estas sejam justificadas, que sejam baseadas na argumentação, não na força política daqueles que a proferem. É preciso convencer, demonstrar que a instituição entende que aquela é a melhor solução e quais as razões que levaram àquela conclusão.

O STF precisa mudar seu processo decisório. Ajustes simples, como a prévia divulgação do voto do relator, a realização de debates acerca dos argumentos apresentados pelo relator e pelos membros que venham a dele divergir e a previsão da construção de uma decisão do colegiado, independentemente de posicionamentos contrários aos da maioria, são indispensáveis.

No entanto, para que essa mudança na formação das decisões do Supremo Tribunal Federal ocorra, muito mais que alterações no procedimento, será necessária uma mudança cultural no Judiciário brasileiro, na qual os magistrados venham a se despir de seus interesses pessoais, preferências políticas e vaidades, bem como entender que fazem parte de uma instituição com um significativo poder de intervir na realidade do país.

## REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 46 p. 121-155, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituídos pelo NCPD. In: DIDIER Jr., Fredie. et al (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 23-50, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5017/DF*. Relator: Luiz Fux. Brasília. Pesquisa de jurisprudência. Medida cautelar, 17 jul. 2013. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI\\_5017\\_\\_Liminar.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI_5017__Liminar.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2016.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral; CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. (I)Legitimidade das decisões judiciais: análise dos precedentes à brasileira e do acesso à justiça no Novo CPC. In: FREIRE, A. et al. (Org.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 2.

CUNHA JR., Dirlei da. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

ESTATÍSTICAS do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

GILMAR Mendes devolve ação sobre financiamento empresarial de campanhas. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-10/gilmar-mendes-devolve-acao-questiona-doacoes-eleitorais>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

LITWINSKI, Fernanda Fortes. Por uma Corte constitucional sem face: o exemplo do Conselho Constitucional Francês. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Brasília. *Anais...* Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/509my5cz/7i2Pw5uq9Ayn6Uj7.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

MARCATO, Antônio Carlos. Os precedentes judiciais e o Novo CPC. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, v.13, n. 97, p. 162-164, set/out. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 139-153, nov. 2012.

PULS, Maurício; FERRARI, Márcio. Déficit de deliberação. *Revista Pesquisa Fapesp*, São Paulo, n. 243, p. 80-83, maio, 2016. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2016/05/19/deficit-de-deliberacao/>> Acesso em: 10 dez. 2016.

RODOVALHO, Thiago. A função institucional das Cortes superiores. In: DIDIER Jr., Fredie et. al (Coord). *Novo CPC: doutrina selecionada: processo nos Tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 91-100. v. 6.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER Jr., Fredie. et al (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação do Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 183-200, 2015. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21>> Acesso em: 12 dez. 2016.

STRECK, Lenio; ABBDOUD, Georges. O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. 269 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014

# O SISTEMA DE PRECEDENTE NO ÂMBITO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO ELEITORAL

Maria Stephany dos Santos \*

## RESUMO

O presente estudo aborda uma das inovações introduzidas no campo processual civil e sua possível aplicabilidade no contexto eleitoral. É analisado o precedente, o seu instituto e também as suas conjunturas, observando a interpretação construtiva e sua aplicação no processo eleitoral.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Direito Eleitoral. Precedente. Interpretação construtiva.

421

## ABSTRACT

The present study is one of the innovations introduced in the civil procedural field and its possible applicability in the electoral context. Is analyzed the precedent your institute and also their conjunctures, watching the constructive interpretation and its application in the electoral process.

Keywords: New Code of Civil Procedure. Electoral law. Precedent. Constructive interpretation.

## 1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Ganha ênfase a necessidade, cada vez maior em consenso com o ritmo atual da humanidade, de apressar, tornar eficiente e efetiva a prestação jurisdicional. Para esse desiderato buscam-se ainda vias alternativas (juizados

\* Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PE (2017). Participante do Grupo de Extensão – Direito Constitucional Comparado – Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS, em 2017. Participante do Grupo de Pesquisa Observatório de Financiamento Eleitoral - Eleições 2016 – Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Participante do Grupo de Extensão universitária em Ciência Política, pela Universidade de São Paulo – USP, em 2016. Pós-Graduada em Direito Eleitoral na EJE/TRE/PE – 2015. Advogada.

especiais, processo eletrônico), de modo a aliviar ou pelo menos minimizar os problemas de que padece, em todo o mundo (duração do processo), a realização da justiça.

Nesse caminho, houve o desenvolvimento do instituto do precedente judicial no Brasil que, segundo uma grande parcela dos processualistas brasileiros, se originou no direito processual inglês, no qual, de acordo com Rogério Cruz e Tucci, era denominado de *doctrine of binding precedent*, nas décadas do século XIX, sendo efetivamente reconhecido no caso de *London Tramways Company v. London County Council*.<sup>2</sup> Bruno Garcia Redondo preconiza que o precedente consiste na decisão jurisdicional tomada em uma relação concreta que servirá de diretriz para a resolução de demandas congêneres.<sup>3</sup>

MacCormick, corroborando com esse entendimento, afirma que os precedentes são decisões anteriores que funcionam como parâmetros para decisões futuras e arremata aduzindo que, aplicar lições aprendidas no passado com o fim de solucionar os problemas, é um elemento básico da racionalidade humana.<sup>4</sup> Assim sendo, o precedente é aquele instituto que dá o amparo necessário para que, a partir do ajuizamento, novas demandas que possuam o mesmo escorço fático e jurídico sejam solucionadas por aquele viés, enaltecendo-se a celeridade processual e, principalmente, a segurança jurídica. Nesse sentido, Rosito entende que o precedente é uma decisão anterior com relevância de projeção de efeitos jurídicos ao futuro, condicionando o comportamento de distintos sujeitos em casos similares, no que concerne a sua natureza normativa.<sup>5</sup>

A doutrina traz seis espécies de precedentes: vinculantes, obstativos da revisão de decisões, persuasivos, autorizantes, rescindentes ou revisionais de coisa julgada.<sup>6</sup> Ravi Peixoto extrai duas concepções sobre o termo prece-

2 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de Direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 158-161.

3 REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no Direito Processual Civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2014. p. 167-188. v. 2

4 MACCORMICK, D. N.; SUMMER, R. S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997. p. 4.

5 ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 91-92.

6 “Será obrigatório sempre que veicular norma jurídica geral apta a vincular decisões posteriores, cuja observância se faz obrigatória. Será obstativo quando a *ratio decidendi* for apta a impedir a apreciação de recursos ou da remessa necessária. Os persuasivos não são vinculantes nem obrigatórios, mas desfrutam de força persuasiva, servindo de indício de uma solução racional e socialmente adequada. Os precedentes autorizantes são determinantes para a

dente. A primeira: a) o precedente seria um texto, fonte de direito, servindo de ponto de partida para as resoluções de lides semelhantes – seria o sentido próprio do instituto; b) o sentido impróprio, atrelado a *ratio decidendi*, extrai do precedente sua fundamentação, e esta, por sua vez, se consolida em outras que mantenham aquele entendimento.<sup>7</sup> Cruz e Tucci converge no sentido de que todo o precedente é composto de duas partes “a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”.<sup>8</sup>

## 2 O SISTEMA DE PRECEDENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Poder Judiciário, na sociedade contemporânea, é instituição fundamental para a efetivação da cidadania plena que garante ao cidadão alcançar a pacificação e a harmonia social, por meio da força coercitiva do Estado.

O sistema processual brasileiro possui uma liame secular com o *civil law*, ou seja, as regras prevalecem sobre os costumes (*common law*).<sup>9</sup> Contudo, com o desenvolvimento do constitucionalismo (nova ordem constitucional), nosso país optou pela adoção da doutrina do *stare decisis* atraindo uma valorização crescente dos precedentes judiciais e, por conseguinte, do *common law* brasileiro.<sup>10 11</sup>

Nesse caminho, nota-se que – a partir da Constituição Federal de 1988, visando assegurar a efetividade do sistema processual – passou-se a dar uma supervalorização à jurisprudência. Luís Roberto Barroso corrobora com essa tese quando assevera que “a atitude geral de observância da jurisprudência é positiva por promover valores relevantes como segurança jurídica, isonomia e eficiência”.<sup>12</sup> Sem olvidar que, nesse passo, se extrai do ordenamento jurídico a denominada “jurisprudência lotérica” que proporciona

admissibilidade de recurso. E, por fim, será rescindente quando dotado de aptidão para rescindir a coisa julgada”. (REDONDO, 2014, p. 167-188).

7 PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 158.

8 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 12.

9 DAVID, René. *Os grandes sistemas de Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 141-142.

10 CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no novo código de processo civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (Org.). *Precedentes*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, [2015]. p. 633-656. v. 3

11 A expressão *stare decisis* significa “mantenha a decisão”. TUCCI, *op. cit.*, p. 160.

12 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.77.

a falta de certeza do direito.<sup>13</sup>

De outra forma, deve restar esclarecida a diferença ontológica entre a jurisprudência e o precedente judicial. A primeira concerne a uma multiplicidade de decisões relativas a um caso concreto; o precedente é individual, serve de referência intrínseca para o julgamento de casos novos e pode ou não formar uma jurisprudência.<sup>14</sup>

No antigo Código de Processo Civil havia a utilização de técnicas que davam amparo ao sistema dos precedentes e garantia da higidez processual; por exemplo, o precedente de qualidade, insculpido no art. 285-A, correlacionado à matéria principal da demanda e já julgada naquele juízo.<sup>15</sup> A técnica desenvolvida no artigo supramencionado ficou reconhecida na doutrina processual como causa repetitiva.

O art. 285-A consiste em técnica de racionalização de julgamento que, a despeito da dicção do artigo, permite a improcedência *prima facie* do pedido, mesmo que não tenha havido, no juízo, nenhuma decisão relativa àquele julgamento, contanto que esta se baseie em precedentes dos Tribunais superiores, em especial, o STF e o STJ.<sup>16</sup>

424

Observa-se que o Novo Código de Processo Civil busca dimensionar normativamente premissas mínimas para o uso do direito jurisprudencial.<sup>17</sup> Assim sendo, passou-se a atribuir uma força obrigatória aos precedentes judiciais e essa inserção teve por escopo dois fins, quais sejam: garantir um sistema hierárquico bem estruturado na intenção de dizer quais decisões serão obrigatórias a cada instância, bem como ter um repositório de jurisprudência seguro.<sup>18</sup> Ou seja, o que se espera com o Novo Código é uma efetividade, na tentativa de se enaltecer a celeridade e a segurança processual.

A inserção dos precedentes no Novo Código ganhou ares de grandes debates, tendo, *a priori*, um capítulo próprio destinado ao “precedente judicial” no projeto da Câmara dos Deputados (casa iniciadora). Mas a casa revisora

13 CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, n. 786, p.112, abr. 2011.

14 TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, n. 199, p. 142-143, set. 2011.

15 PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 145.

16 CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes : enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (Coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 57-73.

17 THEODORO JÚNIOR, Humberto et. al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização Lei 13.105, de 16.03.2015*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 354.

18 CAMBI, *op. cit.*, p. 633-656.

(Senado Federal) suprimiu o capítulo e manteve alguns artigos no atual Código, entre os quais figuram o 926 e seguintes.

O art. 926 dispõe o seguinte: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Essa uniformização deve ser estabelecida com escopo nos pressupostos fixados no regimento interno de cada tribunal, os quais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. O que incidirá na estabilização jurisprudencial e permitirá uma segurança maior aos jurisdicionados. Ao editar os enunciados de súmula, os tribunais deverão vincular a sua motivação de criação às questões fáticas, isto é, para a formação das súmulas não basta se coadunar com o entendimento esposado em determinada jurisprudência, deve-se analisar o fato concreto e por meio de uma “subsunção” verificar se há correspondência entre ambas.<sup>19 20</sup>

Dessa forma, os países que não deem credibilidade ao precedente não podem permitir a criação ou a aplicação de súmulas e ementas mecanicamente, pois assim os magistrados se tornarão meros reprodutores de entendimentos jurisprudenciais.<sup>21</sup>

Destaque-se que o instituto dos precedentes judiciais não atinge a independência do magistrado, não há uma subordinação indevida, ou seja, o precedente, como a lei, é uma fonte do direito (secundária) e o juiz ao proferir a sua sentença deve embasá-la na observância literal das garantias constitucionais.<sup>22</sup> Outrossim, no momento em que o magistrado segue determinado precedente, construído pelos tribunais superiores, está se subordinando a atividade jurisdicional, ao sistema constitucional de distribuição da justiça.<sup>23</sup>

Já o art. 927 veio para dar estabilidade às jurisprudências, trazendo parâmetros que devem ser seguidos e respeitados na observância dos pre-

19 Assim restou esclarecido no Enunciado nº 169 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes”.

20 Bustamante aduz que o precedente é aplicável por subsunção. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial*: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 350-351.

21 NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Formação e aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista do TST*, Brasília, v. 79, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/176023132/dierle-nunes-e-alexandre-bahia-formacao-e-aplicacao-do-dir-jurisprudencial-revista-do-tst>>. Acesso em: 19 maio 2016.

22 Nesse sentido: CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 72. MUÑOZ OROZCO. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra: Aranzandi-Thomson Reuters, 2011. p. 28. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 63. WAMBIER, Teresa Arruda Albin (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 143-145.

23 CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisprudência: a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídica. *Revista de Processo*, ano 39, n. 231, p. 353-354, maio 2014.

cedentes, súmulas, enunciados e jurisprudências. No inc. I, concatena a força vinculante que as decisões no controle concentrado de constitucionalidade exaradas pelo Supremo Tribunal Federal – STF – possuem, bem como suas súmulas vinculantes – em seu inc. II. No inc. III, traz a força vinculante aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. O inc. IV deu às súmulas interpretativas no STF força vinculante às matérias constitucionais e às súmulas do Superior Tribunal de Justiça – STJ – força vinculante às matérias de natureza infraconstitucional. E, por fim, o inc. V prevê a obrigatoriedade dos tribunais seguirem as orientações do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Para que seja possível a aplicação ou mesmo a modificação do precedente, o julgador deverá observar o que dispõe o art. 10, que traz a concepção de que as partes não podem ser surpreendidas com decisões amparadas em fundamentos novos que ainda não passaram pelo crivo da discussão processual.<sup>24 25</sup> Além do que, deverá se ater também ao disposto no art. 489, §1º, do Novo Código de Processo Civil, que traz os requisitos das sentenças e obriga, para a formação ou modificação do precedente, a observância dos elementos, teses e questões levantados no caso, isto é, não podem ser desconsiderados ou inovados os fatos que ensejaram a formação do precedente sem a respectiva fundamentação.<sup>26</sup>

O §2º do art. 927 prevê que a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. Nesse sentir, o fim precípua do Novo Código de Processo Civil é pluralizar o debate, permitindo que os tribunais disponham de elementos hábeis possíveis e necessários para resolver a demanda e com isso aperfeiçoar suas decisões.

O §3º trouxe a viabilidade de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, a modulação dos efeitos da alteração no

24 GALINDO, Djalma Alexandre. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 7.

25 Enunciado nº 2 – FPPC – Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório.

26 THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização Lei 13.105, de 16.03.2015*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 356.

interesse social e no da segurança jurídica. Esta modulação temporal somente é aplicada nos julgamentos que ensejam a declaração da inconstitucionalidade quando a aplicação dos efeitos retroativos se tornarem prejudiciais à manutenção da inconstitucionalidade pretérita. Ou seja, a retroatividade da declaração da inconstitucionalidade resultaria em um prejuízo muito maior do que continuar valendo por um determinado período. Nesse caso, a jurisprudência e a doutrina convergem no sentido de que se mantenha a validade excepcional e, somente de uma determinada data em diante, torna-se nula. É o que a doutrina comumente chama de *prospective overruling*, isto é, conferem-se efeitos prospectivos da decisão que declarou inconstitucional determinada norma. Seja qual for o entendimento esposado nas decisões promulgadas pelos tribunais, todas as que tiverem por escopo a modulação dos efeitos deverão ser justificadas, isto é, deverão necessariamente expor suas razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público, do contrário não poderá ser feita a modulação dos efeitos.

São três parâmetros desenvolvidos no NCPC para a sua concretização: a) fundamentação adequada; b) específica; e c) princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia devem ser observados.<sup>27</sup> Esses requisitos estão expostos no art. 927, §4º, do NCPC, e corroboram com a segurança que os julgados dos tribunais deverão passar aos seus jurisdicionados.<sup>28</sup>

E o §5º, visando enfatizar o princípio da publicidade, determina aos tribunais dar publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

### 3 INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA

O direito é intimamente indissociável da vida em sociedade, haja vista ser o ponto nodal para uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade pode subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade.<sup>29</sup>

27 THEODORO JÚNIOR, Humberto et. al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização* Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 361.

28 A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

29 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 200. p. 2.

A teoria do construtivismo tem o condão de densificar o direito por meio da interpretação dada às leis e aos valores comunitários nas decisões judiciais; foi desenvolvida por Ronald Dworkin em sua obra “O Império do Direito” na qual preconiza:

[...] o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis.<sup>30</sup>

A teoria tenta sair do marasmo das leis abstratas (positivismo) e estáticas para um campo de inovações, os quais enaltecem as resoluções dadas aos casos concretos através das interpretações do direito, por meio das jurisprudências, súmulas, enunciados e precedentes. Ou seja, a teoria se aplica na conduta do magistrado, em seu exercício, haja vista que a interpretação do direito é a única, segundo Dworkin, capaz de afastar o positivismo como exclusiva base das decisões judiciais. Assim, o magistrado deixa de ser um simples julgador para se tornar um construtor do direito.

Nessa perspectiva, a interpretação do direito é construtiva e vem se moldando com o passar dos dias. O Novo Código de Processo Civil inova ao trazer como elemento fundante das decisões do magistrado (interlocutória, sentença ou acórdão) a necessidade de se arguir fundamento para que seja possível a devida aplicação do precedente no caso concreto. Inclusive, os juízes não podem ser meros reprodutores das jurisprudências, isto é, devem sempre agregar o entendimento com o respectivo caso analisado, portanto, saem da linha de “bocas de jurisprudências” e passam a sedimentar o entendimento delineado nos tribunais ao analisarem os casos concretos, através de uma interpretação construtiva.

Lenio Streck e Georges Abboud tecem uma crítica ao instituto ao desanuviarem no sentido de que o magistrado saiu do antigo juiz boca-fria-da-lei, isto é, aquele juiz hermético que seguia sem tergiversar o que a norma trazia (*bouche de la loi*), sendo substituído pelo juiz-boca-fria-da-súmula ou ainda juiz-boca-fria-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores.<sup>31</sup> Nesse contexto, para que seja afastada a crítica supramencionada, o magis-

30 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

31 STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JÚNIOR, *op. cit.*, p. 175-182. v. 3.

trado, ao se basear no precedente judicial, deverá ter em mente e levar em consideração o caso concreto. Ou seja, não poderá fazer um simples apontamento a determinado julgado, deverá realizar o cotejo analítico. Portanto, o precedente visa dar segurança aos jurisdicionados, mas o magistrado ao aplicá-lo deverá se valer das prerrogativas constitucionais, insculpidas no art. 93, IX, da Constituição Federal. É preciso transcrever e cotejar os trechos configuradores da similitude, mencionando-se nitidamente as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Lucas Buril trata com maestria essa inovação:

Os precedentes são uma forma de garantir limites à atividade criativa dos juízes, e não de reforçar a criatividade ou de dar mais poderes aos magistrados. Aliás, ao se negligenciar a própria criatividade, acaba-se por dar margem mais ampla de criação, o que acaba por ensejar uma produção irresponsável de direito jurisprudencial.<sup>32</sup>

#### 4 A APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTE NO DIREITO ELEITORAL

O processo eleitoral não se encontra codificado, como os Códigos de Processo Civil e Penal, por exemplo. Ao contrário, possui diversas leis esparsas, tais como a Lei das Eleições nº 9.504/97, a Lei dos Partidos nº 9.096/95, o Código Eleitoral – Lei nº 4.737/65 – e as diversas resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral. Nesse contexto, analisamos que, nos casos em que houver omissão legislativa total, caberá utilizar o Código de Processo Civil como instrumento normativo subsidiário,<sup>33</sup> uma vez que não existe um Código Processual Eleitoral.<sup>34</sup>

Vigora na Justiça Eleitoral o princípio da temporariedade, haja vista

32 MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no Direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, *op. cit.*, p. 459-489.

33 BANDEIRA, Maria Paula Pessoa Lopes; SANTOS, Maria Stephany dos. A inaplicabilidade das cláusulas negociais no âmbito eleitoral. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). *O direito eleitoral e o novo código de processo civil*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 205-217. v.1.

34 Agravo regimental. Recurso especial. Execução fiscal. Rito da Lei n. 6.830/1980. Aplicação subsidiária das regras do código de processo civil. Manutenção da decisão agravada. 1. A execução fiscal para cobrança de multa eleitoral, mesmo em trâmite nesta Justiça especializada, segue as regras previstas na Lei n. 6.830/1980 com a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 367, inciso IV, do Código Eleitoral). [...] (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AgR-REspe 13072 RN*, Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes, Data de Julgamento: 19.05.2015, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 156, Data 18.08.2015, p. 122)

que não dispõe de quadro próprio de juízes. Marcelo Roseno discorre que desde a criação da Justiça Eleitoral repeliu-se a ideia de uma magistratura de carreira, confiando-se o exercício a membros de outros tribunais.<sup>35</sup>

Os órgãos julgadores do Direito Eleitoral não possuem membros efetivos, isto é, todo o quadro de julgadores é composto por membros de outros tribunais. O Tribunal Superior Eleitoral – TSE – possui em seu quadro 07 (sete) ministros: três ministros oriundos do Supremo Tribunal Federal – STF, dois desses ocupam o cargo de presidente e de vice-presidente; dois ministros do Superior Tribunal de Justiça – STJ, um deles exerce o cargo de corregedor-geral; e dois advogados, nomeados pelo presidente da República, de uma lista sêxtupla de juristas de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicada pelo STF.

Compõem os tribunais regionais eleitorais (TRE's): mediante eleição, pelo voto secreto, dois juízes, dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça do respectivo Estado, e dois juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça; um juiz federal; e dois advogados, indicados pelo Tribunal de Justiça, nomeados pelo presidente da República.

Por outro lado, a jurisdição de cada uma das zonas eleitorais cabe a um juiz de direito do Tribunal de Justiça, a ser exercida pelo prazo de dois anos, salvo nas comarcas que não possuam mais de uma vara judicial.

Nesse interregno, verifica-se que as decisões prolatadas pelos órgãos julgadores no âmbito eleitoral passam pelo crivo de diversos julgadores com opiniões distintas, circunstância que acarreta uma multiplicidade de decisões sobre temas semelhantes. Veja-se, por exemplo, a questão delineada no TSE acerca do marco temporal para averiguação da inelegibilidade superveniente. As causas de inelegibilidade, conforme preconiza o art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97, devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.

Em 1995, ao apreciar o AG nº 12.363, sob a relatoria do Ministro Galvão,

35 OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo do caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral, *Estudos Eleitorais*, Brasília, v. 9, n.2, p. 79, 2014.

o TSE entendeu que poderia ser suscitada a inelegibilidade superveniente a data do registro de candidatura até a data da diplomação. Em 2011, essa tese foi ratificada nos ED-AgR-RO nº 452298, sob a relatoria do Ministro Gilson Dipp, haja vista que até a diplomação é possível a Justiça Eleitoral auferir a vontade das urnas.<sup>36</sup>

Em 2012, o entendimento do TSE passou a ser o de que o momento certo seria o dia em que o cidadão exercesse o seu direito de votar, isto é, o dia da eleição. Em 2014, no dia 24/06/2014, ao analisar o AgR-AR 87692, ratificou a tese desenvolvida no ano de 2012, mas em 11/12/2014, afastou essa tese a partir do julgamento dos ED-RO nº 29462, restaurando a desenvolvida desde o ano de 1995, que determinava como marco temporal a data da diplomação.

Essas mudanças de entendimento são provenientes da alternância de posicionamento decorrente da temporariedade que rege a Justiça Eleitoral. Perceba-se que, com o exemplo acima delineado, entre as eleições de 2012 (municipais) e as eleições de 2014 (gerais), houve uma mudança no momento em que podem ser levantadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade, causando insegurança. Nesse caminho, o TSE, visando dar amparo à segurança jurídica e, principalmente, aprimorar a sua jurisprudência, ao analisar o AgR-AR 1050 BA, sob a relatoria da Ministra Luciana Christina Guimarães Lóssio, afastou por uma consequência lógica a aplicação da jurisprudência desenvolvida no ED-RO nº 29462, pois se trata da análise de condutas perpetradas nas eleições de 2012, e no período em que o recurso foi apreciado, em 2015, já vigorava o novo entendimento do TSE e a jurisprudência prevacente naquele período era até as eleições.<sup>37</sup>

36 Eleições 2010. Registro de candidatura. Embargos de declaração no agravo regimental no Recurso Ordinário. Inexistência. Omissão. Obscuridade. 1 - Não padece de obscuridade ou omissão acórdão que examina todas as questões relevantes ao deslinde da causa. 2 - Embargos de declaração rejeitados. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Gilson Lagaro Dipp, Data de Julgamento: 30.06.2011)

37 [...] A alteração jurisprudencial havida na Sessão de 11.12.2014, no sentido de que as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade, poderão ser consideradas *até a data da diplomação, e não mais a da eleição* (ED-RO nº 294-62, Rel. Min. Gilmar Mendes), não se aplica às eleições de 2012, em razão do princípio da segurança jurídica, o qual norteia a aplicação da lei no tempo. 4. Agravo regimental desprovido. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AgR-AR*: 1050 BA, Relator: Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Data de Julgamento: 10.02.2015, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 53, Data 18.03.2015, p. 24)

Nesse caminho, nota-se a importância que deve ser dada aos precedentes judiciais na seara eleitoral, as mudanças repentinas de entendimento levam ao caos jurídico e, principalmente, à ausência de segurança jurídica aos jurisdicionados.

Outra questão que não é tranquila na seara eleitoral é a inelegibilidade da alínea “g”, da LC nº 64/90, a qual exige que as irregularidades sejam insanáveis, além da rejeição das contas e que configure ato doloso de improbidade administrativa. Antes, para configurar o ato de improbidade, aplicava-se o dolo genérico, mas o próprio Tribunal Superior Eleitoral, acompanhando o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, vem afastando o dolo genérico da inelegibilidade da alínea “g”, da LC nº 64/90. O voto do Ministro Gilmar Mendes, nos recursos Ag-RO nº 1085-96, Ag-Respe nº 83-80 e RO nº 88467,<sup>38</sup> deixou assentado que não é possível reconhecer o ato doloso de improbidade administrativa na conduta dos impugnados em razão de ser inviável extrair das irregularidades apontadas postura da qual se presume desonestidade ou intenção em causar dano ao erário. Assim sendo, parte-se da análise do dolo específico e não mais do genérico, devendo estar demonstrada nos acórdãos dos tribunais de contas brasileiros a má-fé do gestor público, desvio de recursos públicos em benefício próprio ou de terceiros, grave dano ao erário, ou seja, deve haver fato que lese dolosamente o patrimônio público.

Sobre o tema, vale fazer referência à recente aprovação pelos STF, em sessão realizada no dia 17 de agosto de 2016, onde exerceu seu poder jurisdicional em relação às teses de repercussão geral decorrentes do jul-

38 Eleições 2014. Candidato a deputado estadual. Recurso ordinário. Registro de candidatura deferido. Art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar n. 64/1990. 1. Nem toda desaprovação de contas enseja a causa de inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea g, da LC n. 64/1990, somente as que preenchem os requisitos cumulativos constantes dessa norma, assim enumerados: i) decisão do órgão competente; ii) decisão irrecurável no âmbito administrativo; iii) desaprovação devido a irregularidade insanável; iv) irregularidade que configure ato doloso de improbidade administrativa; v) prazo de oito anos contados da decisão não exaurido; vi) decisão não suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário. 2. Contas de ordenador de despesas de fundo de previdência, no cargo de prefeito, desaprovadas pelo TCE (exercício de 2009). 3. No caso concreto, não há como reconhecer ato doloso de improbidade administrativa na conduta do impugnado, por ser inviável extrair das irregularidades apontadas postura da qual se presume desonestidade ou intenção em causar dano ao erário. É certo que o acórdão do TCE entendeu existirem irregularidades que em sua maioria consistem em descumprimento de normas legais e regulamentares que disciplinam a gestão de fundo de previdência. Todavia, isso não autoriza concluir pela má-fé do gestor ou pelo desvio de recursos públicos em benefício pessoal ou de terceiro, sobretudo se considerado que a desaprovação das contas se deu em decorrência de revelia e que se aplicou multa ao recorrido em quantia pouco significativa, R\$7.219,80 (sete mil, duzentos e dezenove reais e oitenta centavos), ante os valores do orçamento do fundo de previdência - receita prevista de R\$5.085.000,00 (cinco milhões e oitenta e cinco mil reais), despesa fixada de R\$6.692.000,00 (seis milhões, seiscentos e noventa e dois mil reais) e déficit de R\$1.607.000,00 (um milhão, seiscentos e sete mil reais). 4. Afasta-se a inelegibilidade referida no art. 1º, inciso I, alínea g, da LC nº 64/1990. 4. Negado seguimento ao recurso. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral, *Ag-RO n. 1085-96*, Ministro Relator Gilmar Mendes, DJE 27.02.2016)

gamento dos Recursos Extraordinários nº 848826 e nº 729744, decidindo que é exclusiva a competência da Câmara dos Vereadores para julgar as contas de governo e de gestão dos prefeitos, cabendo ao Tribunal de Contas auxiliar o Poder Legislativo municipal, emitindo parecer prévio e opinativo; em caso de omissão da Câmara Municipal, o parecer emitido pelo Tribunal de Contas não gera a inelegibilidade prevista no artigo 1º, inc. I, alínea “g”, da Lei Complementar nº 64/90.

Gustavo Bohrer Paim discorre que é necessário conciliar a temporariedade da Justiça Eleitoral com a estabilidade jurisprudencial, respeitando-se os precedentes.<sup>39</sup> Essa mudança repentina de entendimento se mostra ainda mais prejudicial quando acontece na mesma eleição, diferentemente do exemplo acima suscitado.

O art. 926 do NCPC<sup>40</sup> eleva nitidamente a preservação das decisões já prolatadas pelos tribunais, disposição identificada com o Enunciado 166 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, segundo o qual “a aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente”.<sup>41</sup> Esse novel instituto, introduzido com o NCPC, traz o dever na manutenção da jurisprudência estável, pois depende da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários, garantindo o enaltecimento da segurança jurídica. Dworkin preconiza que o intérprete deve analisar o direito como um romance em cadeia.<sup>42</sup>

Assim sendo, não poderá a Justiça Eleitoral, valendo-se da prerrogativa da temporariedade, deixar de seguir o que os processualistas brasileiros vêm desenvolvendo na busca incessante pelo aprimoramento das resoluções nas contendas judiciais; ao revés, esse instituto garantirá eleições mais seguras no que tange a jurisprudencialização, haja vista a instabilidade desenvolvida nos tribunais eleitorais que, por vezes, desconsidera a segurança jurídica.

Nessa senda, a prevalência do instituto do precedente no Direito Eleitoral terá por escopo a garantia de decisões que serão respeitadas e

39 PAIM, Gustavo Bohrer. *Direito eleitoral e segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.115.

40 Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

41 Enunciado nº 316 do FPPC.

42 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 287.

previsíveis do porvir, tudo isto se levando em conta a segurança jurídica que ensejará a credibilidade dos pronunciamentos judiciais. Ou seja, a adoção dos precedentes no âmbito eleitoral garantirá a igualdade jurisprudencial tendo por base decisões com critérios racionais.

A igualdade está intrinsecamente atrelada à liberdade, sendo um desígnio da justiça. É que o Estado Democrático de Direito abomina as causalidades, as ofensas à igualdade, pois este ataca fundo um objetivo básico que buscou preservar por meio do princípio da legalidade, isto é, a vedação a perseguições e favoritismos, cortesias e conchavos, cuja eliminação é objetivo imprescindível e máximo do Estado de Direito.<sup>43</sup>

Tal noção de isonomia alcança a própria temática do Direito Eleitoral, pois este é o fim precípuo do processo eleitoral, em razão do interesse público a da própria lisura do certame eleitoral. Leciona Djalma Pinto que a garantia da igualdade exige que a ordem jurídica disponha de meios para enfrentar com rapidez e eficiência as situações causadoras ou configuradoras de disparidade.<sup>44</sup>

Assim sendo, não se quer vedar o processo criativo do magistrado ao elaborar suas decisões no âmbito eleitoral. O que se pretende, na verdade, é que, no momento em que haja uma mudança na interpretação sedimentada no tribunal, a decisão traga os argumentos que levarão à respectiva mudança, pois o que acontece na prática fica a desejar a todos os jurisdicionados que não possuem uma linha firme sobre os assuntos eleitorais. Agora, com o advento do Novo Código de Processo Civil, espera-se que os tribunais sigam uma linha reta, sem tergiversações, sem mudanças repentinas em seus entendimentos.

Ainda se tem a autorreferência que representa a fundamentação específica, pela qual o magistrado deverá referir-se ao que foi realizado anteriormente pelos seus pares para decidir adequadamente uma questão similar.

Realmente, o magistrado, ao solucionar um caso, precisa necessariamente fundamentar fazendo referência aos precedentes que tratem de questões análogas às analisadas. O fato de os precedentes serem enunciados na fundamentação das decisões e servirem como vetores

43 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45.

44 PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 134.

argumentativos para a tomada de decisão é uma das principais razões para sua força vinculante. Isso não quer dizer que os precedentes judiciais precisarão ser mantidos em todas as hipóteses, mas que não é aceitável que o juiz decida desconsiderando as normas dos precedentes e, se decidir contrariamente a elas, deve, ao menos, justificar adequadamente porque o fez.<sup>45</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Novo Código de Processo Civil busca dimensionar normativamente premissas mínimas para o uso do direito jurisprudencial. Em prol da economia processual, axioma inexorável que paira sobre o Direito Eleitoral, vislumbrou-se, neste artigo, atrelando-se ao princípio da temporariedade, a necessidade ímpar de que seja adotado o instituto dos precedentes para garantir a segurança jurídica nas decisões eleitorais, haja vista que o entendimento sobre diversos aspectos eleitorais vivem em constante alteração, causando nitidamente insegurança jurídica.

Há quem entenda que essa insegurança também fica a cargo da ausência de um processo eleitoral codificado, pois o Direito Eleitoral se ampara em diversas leis esparsas. Ao contrário desse entendimento, delineio que a codificação não é sinônimo de segurança, ao revés, torna muitas vezes o direito estático, o que não é possível no Direito Eleitoral.

O que o Direito Eleitoral precisa é, sem sombra de dúvida, garantir a higidez do processo eleitoral, por meio de decisões hábeis a afastar qualquer tipo de interpretação oscilante. Ou seja, apesar de o princípio da temporariedade estar presente no âmbito eleitoral, as decisões devem estar calcadas em observar contextos sólidos e para cada alteração feita em face de entendimento consolidado oferecer uma justificativa razoável, para que os jurisdicionados não fiquem desamparados.

O instituto do precedente visa salvaguardar os interesses dos jurisdicionados em qualquer área processual e sua aplicação na seara eleitoral garantirá o enaltecimento da segurança jurídica, preceito constitucional.

45 MACÊDO, Lucas Buri de. A disciplina dos precedentes judiciais no Direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, *op. cit.*, p. 459-489.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Maria Paula Pessoa Lopes; SANTOS, Maria Stephany dos. A inaplicabilidade das cláusulas negociais no âmbito eleitoral. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). *O direito eleitoral e o novo código de processo civil*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v.1.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, n. 786, abr. 2011.

436

\_\_\_\_\_; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no novo código de processo civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (Org.). *Precedentes*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, [2015]. p. 633-656. v. 3

\_\_\_\_\_; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisprudência: a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídica. *Revista de Processo*, ano 39, n. 231, maio 2014.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1991.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (Coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 57-73.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GALINDO, Djalma Alexandre. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MACCORMICK, D. N.; SUMMER, R. S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997.

MACÊDO, Lucas Buriel de. A Disciplina dos Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (Org.). *Precedentes*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, [2015], p. 459-489. v.3.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 63.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MUÑOZ, Orozco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra: Arazandi-Thomson Reuters, 2011.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Formação e aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista do TST*, Brasília, v.79, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/176023132/dierle-nunes-e-alexandre-bahia-formacao-e-aplicacao-do-dir-jurisprudencial-revista-do-tst>>. Acesso em: 19 maio 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo do caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral. *Estudos Eleitorais*, Brasília, v. 9, n.2, 2014.

PAIM, Gustavo Bohrer. *Direito eleitoral e segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REDONDO, Bruno Garcia. Precedente Judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2014. v. 2.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (Org.). *Precedentes*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, [2015]. v. 3.

TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, ano 36, n. 199, set. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et. al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização: Lei 13.105, de 16.03.2015*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

# TÓPICOS SOBRE PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO ELEITORAL NO CONTEXTO DA TEORIA DAS FONTES E DIREITO COMPARADO

Miriã Marques da Silva Araujo \*

## RESUMO

A força do precedente judicial, com o destaque do Código de Processo Civil, introduz novos contornos para a produção da norma jurídica eleitoral, diante da aplicabilidade do diploma processual civil ao Direito Eleitoral instrumental, nos moldes normativos dos arts. 15 e 926, §2º, da Lei nº 13.105/2015. Diante de tal perspectiva, apresenta-se com este ensaio, os tópicos sobre precedente judicial como fonte da norma eleitoral (jurisprudência), amoldados à teoria das fontes, e breve incursão sobre o contexto histórico do direito comparado. O marco teórico consiste no apontamento doutrinário da teoria das fontes e teoria do ordenamento jurídico dos eminentes juristas Tércio Sampaio Ferraz Jr., Norberto Bobbio e Miguel Reale, em breve diálogo com a doutrina do direito comparado, sob abordagem descritiva e dedutiva do fenômeno do precedente judicial como fonte da norma eleitoral.

Palavras-chave: Precedente Judicial. Fonte do Direito. Direito Eleitoral.

## ABSTRACT

The strength of the judicial precedent highlighted by the Code of Civil Procedure introduces new contours for the production of the electoral legal norm, given the applicability of the civil procedural law to instrumental electoral law, in the normative form of articles 15 and 926, § 2º, of Law 13.105/2015. From this perspective, this essay presents the topics on judicial precedent as a source of the electoral norm (jurisprudence), conformed to the theory of

\* Advogada. Aluna especial do Mestrado em Cultura e Sociedade do Programa Multidisciplinar de Mestrado do Instituto de Humanidades, Artes e Ciências da Universidade Federal da Bahia – IHAC/UFBA. Pesquisadora do Núcleo de Tributação em Finanças Públicas e Tributação – NEF, da Universidade Católica do Salvador – UCSAL/BA.

sources and brief introduction on the historical context of comparative law. The theoretical framework consists in the doctrinal point of reference of the theory of the sources and theory of the legal order of the eminent jurists Tércio Sampaio Ferraz Jr., Noberto Bobbio and Miguel Reale, in brief dialogue with the doctrine of comparative law, under a descriptive and deductive approach of the phenomenon of judicial precedent as the source of the electoral norm.

Keywords: Judicial Precedent. Source of Law. Electoral Law.

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo traz como temática a abordagem analítica do precedente judicial como fonte do Direito Eleitoral, tendo como base legislativa a estipulação dos arts. 15 e 926, § 2º, da Lei nº 13.105/2015 e, como arcabouço teórico, o estudo da teoria das fontes do direito, com abordagem contextual do parâmetro histórico-jurídico de origem das tradições dos países anglo-saxônicos.

A função do precedente judicial, na seara do Direito Eleitoral, inaugura com o Código de Processo Civil relevante papel na ciência jurídica pátria, já que agora o precedente judicial figura como fonte integrativa e subsidiária do microssistema jurídico eleitoral, traçando novas projeções para as decisões judiciais dos tribunais eleitorais.

O paradigma a ser superado na processualística eleitoral decorre da necessária comparação e adequação do modelo de direito, que a fonte precedencial requer a título primário, em comparação ao modelo de direito posto pelo Estado (*civil law*), o qual a tradição brasileira aplica de forma incontestada, em tese.

As considerações sobre os desafios dentre outras questões da aplicabilidade dos precedentes judiciais como fonte do Direito Eleitoral, num modelo jurídico de fontes do direito tradicionalmente não-consuetudinárias, faz surgir no meio jurídico questionamentos sobre a consolidação dos precedentes como fontes integrativas da norma jurídica eleitoral.

Inicialmente, será abordado o contexto histórico e teoria dos precedentes judiciais no direito comparado, baseado na tradição anglo-saxônica, por

meio da abordagem das características próprias que consolidaram o também denominado sistema de precedentes judiciais e *common law*.

No contexto da tradição de origem não-consuetudinária, seguirá a abordagem do contexto histórico da tradição *civil law*, precursora das fontes do direito no ordenamento jurídico brasileiro.

Por conseguinte, sob a perspectiva da teoria das fontes do Direito Eleitoral, o problema da incompletude do ordenamento jurídico será trazido de forma a abordar a questão das lacunas, supletividade e subsidiariedade da norma processual civil e com ela os precedentes judiciais como fonte do Direito Eleitoral, no âmbito da sua jurisprudência.

## **2 DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO COMPARADO: DA TRADIÇÃO ANGLO-SAXÔNICA (*COMMON LAW*) E PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL – BREVE INTRÓITO E ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS (*CIVIL LAW*)**

Como divulgado na ciência jurídica, o sistema de precedentes judiciais decorre historicamente dos países anglo-saxônicos, nos quais a *common law* é a sua base estrutural. Essa concepção saxônica de preconizar o costume como fonte do direito, de forma causal, encerra peculiaridades para o surgimento de um sistema solidificado por intermédio das decisões judiciais baseadas na norma consuetudinária.

Sua abordagem inicial remonta à necessidade de traçar efeitos comparativos necessários com o fenômeno jurídico a se instaurar no direito brasileiro, que, diante da necessidade da estabilização da jurisprudência, depara-se hodiernamente na esfera eleitoral como um instrumento de aplicabilidade que visa, em níveis integrativo e subsidiário da norma eleitoral instrumental, à construção de uma corrente jurisprudencial formada por decisões peculiares contendo a mesma *ratio decidendi*.

A tradição jurídica dos países anglo-saxônicos possui sua base estrutural nas relações sociais num momento determinado. Após, tais regras consuetudinárias são acolhidas pelos representantes judiciais e reelabora-

das de forma a vigerem por meio dos precedentes. Nesse sentido, sobre os precedentes:

[...] é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do precedente obrigatório).<sup>2</sup>

Dessa forma, marca a tradição *common law*, as características da reelaboração a nível judiciário dos convencimentos motivados casuisticamente nos processos individuais, agora solidificados em nível de cogência amplificado pelo sistema de precedentes.

O contexto histórico-político e normativo brasileiro herdou o sistema germânico-português, no qual a norma jurídica, lei em sentido estrito, é a fonte primária do direito. Decorre deste contexto o surgimento de um Estado de Direito, que preconiza a aplicação da norma legislada, seja princípio ou regra, evoluindo com a Constituição Federal de 1988 para o Estado Democrático de Direito.

Na seara jurídica brasileira, a eficácia vinculante das decisões judiciais, no âmbito dos tribunais, decorre da compatibilização com a Constituição Federal e agora, com a inserção na processualística brasileira do sistema de precedentes judiciais, a força normativa dos precedentes ganha nova forma de estabilização da jurisprudência dos tribunais.

Em relação aos precedentes no sistema jurídico brasileiro, as considerações do poder vinculante dos princípios constitucionais é parâmetro indissociável. A título de exemplo, tais considerações versam sobre a força vinculante dos princípios constitucionais da isonomia, segurança jurídica, motivação das decisões e contraditório.

Tal constatação hipotética se fundamenta na conclusão histórica de formatação do sistema de precedentes judiciais dos países de origem jurídica na *common law*, em diferente contexto do fenômeno das fontes do direito brasileiro, a *civil law*. A base teórica do sistema de precedentes de um país

---

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2003. p. 33.

engloba as nuances da aplicabilidade de tal fonte do direito, considerando os elementos histórico-normativos que orbitam a questão.

Da narrativa inserta no contexto histórico do sistema brasileiro de fontes do direito que é estruturado através da *civil law*, em contraponto com o sistema da *common law*, revelam-se as bases teóricas de cada sistema e a forma de concepção das fontes do direito em relação ao Novo CPC, Lei nº 13.105/2015.

O sistema brasileiro de fontes do direito, pautado na *civil law*, decorre do positivismo jurídico, que tem a lei como fonte primária do direito, em contrapartida com os países anglo-saxônicos, da *common law*, nos quais o sistema de precedentes judiciais é notório em relação ao contraponto do sistema brasileiro de fontes.

Esse sentido de contrapontos faz sobressair que existe a inter-relação entre o atual cenário processual da força dos precedentes trazidos pelo CPC/2015 com parâmetros considerados pelo sistema *common law*, revelando, portanto, importante informação jurídica e questão que demonstra avanço na concepção da origem da norma jurídica eleitoral no Brasil.

Infere-se que, apesar de se tratar de um Estado Legal, nos termos do postulado axiológico da legalidade – Constituição Federal de 1988, art. 5º, II – pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude da lei”,<sup>3</sup> a jurisprudência, agora, com a força dos precedentes judiciais, tem papel importante na construção da norma jurídica, sendo também fonte relevante do direito brasileiro. Nesse diapasão, destaca-se:

Apesar de a lei ser a fonte primária do Direito, não se pode conceber um *Estado Legal puro*, em que a norma jurídica acaba sendo o fim ou o teto para as soluções jurídicas. Na verdade, a norma jurídica é apenas o começo, o ponto de partida, ou seja, o piso mínimo para os debates jurídicos e para a solução dos casos concretos.<sup>4</sup>

3 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html)>. Acesso em: 04 jun. 2017.

4 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. Volume único. p. 31.

Dessa forma, a força normativa da jurisprudência eleitoral ganha novo contorno de efetividade e marca um relevante passo na teoria das fontes da norma eleitoral já que, apesar de se tratar de um Estado de Direito, no Brasil não há que se falar em um Estado Legal puro. Nessa perspectiva, na medida em que a jurisprudência avança como forma de conceber a norma, novo paradigma estrutural na concepção juspositivista aponta na seara jurídica eleitoral.

O ilustre jurista Fredie Didier Jr., quando leciona sobre a nova construção das fontes do direito, revela, *in verbis*:

O importante papel que a jurisprudência exerce na construção do direito positivo parece atualmente indiscutível. A força normativa do precedente judicial aparece em diversos institutos, como a jurisprudência dominante (art. 557, CPC), a súmula impeditiva de recurso (art. 518, §1º, CPC) e a súmula vinculante (art. 103-A, CF/88).<sup>5</sup>

Assim, a força dos precedentes judiciais eleitorais faz surgir na jurisprudência eleitoral passo simbólico sobre a representatividade do papel do juiz na construção dos direitos políticos.

O precedente judicial como fonte do direito a partir da concepção normativa estruturada pelo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, representa singular avanço na ciência do direito contemporânea, uma vez que invoca a consolidação de um sistema próprio na teoria dos precedentes judiciais, amoldado à realidade jurídica brasileira.

### **3 TEORIA DAS FONTES DO DIREITO E DIREITO ELEITORAL INSTRUMENTAL: LACUNAS, SUPLETIVIDADE E SUBSIDIARIEDADE -PRECEDENTE COMO FONTE DO DIREITO ELEITORAL**

Com o retorno do estudo da teoria das fontes do direito, é importante a abordagem do ordenamento jurídico enquanto sistema dotado de imperfeições, já que o direito positivo não é capaz de abranger *in totum* as situações fáticas das alteridades dos seus sujeitos.

Conforme Tércio Sampaio Ferraz Jr., fator relevante a ser considerado pela teoria das fontes do direito remonta à contextualização das unidades produtoras da norma jurídica, unidades estas inseridas no panorama histórico

<sup>5</sup> DIDIER JR., Fredie. *Editorial-49*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

e social dos destinatários. Daí então sobreleva o supracitado jurista que as fontes do direito, assim como os fatos sociais, estão sujeitos às intempéries históricas e devem ser moldadas conforme a sociedade e o direito caminham.<sup>6</sup>

Norberto Bobbio, em consolidada obra, quando menciona sobre as fontes, faz revelar um desafio fulcral do sistema jurídico na perspectiva juspositivista: a incompletude. Do problema da incompletude derivam as lacunas normativas, diante da impossibilidade do sistema abarcar todos os fatos jurídicos da sociedade.<sup>7</sup>

A conclusão lógica derivada da teoria das fontes, conforme magistério de Miguel Reale, é que os precedentes judiciais, entendidos como fatos a serem valorados, são, em essência, fontes motrizes da norma jurídica jurisprudencial, inaugurada neste esteio pela aplicabilidade, na seara eleitoral, da estipulação do art. 15 do Código de Processo Civil.<sup>8</sup>

Norberto Bobbio denomina o fenômeno das lacunas normativas de “zona intermediária”, com solução preestabelecida nos ordenamentos e, no contexto do Direito Eleitoral, a norma inserta no artigo 15 da Lei nº 13.105/2015 – Código de Processo Civil – estabelece a função integrativa para determinadas lacunas.<sup>9</sup>

O art. 15 do Código de Processo Civil prescreve, *in verbis*:

Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.<sup>10</sup>

Tal previsão é justamente o complemento para a “zona intermediária” porventura existente na aplicação da norma eleitoral, no caso de lacunas normativas.

A supletividade expressa a possibilidade de incompletude da norma eleitoral instrumental diante do caso concreto. Naturalmente, por incompletude se entende a previsão normativa parcial no processo eleitoral, requerendo

6 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

7 BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2003.

8 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

9 BOBBIO, *op. cit.*

10 BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

para a efetividade instrumental o preenchimento da lacuna através do processo civil.

Já a subsidiariedade faz nascer a necessidade da aplicação da previsão processual subsidiária *in totum*; requer a inexistência de norma processual eleitoral anterior, caso em que será utilizada a norma processual civil em sua integridade e cogência.

Da previsão do precedente judicial como fonte de direito no Código de Processo Civil, destaca-se a preocupação do legislador com a estabilidade da jurisprudência, e, diante da aplicabilidade dos precedentes judiciais na produção da norma eleitoral, extrai-se a relevância da consideração dos fatos jurídicos predecessores da decisão judicial eleitoral. Nesse sentido, o art. 926 do Código de Processo Civil assere:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

[...]

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.<sup>11</sup>

Da estipulação supra extrai-se o dever dos tribunais, e, neste contexto de instrumentalidade, do Código de Processo Civil ao Direito Eleitoral instrumental decorre a força do precedente como fonte do Direito Eleitoral, no âmbito da jurisprudência dos seus tribunais.

Nas lacunas normativas na esfera eleitoral, o magistrado encontra-se diante da necessidade inafastável de pronunciamento. Desta congruência, adstrição e vedação ao *non liquet*, o juiz depara-se com a função integradora da lacuna jurídica por meio do precedente judicial, nos termos do art. 15 do Código de Processo Civil vigente.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É irrefutável que a força do precedente judicial é fator preponderante para o fortalecimento da jurisprudência dos tribunais eleitorais no esteio da sua projeção sobre a própria lei no sentido estrito, ganhando nova forma e

11 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

poder com a estipulação positiva, mesmo que suplementar do Código de Processo Civil.

Da abertura jurídica ao diálogo das fontes normativas, principalmente utilizando as experiências de outros sistemas, a exemplo da *common law*, o aprimoramento das instituições que velam pela ordem e segurança jurídica nas decisões se consolida, uma vez que o direito é mutável e deve seguir o curso histórico e social.

Dessa forma, o desafio proposto a título de aplicabilidade da fonte precedencial na seara eleitoral não termina na análise jurídico-doutrinária. Evidente que tal assertiva seria insuficiente para responder aos novos desafios que a força dos precedentes judiciais inaugura na jurisprudência dos tribunais eleitorais.

Trata-se de desafio também de cunho político, no sentido de que a função dos juízes encontra na força dos precedentes a necessidade de reavaliação constante da função do tribunal eleitoral na construção da norma, no esteio de todo contexto histórico e social que a função requer.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html)>. Acesso em: 04 jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2 ed. Bauru, SP: Edipro, 2003.

DIDIER JR., Fredie. *Editorial-49*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>. Acesso em: 15 de junho de 2017.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo. Saraiva, 1999.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2014. Volume único.





# Jurisprudência

**EJE**

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



**Abuso de poder**



## ACÓRDÃO

**RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 418-63.2012.6.14.0051 – CLASSE 32**  
**MUNICÍPIO: RONDON DO PARÁ – PARÁ**

**Relator:** Ministro Gilmar Mendes

**Recorrentes:** Shirley Cristina de Barros Malcher e outro

**Advogados:** Rafael Moreira Mota – OAB nº 17162/DF e outros

**Recorrida:** Coligação Fé, Democracia, Justiça e Desenvolvimento

**Advogados:** Gabriela Rollemberg – OAB nº 25157/DF e outros

**Assistente da recorrida:** Edilson Oliveira Pereira

**Advogados:** Carolina Louzada Petrarca – OAB nº 16535/DF e outros

ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. VICE-PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DO PODER POLÍTICO E ECONÔMICO. ART. 22 DA LC Nº 64/1990. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/1997. ABUSO DO PODER POLÍTICO E ECONÔMICO.

1. A grave sanção do art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 exige a presença de provas lícitas e seguras que indiquem todos os requisitos previstos nessa norma, sendo que a ausência de qualquer deles deve, obrigatoriamente, levar à improcedência do pedido.

2. Na espécie, o autor da ação não se desincumbiu de demonstrar o especial fim de agir, consubstanciado no condicionamento da entrega do benefício à obtenção do voto, bem como a ciência, ou ao menos a anuência, dos representados da ocorrência da prática de captação ilícita de sufrágio realizada por interposta pessoa.

3. Para a procedência do pedido em ação de investigação judicial eleitoral pela prática do abuso de poder político e econômico, os fatos devem ser graves o suficiente para ferir o bem jurídico protegido pela norma do art. 22 da LC nº 64/1990, qual seja: a lisura e a normalidade do pleito.

4. *In casu*, o TRE/PA reconheceu o abuso do poder político pelos recorrentes, candidatos à reeleição, em razão de esses patrocinarem o transporte indiscriminado de pessoas em micro-ônibus contratado pela prefeitura para servir, exclusivamente, a pessoas enfermas.

5. A conduta foi praticada de forma reiterada durante o período eleitoral, nele intensificando-se, o que levou o Regional a concluir não se tratar de algo alheio à campanha eleitoral, tendo nela repercutido seus graves efeitos.

6. Recurso especial parcialmente provido para afastar a condenação em multa, aplicada com base no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, mantida a cassação dos diplomas e a multa individual, no valor de 100.000 (cem mil) UFIRs, pela prática do abuso do poder político.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em dar parcial provimento para afastar a condenação de multa, aplicada com base no art. 41-A da Lei 9.504/1997, mantida a cassação dos diplomas e a multa individual no valor de 100.000 (cem mil) UFIRs, pela prática do abuso do poder político, nos termos do voto do relator.

Brasília, 16 de agosto de 2016.

MINISTRO GILMAR MENDES – RELATOR

## RELATÓRIO

454

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhores Ministros, a Coligação Fé, Democracia, Justiça e Desenvolvimento (PMDB/PPS/PSC/PSB/PTdoB/DEM) ajuizou ação de investigação judicial eleitoral contra Shirley Cristina de Barros Malcher e Pedro Dias dos Santos Filho, eleitos prefeita e vice-prefeito do Município de Rondon do Pará/PA, nas eleições de 2012, imputando-lhes a prática de captação ilícita de sufrágio e abuso de poder político e econômico.

Narra a inicial que a Prefeitura do Município de Rondon do Pará/PA, durante o período eleitoral e de forma reiterada, realizou o transporte irregular de pessoas/eleitores no micro-ônibus contratado exclusivamente para transportar gratuitamente pacientes que necessitavam submeter-se a procedimento de hemodiálise ou realizar cirurgia de catarata no Município de Marabá/PA, configurando a utilização indevida de servidores e bens públicos em prol da candidatura à reeleição de Shirley Cristina de Barros Malcher e Pedro Dias dos Santos Filho.

O juízo de 1º grau julgou procedente o pedido formulado na ação, e condenou os representados, nos termos do art. 73, incisos I, II, IV, c.c. os §§ 1º, 5º e 7º, à cassação dos diplomas e pagamento de multa no valor de 100.000 (cem mil) UFIRs. Reconheceu, também, caracterizado o ilícito eleitoral capitulado no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, aplicando-lhes multa

no valor de R\$53.205,00 (cinquenta e três mil, duzentos e cinco reais) (fls. 610-657). **Ao fim, determinou a posse imediata de Edilson Oliveira e Ge-deon Ramos, segundos colocados nas eleições, nos cargos de prefeito e vice-prefeito do município (fl. 656).**

Em 12.2.2015, a referida decisão foi comunicada à Câmara Municipal para que fossem tomadas as providências cabíveis (fl. 705).

Interposto recurso eleitoral (fls. 683-702), o TRE/PA manteve a sentença do juízo *a quo*, em acórdão assim ementado (fl. 761):

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E POLÍTICO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. CONDUTA VEDADA. PROCEDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE PROVA ROBUSTA E SÓLIDA.

1. Houve a prática de transporte irregular de pessoas em micro-ônibus destinado especificamente para o transporte de enfermos de doença renal crônica.
2. O transporte irregular flagrado não se tratava somente de um fato isolado, ao contrário, como se infere do depoimento a seguir, no período eleitoral o transporte irregular de pessoas se intensificou de forma que o micro-ônibus transitava lotado, prejudicando, inclusive, os enfermos debilitados que estavam em tratamento de hemodiálise.
3. Ocorrência da captação ilícita de sufrágio e aplicação das sanções previstas no art. 41-A da Lei das Eleições, haja vista o acervo probatório sólido e robusto apto a demonstrar que a candidata de forma indireta entregou vantagem (passagem) em troca do voto.
4. O abuso de poder político/econômico está presente, pois as provas testemunhais e documentais, composta de depoimentos claros e coerentes demonstraram que houve o uso indevido da máquina pública, como forma de desequilibrar o pleito e auferir vantagem eleitoral, e levam a condenação por captação ilícita de sufrágio, abuso do poder econômico e político.
5. Recurso conhecido e desprovido.

Formalizados os declaratórios (fls. 779-789), foram rejeitados (fls. 803-810).

Seguiu-se a interposição de recurso especial por Shirley Cristina de Barros Malcher e Pedro Dias dos Santos Filho (fls. 817-843), com fundamento no art. 276, inciso I, alíneas *a* e *b*, do Código Eleitoral.

Quanto à prática do abuso de poder político e econômico, argumentam que as provas dos autos não são suficientes para configurá-la, sobretudo em razão de o fato não ter sido grave, já que apenas um pequeno número de pessoas supostamente dele se beneficiaram. Alegam, ainda, que

a suposta irregularidade não causou prejuízo aos serviços prestados aos demais usuários do transporte, pois, mesmo ocorrendo a prática da “carona”, não encontravam dificuldade em embarcar no micro-ônibus para realizar o necessário tratamento de saúde no Município de Marabá/PA.

Em relação à captação ilícita de sufrágio, afirmam que as testemunhas confirmaram não ter havido pedido de votos em troca do benefício ofertado, ainda que de forma indireta, não tendo sido sequer mencionados nomes de candidatos ou distribuído material de campanha durante o transcurso do transporte. Ademais, aduzem que não existe nos autos nenhum indício de que o transporte tenha sido por eles autorizado ou que dele tivessem conhecimento.

Apontam divergência na interpretação da lei entre o acórdão recorrido e os julgados de outros tribunais regionais eleitorais.

Requerem, ao final, seja conhecido e provido o recurso para reformar o acórdão regional e afastar as sanções a eles impostas.

O presidente do TRE/PA admitiu o recurso (fls. 847-852).

Contrarrazões às fls. 857-881.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opina pelo parcial provimento do recurso (fls. 886-890).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (relator): Senhores Ministros, **aprecio, de início, a suposta prática de captação ilícita de sufrágio atribuída aos recorrentes.**

O art. 41-A da Lei nº 9.504/1997<sup>1</sup>, como se sabe, tutela a livre vontade do eleitor, combatendo, com a razoável duração do processo, as condutas ofensivas ao direito fundamental ao voto. Contudo, para se afastar legalmente determinado mandato eletivo obtido nas urnas, compete à Justiça Eleitoral verificar a existência de provas lícitas e seguras que indiquem todos

<sup>1</sup> Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. (Incluído pela Lei nº 9.840, de 1999)

§ 1º Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 2º As sanções previstas no caput aplicam-se contra quem praticar atos de violência ou grave ameaça a pessoa, com o fim de obter-lhe o voto. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 3º A representação contra as condutas vedadas no caput poderá ser ajuizada até a data da diplomação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 4º O prazo de recurso contra decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

os requisitos previstos naquela norma (doar, oferecer, prometer ou entregar alguma benesse, com a finalidade de obter o voto de eleitor individualizado e a participação ou a anuência do candidato), sendo que a ausência de qualquer deles deve, obrigatoriamente, levar à improcedência do pedido.

Esse entendimento, tendo em vista a edição da Lei Complementar nº 135/2010, merece maior atenção e reflexão por todos os órgãos da Justiça Eleitoral, pois o reconhecimento daquele ilícito, além de ensejar a grave sanção de cassação de diploma, afasta o político das disputas eleitorais pelo longo prazo de oito anos (art. 1º, inciso I, alínea j, da LC nº 64/1990<sup>2</sup>).

Conforme ressaltou o Ministro Celso de Mello no julgamento do REspe nº 21.264/AP, rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 27.4.2004,

O reconhecimento desse ilícito eleitoral e a imposição das consequências jurídicas dele resultantes, não obstante analisadas fora de sua dimensão estritamente penal (pois não se cuida, na espécie, de procedimento de índole criminal), não dispensam, para efeito de configuração da conduta vedada pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97, a existência de prova que permita constatar, além de qualquer dúvida razoável, a efetiva participação, direta ou indireta, material ou intelectual, do candidato, nos atos legalmente vedados de captação de sufrágio, em ordem a permitir, no plano da relação de causalidade, que se lhe impute, tanto objetiva quanto subjetivamente, qualquer dos comportamentos de transgressão ao preceito legal em análise. [...]

Meras conjecturas (que sequer podem conferir suporte material a qualquer imputação) ou simples elementos indiciários desvestidos de maior consistência probatória não se revestem, em sede judicial, de idoneidade jurídica. Não se pode – tendo-se presente o postulado constitucional da não-culpabilidade – atribuir relevo e eficácia a juízos meramente conjecturais, para, com fundamento neles, apoiar um inadmissível decreto de cassação do diploma.

Na espécie, o acórdão recorrido reconheceu a captação ilícita de sufrágio por estes termos (fl. 770-771):

Destarte, pela detida análise do conjunto probatório constante nos presentes autos, entendo que a conduta ilícita perpetrada pelos recorrentes também enseja a configuração da prática de captação ilícita de sufrágio, uma vez que o transporte irregular

2 j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

em comento se a [sic] amolda integralmente à conduta ilícita – doar, oferecer, prometer ou entregar vantagem com finalidade de obter o voto pela participação direta ou indireta do candidato, tendo em vista que, o fornecimento de passagens em pleno período eleitoral, ou seja, a entrega da vantagem ocorria por meio da Secretária Municipal de Saúde, na pessoa da Sra. Carla Mileni Siqueira dos Anjos que, como já dito alhures, participava ativamente na campanha de reeleição dos recorrentes. Por oportuno, destaca-se que a troca de favores e supostos atos de benevolência por parte dos candidatos são velhas artimanhas capciosas utilizadas para macular o equilíbrio das eleições, representando, por vezes, a prática de abuso do poder político e econômico e captação ilícita de sufrágio – conduta esta tão repudiada por esta Corte.

Conquanto o acórdão tenha confirmado a prática de captação ilícita de sufrágio, entendo, sem alterar a moldura fática nele delineada, haver fortes razões para modificar a decisão recorrida.

A doutrina e a jurisprudência convergem para o entendimento de que a captação ilícita de sufrágio somente se aperfeiçoa quando presentes, cumulativamente, os seguintes elementos: “(i) a realização de quaisquer das condutas típicas do art. 41-A (i.e., doar, oferecer, prometer ou entregar bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza a eleitor, bem como praticar violência ou grave ameaça ao eleitor), (ii) o fito específico de agir, consubstanciado na obtenção de voto do eleitor e, por fim, (iii) a ocorrência do fato durante o período eleitoral” (AgR-REspe nº 249-60/RS, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.5.2015).

Muito embora verifique, na espécie, a entrega de vantagem a pessoas/eleitores durante o período eleitoral, a toda evidência, a prova é frágil e insuficiente para demonstrar a existência do especial fim de agir, que se revela, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, no condicionamento da entrega do benefício à obtenção do voto. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. FINALIDADE ELEITORAL DA CONDUTA. AUSÊNCIA. DESPROVIMENTO.

1. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a captação ilícita de sufrágio somente ocorre quando evidenciado o fim especial de agir, materializado pela intenção de obter-se o voto, a teor do art. 41-A da Lei 9.504/97.

2. Na espécie, demonstrou-se que o agravado intermediou a compra e venda de materiais de construção

entre determinado estabelecimento comercial e alguns eleitores com restrições de crédito. Todavia, não se comprovou que essa vantagem teria sido oferecida em troca de votos. Dessa forma, o acórdão regional merece reforma, pois não indicou qualquer circunstância de caráter eleitoral associada à conduta do agravado.

3. Agravo regimental não provido.

(AgR-REspe nº 1114-85/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 5.6.2014)

ELEIÇÕES 2008. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE CERVEJAS. EVENTO PÚBLICO DE CAMPANHA. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. DESCARACTERIZAÇÃO. PROVIMENTO.

1. Hipótese em que os fatos delineados no acórdão regional não se prestam para demonstrar a existência do dolo, consistente no especial fim de agir necessário à caracterização do ilícito do art. 41-A, qual seja, o condicionamento da entrega da vantagem – no caso, distribuição de cervejas em praça pública por pessoas ligadas aos candidatos ao pleito majoritário municipal, após a realização de evento público de campanha – à obtenção do voto do eleitor.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REspe nº 13660-59/BA, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 17.3.2015)

Firmei essa convicção com base em depoimentos transcritos no acórdão recorrido, os quais revelam que, durante o transcurso da viagem, não houve distribuição de material de campanha ou pedido de apoio à candidatura dos recorrentes por parte dos organizadores do transporte, ainda que de forma velada.

Nessas circunstâncias não se pode presumir que a benesse tivesse como contrapartida o voto dos beneficiários, mesmo porque a prova apta a configurar a conduta do art. 41-A da Lei das Eleições, conforme pacífica jurisprudência desta Corte, deve ser cabal, inconteste, ante as graves consequências que decorrem do reconhecimento da prática do ilícito. Confira-se:

AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL. ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PRELIMINARES DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ELEITORAL REJEITADAS. APREENSÃO DE CESTAS BÁSICAS ANTES DA DISTRIBUIÇÃO.

PARTICIPAÇÃO OU ANUÊNCIA DOS CANDIDATOS. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. AGRAVOS DESPROVIDOS.

1. Possibilidade de transformação do prazo recursal de 24 horas em um dia. Considera-se encerrado o prazo na última hora do expediente do dia útil seguinte.

2. O prazo para recorrer começa com a publicação da decisão no órgão oficial, sendo prematuro o recurso que a antecede, salvo se se provar o conhecimento anterior das razões de decidir. Precedentes.

**3. Para a configuração da captação ilícita de sufrágio, é necessária a demonstração cabal de entrega ou promessa de benesse em troca de votos, além da comprovação da participação direta ou indireta do candidato beneficiário nos fatos tidos por ilegais. Precedentes.**

4. É facultado ao relator apreciar, monocraticamente, a admissibilidade e o próprio mérito de pedido ou recurso, nos termos do art. 36, § 6º, do RITSE.

5. Agravos regimentais desprovidos.

(REspe nº 42106-56/PA, rel. Min. Marcelo Ribeiro, julgado em 3.8.2010 – grifos nossos)

460

Faço notar, ainda, que o Procurador-Geral Eleitoral, ao opinar sobre a matéria *sub examine*, afirmou (fl. 890):

[...] Isso porque, salvo engano, não há, no acórdão recorrido, qualquer elemento que permita concluir que a vantagem fornecida aos eleitores constituiu preço pago pelo voto, como exige o art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Com efeito, não há nenhuma evidência de que os eleitores beneficiados eram induzidos a votar nos recorrentes, seja por meio de pedido direto de votos, ou indiretamente mediante distribuição de material de campanha ou divulgação da imagem dos candidatos supostamente favorecidos. E, salvo melhor juízo, não há captação ilícita de sufrágio na conduta se não está subentendida a barganha, o negócio – que envolve o voto, por um lado, e o pagamento de certo preço, por outro [...].

Nesse contexto, ao contrário do que concluiu o Tribunal de origem, as circunstâncias presentes no caso reforçam a ideia de que, conquanto manifestamente reprovável sob a ótica do Direito Administrativo, o fato não pode ser, a fôrceps, tipificado no art. 41-A da Lei das Eleições.

Em arremate, ressalto, como já fiz em diversas oportunidades, a importância de a procedência da ação vir acompanhada de provas robustas, pois, com a edição da Lei da Ficha Limpa, a condenação pelo abuso de poder passou a ensejar, além da grave sanção de cassação de diploma, o afastamento do político das disputas pelo longo prazo de oito anos (art. 1º, inciso I, alínea d, da LC nº 64/1990).

No que concerne à prática do abuso de poder político, tipificado no art. 22 da LC nº 64/1990, a jurisprudência deste Tribunal vem reconhecendo-a nas situações em que fica caracterizado que o “agente público, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade da disputa e a legitimidade do pleito em benefício de sua candidatura ou de terceiros” (REspe nº 555-47/PA, rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 4.8.2015).

O TRE/PA entendeu pela sua configuração ao verificar ter havido desvio de finalidade na prestação de serviço público – transporte de enfermos em micro-ônibus para tratamento de saúde em outro município –, decorrendo daí a obtenção indevida de vantagem eleitoral e a violação da legitimidade do pleito.

A respeito do desvio de finalidade, extraio do acórdão recorrido (fls. 766-768):

Consta nos autos que, a partir de denúncias reiteradas direcionadas ao juízo eleitoral sobre a desvirtuação da utilização do transporte que deveria ser destinado exclusivamente aos enfermos do município de Rondon do Pará que necessitam fazer tratamento de hemodiálise no município de Marabá, no dia 18 de setembro de 2012, foi realizada diligência coordenada pelo juízo eleitoral como forma de apurar tais denúncias e foi constatado que, efetivamente, no micro-ônibus **estavam sendo transportadas pessoas/eleitores que não se dirigiam à Marabá para o tratamento de hemodiálise.**

Na ocasião do flagrante, foram colhidas, pelo juízo eleitoral, as declarações do motorista e das pessoas que nele se encontravam e, quando da instrução do processo, as mesmas prestaram depoimento em juízo que, inexoravelmente, confirmaram as denúncias.

[...]

Com relação às pessoas que se dirigiam à Marabá no micro-ônibus para atender necessidades meramente pessoais, destacamos os seguintes depoimentos:

Fls. 361/365 – Sra. Raimunda Santos Lima: [...] **Que a declarante ia se dirigir ao INSS de Marabá para ser testemunha em um caso de sua amiga que está com pendência no INSS sobre auxílio doença.** [...]

Fls. 336/340 – Sra. Claudiana Silva França: Que na data

18/09/2012, por volta das 3h40 horas a declarante pegou um micro-ônibus do município de Rondon do Pará Placa JVO-3584 [...]: **Que a declarante ia se dirigir ao INSS de Marabá para fazer entrevista de salário maternidade.** [...]

Fls. 368/371 – Sr. Fernival Vieira da Conceição: Que na data 18/09/2012, por volta das 03h:00 o declarante pegou um micro-ônibus do Município de Rondon do Pará Placa JVO-3584, próximo ao colégio “Brasileirinho”; **Que não possui qualquer doença; Que não faz tratamento de saúde na cidade de Marabá; Que ia pra Marabá procurar emprego em Rondon do Pará;** [...]

A meu ver, não há dúvidas de que a conduta praticada implicou manifesto desvio de finalidade, tendo em conta que não se pode conceber um serviço público dirigido exclusivamente a enfermos ser utilizado por pessoas sãs para satisfação de interesses pessoais, sob pena de deterioração da qualidade do próprio serviço e o não cumprimento da finalidade pública.

Embora explícita a irregularidade administrativa, há que se verificar a existência de um liame entre o ocorrido e o pleito eleitoral, pois do contrário não caberia ao Direito Eleitoral censurá-la.

A Corte Regional assentou:

462

Depreende-se dos autos que, entre os passageiros enfermos com doença renal crônica, havia pessoas que estavam se dirigindo à Marabá apenas para consultas rotineiras, além de outras 3 (três) pessoas sendo transportadas sem qualquer doença. **E sobre este ponto, constata-se que o transporte irregular de pessoas se intensificou de forma que o micro-ônibus transitava lotado, prejudicando, inclusive, os enfermos debilitados que estavam em tratamento de hemodiálise.**

Nesse sentido, vejamos o depoimento do paciente com doença renal crônica, Sr. Antônio Moraes Rodrigues:

Fls. 273/275: **Que em 2012 o micro-ônibus que levava os pacientes para a cidade de Marabá, visando fazer hemodiálise, além de transportar pacientes com doença renal crônica, levava mais gente, não apenas pacientes para fazer hemodiálise. Que a testemunha era um dos que reclamava para que não demorasse para retornar para Rondon depois da sessão de hemodiálise, para aguardar a chegada de outras pessoas que não estavam doentes e queriam voltar de Marabá para Rondon, porque após a sessão de hemodiálise saíam bastante debilitados:** Que na ida de Rondon para Marabá era maior o número de pessoas que não estavam doentes e que, mesmo assim, eram transportadas pelo micro-ônibus de Rondon para Marabá;

**Que em algumas vezes o micro-ônibus saia de Rondon do Pará com os pacientes da hemodiálise lotado, com outras pessoas que não iriam fazer o tratamento.** Que o micro-ônibus parava em frente ao hospital deixava os pacientes da hemodiálise e que “as pessoas que não iam fazer o tratamento de hemodiálise desapareciam”; Que não sabe informar o que as pessoas que utilizavam o micro-ônibus de Rondon do Pará – junto com os pacientes renais – iam fazer especificamente na cidade de Marabá; [...] Que afirma novamente após a apreensão efetuada na cidade de Abel Figueiredo, nas sessões posteriores, embarcava no micro-ônibus pacientes com doença renal e seus acompanhantes, ou seja, após o ocorrido, o micro-ônibus não carregou outras pessoas, além dos doentes renais e seus acompanhantes”. [...] **Que durante o período eleitoral de 2012 aumentou o número de pessoas que – mesmo sem ter problemas renais – passaram a embarcar no micro-ônibus de Rondon do Pará com destino à Marabá, e vice-versa, que tem certeza disso** [...].

[...]

Destarte, é fato indene de dúvidas que houve a prática de transporte irregular de pessoas em micro-ônibus destinado especificamente para o transporte de enfermos de doença renal crônica. **Extrai-se dos autos, ainda, que tal irregularidade era prática reiterada em pleno período eleitoral e era subvencionada pela Secretaria Municipal de Saúde, na pessoa da Sra. Carla Mileni Siqueira dos Anjos, a qual, como se depreende do depoimento a seguir embora declare o desconhecimento da presença de pessoas no micro-ônibus sem necessidade de tratamento de hemodiálise, atuou ativamente na campanha de reeleição dos recorrente;** Vejamos:

Fls. 270/271 – Sra. Carla Mileni Siqueira dos Anjos: [...] **Que a testemunha participou ativamente na campanha eleitoral de 2012, apoiando a candidata à reeleição ao cargo de prefeita Shirley Cristina de Barros Malcher e vice-prefeito Pedro Dias;** Que a testemunha participava das carreatas, de passeatas, possuía bandeiras dos candidatos, pedia votos para ambos, que entregava santinhos dos referidos candidatos [...]; Que a depoente após o seu trabalho se dedicava bastante a angariar votos para os candidatos acima citados [...].

Percebe-se, portanto, que o arcabouço probatório é sucedâneo a comprovar que houve a prática de abuso de poder político e econômico por parte dos recorrentes na presente AIJE. Com efeito, as provas testemunhais e documentais demonstraram que houve o uso indevido da máquina pública, como forma de desequilibrar o pleito e auferir vantagem eleitoral por meios

totalmente avessos aos princípios que protegem a lisura das Eleições. (Grifos nossos)

Destaco que, desde a entrada em vigor da LC nº 135/2010, que introduziu o inciso XVI no art. 22 da LC nº 64/1990, não mais se exige, como requisito indispensável para a caracterização do abuso, a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas, sim, quão graves são as circunstâncias que o caracterizam.

Sob esse enfoque, é de se notar, com base no quadro fático delineado no acórdão regional, que o ilícito praticado não se tratou de um fato isolado, como afirmam os recorrentes, mas, sim, de uma prática reiterada durante o período eleitoral, ocasião em que, segundo as testemunhas, o micro-ônibus transitava lotado. Mais ainda, que a irregularidade se intensificou durante a campanha, o que leva a concluir, como fez o Regional, não se tratar de algo alheio à campanha eleitoral, tendo nela repercutido seus efeitos.

Ademais, embora o acórdão recorrido esforce-se em demonstrar o conhecimento dos fatos pelos recorrentes, destacando a atuação concomitante da Sra. Carla Mileni Siqueira dos Anjos, secretária municipal de saúde, como protagonista dos acontecimentos e cabo eleitoral dos representados, esse requisito é despiciendo, visto que, para subsunção do fato à norma do art. 22 da Lei das Inelegibilidades, não se exige a anuência do candidato beneficiado quanto ao abuso perpetrado, mas, tão somente, que dele tenha haurido benefícios (REspe nº 1-62/RN, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 3.11.2015).

Por essas razões, não há como modificar a conclusão a que chegou o acórdão regional, que reconheceu a prática de abuso de poder pelos recorrentes, sem o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado nesta instância especial, nos termos das Súmulas nºs 7/STJ e 279/STF.

Ante o exposto, **dou parcial provimento ao recurso especial para afastar a multa no valor de R\$53.205,00 (cinquenta e três mil, duzentos e cinco reais), aplicada com base no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, mantidas a cassação dos diplomas e a multa individual no valor de 100.000 (cem mil) UFIRs, pela prática do abuso de poder político.**

## ACÓRDÃO

### AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 11-70.

2013.6.19.0152 – CLASSE 32 - BELFORD ROXO – RIO DE JANEIRO

**Relator:** Ministro Luiz Fux

**Agravante:** Ministério Público Eleitoral

**Agravados:** Reginaldo Ferreira Gomes e outro

**Advogados:** Filipe Orlando Danan Saraiva – OAB nº 159011/RJ e outros

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO ELEITORAL. VICE-PREFEITO. VEREADOR. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE DA CONDUTA DOS CANDIDATOS. INEXISTÊNCIA DE PROVAS CONTUNDENTES E INCONTESTES. POSSIBILIDADE DE REVALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS DELINEADOS NO ACÓRDÃO REGIONAL EM SEDE EXTRAORDINÁRIA. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO ATACADA. DESPROVIMENTO.

1. O abuso de poder (i.e., econômico, político, de autoridade e de mídia) reclama, para a sua configuração, uma análise pelo critério qualitativo, materializado em evidências e indícios concretos de que se procedera ao aviltamento da vontade livre, autônoma e independente do cidadão-eleitor de escolher seus representantes.

2. O critério quantitativo (i.e., potencialidade para influenciar diretamente no resultado das urnas), conquanto possa ser condição suficiente, não se perfaz condição necessária para a caracterização do abuso de poder econômico.

3. O fato de as condutas supostamente abusivas ostentarem potencial para influir no resultado do pleito é relevante, mas não essencial. Há um elemento substantivo de análise que não pode ser negligenciado: o grau de comprometimento aos bens jurídicos tutelados pela norma eleitoral causado por essas ilicitudes, circunstância revelada, *in concreto*, pela magnitude e pela gravidade dos atos praticados.

4. *In casu*,

a) O Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, de modo a afastar a imputação de captação ilícita de sufrágio, de-

vido à ausência de provas, e manter, todavia, a cassação do diploma e a inelegibilidade decorrente do abuso de poder econômico, consoante o previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990;

b) Extrai-se do aresto regional que a Corte *a quo* lastreou a condenação em meras presunções, estabelecendo apenas que o vínculo entre o Autor e a escola de samba teria sido supostamente utilizado para aferir vantagem nas eleições. A partir de tal liame, criou-se a suposição de que os entretenimentos organizados pela agremiação serviriam tão somente para beneficiar os então candidatos no prélio eleitoral;

c) Sucede que, na esteira do que venho defendendo nesta Corte, tais ilações e conjecturas despidas de sólido embasamento probatório não podem, de modo algum, subsidiar a caracterização de abuso do poder econômico e, em consequência, atrair as gravosas penas do art. 22, XIV, da LC nº 64/90 (i.e., a cassação do diploma e a inelegibilidade decorrente do abuso de poder);

d) Com isso não quero advogar que se devem desconsiderar indícios e presunções no afã de buscar a configuração da prática ilícita, mas, sim, que a presença de tais elementos, conquanto suficientes para a deflagração de representação por captação ilícita de sufrágio e abuso de poder econômico, são insuficientes para atrair as penalidades do art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990. Em suma: impõe-se que o magistrado logre comprovar, de forma analítica e extremamente minuciosa, como as irregularidades impactaram na igualdade de oportunidades e na higidez da competição eleitoral, e, ainda, se há (ou não) gravidade na conduta praticada pelos representados. E *in casu* isso não ocorreu. Ressalto que idêntico posicionamento foi por mim adotado ao prover o recurso de João Carlos Julião nos autos da Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 12-55/RJ.

5. O reenquadramento jurídico, que não se confunde com o reexame do arcabouço fático-probatório, é possível, em sede extraordinária, por tratar-se de *quaestio iuris*.

6. No caso *sub examine*, a partir do delineamento fático apresentado, percebe-se que o equacionamento da questão não diz respeito ao reexame do complexo fático-probatório acostado aos autos (o que reclamaria a formação de nova convicção acerca dos fatos narrados),

mas o eventual reenquadramento jurídico dos fatos, providência que, aí sim, se coaduna com a cognição realizada nesta sede processual.

7. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 22 de novembro de 2016.

MINISTRO LUIZ FUX – RELATOR

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhores Ministros, trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Eleitoral contra decisão monocrática de fls. 712-719, mediante a qual dei provimento ao agravo regimental interposto por Reginaldo Ferreira Gomes e Rodrigo Ferreira Gomes para, no mérito, dar provimento ao recurso especial eleitoral. Eis a síntese do pronunciamento ora agravado (fls. 712):

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL COM AGRAVO. REPRESENTAÇÃO ELEITORAL. VICE-PREFEITO. VEREADOR. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE DA CONDUTA DOS CANDIDATOS. AUSÊNCIA DE PROVAS CONTUNDENTES E INCONTESTES. ERRO MATERIAL. RECONSIDERAÇÃO. AGRAVO PROVIDO PARA, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO A RECURSO ESPECIAL ELEITORAL.

Inconformado com a decisão supra, o Ministério Público Eleitoral interpõe o presente agravo regimental (fls. 723-728), no qual sustenta que *“a análise detida do acórdão regional mostra que a decisão condenatória proferida pelo TRE-RJ está fundamentada em sólido lastro probatório de que a escola de samba ‘Inocentes de Belford Roxo’, dirigida pelos recorridos, foi utilizada para fomento da campanha eleitoral, considerando as seguintes práticas: utilização de camisetas da escola de samba com propaganda dos representados; menção na propaganda eleitoral de que a escola de samba seria instrumento para atrair novos investimentos para o município e empregos para a população; utilização de slogan eleitoral em material gráfico da escola; promoção pessoal dos candidatos na revista da agremiação, sem olvidar a realização de festas, eventos musicais, ‘showmícios’ e até a realização da*

*convenção partidária na quadra da escola de samba” (fls. 724-725).*

*Assevera que “o acórdão regional não está lastreado em meras presunções e suposições, mas em fatos devidamente comprovados nos autos, e, em grande parte, registrados por meio de publicações, vídeos e áudios que instruem a demanda e foram exaustivamente apreciados pelo TRE-RJ” (fls. 726).*

*Aduz que, “diante desse contexto, irrecusável que a referida conduta causou desequilíbrio na disputa eleitoral, uma vez que, prevalecendo-se do poder econômico, os recorridos serviram-se da estrutura de escola de samba, de forte tradição no município de Belford Roxo, para angariar os votos dos cidadãos, por meio da entrega e promessa de vantagens” (fls. 726-727).*

Pugna, por fim, pelo provimento do agravo, em juízo de retratação ou por deliberação colegiada (fls. 728).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Senhores Ministros, a presente irresignação não merece prosperar.

*Ab initio*, o presente agravo foi interposto tempestivamente e está assinado por membro do Ministério Público Eleitoral. Contudo, a irresignação não merece prosperar.

Em que pesem os argumentos esposados nas razões deste agravo, verifico que são insuficientes para acarretar a modificação do *decisum* objurgado, o qual deve ser mantido por seus próprios fundamentos, *in verbis* (fls. 715-719):

*Ab initio*, assento que foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, uma vez que a peça do agravo foi protocolada dentro do prazo legal e encontra-se assinada por advogados regularmente constituídos nos autos.

Após melhor examinar as razões do agravo, verifico que os argumentos expendidos pelo Agravante revelam aptidão para ensejar a reforma da decisão hostilizada.

Preliminarmente, é preciso consignar a ocorrência de um erro material no recurso interposto a fls. 624-642, porquanto se nomeou o instrumento processual de ‘Agravamento Regimental’, quando, em verdade, tinha o recurso natureza de agravo nos próprios autos em recurso especial eleitoral.

Por este motivo, desde logo, reconsidero minha decisão de fls. 688-695, para receber o agravo regimental como agravo nos próprios autos em recurso especial eleitoral, e passo a sua análise de mérito.

Estando devidamente infirmada a decisão agravada, dou pro-

vimento ao agravo, nos termos do art. 36, § 4º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, e prossigo ao exame do recurso especial.

No caso *sub examine*, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, de modo a afastar a imputação de captação ilícita de sufrágio, devido à ausência de provas, e manter, todavia, a cassação do diploma e a inelegibilidade decorrente do abuso de poder econômico, consoante o previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990.

Destarte, a partir do delineamento fático apresentado, percebe-se que o equacionamento da questão não diz respeito ao reexame do complexo fático-probatório acostado aos autos (o que reclamaria a formação de nova convicção acerca dos fatos narrados), mas o eventual reenquadramento jurídico dos fatos, providência que, aí sim, se coaduna com a cognição realizada nesta sede processual. Noutros termos, a requalificação jurídica ocorre em momento ulterior ao exame da relação entre a prova e o fato, partindo da premissa de que o fato está devidamente provado.

Captando com (comum) felicidade a distinção supra entre reenquadramento jurídico e o reexame de provas, Luiz Guilherme Marinoni preleciona que 'a qualificação jurídica do fato é posterior ao exame da relação entre a prova e o fato e, assim, parte da premissa de que o fato está provado. Por isso, como é pouco mais que evidente, nada tem a ver com a valoração da prova e com a perfeição da formação da convicção sobre a matéria de fato. A qualificação jurídica de um ato ou de uma manifestação de vontade acontece quando a discussão recai somente na sua qualidade jurídica (...).' (MARINONI, Luiz Guilherme. 'Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário'. In: *Revista Genesis de Direito Processual Civil*. Curitiba, núm 35, p. 128-145). Trata-se, à evidência, de *quaestio juris*, que pode, ao menos em linha de princípio, ser objeto dos recursos excepcionais – extraordinário e especial. *In casu*, extrai-se do aresto regional que a Corte *a quo* lastreou a condenação em meras presunções, estabelecendo apenas que o vínculo entre o Autor e a escola de samba teria sido supostamente utilizado para aferir vantagem nas eleições. A partir de tal liame, criou-se a suposição de que os entretenimentos organizados pela agremiação serviriam tão somente para beneficiar os então candidatos no prélio eleitoral.

Sucede que, na esteira do que venho defendendo nesta Corte, tais ilações e conjecturas despidas de sólido embasamento probatório não podem, de modo algum, subsidiar a caracterização de abuso do poder econômico e, em consequência, atrair as gravosas penas do art. 22, XIV, da LC nº 64/90 (i.e., a cassação

do diploma e a inelegibilidade decorrente do abuso de poder). Com isso não quero advogar que se devem desconsiderar indícios e presunções no afã de buscar a configuração da prática ilícita, mas, sim, que a presença de tais elementos, conquanto suficientes para a deflagração de representação por captação ilícita de sufrágio e abuso de poder econômico, são insuficientes para atrair as penalidades do art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990. Em suma: impõe-se que o magistrado logre comprovar, de forma analítica e extremamente minuciosa, como as irregularidades impactaram na igualdade de oportunidades e na higidez da competição eleitoral, e, ainda, se há (ou não) gravidade na conduta praticada pelos representados. E *in casu* isso não ocorreu.

Ressalto que idêntico posicionamento foi por mim adotado ao prover o recurso de João Carlos Julião nos autos da Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 12-55/RJ.

Além disso, este Tribunal, no julgamento do RO nº 3706-08/RJ, ocorrido em 17/12/2014, para o qual fui designado redator para o acórdão, adotou o mesmo posicionamento.

Esclareço, ainda, inexistir gravidade na conduta dos ora agravantes passível de influenciar na normalidade do pleito eleitoral. De efeito, a jurisprudência desta Corte Superior perfilha o entendimento de que a gravidade da conduta, consubstanciada na aptidão de desequilibrar a igualdade entre os candidatos e afetar a normalidade das eleições, precisa estar demonstrada para a caracterização do abuso de poder, nestes termos: 'o bem jurídico a ser protegido com a proibição do abuso é de titularidade coletiva, sendo suficientes, para demonstrar o liame entre a prática da conduta e o resultado do pleito, a sua gravidade e aptidão para macular a igualdade na disputa' (AgR-Respe nº 8723315-66/RO, Rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 25/6/2014)". Por fim, assento que é preciso prudência quando do ajuizamento das ações eleitorais, e na aplicação das sanções nelas previstas, sob pena de amesquinhar a higidez do processo democrático, máxime porque se pode perpetuar um indesejável cenário de insegurança jurídica. De fato, as inúmeras ações eleitorais não devem ser manejadas com o propósito de macular as escolhas legítimas do eleitor, mas, ao revés, para garanti-las, assegurando, por consequência, a liberdade de voto e, no limite, a legitimidade do processo democrático. Em lapidar lição, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, em sede doutrinária, vaticina:

'A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade do voto envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem, inclusive relativas à escolha de candidatos e partidos em número suficiente para oferecer alternativas aos eleitores.

[...]

A preservação do voto livre e secreto obriga o Estado a tomar inúmeras medidas com o objetivo de oferecer as garantias adequadas ao eleitor, de forma imediata, e ao próprio processo democrático.

Assim, a própria ordem constitucional estabelece a ação de impugnação de mandato [...]. E a legislação eleitoral estabelece uma série de proibições que podem acarretar a cassação do registro do candidato ou do diploma [...].

(MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, p. 704-705).

Assim é que, antes da aplicação das pretendidas sanções por abuso de poder, impõe-se perquirir a existência de prova incontestável de que a conduta imputada possui gravidade suficiente para desequilibrar a disputa eleitoral, sob pena de malferir o direito que se busca resguardar.

Ressalto que, está vinculada a esse recurso a Ação Cautelar nº 0601444-54.2016.6.00.0000/RJ. Dado o vínculo de ancilaridade existente entre o processo principal e o cautelar, julgado aquele, torna-se despiciendo o exame desse, tornando sua análise prejudicada. Diante do exposto, declaro prejudicado o exame da cautelar, em razão da perda superveniente de seu objeto.

*Ex positis*, reconsidero a decisão fls. 688-695 para dar provimento ao recurso.

Com efeito, a moldura fática delineada pelo acórdão regional permite que esta Corte Superior proceda à reavaliação jurídica dos fatos, por tratar-se de *quaestio juris*, a qual pode ser objeto dos recursos excepcionais – extraordinário e especial, não havendo falar em ultraje ao Enunciado de Súmula nº 24 do TSE.

Nesse sentido são os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2014. PROPAGANDA EM *OUTBUS*. AUSÊNCIA DE CONOTAÇÃO ELEITORAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. REVALORAÇÃO JURÍDICA DAS PREMISSAS FÁTICAS DO ACÓRDÃO REGIONAL. POSSIBILIDADE. SÚMULAS 7 DO STJ E 279 DO STF. NÃO INCIDÊNCIA. NÃO PROVIMENTO.

1. A reavaliação jurídica é possível quando as premissas fáticas encontram-se devidamente delineadas no acórdão regional. Precedentes.

2. Na espécie, a publicidade por meio de adesivo fixado

na parte traseira de ônibus (*outbus*) realizada por entidade sindical restringiu-se à mera crítica política voltada à educação, formulada em termos genéricos, sem alusão a eleição, partido político, candidatura, pedido de votos ou outra circunstância eleitoral, ainda que de modo implícito, motivo pelo qual é lícita e acobertada pela liberdade de manifestação do pensamento.

3. Agravo regimental não provido.

(AgR-REspe nº 4400-03/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 20.5.2015); e

RECURSO ESPECIAL. PROGRAMA PARTIDÁRIO. REVALORAÇÃO JURÍDICA DAS PREMISSAS FÁTICAS. PRECEDENTES. PROMOÇÃO PESSOAL. AUSÊNCIA DE BENEFÍCIOS ELEITORAIS NO PRONUNCIAMENTO DE FILIADO. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. O provimento do recurso especial não envolve o reexame dos fatos e provas, mas apenas a sua correta reavaliação jurídica, uma vez que as premissas fáticas que fundamentaram o acórdão recorrido encontram-se devidamente delineadas. Precedentes.

2. O Tribunal Regional Eleitoral do Acre (TRE/AC) reconheceu que não houve pedido de benefícios eleitorais em pleitos futuros na manifestação de filiado veiculada por transmissão televisiva em programa da agremiação.

3. Não há que se falar em promoção pessoal quando inexistir finalidade eleitoral no pronunciamento de filiado em programa partidário.

4. Recurso especial provido.

(REspe nº 34025/AC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 29.11.2013).

Não merece reparo, portanto, a decisão vergastada que, procedendo à reavaliação jurídica dos fatos, averbou a ausência de configuração de abuso do poder econômico pelos ora Agravados, concluindo que a condenação da Corte Regional baseou-se em meras presunções.

Ademais, restou expressamente consignado na decisão obargada que foi criada uma suposição de que os entretenimentos organizados pela agremiação serviriam tão somente para beneficiar os então candidatos no prélio eleitoral.

Nessa toada, não houve a comprovação da prática de abuso de poder econômico apto a afetar o equilíbrio do prélio eleitoral.

Consigno que, para a caracterização do abuso de poder, é indis-

pensável a presença de prova forte, consistente e inequívoca a comprovar o ilícito, o que não se constatou *in casu*.

Neste *iter*, antes de se aplicar as (gravosas) sanções previstas no art. 22 do Estatuto da Inelegibilidade, impõe-se perquirir a existência de prova incontestável da ocorrência do abuso, sob pena de malferir o direito que se busca resguardar.

Ausente a comprovação cabal da prática do ilícito eleitoral, tal como constatei das premissas consignadas no aresto regional, revela-se inviável a imposição das sanções legais aos Agravados.

Nessa toada, cito os seguintes precedentes:

ELEIÇÕES 2012. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. PREFEITO E VICE. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. O Tribunal Regional Eleitoral, por maioria, manteve parcialmente a sentença que julgou procedente ação de investigação judicial eleitoral para cassar os diplomas do prefeito e do vice-prefeito do Município de Santa Adélia/SP, de três vereadores e de um suplente de vereador por entender configurado o abuso do poder econômico decorrente da distribuição de valescombustível no período eleitoral.

2. A ausência de informação sobre gastos eleitorais na prestação de contas parcial não é, por si, suficiente para a caracterização do abuso do poder econômico, pois o efetivo controle e a fiscalização da movimentação financeira das campanhas são realizados a partir da análise da prestação de contas final, admitindo-se, inclusive, que eventual omissão seja sanada em prestação de contas retificadora.

**3. A caracterização do abuso do poder econômico não pode ser fundamentada em meras presunções e deve ser demonstrada, acima de qualquer dúvida razoável, por meio de provas robustas que demonstrem a gravidade dos fatos. Precedentes.**

4. O uso de combustíveis nas campanhas eleitorais é, em princípio, lícito a teor do que dispõe o inciso IV do art. 26 da Lei nº 9.504/97. Para que se possa afirmar a prática de abuso do poder econômico, é necessário que seja demonstrada a massiva e repetitiva distribuição generalizada de combustíveis a eleitores que não fazem parte da campanha dos candidatos ou, eventualmente, a cabos eleitorais e apoiadores (de forma fraudulenta e/ou à margem da prestação de contas), a demonstrar a utilização excessiva de recursos econômicos e a gravidade do ato abusivo, nos termos do inciso XIV do art. 22

da LC nº 64/90.

5. A circunstância peculiar de a chapa dos recorrentes ter sido a única a concorrer nas eleições municipais, sem que houvesse candidaturas adversárias, também se mostra relevante e, junto com as demais circunstâncias verificadas, permite *in casu* que se reconheça a ausência de gravidade do alegado abuso.

Recursos especiais providos para julgar improcedente a ação de investigação judicial em relação a todos os investigados condenados.

Ação cautelar proposta julgada procedente [Grifei].

(REspe nº 51896/SP, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 9.11.2015); e

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2012. VEREADOR. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME. NÃO PROVIMENTO.

**1. Para configuração do abuso do poder econômico, faz-se necessária a comprovação da gravidade das circunstâncias do caso concreto que caracterizam a prática abusiva, de modo a macular a lisura da disputa eleitoral. Precedentes.**

2. No que concerne ao uso indevido dos meios de comunicação, o entendimento jurisprudencial do TSE preconiza que a caracterização do ilícito decorre da exposição massiva de um candidato nos meios de comunicação em detrimento de outros, afetando a legitimidade e a normalidade das eleições. Precedentes.

3. O Tribunal *a quo* consignou que as provas acostadas aos autos conduzem à configuração do abuso do poder econômico e do uso indevido dos meios de comunicação, na medida em que ficou demonstrada a gravidade da conduta perpetrada pelo recorrente em relação à isonomia no pleito, bem como a grande exposição do candidato em programa de televisão, com finalidade de promover sua candidatura. Assentou, ainda, que a propaganda irregular ficou comprovada nos autos. Logo, para modificar essas conclusões, seria necessário o reexame do acervo fático-probatório dos autos, providência que não se coaduna com a via estreita do recurso especial (Súmulas nºs 7/STJ e 279/STF).

4. Agravo regimental desprovido [Grifei].

(AgR-REspe nº 34915/TO, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 27.3.2014).

*Ex positis*, desprovejo este agravo.  
É como voto.



# **Captação Ilícita de Sufrágio**



## ACÓRDÃO

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 131-87.**

**2012.6.17.0093 – CLASSE 32 – VICÊNCIA – PERNAMBUCO**

**Relator:** Ministro Luiz Fux

**Agravante:** Ministério Público Eleitoral

**Agravada:** Joelma Aparecida Gomes de Oliveira

**Advogados:** Rodrigo Rangel Maranhão – OAB: 22372/PE e outros

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. CANDIDATO A VEREA-DOR. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO E ABUSO DE PODER ECONÔMICO. ART. 41-A DA LEI DAS ELEIÇÕES. MÉRITO. CARACTERIZAÇÃO DO ILÍCITO ELEITORAL. INSUFICIÊNCIA DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. EXIGÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS E INCONTTESTES. NECESSIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 24 DO TSE. MANUTENÇÃO DO *DECISUM*. DESPROVIMENTO.

1. A captação ilícita de sufrágio, nos termos do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, aperfeiçoa-se com a conjugação dos seguintes elementos: (i) a realização de quaisquer das condutas típicas do art. 41-A (i.e., doar, oferecer, prometer ou entregar bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza a eleitor, bem como praticar violência ou grave ameaça ao eleitor), (ii) o fito específico de agir, consubstanciado na obtenção de voto do eleitor e, por fim, (iii) a ocorrência do fato durante o período eleitoral (GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 12ª ed. São Paulo: Atlas, p. 725).

2. A demonstração de prova robusta e incontestada da ocorrência do ilícito eleitoral é pressuposto indispensável à configuração da captação ilícita de sufrágio. Precedentes desta Corte.

3. *In casu*, o Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, ao reformar a sentença e afastar a condenação, assentou ser frágil o conjunto probatório acostado aos autos, não sendo possível reconhecer a configuração da captação ilícita de sufrágio por meras ilações e presunções, tampouco o abuso do poder econômico.

479

4. O reexame do arcabouço fático-probatório, que não se confunde com o reenquadramento jurídico dos fatos, revela-se inadmissível na estreita via do recurso especial eleitoral.

5. No caso *sub examine*,

a) o Tribunal de origem consignou ser insuficiente o conjunto probatório para caracterizar o ilícito do art. 41-A da Lei nº 9.504/97 e o abuso do poder econômico;

b) a simples apreensão de camisetas de determinada cor no veículo, onde se encontrava a então candidata a vereadora Joelma Aparecida Gomes de Oliveira, não demonstra, de modo imperativo, que as aludidas camisetas seriam distribuídas aos eleitores. Sequer há nos autos prova do valor do material apreendido.

Aliás, o conjunto probatório dos autos resume-se aos seguintes documentos: (i) Registro de Ocorrência de fls. 17/18, no qual consta a informação quanto à apreensão de ‘camisas azuis (em média duas mil)’; (ii) o auto de apreensão do veículo e de ‘1.656 camisas de malha de cor azul, sem qualquer ilustração’; (iii) fotocópia da Carteira Nacional de Habilitação da Recorrente. Consta, ainda, uma cópia de uma nota fiscal emitida pela Empresa Scarlett Modas à Empresa Maria da Conceição de Lima Paula – ME, cuja veracidade foi questionada e da qual foi feita extração de cópias à Secretaria do Estado de Pernambuco – SEFAZ/PE, para as providências que julgar cabíveis.

Assim, não há elementos suficientes a demonstrar a prática do ilícito eleitoral, até porque as camisetas não possuem qualquer identificação de candidatos ou símbolos, nem há qualquer indício de que seriam distribuídas a eleitores ou cabos eleitorais;

c) superar tal conclusão demandaria a reapreciação das provas acostadas aos autos. Incidência do Enunciado da Súmula nº 24 do TSE.

6. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 18 de outubro de 2016.

MINISTRO LUIZ FUX – RELATOR

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Eleitoral, objetivando a reforma da decisão mediante a qual neguei seguimento ao recurso especial, com fundamento: (i) na necessidade de nova análise do conjunto fático-probatório, inviável na estreita via do recurso especial, por inteligência da Súmula nº 24 do TSE e (ii) na inexistência de provas consistentes e robustas para a configuração da prática da captação ilícita de sufrágio.

O Agravante sustenta que “a alteração da conclusão firmada pela maioria do Tribunal de origem não demanda o reexame de fatos e das provas dos autos, mas apenas o adequado enquadramento jurídico da conduta imputada à agravada, tendo em vista que a narrativa acerca dos fatos está inteiramente delineada no acórdão recorrido (fls. 133/156)” (fls. 206).

Aduz, outrossim, que, “como bem pontuado no voto divergente, transcrito à fl. 149, a candidata não demonstrou que era detentora de qualquer comércio, razão pela qual não se verifica verossimilhança na alegação de que as 1.656 camisas, idênticas, todas elas na cor azul – exatamente a cor do partido pelo qual a candidata disputou o pleito, conforme se infere das notas taquigráficas, à fl. 154 -, seriam destinadas, em período crítico das eleições, a uma atividade comercial. Cabia à investigada, portanto, provar o fato por ela alegado, o que não ocorreu. Dessa forma, as circunstâncias do fato evidenciam que a candidata se valeu do oferecimento de vantagens a eleitores do município, para obter-lhes o voto, conduta essa que se amolda perfeitamente ao ilícito previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/97” (fls. 207-208).

Assevera que “ficou caracterizado o abuso de poder econômico na espécie. Embora na instância a quo tenha prevalecido o entendimento de que a ausência de prova do valor das camisetas apreendidas impossibilitou a aferição da conduta abusiva, é certo que a confecção do elevado número das vestimentas não poderia se dar senão mediante o dispêndio de quantia relevante, no contexto da campanha de um candidato a cargo promocional, em um município de pequeno porte” (fls. 208).

Afirma que, “conforme estabelecido no art. 22, XVI, da LC nº 64/90, a configuração do ato abusivo não depende da potencialidade de o fato alterar o resultado das eleições, e sim da gravidade das circunstâncias

que o caracterizam. E, no caso em apreço, o fato foi grave o suficiente para macular a legitimidade e a normalidade do pleito, considerando a excessiva quantidade de camisas apreendidas (1.656) que seriam destinadas aos eleitores do município de Vicência-PE, a apenas dois dias do pleito” (fls. 208).

Por fim, requer o provimento do regimental, para que, em juízo de retratação por deliberação colegiada, o recurso especial seja provido (fls. 209).

É o relatório suficiente.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Senhor Presidente, o presente apelo não tem condição de êxito.

*Ab initio*, constata-se que o agravo regimental foi interposto tempestivamente e está assinado por membro do Ministério Público Eleitoral.

Entretanto, em que pesem os argumentos expendidos nas razões do regimental, reputo-os insuficientes para ensejar a modificação do *decisum* monocrático, o qual deve ser mantido por seus próprios fundamentos, *in verbis* (fls. 197-202):

A controvérsia travada nos autos gira em torno da configuração (ou não) da prática de captação ilícita de sufrágio – ex vi do art. 41-A da Lei nº 9.504/97<sup>1</sup>, cognominada de Lei das Eleições – e de abuso do poder econômico.

Enquanto modalidade de ilícito eleitoral, a captação ilícita de sufrágio se aperfeiçoa com a conjugação de três elementos: (i) a realização de quaisquer das condutas típicas do art. 41-A (i.e., doar, oferecer, prometer ou entregar bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza a eleitor, bem como praticar violência ou grave ameaça ao eleitor), (ii) o dolo específico de agir, consubstanciado na obtenção de voto do eleitor e, por fim, (iii) a ocorrência do fato durante o período eleitoral (GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, p. 520).

Além desses requisitos, a jurisprudência deste Tribunal Superior pressupõe a existência de provas robustas e incontestes para a configuração do ilícito descrito no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, não podendo, bem por isso, encontrar-se a pretensão ancorada em frágeis ilações ou mesmo em presunções,

<sup>1</sup> Lei nº 9.504/97. Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

nomeadamente em virtude da gravidade das sanções nele cominadas (i.e., cassação do registro ou do diploma, a imposição de multa e, reflexamente, a inelegibilidade do infrator, nos termos do art. 1º, I, j, da LC nº 64/90<sup>2</sup>). Confirmam-se os seguintes precedentes:

‘RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. ELEIÇÕES 2008. PREFEITO E VICE-PREFEITO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. PROVA ROBUSTA. AUSÊNCIA. APREENSÃO DO MATERIAL INDICATIVO DA PRÁTICA ILÍCITA. CONSUMAÇÃO DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSOS PROVIDOS.

1. A potencialidade lesiva da conduta, necessária em sede de AIME, não foi aferida pelo Tribunal de origem, não obstante a oposição de embargos de declaração.

2. Nos termos do art. 249, § 2º, do CPC, a nulidade não será pronunciada nem o ato processual repetido se possível o julgamento do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade.

3. **A aplicação da penalidade por captação ilícita de sufrágio, dada sua gravidade, deve assentar-se em provas robustas.** Precedentes.

4. Interrompidos os atos preparatórios de uma possível captação de votos, não há falar em efetiva consumação da conduta.

5. Recursos especiais providos’. [Grifou-se]

(Respe nº 9582854-18/CE, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 3.11.2011); e

‘AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2008. VEREADOR. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI 9.504/97. PROVA ROBUSTA. AUSÊNCIA. ÔNUS DA PROVA. AUTOR. INVERSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

2 LC nº 64/90. Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; [...].

1. **Segundo jurisprudência do TSE, a condenação pela prática de captação ilícita de sufrágio pressupõe a existência de prova robusta acerca da ocorrência do ilícito, o que não aconteceu nos autos.** Precedentes.

2. Na espécie, os agravados foram condenados pela prática de captação ilícita de sufrágio pelo fato de terem sido encontrados em suas residências cadernos com dados de eleitores e supostas benesses que seriam entregues aos eleitores. Todavia, de acordo com os fatos descritos no acórdão, as testemunhas ouvidas em juízo não confirmaram a ocorrência do ilícito, não havendo nenhum outro indício de que tenha sido praticado algum dos núcleos do art. 41-A da Lei 9.504/97, razão pela qual se infere que os agravados foram condenados por mera presunção, o que não é admitido pela jurisprudência desta c. Corte.

3. De acordo com o art. 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe a quem alega o fato. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem inverteu indevidamente o *onus probandi* ao considerar que os representados não lograram êxito em apresentar provas de que não captaram votos de maneira ilícita.

4. Agravamento regimental não provido'. [Grifou-se] (AgR-REspe nº 9581529-67/CE, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 10.4.2012).

*In casu*, o Tribunal de origem, ao examinar as provas, reformou a sentença do juiz eleitoral por não vislumbrar elementos capazes de configurar a prática da captação ilícita de sufrágio ou do abuso de poder econômico. Acerca da insuficiência probatória, assim se manifestou a Corte *a quo* (fls. 138-141):

‘No tocante à conduta imputada à recorrente, não se vislumbra a ocorrência efetiva de ilícito. Justifica-se: as provas apresentadas pela Coligação recorrida não se mostram aptas a comprová-lo.

A simples apreensão de camisetas de determinada cor no veículo, onde se encontrava a então candidata a vereadora Joelma Aparecida Gomes de Oliveira, não demonstra, de modo imperativo, que as aludidas camisetas seriam distribuídas aos eleitores. Sequer há nos autos prova do valor do material apreendido.

Aliás, o conjunto probatório dos autos resume-se aos seguintes documentos: (i) Registro de Ocorrência de fls. 17/18, no qual consta a informação quanto à apreensão de ‘camisas azuis (em média duas mil)’; (ii) o auto de apreensão do veículo e de ‘1.656

camisas de malha de cor azul, sem qualquer ilustração'; (iii) fotocópia da Carteira Nacional de Habilitação da Recorrente. Consta, ainda, uma cópia de uma nota fiscal emitida pela Empresa Scarlett Modas à Empresa Maria da Conceição de Lima Paula – ME, cuja veracidade foi questionada e feita extração de cópias à Secretaria do Estado de Pernambuco – SEFAZ/PE, para as providências que julgar cabíveis.

Assim, não há elementos suficientes a demonstrar a prática do ilícito eleitoral, até porque as camisetas não possuem qualquer identificação de candidatos ou símbolos, nem há qualquer indício de que seriam distribuídas a eleitores ou cabos eleitorais. [...]

Ademais, conforme anteriormente relatado, não há sequer prova dos valores das camisetas objeto do presente feito, de modo a possibilitar que se verifique se foram utilizados valores exorbitantes, de forma ilegal, extrapolando-se o direito de uso dos recursos financeiros, próprios e de terceiros, por parte dos candidatos.

Outrossim, ainda que, em uma remota hipótese, considere-se que as camisetas seriam de fato utilizadas no dia do pleito, sua apreensão impediu qualquer distribuição que supostamente se pretendia. Assim, não restou comprovada a utilização de recursos financeiros em prol da campanha eleitoral.

[...]

Portanto, não há demonstração cabal de que tenha havido qualquer alteração na vontade do eleitor em virtude de eventual distribuição de camisetas, o que seria de fundamental relevância na configuração do ilícito.

Ademais, dispensa-se a análise da potencialidade lesiva para comprometer a lisura da eleição, pois sequer ficou comprovado o ilícito eleitoral, ou seja, o autor do feito não logrou êxito em comprovar o suposto abuso de poder econômico.

Do mesmo modo, no que se refere a captação ilícita de sufrágio, as imputações lançadas pelo autor carecem de prova robusta e inabalável, de modo a evidenciar a conduta abusiva.

Para a configuração da captação ilícita de sufrágio, é necessário, na esteira da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior Eleitoral, a existência de prova contundente de que de fato a promessa ou entrega da vantagem ao eleitor foi condicionada ao voto no candidato.

[...]

Portanto, seguindo a jurisprudência do TSE, considerando que inexistem provas de que os destinatários das camisas seriam eleitores, entendo que na presente hipótese não restou configurado o ilícito imputado à recorrente'.

Desta forma, ante a delimitação fática realizada pelo Tribunal Regional, que assentou a escassez do conjunto probatório dos

autos para comprovar a prática de captação ilícita de sufrágio e o abuso de poder econômico imputados à Recorrida, revela-se inviável a imposição das sanções previstas no art. 41-A da Lei das Eleições.

Ademais, das premissas fáticas delineadas, percebe-se com meridiana clareza que a inversão do julgado quanto à inexistência de provas hialinas da prática da captação ilícita de sufrágio e do abuso do poder econômico implicaria necessariamente nova incursão no conjunto fático-probatório (i.e., a formação de nova convicção acerca dos fatos), e não o reenquadramento jurídico dos fatos, providência que, aí sim, coadunar-se-ia com a cognição realizada nesta sede processual.

Captando a distinção supra entre reenquadramento jurídico e o reexame de provas, Luiz Guilherme Marinoni preleciona que 'o conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a formação de nova convicção sobre os fatos. [...] a qualificação jurídica do fato é posterior ao exame da relação entre a prova e o fato e, assim, parte da premissa de que o fato está provado. Por isso, como é pouco mais que evidente, nada tem a ver com a valoração da prova e com a perfeição da formação da convicção sobre a matéria de fato. A qualificação jurídica de um ato ou de uma manifestação de vontade acontece quando a discussão recai somente na sua qualidade jurídica' (MARINONI, Luiz Guilherme. 'Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário'. In: Revista Genesis de Direito Processual Civil. Curitiba, núm 35, p. 128-145).

Deveras, para extrair do acórdão regional conclusão diversa da que chegou a Corte a quo, seria necessário proceder ao reexame dos fatos e das provas, o que é defeso às Cortes Superiores, máxime porque não atuam como terceira instância revisora, a teor do Verbete da Súmula-TSE nº 24.

Ademais, observo que o entendimento adotado no acórdão obargado está em consonância com a jurisprudência consolidada por esta Corte, no sentido de que, para a caracterização da captação ilícita de sufrágio, é indispensável a presença de prova consistente e inequívoca a evidenciar o ilícito. Eis alguns precedentes:

'RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PREFEITO E VICE-PREFEITO. ELEIÇÕES 2012.

[...]

8. Conforme reiterados precedentes deste Tribunal Superior, a condenação por captação ilícita de sufrágio, dada a sua

gravidade, demanda a existência de provas robustas e incontestáveis, o que não é o caso dos autos.

[...].

(REspe nº 697-31/MA, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 6.6.2016);

'ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO NOS PRÓPRIOS AUTOS. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AIJE. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. AUSÊNCIA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.

1. Na espécie, o Tribunal *a quo*, instância exauriente na análise dos fatos e provas, entendeu ser insuficiente o conjunto probatório para a condenação dos agravados por captação ilícita de sufrágio e abuso de poder econômico.

2. Diante da moldura fática delineada no acórdão regional, não há como ser modificada sua conclusão, sem o revolvimento dos fatos e provas, o que é inadmissível na via estreita do recurso especial (Súmulas nºs 7/STJ e 279/STF).

3. Segundo a jurisprudência desta Corte, para a caracterização da prática de captação ilícita de sufrágio é necessário a existência de prova robusta, e para a configuração do abuso de poder econômico 'faz-se necessária a comprovação da gravidade das circunstâncias do caso concreto que caracterizam a prática abusiva, de modo a macular a lisura da disputa eleitoral'. (AgR-REspe nº 34915/TO, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 27.3.2014).

4. Agravo regimental desprovido'.

(AgR-AI nº 451-76/PE, Rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 20.11.2014);

'AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CANDIDATOS A PREFEITO E VICE-PREFEITO. CONDUTA VEDADA, CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO E ABUSO DE PODER. DECISÃO REGIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. REEXAME IMPOSSIBILIDADE.

[...].

2. Na hipótese da infração descrita no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, cujas consequências jurídicas são graves, a prova do ilícito e da participação ou anuência do candidato deve ser precisa, contundente e irrefragável, como exige a jurisprudência deste Tribunal.

[...].

Agravo regimental a que se nega provimento'.

(AgR-AI nº 212-84/SE, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 15.10.2014).

*Ex positis*, nego seguimento ao recurso especial, nos termos do art. 36, § 6º, do RITSE.

Com efeito, reafirmo a imprescindibilidade de reexame do conjunto fático-probatório carreado aos autos para que se inverta a conclusão do Tribunal *a quo* quanto à inexistência de provas contundentes da prática de captação ilícita de sufrágio e abuso do poder econômico. Reitero a inviabilidade da medida, ante o óbice plasmado no Enunciado de Súmula nº 24 do TSE<sup>3</sup>.

Demais disso, consoante registrado no *decisum* atacado, a captação ilícita de sufrágio se aperfeiçoa com a conjugação de três elementos: (i) a realização de quaisquer das condutas típicas do art. 41-A (*i.e.*, doar, oferecer, prometer ou entregar bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza a eleitor, bem como praticar violência ou grave ameaça ao eleitor); (ii) o dolo específico de agir, consubstanciado na obtenção de voto do eleitor; e, por fim, (iii) a ocorrência do fato durante o período eleitoral (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12ª Ed. São Paulo: Atlas, p. 725).

Soma-se a esses requisitos a necessidade de existência de provas robustas e incontestes para a configuração do ilícito descrito no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, segundo a jurisprudência deste Tribunal. Vejamos os precedentes nesse sentido:

488

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AIJE. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. PREFEITO E VICE-PREFEITO. PRÁTICA COMPROVADA NOS AUTOS. CASSAÇÃO DOS REGISTROS DE CANDIDATURA E APLICAÇÃO DE MULTA. ORIGINALS. JUNTADA. FAC-SÍMILE. RES.-TSE Nº 21.711/2004. REPRODUÇÃO NÃO OBRIGATÓRIA PELOS TRIBUNAIS REGIONAIS ELEITORAIS. RESOLUÇÃO DE TRE. CONCEITO DE NORMA FEDERAL. NÃO ENQUADRAMENTO. TESE RECURSAL. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282/STF. NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUÍZO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. ART. 219 DO CE. PRIMEIRA OPORTUNIDADE PARA FALAR NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE IRRESIGNAÇÃO. PRECLUSÃO. ACÓRDÃO REGIONAL. ENFRENTAMENTO DAS TESES NECESSÁRIAS À SOLUÇÃO DA CAUSA. OFENSA AO ART. 275 DO CE NÃO EVIDENCIADA. COMPRA DE VOTOS. PROVA TESTEMUNHAL ROBUSTA. POSSIBILIDADE.

3 TSE. Súmula nº 24. Não cabe recurso especial eleitoral para simples reexame do conjunto fático-probatório.

## OUTROS MEIOS DE PROVA. DESNECESSIDADE. DESPROVIMENTO.

1. Nos termos do art. 16 da Res.-TSE nº 21.711/2004, o TRE não está obrigado a observar o disposto nesse regulamento, que trata da dispensa de juntada dos originais no TSE.

2. O enfrentamento da tese recursal nesta instância requer o devido prequestionamento da matéria. Súmula nº 282/STF.

3. A nulidade processual só pode ser pronunciada quando demonstrado o efetivo prejuízo para a parte (art. 219 do CE), devendo ser suscitada na primeira oportunidade que couber à parte se manifestar nos autos, sob pena de preclusão.

4. Se o acórdão regional pontuou os argumentos da defesa necessários à solução da lide, não há falar em omissão. Inocorrência de contrariedade ao art. 275, II, do CE.

5. A captação ilícita de sufrágio pode ser demonstrada exclusivamente com base em prova testemunhal, desde que esta seja harmônica e robusta, caso dos autos.

(AgR-REspe nº 206-28/MG, Rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 25.11.2014); e

## AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. AUSÊNCIA DE PROVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. Consoante jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a condenação por captação ilícita de sufrágio exige prova robusta e não pode ser baseada em mera presunção. Precedentes.

2. Na espécie, a Corte Regional assentou não haver provas de que os agravados tenham fornecido transporte gratuito a eleitores da zona rural de Piripá para a cidade nos dias de feira em troca de votos.

3. Agravo regimental não provido.

(AgR-REspe nº 525-32/BA, Rel. Min. João Otávio de Noronha DJe de 13.11.2014).

*Ex positis*, nego provimento a este agravo regimental.  
É como voto.



## **Contas de Campanha**



## ACÓRDÃO

### **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 726-81.**

**2014.6.25.0000 – CLASSE 32 - ARACAJU – SERGIPE**

**Relatora:** Ministra Luciana Lóssio

**Agravante:** Ministério Público Eleitoral

**Agravada:** Maria Lucia da Costa

**Advogado:** Fabiano Freire Feitosa – OAB nº 3173/SE

ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PARCIAL PROVIMENTO. DEPUTADO FEDERAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. CAMPANHA. IRREGULARIDADES. DOADOR ORIGINÁRIO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO. FONTE NÃO IDENTIFICADA. DESAPROVAÇÃO. PARTIDO POLÍTICO. SANÇÃO. SUSPENSÃO. QUOTAS DO FUNDO PARTIDÁRIO. INAPLICÁVEL. CANDIDATA. LEGITIMIDADE E INTERESSE RECURSAL. PARTIDO POLÍTICO. NÃO PARTICIPAÇÃO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 25 DA LEI Nº 9.504/97. ACÓRDÃO REGIONAL. INTERPRETAÇÃO DIVERSA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO. AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA. DESPROVIMENTO.

1. A legitimidade e o interesse recursal da candidata estão intrínsecos ao alcance e aos efeitos que poderão advir da decisão de origem, ao passo em que estão diretamente vinculados a uma deficiência na sua prestação de contas.
2. É assente no ordenamento jurídico e na jurisprudência do TSE, que a arrecadação de receitas, os gastos e a prestação de contas do candidato e do partido político são autônomas.
3. A interpretação dada ao art. 25 da Lei nº 9.504/97 é restritiva, na medida em que é aplicável somente se o partido político, por ato próprio, der causa às irregularidades apontadas na prestação de contas do candidato.
4. A orientação do TSE é no sentido de que “nos processos de prestação de contas de candidato, não se aplica a sanção de suspensão de quotas de fundo partidário, se a desaprovação da conta não tem, como causa, irregularidade decorrente de ato do partido. Interpretação do parágrafo único do art. 25 da Lei nº 9.504/97”. (REspe nº 5881-33/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 27.10.2015).
5. O acórdão regional deu interpretação diversa ao pará-

grafo único do art. 25 da Lei nº 9.504/97 e puniu equivocadamente o Partido Político. O desacerto na aplicação do direito ao caso concreto constitui *error in iudicando*.

6. Evidente violação ao devido processo legal. Não foi oportunizado ao partido sancionado o contraditório e a ampla defesa, alicerces de envergadura constitucional.

7. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 27 de outubro de 2016.

MINISTRA LUCIANA LÓSSIO – RELATORA

## RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Senhor Presidente, trata-se de agravo interno interposto pelo Ministério Público Eleitoral em face de decisão por meio da qual dei parcial provimento ao recurso especial interposto, tão somente para afastar a sanção de suspensão do repasse das quotas do Fundo Partidário ao Partido Verde (PV).

Na origem, o Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe (TRE/SE) negou provimento ao recurso eleitoral para desaproveitar as contas de campanha de Maria Lúcia da Costa, candidata ao cargo de deputado federal, nas eleições de 2014, e determinou a suspensão do repasse de quotas do Fundo Partidário ao PV.

Eis a ementa do acórdão regional:

PRESTAÇÃO DE CONTAS. ELEIÇÕES 2014. CARGO DE DEPUTADO FEDERAL. ARRECADAÇÃO E APLICAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS EM CAMPANHA ELEITORAL. DETECÇÃO DE IRREGULARIDADES. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DOADOR ORIGINÁRIO. FONTE NÃO IDENTIFICADA. IRREGULARIDADE GRAVE E INSANÁVEL. DESAPROVAÇÃO.

1. Em relação à doação de outros prestadores de contas, partido político e comitê, ausente a indicação da fonte originária da arrecadação, impossível resta a validação da legalidade dessas receitas, razão pela qual seus respectivos valores não podem ser utilizados para custear campanha eleitoral.

2. Portanto, sua detecção na prestação de contas confi-

gura motivo a ensejar sua desaprovação, considerando que o valor não foi irrisório e que não houve devolução espontânea do valor recebido, excludentes catalogadas na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

3. Desaprovação das contas da campanha. (Fl. 87)

Embargos de declaração rejeitados (fls. 116-122).

No recurso especial, a recorrente alegou a impossibilidade de comprovar a origem dos recursos, “*considerando-se que tais gastos não foram efetivamente quitados durante o processo eleitoral pelo candidato Eduardo Amorim, e fazem parte da composição da dívida de campanha, sendo assumidas pelo partido político*” (fl. 126).

Aduziu violação ao art. 5º, incisos LIV e LV, da CF, e ao art. 54, § 4º, da Res.-TSE nº 23.406/2014, ao argumento de que a Corte Regional deixou de observar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Afirmou-se que a suspensão da quota do Fundo Partidário somente poderia se dar na hipótese de a agremiação integrar a lide, o que não ocorreu.

O presidente do Tribunal Regional inadmitiu o recurso pela ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas confrontados, haja vista a sua interposição com base em suposta divergência jurisprudencial.

No agravo de instrumento, sustentou, em síntese, o cabimento do recurso especial com “*fundamento no art. 105, inc. III, letras ‘a’ e ‘c’ da CRFB, face à contrariedade e negativa de vigência da Lei 9.504/97 e, ainda, considerando a interpretação divergente de lei federal dada pelo v. Acórdão vergastado em dissonância com interpretação dada por outros Tribunais*” (fl. 138v).

Pugnou pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com a conseqüente aprovação das contas de campanha.

No mais, reiterou as razões do apelo nobre.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo desprovimento do agravo (fls. 169-173).

Na espécie, dei provimento ao agravo para o exame do recurso especial, ao qual dei parcial provimento, apenas para afastar a sanção de suspensão do repasse das quotas do Fundo Partidário ao PV, mantendo, no mais, o acórdão regional.

No agravo interno, o *Parquet* Eleitoral sustenta, em síntese, que o recurso especial não poderia ter sido conhecido na parte em que a recorrente defende o afastamento da sanção de suspensão das quotas do Fundo Partidário ao PV. Alega recair, na hipótese, manifesta ausência de legitimidade e interesse recursal, ao argumento de que não poderia a candidata pleitear, em nome próprio, interesse alheio.

Contrarrazões ao agravo às fls. 175-181.

É o relatório.

## VOTO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Senhor Presidente, inicialmente destaco que há informação da Secretaria Judiciária de que procedeu à intimação pessoal do Ministério Público Eleitoral, com a entrega dos autos, em 24.9.2016 (fl. 167). No entanto, a Procuradoria Geral Eleitoral após etiqueta de recebimento datada de 26.9.2016, às 17h30min. Considerando que a intimação pessoal do MPE se dá com a entrada dos autos em secretaria, e o agravo interno foi interposto em 29.9.2016, tenho-o por tempestivo, pelo que dele conheço.

Ademais, a legitimidade do Ministério Público para intervir nos autos decorre diretamente do disposto no art. 127 da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte: “*o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”.

Na sequência, para melhor exame das razões recursais, reproduzo a fundamentação da decisão agravada:

Devidamente instruídos os autos e infirmados os fundamentos da decisão agravada, dou provimento ao agravo, com base no art. 36, § 4º, do RITSE, e passo, desde logo, ao exame do recurso especial.

Na espécie, ao contrário do que sustentado nas razões do apelo extremo, observo haver, no acórdão recorrido, fundamentos que, de fato, não permitem a aprovação das contas, ainda que com ressalvas.

Isso porque, segundo consta da moldura fática do *decisum*, a recorrente deixou de indicar, na sua prestação de contas, a origem de parcela dos recursos financeiros arrecadados na campanha eleitoral. Veja-se:

**Em relação à ausência de identificação do doador originário nos recibos eleitorais expedidos em razão de doações providas de outros prestadores de contas e/ou de diretórios municipais**, a exemplo nestes autos das doações estimadas nos valores de R\$ 8.955,22 e R\$ 7.462,68, ambas realizadas pelo candidato Eduardo Alves do Amorim, cujos recibos eleitorais – n<sup>os</sup> SE000005 e SE 000006 – não constam os nomes dos doadores originários, conforme posicionamento já defendido ainda em dezembro do ano de 2014, enxergo as referidas omissões como faltas a justificar a desaprovação das contas.

Observa-se que os recibos eleitorais possuem um campo denominado “Nome do doador originário, de preenchimento obrigatório quando se tratar o doador de partido, comitê ou candidato, isso para que o candidato donatário saiba a origem da doação que foi recebida pelo partido, comitê ou candidato e da qual, posteriormente, foi ele beneficiado.

[...]

Nos recibos apresentados pela candidata aqui interessada, fls. 34/35, vê-se a ausência de indicação do doador originário. Nesse ponto, volto-me ao posicionamento já abraçado por esta relatoria, no sentido de que, de fato, ausente a indicação da fonte originária da arrecadação, impossível resta a validação da legalidade dessas receitas, razão pela qual o valor não poderia ser utilizado para custear referida campanha eleitoral.

[...]

Portanto, esse sim um motivo a ensejar **a desaprovação das contas**, considerando que o valor não foi irrisório e que não houve devolução espontânea do valor recebido, excludentes catalogadas na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

[...]

Portanto, em razão da ausência de identificação do doador originário nos recibos eleitorais expedidos em razão de doações provindas de outros prestadores de contas e/ou de diretórios municipais, deve a presente prestação de contas ser desaprovada.

Por todo o exposto, considerando que a falha compromete a regularidade da prestação de contas, VOTO pela **DESAPROVAÇÃO DAS CONTAS** apresentadas por **Maria Lucia da Costa**, candidata ao cargo de deputado federal, filiada ao Partido Verde (PV), por ocasião das Eleições realizadas em 2014, nos termos do artigo 54, inciso III, da Resolução TSE nº 23.406/2014.

Ainda, considerando as disposições contidas no § 4º, c/c § 3º, última parte, do artigo 54 da resolução normativa mencionada, **determino** a suspensão do repasse de quotas do fundo partidário do Partido Verde (PV), **pelo prazo de 3 (três) meses**, no ano seguinte ao trânsito em julgado desta decisão.

E, por fim, considerando-se como receita cuja origem não foi esclarecida, determino o **recolhimento ao tesouro nacional do valor de R\$ 16.417,90 (dezesseis mil e quatrocentos reais e noventa centavos)**, no prazo de 5 (cinco) dias após o trânsito em julgado da decisão, nos termos do artigo 29, da Resolução TSE nº 23.406/2014. (fls. 90-92) (Grifos no original)

Com efeito, a Corte Regional, instância exauriente na análise fática dos autos, ao apreciar as contas de campanha da candidata, bem como as justificativas por ela apresentadas, assentou que a existência de recursos de origem não identificada comprometeu a sua regularidade, desaprovando-as.

A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de que a prestação de contas *“pressupõe a perfeita identificação da origem de todas as doações recebidas pelo candidato, independentemente de elas serem realizadas em dinheiro,*

*por meio da cessão de bens, produtos, serviços ou qualquer outra forma de entrada financeira ou econômica em favor das campanhas eleitorais”* (REspe nº 1224-43/MS, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 5.11.2015).

Como se vê, além de a descrição fática do acórdão regional não permitir a sua modificação, em razão da vedação contida na Súmula TSE n. 24<sup>1</sup> (Súmula STF n. 279), que versa sobre a impossibilidade de reexame probatório, tem-se, ademais, que o posicionamento regional está em harmonia com o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral sobre o tema em apreço, o que, aliás, afasta a alegação de divergência jurisprudencial, haja vista a incidência, também, da Súmula TSE n. 30 (Súmula STJ n. 83), segundo a qual *“não se conhece de recurso especial eleitoral por dissídio jurisprudencial, quando a decisão recorrida estiver em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral”*.

Além do mais, diante do delineado no acórdão regional – ausência de identificação do doador originário da quantia de R\$ 16.417,90 (dezesesseis mil, quatrocentos reais e noventa centavos) –, ratifico a impossibilidade de aplicação dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que não consta do acórdão regional informação que permita aferir se o percentual apontado como irregular pode ou não ser considerado irrisório ou irrelevante.

Sobre aludido ponto, não obstante a oposição de embargos de declaração, a agravante não instou o Tribunal a quo a esclarecer esse percentual.

De toda sorte, anoto, por oportuno, que *“não incidem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade quando as irregularidades identificadas na prestação de contas inviabilizarem a fiscalização das despesas pela Justiça Eleitoral. Precedentes: AgR-AI nº 507-05, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 3.6.2015; AgR-REspe nº 725-04, rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 18.3.2015; AgR-REspe nº 113-96, rel. Min. Otávio de Noronha, DJe de 18.12.2014”* (AgR-REspe n. 5781-83/SP, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 18.3.2016).

Quanto à aplicação da sanção de suspensão do repasse de novas quotas do Fundo Partidário ao Partido Verde (PV), tenho que a solução adotada pela Corte Regional não está em consonância com a orientação firmada pelo TSE.

É que a jurisprudência desta Corte Superior se consolidou na linha de que, ***“nos processos de prestação de contas de candidato, não se aplica a sanção de suspensão de quotas de fundo partidário, se a desaprovação da conta não tem, como causa, irregularidade decorrente de ato do partido. Interpretação do parágrafo único do art. 25 da Lei nº 9.504/97”***

1 Súmula-TSE nº 24: Não cabe recurso especial eleitoral para simples reexame do conjunto fático-probatório.

(REspe nº 5881-33/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 27.10.2015, grifei).

Nessa mesma linha, cito, ainda, o seguinte julgado:

ELEIÇÕES 2014. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA. DEPUTADO ESTADUAL. CONTAS DESAPROVADAS. SANÇÃO. SUSPENSÃO DE REPASSE DE COTAS DO FUNDO PARTIDÁRIO AO PARTIDO PELO QUAL SE ELEGEU A CANDIDATA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Como vetor interpretativo, é sabido que é concêntrico e não seriado, estanque, o modo de desvelar a norma de um artigo, de sorte que sua cabeça contém a ideia nuclear do mandamento, enquanto parágrafos, incisos e alíneas explicitam desdobramentos da hipótese, todos, no entanto, de aplicabilidade restrita aos contornos definidos no *caput*.

2. A escorreita interpretação do parágrafo único do art. 25 da Lei das Eleições é aquela que, subordinada ao *caput* do dispositivo, prevê a sanção de suspensão de repasses das cotas do Fundo Partidário apenas quando forem da responsabilidade da agremiação as contas prestadas.

3. **Não se aplica ao partido político a sanção de suspensão de repasses de recursos do Fundo Partidário em decorrência da desaprovação da prestação de contas de campanha de seus candidatos apresentada individualmente.**

4. Negado provimento ao recurso.

(REspe nº 5906-46/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 10.11.2015, grifei)

Dessa forma, tenho por inaplicável, à espécie, a sanção de suspensão do repasse de quotas do Fundo Partidário ao PV, devendo o acórdão regional ser reformado nesse ponto, para fazer prevalecer o entendimento do TSE.

Pelo exposto, dou parcial **provimento** ao recurso especial, com base no art. 36, § 7º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, apenas para afastar a sanção de suspensão do repasse das quotas do Fundo Partidário ao Partido Verde (PV), mantendo, no mais, o acórdão regional. (Fls. 161-165)

Na espécie, o agravante se insurge da parte da decisão que afastou a sanção de suspensão das quotas do Fundo Partidário ao PV, ao argumento de ausência de legitimidade e interesse recursal da candidata para recorrer, uma vez que, segundo alega, a decisão regional terá repercussão apenas na esfera da agremiação partidária.

Em princípio, numa visão simplista do contexto dos autos, poder-se-ia afirmar que a candidata estaria desprovida de legitimidade e interesse para buscar a tutela jurisdicional e afastar a sanção aplicada ao partido político.

A questão da legitimidade está fundamentada no fato de que o terceiro interessado só pode ser admitido nos processos eleitorais, com base no art. 996<sup>2</sup> do Novo Código de Processo Civil, quando demonstrar interesse direto na decisão atacada, evidenciado por eventual prejuízo ou puder discutir em juízo como substituto processual.

Já o interesse de recorrer está firmado no binômio necessidade e utilidade. Enquanto a necessidade pressupõe o ajuizamento do recurso como a única forma de se atingir o objetivo, a utilidade reside no fato de a decisão vir a ser proveitosa ao recorrente.

Ocorre que no caso dos autos, a prestação de contas de campanha da candidata foi desaprovada e, por via reflexa e à revelia da agremiação partidária, foi aplicada a sanção de suspensão de 3 (três) meses de novas quotas do Fundo Partidário ao PV, nos termos do parágrafo único do art. 25 da Lei nº 9.504/97.

Não se pode olvidar que a única parte a figurar no polo passivo da presente demanda foi a candidata. O seu interesse recursal deriva do fato de que a desaprovação de suas contas refletiu economicamente no partido político ao qual se encontrava filiada. Tratou-se de decisão sancionatória, aplicada a sujeito passivo estranho ao processo.

Nessa esteira, entendo que a legitimidade e o interesse recursal da candidata estão intrínsecos ao alcance e aos efeitos que poderão advir da decisão de origem, ao passo em que estão diretamente vinculados a uma deficiência na sua prestação de contas.

Ainda que perpetrasse esse óbice, não posso fechar os olhos a outras questões de ordem legal e processual que permeiam o *decisum* regional e que, a meu ver, não se coadunam com a aplicação dialética da lei de regência, nem com a pacífica jurisprudência desta Corte Superior.

Inicialmente, parto do princípio de que é assente no ordenamento jurídico e na jurisprudência do TSE, que a arrecadação de receitas, os gastos e a prestação de contas do candidato e do partido político são autônomas.

Nesse sentido, este Tribunal Superior já assentou no julgamento do REspe nº 859-11/MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que *“as contas dos candidatos e agremiações são inconfundíveis, de maneira que a análise de cada uma delas deve ocorrer de forma autônoma e independente, por isso que as supostas (ir)regularidades apuradas em qualquer delas*

2 Art. 996. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica.

Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual.

*não podem ser trasladadas, de forma açodada e sem escrutínio rígido, para valoração das (ir)regularidades das contas apreciadas no outro processo”.*

Como reforço de ideia, colho excertos do parecer do Ministério Público Eleitoral no REspe nº 5881-33/RJ, no qual traça um paralelo acerca do tema:

[...]

Todavia, não há como considerar que a rejeição de contas de um candidato, afetaria, por si só, os repasses do fundo partidário. A consequência prática dessa interpretação não fica difícil de prosperar – as agremiações partidárias ficariam sem receber suas quotas, na medida em que comumente são vários os casos de rejeição de contas de candidatos numa campanha eleitoral. Não se pode conferir interpretação a um dispositivo legal que integra um complexo normativo que atenta contra os próprios propósitos dos valores que esse sistema se propõe a tutelar. Inviabilizar o repasse de quotas partidárias de modo generalizado implica asfixiar as agremiações, subtraindo-lhes a principal fonte de provisão financeira, num sistema normativo que se propõe a estimular o saudável desenvolvimento dessas organizações.

Além desses aspectos de caráter axiológico, há questões técnicas que devem ser consideradas. Note-se, por exemplo que o partido não integra a relação processual em que o candidato presta contas. Não faria sentido que se rejeitasse as contas do candidato e se impusesse a sanção respectiva ao partido político, que não participou da relação processual.

Destaco aqui, a esse respeito, que esse TSE já decidiu que partido sequer tem interesse (*rectius*: legitimidade recursal) para atuar em processo de prestação de contas de candidato:

[...]

Nota-se que para esse Tribunal a prestação de contas do candidato não implica repercussão **na esfera jurídica da agremiação**, posição diametralmente oposta à da tese sustentada pela parte recorrente em suas razões.

Acrescente-se que a exegese do dispositivo deve respeitar o princípio que garante ao candidato administrar autonomamente suas contas (art. 20 da Lei nº 9.504/97) e prestá-las diretamente à Justiça Eleitoral (art. 28, § 2º, da Lei nº 9.504/97). Pela regularidade das contas responde o candidato e não o partido, salvo se este assumir as contas do candidato.

Nessa linha de raciocínio, é de se observar que a interpretação dada ao art. 25 da Lei nº 9.504/97 é restritiva, na medida em que é aplicável somente se o partido político, por ato próprio, der causa às irregularidades apontadas na prestação de contas do candidato.

Nesse sentido, me manifestei no julgamento do REspe nº 5881-33, acompanhando a Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura e filiando-me ao entendimento da Procuradoria-Geral Eleitoral, conforme se vê das seguintes passagens do meu pronunciamento:

[...]

a controvérsia envolve, em síntese, a aplicação, *in casu*, do disposto no parágrafo único do art. 25 da Lei nº 9.504/97, incluído pela Lei nº 12.034/2009, que teria acrescentado a hipótese de sanção de suspensão do repasse de novas quotas do Fundo Partidário à agremiação cujo filiado tenha prestação de contas de campanha eleitoral desaprovada, total ou parcialmente. Ademais, as contas de campanha eleitoral são prestadas diretamente pelo candidato, não havendo previsão legal de intervenção do partido político nesse procedimento.

A agremiação partidária não poderia, portanto, ser sancionada por atos a ela estranhos e em processo do qual não fez parte. A exceção à regra citada diz respeito apenas à administração financeira da campanha, que pode ser feita por pessoa designada pelo candidato, nos termos do que consignado no voto do Min. Henrique Neves da Silva, relator da Consulta nº 254-76/DF:

[...] a decisão acerca da administração financeira da campanha é atribuída exclusivamente ao candidato, que pode avocar para si tal atividade ou nomear livremente outrem para desempenhá-la, hipótese **em que tal pessoa também deverá assinar a prestação de contas, em conjunto com o candidato**, e será solidariamente responsável pela veracidade das informações prestadas. (Grifei)

Nesse sentido, tem-se, ainda, o disposto no art. 37, § 20, da Lei 9.096/95, que dispõe acerca da sanção de suspensão de novas quotas do Fundo Partidário pela falta de prestação de contas ou sua desaprovação exclusivamente à esfera partidária responsável pela irregularidade.

Além disso, não se admite a intervenção do partido político no processo de prestação de contas do candidato nem na condição de terceiro interessado, porquanto consoante jurisprudência desta Corte, a agremiação partidária não possui interesse recursal para recorrer de decisão proferida em processo de prestação de contas de candidato, *“uma vez que, em tais casos, não há repercussão no resultado do pleito ou na esfera jurídica da agremiação”* (AgR-REspe nº 27741/MG, de minha relatoria, DJe de 27.6.2014).

Portanto, a aplicação do dispositivo só tem cabimento, em casos de irregularidades provocadas pelo partido político ou apontadas em suas contas, mas que tenha repercussão nas contas do candidato, o que não é

a hipótese dos autos.

No ponto, vale registrar que a minha decisão de afastar a sanção de suspensão de quotas do Fundo Partidário aplicada ao PV retratou fielmente o espírito da lei e orientação do TSE, no sentido de que “*nos processos de prestação de contas de candidato, não se aplica a sanção de suspensão de quotas de fundo partidário, se a desaprovação da conta não tem, como causa, irregularidade decorrente de ato do partido. Interpretação do parágrafo único do art. 25 da Lei nº 9.504/97*”. (REspe nº 5881-33/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 27.10.2015).

De fato, o acórdão regional deu interpretação diversa ao parágrafo único do art. 25 da Lei nº 9.504/97 e puniu equivocadamente o Partido Político. Como se vê, o próprio TSE já se pronunciou pela impossibilidade de se aplicar sanção de perda das quotas do Fundo Partidário, em função da desaprovação da prestação de contas de candidato. Logo, o desacerto na aplicação do direito ao caso concreto constitui *error in iudicando*.

Ultrapassada a análise da matéria de fundo, observo, ainda, que não foi conferido ao Partido Verde a oportunidade do contraditório e da ampla defesa, pilares do *due process of law*.

Sobre esses princípios, a constitucionalista, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, na sua obra *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Brasileiro*, leciona, de forma bem didática:

O interessado tem o direito de conhecer o quanto se afirma contra os seus interesses e de ser ouvido, diretamente e/ou com patrocínio profissional sobre as afirmações, de tal maneira que as suas razões sejam coerentes com o quanto previsto no Direito. Na primeira parte se tem, então, o direito de ser informado de quanto se passa sobre a sua situação jurídica, o direito de ser comunicado, eficiente e tempestivamente, sobre tudo o que concerne à sua condição no Direito. Para que a defesa possa ser preparada com rigor e eficiência, há de receber o interessado todos os elementos e dados sobre o quanto se ponha contra ele, pelo que haverá de ser intimado e notificado de tudo quanto sobre a sua situação seja objeto de qualquer processo. Assim, não apenas no início, mas no seguimento de todos os atos e fases processuais, o interessado deve ser intimado de tudo que concerne a seus interesses cogitados ou tangenciados no processo. Tem o direito de argumentar e arrazoar (ou contra-arrazoar), oportuna e tempestivamente (a dizer, antes e depois da apresentação de dados sobre a sua situação jurídica cuidada na espécie), sobre o quanto contra ele se alega e de ter levado em consideração as suas razões. [...]

Do brocardo romano *audiatur et altera pars*, o contraditório significa que a relação processual forma-se, legitimamente,

com a convocação do acusado ao processo, a fim de que se estabeleça o elo entre o quanto alegado contra ele e o que ele venha sobre isso ponderar. Somente na dialética processual é que se afirma o Direito, de tal modo que uma assertiva e a sua contradita combinam os elementos donde o julgador extrai, sem vínculo prévio com qualquer das partes, a sua decisão jurídica. O contraditório garante não apenas a oitiva da parte, mas que tudo quanto apresente ele no processo, suas considerações, argumentos, provas sobre a questão sejam devidamente levadas em conta pelo julgador, de tal modo que a contradita tenha efetivamente e não apenas se ginja à formalidade de sua formalidade de sua presença.

Na hipótese, verifico que a presente demanda não tramitou dentro da normalidade, com evidente violação ao devido processo legal. O TRE/SE não oportunizou ao partido sancionado o contraditório e a ampla defesa, alicerces de envergadura constitucional.

O Supremo Tribunal Federal tem reiterado o seu posicionamento de que a inobservância dessas balizas constitucionais têm, como consequência, a invalidação do julgamento realizado pelo órgão julgador *a quo*, em função da carga irrecusável de prejuízo que lhe é ínsita.

Dessa forma, mantenho o entendimento segundo o qual é inaplicável, à espécie, a sanção de suspensão do repasse de quotas do Fundo Partidário ao PV, pela desaprovação das contas da candidata Maria Lúcia da Costa.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**  
É como voto.

## ACÓRDÃO

### AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 1537-96.

2014.6.05.0000 – CLASSE 32 - SALVADOR – BAHIA

**Relator:** Ministro Luiz Fux

**Agravante:** Ministério Público Eleitoral

**Agravada:** Selma Silva de Oliveira

**Advogada:** Déborah Cardoso Guirra – OAB: 14622/BA

ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA. CANDIDATA. DEPUTADA FEDERAL. NÃO APRESENTAÇÃO DOS EXTRATOS BANCÁRIOS DE TODO O PERÍODO DA CAMPANHA. EXISTÊNCIA DE DOCUMENTOS MÍNIMOS PARA O EXAME DAS CONTAS. VÍCIO QUE ACARRETA A DESAPROVAÇÃO DAS CONTAS. DECISÃO MANTIDA. DESPROVIMENTO.

1. As contas são reputadas como não prestadas (i) quando o candidato/partido não as apresentar no prazo legal e, após devidamente notificado para tal providência, dentro do prazo de 72 horas, permanecer inerte e, também, (ii) quando ausente a apresentação de documentos essenciais que impossibilite em absoluto a análise dos recursos arrecadados e despesas realizadas durante todo o período de campanha, obstruindo a verificação da existência, ou não, de arrecadação e aplicação de recursos na campanha eleitoral, porquanto ausentes elementos mínimos para a formalização do processo de prestação de contas.

2. *In casu*, depreende-se, da análise dos autos, a existência de documentos mínimos que possibilitaram a análise das contas – mediante os quais se verificou inconsistência decorrente do fato de a candidata ter informado o Partido Solidariedade Nacional como doador originário do montante de R\$ 900,00 (novecentos reais), 42,37% das doações (fls. 54) –, razão pela qual, ante as irregularidades apontadas e na linha jurisprudencial desta Corte Superior, devem as contas ser desaprovadas.

3. Como consectário, infere-se do acórdão regional que as falhas constatadas não possuem força para tornar inaptas as contas apresentadas pela Agravada nem, consectariamente, para atrair o julgamento de não prestação, máxime porque não se pode depreender do *decisum* objurgado a ausência de documentos mínimos

que inviabilize em absoluto a aferição da movimentação financeira de campanha.

4. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 6 de outubro de 2016.

MINISTRO LUIZ FUX – RELATOR

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Eleitoral em face da decisão de fls. 132-141, por meio da qual dei parcial provimento ao recurso especial interposto pela ora Agravada, para desaprovar suas contas de campanha.

Em suas razões, o Agravante argumenta, em síntese, que a Agravada, após devidamente intimada das irregularidades, ficou-se inerte em cumprir a obrigação de apresentar documentos essenciais à formação da prestação de contas (art. 40, II, a, e 44 da Resolução-TSE nº 23.406/2014), ensejando, assim, o julgamento de contas não prestadas, art. 54, III, da mesma resolução.

Sustenta que a decisão proferida pela Corte Regional estaria em consonância com o que já foi decidido por este Tribunal no AgR-AI nº 3110-61/GO, nestes termos: “a prestação de contas desacompanhadas dos documentos essenciais para a verificação da movimentação financeira de campanha e com a mera apresentação de demonstrativos com todas as colunas zeradas justifica a aplicação da sanção prevista no art. 54 da Res.-TSE nº 23.406’. *É a hipótese dos autos, pois aqui o prestador não cuidou de apresentar os extratos bancários, impossibilitando a análise das contas*” (fls. 148).

Dessa forma, assevera que “o TRE-BA, soberano na análise do arcabouço probatório, entendeu que a ausência de todos os recibos eleitorais inviabilizou o controle das contas da candidata, sendo certo que infirmar essa conclusão demandaria o reexame da matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ e 279 do STF” (fls. 148), suscitando, assim, o julgamento de contas não prestadas.

Por fim, pleiteia o provimento do agravo regimental, para que seja reconsiderada a decisão que proveu o recurso especial da ora Agravada (fls. 149).

Por sua vez, a Agravada ofereceu, tempestivamente, contrarrazões

(fls. 153-156). Ponderou pela manutenção do *decisum* que rejeitou as suas contas, aduzindo a gravidade do julgamento de não prestação de contas e que, apesar de não ter apresentado o extrato de todo o período da campanha, foram juntados outros documentos que demonstraram a inexistência de despesas.

É o relatório suficiente.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Senhor Presidente, *ab initio*, constato que o agravo subscrito por membro do Ministério Público Eleitoral foi interposto tempestivamente.

Contudo, em que pesem os argumentos expendidos pelo Agravante, assevero que são insuficientes para ensejar a modificação do *decisum* agravado, o qual deve ser mantido, *in verbis* (fls. 134-141):

É o relatório. Decido.

*Ab initio*, o presente agravo foi interposto tempestivamente e encontra-se subscrito por advogada regularmente habilitada (fls. 40).

Estando devidamente infirmada a decisão atacada, provejo o agravo e passo, desde logo, ao exame do recurso especial eleitoral.

Preliminarmente, quanto à nulidade suscitada pela Recorrente de que '[...] não foi intimada para apresentar manifestação sobre o Relatório Final que concluiu pela declaração das contas não prestadas' (fls. 97), observo que o pleito invocado não encontra respaldo na legislação de regência.

Isso porque a Justiça Eleitoral, ao analisar a prestação de contas, apurando indícios de irregularidades, intimará o requerente para cumprir diligências quanto à complementação de dados ou para sanear irregularidades no prazo de 72 horas.

Ressalto que a necessidade de nova intimação decorre quando, da emissão do parecer conclusivo, constata-se irregularidade e/ou impropriedades sobre as quais não foi dada oportunidade de defesa ao prestador. Nessa hipótese, a Justiça Eleitoral deve intimar o prestador de contas para se manifestar em 72 horas em relação aos quesitos sobre os quais não foi oportunizada a defesa prévia.

Contudo, verifica-se no voto condutor do acórdão que a Recorrente se omitiu quando intimada das diligências para regularizar a prestação de contas, nestes termos: '*destarte, infere-se que, mesmo após intimada para sanar as irregularidades (art. 49, § 1º da Resolução TSE nº 23.406/2014), a candidata quedou-se inerte*'

(fls. 55). Nesse sentido, já decidiu esta Corte:

‘ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. VEREADOR. NÃO APRESENTAÇÃO DE EXTRATO BANCÁRIO E DE RECIBOS ELEITORAIS NÃO UTILIZADOS. CANDIDATO NOTIFICADO POR FAC-SÍMILE E POR EDITAL. TRANSCURSO IN ALBIS DO PRAZO ASSINADO. CONTAS JULGADAS NÃO PRESTADAS. APRESENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS.

1. A ausência de emissão de recibos eleitorais e a não apresentação de extratos bancários para aferir a integralidade da movimentação financeira da campanha comprometem a regularidade das contas, o que enseja, em tese, a sua desaprovação. Precedente.

2. Em processo de prestação de contas, não se admite a produção de prova documental na instância recursal se a parte já teve oportunidade de fazê-lo em primeiro grau de jurisdição, salvo quando se tratar de documento novo, o que não é o caso dos autos. Precedentes.

3. A partir da edição da Lei nº 12.034/2009, o processo de prestação de contas passou a ter caráter jurisdicional. Não praticado o ato no momento processual próprio, ocorre a preclusão, em respeito à segurança das relações jurídicas.

4. O agravante limitou-se a reproduzir os argumentos expostos no recurso especial, razão pela qual a decisão deve ser mantida pelos próprios fundamentos. Incidência da Súmula nº 182/STJ.

5. Não se admite inovação de tese recursal em agravo regimental. Precedente.

6. Agravo regimental desprovido.’

(AgR-REspe nº 222-86/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 29/10/2015).

Noutro giro, a Recorrente juntou documentos novos aos embargos de declaração para análise em sede recursal de prestação de contas. Todavia, melhor sorte não a acompanha, uma vez que a jurisprudência desta Corte é uníssona quanto à impossibilidade de juntada de documento nesta fase recursal, quando o candidato foi devidamente intimado para fazê-lo e não o fez tempestivamente. Confira-se o seguinte precedente:

‘AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA. JUNTADA DE DOCUMENTO EM FASE DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE.

1. É inadmissível a produção de prova documental na instância

recursal quando a parte já teve oportunidade de produzi-la em primeiro grau de jurisdição mas não o fez, salvo quando tratar-se de documento novo, o que não é o caso dos autos. Precedentes.

2. Na espécie, o agravante, intimado pelo juízo singular a se manifestar sobre o parecer técnico que recomendou a desaprovação de suas contas, não comprovou a origem dos recursos próprios investidos na campanha eleitoral, motivo pelo qual não é admissível a produção dessa prova em sede de recurso, haja vista a incidência dos efeitos da preclusão.

3. Agravo regimental não provido.'

(AgR-REspe nº 1322-69/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 28/9/2015).

Anoto que tal impossibilidade decorre da natureza jurisdicional conferida pela Lei nº 12.034/2009 ao processo de prestação de contas. A conversão do caráter administrativo para o jurisdicional exigiu que o desenvolvimento da marcha processual ocorresse sem retrocessos e vicissitudes de incontáveis repetições de atos.

No mais, a Recorrente pleiteia no especial a anulação da multa imposta pelo Tribunal *a quo* nos embargos declaratórios.

De efeito, ao se compulsar os autos e verificar as premissas assentadas no acórdão aclaratório, não se permite concluir que do exercício de um direito subjetivo da parte, qual seja, manejo recursal previsto em lei, estaria a então embargante agindo com intuito protelatório, com desígnio de litigância de má-fé, o que ensejaria a aplicação de multa.

Assim, apesar da rejeição dos embargos pelo Tribunal, a multa aplicada, *in casu*, afigura-se desproporcional, uma vez que não houve prejuízo demonstrável no aresto advindo da oposição dos referidos embargos de declaração, incidindo o teor da Súmula nº 98/STJ. Essa mesma linha é a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral:

'ELEIÇÕES 2012. AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. PREFEITO E VICE-PREFEITO, VEREADOR E ENTÃO PREFEITO. ABUSO DE PODER, CONDUTAS VEDADAS E CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO.

1. Não são protelatórios os primeiros embargos de declaração opostos, especialmente quando o tema neles versado é enfrentado no julgamento. Precedentes. Recurso provido para afastar a pecha de protelatórios e, conseqüentemente, a multa imposta.

[...]

(REspe nº 530-67/PA, Rel. Min. Henrique Neves,

DJe de 2/5/2016); e  
 'ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO ESTADUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CARÁTER PROTETATÓRIO. AFASTAMENTO. ART. 275, § 4º DO CÓDIGO ELEITORAL. TEMPESTIVIDADE. RECURSO ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE REEXAME DA PROVA. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PROCURAÇÃO. DILIGÊNCIA.

1. Não são protetatórios os primeiros embargos de declaração por meio do qual, apesar de rejeitá-los, o tribunal de origem prestou esclarecimentos. Afastada, no caso, a aplicação da parte final do § 4º do art. 275 do Código Eleitoral.

2. A necessidade do recolhimento da multa prevista na parte final do art. 538 do CPC não tem aplicação no processo eleitoral. Na hipótese do art. 275, § 4º, do Código Eleitoral, para o conhecimento do recurso pelo Tribunal Superior Eleitoral, basta que o recorrente aponte a violação ao referido dispositivo, demonstrando a nulidade da decisão que reconheceu o caráter protetatório por falta de fundamentação ou alegue razões suficientes para sua reforma, independentemente do recolhimento de eventual multa que tenha sido imposta pelo órgão julgador.

[...]

Decisão por maioria'.

(RO nº 29-06, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. designado Min. Henrique Neves, DJe de 15/8/2014).

Por outro lado, em que pese a ausência de pedido exposto quanto à reforma do acórdão regional para afastar a pecha de contas não prestadas, extrai-se dos argumentos apresentados no apelo especial a alegação de que a falta dos extratos configuraria mero erro formal, o que permitiria a aprovação das contas com ressalvas (fls. 102).

Bem examinada a questão, faz-se necessário tecer alguns esclarecimentos quanto à possibilidade de exame do presente recurso quanto ao capítulo da decisão efetivamente impugnada, porém, por atecnia, não se formulou o respectivo pedido de reforma.

Como se sabe, os Tribunais, em regra, na análise dos recursos a eles submetidos, estão adstritos ao conhecimento da matéria impugnada pelo recorrente, ou seja, são devolvidos aos Tribunais exclusivamente os capítulos da sentença ou acórdão que houverem sido objeto de impugnação.

Na espécie, verifica-se que a Recorrente efetivamente impugnou o capítulo referente à falta dos extratos bancários, não se caracterizando, portanto, preclusão quanto a esse tópico do acórdão, razão pela qual passo à análise da matéria quanto à implicação da ausência dos aludidos extratos na presente

prestação de contas.

A recorrente também invoca que, *in concreto*, ao juntar os documentos em sede recursal, a ausência de extrato bancário passaria a configurar erro formal que não comprometeu a confiabilidade das contas analisadas e, portanto, a obstrução de seus direitos eleitorais seria desproporcional e desarrazoado (fls. 107).

Ocorre que a ausência de referidos extratos bancários na prestação de contas pode constituir óbice à fiscalização dos recursos utilizados. Assevero que o processo de prestação de contas garante o direito à lisura do resultado da disputa eleitoral e, por conseguinte, resguarda a democracia contra a influência do abuso do poder econômico ou de recursos oriundos de fontes vedadas, como preceituam os arts. 14, § 9º e 17, III, da Constituição Federal.

Dessa forma, uma vez que a ausência dos debatidos extratos bancários prejudicou a atuação da Justiça Eleitoral, conforme se verifica no acórdão (fls. 55), não se sustenta a alegação de mero erro formal.

Nesse sentido:

'Prestação de contas. Comitê financeiro. Eleições 2012.

[...]

2. 'A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a abertura de conta bancária deve possibilitar à Justiça Eleitoral a aferição da integralidade da movimentação financeira da campanha, o que é impedido pela ausência de apresentação de extratos bancários. Precedentes: AgR-AI nº 4598-95, relator Min. Arnaldo Versiani, DJE de 5.10.2012; e REspe nº 26.115, relator Min. José Delgado, DJE de 18.9.2006'. (AgR-AI nº 1445-64, de minha relatoria, DJE de 4.12.2013).

3. Não há como modificar o entendimento do Tribunal de origem de que não foi apresentado extrato bancário abrangendo toda a movimentação financeira da campanha eleitoral, em prejuízo à análise da regularidade da movimentação financeira, sem reexaminar as provas dos autos, providência inviável em sede de recurso especial (Súmulas 279 do Supremo Tribunal Federal e 7 do Superior Tribunal de Justiça).

Agravo regimental não conhecido em relação ao Comitê Financeiro do Partido Social Democrático (PSD) e Municipal e não provido em relação ao Partido Social Democrático (PSD)'. (AgR-AI nº 3237/PE, Rel. Min. Henrique Neves DJE de 18/6/2014).

Assim, *in casu*, ante a impossibilidade da Justiça Eleitoral em proceder à fiscalização para aferir a idoneidade das contas apresentadas, não há possibilidade de verificar a sua regularidade e aprová-las.

Contudo, a meu sentir, com a devida vênia, o acórdão regional merece reforma. Explico.

Como se sabe, as contas são tidas como não prestadas quando o candidato não as apresentar no prazo legal e, após devidamente notificado para tal providência dentro do prazo de 72 horas, permanecer inerte, consoante disposição do art. 30, IV, da Lei nº 9.504/97, segundo o qual a Justiça Eleitoral decidirá '*pela não prestação, quando não apresentadas as contas após a notificação emitida pela Justiça Eleitoral, na qual constará a obrigação expressa de prestar as suas contas, no prazo de setenta e duas horas*'.

Equivale, portanto, à não prestação de contas a plena ausência de apresentação de documentos essenciais que impossibilite a análise dos recursos arrecadados e despesas realizadas durante todo o período de campanha, obstruindo a verificação da existência, ou não, de arrecadação e aplicação de recursos na campanha eleitoral, porquanto ausentes elementos mínimos para a formalização do processo de prestação de contas.

Ocorre que, repito, as contas devem ser julgadas como não prestadas somente quando a ausência total de documentos prejudicar a transparência da contabilidade apresentada, conforme teor do art. 54 da Resolução-TSE nº 23.406/2014. Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral já decidiu:

'ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. CAMPANHA ELEITORAL. APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA DE DOCUMENTOS. JULGAMENTO DAS CONTAS COMO NÃO PRESTADAS. IMPOSSIBILIDADE. JUSTIÇA ELEITORAL. CONTROLE. INVIABILIDADE. CONTAS DESAPROVADAS. DESPROVIMENTO.

1. A apresentação a destempo de documentos não acarreta, por si só, o julgamento das contas de campanha eleitoral como não prestadas.

2. As contas devem ser desaprovadas quando a ausência de documentação inviabilizar o seu efetivo controle por parte da Justiça Eleitoral.

3. Agravo regimental desprovido.'

(AgR-REspe nº 725-04/PR, Rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 18/3/2015).

Acrescento, ademais, a decisão da Ministra Luciana Lóssio no REspe nº 251-55/AM, DJe de 26/2/2015, no qual ficou averbado

que *'a jurisprudência deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que as contas somente podem ser julgadas como não prestadas quando a ausência de documentação inviabilizar em absoluto o seu efetivo controle por parte da Justiça Eleitoral, sobretudo em razão da inércia do candidato'*.

Na espécie, o TRE/BA assentou que (fls. 54):

'Após o detido exame dos autos, verifica-se que a prestação de contas não observou as exigências formais previstas no art. 40 da Resolução TSE n° 23.406/2014 e, com isso, impediu a análise da regularidade dos recursos arrecadados e gastos efetuados durante a campanha eleitoral.

Com efeito, as irregularidades apontadas pela Secretaria de Controle Interno e Auditoria, em seu parecer conclusivo, foram as seguintes:

6.1. (Item 1.2. do Relatório Preliminar) Não foi apresentada a seguinte peça obrigatória que deve integrar a prestação de contas (art. 40 da Resolução TSE n° 23.406/2014): Extrato bancário da conta corrente destinada à movimentação de outros recursos, demonstrando movimentação financeira ou sua ausência, em sua forma definitiva, contemplando todo o período de campanha eleitoral, vedada a apresentação de extratos sem validade legal, adulterados, parciais ou que omitam qualquer movimentação financeira.

6.2. (Item 2.1. do Relatório Preliminar) Foi detectada a inconsistência abaixo relacionada nas doações indiretas, em decorrência do fato de a candidata ter informado o Partido Solidariedade Nacional como doador originário. Entende-se por doador originário a pessoa física ou jurídica que efetua doações para partidos e comitês. O candidato deveria ter informado o CPF/CNPJ do doador originário conforme disposto no artigo 26, § 3°, da Res. TSE n° 23.406/2014.

[...]

6.3. (Item 3.1 do Relatório Preliminar) Os extratos bancários não foram encaminhados, conforme determina o art. 40, II, alínea 'a', da Resolução TSE n° 23.406/2014, o que impossibilita a análise da movimentação financeira da campanha eleitoral'.

Depreende-se, da análise dos autos, a existência de documentos mínimos que possibilitaram a análise das contas – mediante os quais se verificou inconsistência decorrente do fato de a candidata ter informado o Partido Solidariedade Nacional como doador originário do montante de R\$ 900,00 (novecentos reais), 42,37% das doações (fls. 54) – razão pela qual, ante as irregularidades apontadas e na linha jurisprudencial desta Corte Superior, devem as contas ser desaprovadas. Confira-se:

'ELEIÇÕES 2014. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA. CANDIDATA AO CARGO DE DEPUTADO ESTADUAL. DESAPROVAÇÃO.

[...]

5. A agravante deixou de impugnar o fundamento da decisão regional consistente na ausência de apresentação dos extratos da sua conta bancária, o que também comprometeu a transparência e a confiabilidade das suas contas, fundamento suficiente para ensejar a reprovação destas, razão pela qual incide no caso a Súmula 283 do STF. Tal ponto da decisão agravada não foi impugnado no agravo regimental, atraindo a incidência da Súmula 182 do STJ.

[...]

Agravo regimental a que se nega provimento'.

(AgR-AI nº 1481-19/RS, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 14/3/2016).

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso especial eleitoral, para reformar o acórdão vergastado, a fim de desaprová-la a prestação de contas da Recorrente, bem como para anular a multa imposta no montante de R\$ 2.000.00 (dois mil reais), com fulcro no art. 36, § 7º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral'.

514

*In casu*, o Regional julgou não prestadas as contas de campanha de Selma Silva de Oliveira, em virtude da ausência de apresentação dos extratos bancários de todo o período da campanha.

Tal irregularidade, diversamente do que alega o *Parquet* Eleitoral, não acarreta, *per se*, a não prestação de contas, mas pode ensejar, em algumas hipóteses, a sua desaprovação (Precedentes: AgR-AI nº 14-78/PI, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 21.10.2013 e AgR-AI nº 328-08/AP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 20.11.2013).

Conforme assentado na decisão agravada, a teor da legislação regente e da jurisprudência desta Corte Superior, as contas são reputadas como não prestadas (*i*) quando o candidato/partido não as apresentar no prazo legal e, após devidamente notificado para tal providência, dentro do prazo de 72 horas, permanecer inerte e, também, (*ii*) quando ausente a apresentação de documentos essenciais que impossibilite em absoluto a análise dos recursos arrecadados e despesas realizadas durante todo o período de campanha, obstruindo a verificação da existência, ou não, de arrecadação e aplicação de recursos na campanha eleitoral, porquanto ausentes elementos mínimos para a formalização do processo de prestação de contas.

No caso em apreço, infere-se do acórdão regional que as falhas constatadas não possuem força para tornarem inaptas as contas apresentadas pela Agravada nem, consecutivamente, para atrair o julgamento de não

prestação, máxime porque não se pode depreender do *decisum* objurgado a ausência de documentos mínimos que inviabilize em absoluto a aferição da movimentação financeira de campanha, conforme restou assentado na decisão (fls. 140-141):

*Acrescento, ademais, a decisão da Ministra Luciana Lóssio no REspe nº 251-55/AM, DJe de 26/2/2015, no qual ficou averbado que 'a jurisprudência deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que as contas somente podem ser julgadas como não prestadas quando a ausência de documentação inviabilizar em absoluto o seu efetivo controle por parte da Justiça Eleitoral, sobretudo em razão da inércia do candidato'.*

Na espécie, o TRE/BA assentou que (fls. 54):

'Após o detido exame dos autos, verifica-se que a prestação de contas não observou as exigências formais previstas no art. 40 da Resolução TSE nº 23.406/2014 e, com isso, impediu a análise da regularidade dos recursos arrecadados e gastos efetuados durante a campanha eleitoral.

Com efeito, as irregularidades apontadas pela Secretaria de Controle Interno e Auditoria, em seu parecer conclusivo, foram as seguintes:

6.1. (Item 1.2. do Relatório Preliminar) Não foi apresentada a seguinte peça obrigatória que deve integrar a prestação de contas (art. 40 da Resolução TSE nº 23.406/2014): Extrato bancário da conta corrente destinada à movimentação de outros recursos, demonstrando movimentação financeira ou sua ausência, em sua forma definitiva, contemplando todo o período de campanha eleitoral, vedada a apresentação de extratos sem validade legal, adulterados, parciais ou que omitam qualquer movimentação financeira.

6.2. (Item 2.1. do Relatório Preliminar) **Foi detectada a inconsistência abaixo relacionada nas doações indiretas, em decorrência do fato de a candidata ter informada o Partido Solidariedade Nacional como doador originário. Entende-se por doador originário a pessoa física ou jurídica que efetua doações para partidos e comitês.** O candidato deveria ter informado o CPF/CNPJ do doador originário conforme disposto no artigo 26, § 3º, da Res. TSE nº 23.406/2014.

[...]

6.3. (Item 3.1 do Relatório Preliminar) Os extratos bancários não foram encaminhados, conforme determina o art. 40, II, alínea 'a', da Resolução TSE nº 23.406/2014, o que impossibilita a análise da movimentação financeira da campanha eleitoral'.

Depreende-se, da análise dos autos, **a existência de documentos mínimos que possibilitaram a análise das contas – mediante os quais se verificou inconsistência decorrente do fato de a candidata ter informado o Partido Solidariedade Nacional como doador originário do montante de R\$ 900,00 (novecentos reais), 42,37% das doações (fls. 54) – razão pela qual, ante as irregularidades apontadas e na linha jurisprudencial desta Corte Superior, devem as contas ser desaprovadas.**

Dessa forma, ante a aferição pela Corte *a quo*, no teor do acórdão, da existência de documentos mínimos que, ressalve-se, não configura ausência absoluta de documentos para formar o processo de prestação de contas, não há que se falar em reexame do acervo fático-probatório para desaprovar as contas da agravada.

Nessa toada, reitero que, consoante a jurisprudência iterativa desta Corte Superior, a ausência de apresentação dos extratos bancários completos de todo o período da campanha consubstancia vício que acarreta a rejeição das contas. Nesse sentido são os seguintes precedentes:

ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA. DEPUTADO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE EXTRATO BANCÁRIO. CASO DE DESAPROVAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. As contas serão julgadas como não prestadas apenas quando não fornecida, pelo candidato, comitê ou diretório, a documentação indispensável para a formulação, pelo órgão técnico responsável pelo exame dessas contas na Justiça Eleitoral, do relatório preliminar. Precedente.

2. Embora a falta de extratos bancários constitua falha de natureza grave, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, os demais documentos apresentados pelo candidato possibilitaram o processamento das contas, motivo pelo qual o caso é de desaprovação.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgR-REspe nº 1683-67/AM, Rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 9.8.2016);

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA. NÃO APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. PRESTAÇÃO DE CONTAS. DESAPROVAÇÃO.

1. Na linha da jurisprudência desta Corte, a não apresentação de extratos bancários é vício grave e relevante que, por si só, pode ensejar a desaprovação das contas.

2. O julgamento das contas como não prestadas, com fundamento no art. 54, IV, a, da Res.-TSE nº 23.406, pressupõe que a

ausência de documentos constitua óbice para o processamento e para a análise das contas pelos órgãos da Justiça Eleitoral. Interpretação consentânea com a gravidade das consequências jurídicas da não apresentação das contas.

3. Hipótese em que as contas foram apresentadas tempestivamente e a deficiência na instrução do feito não obstou a compreensão da causa e a análise da prestação de contas pela Justiça Eleitoral.

4. Reforma da decisão do Tribunal *a quo*, para considerar as contas prestadas, porém desaprovadas.

Agravo regimental a que se nega provimento'

(AgR-REspe nº 1857-97/PA, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 3.8.2016);

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. VEREADOR. NÃO APRESENTAÇÃO DE EXTRATO BANCÁRIO E DE RECIBOS ELEITORAIS NÃO UTILIZADOS. CANDIDATO NOTIFICADO POR FAC-SÍMILE E POR EDITAL. TRANSCURSO *IN ALBIS* DO PRAZO ASSINADO. CONTAS JULGADAS NÃO PRESTADAS. APRESENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS.

1. A ausência de emissão de recibos eleitorais e a não apresentação de extratos bancários para aferir a integralidade da movimentação financeira da campanha comprometem a regularidade das contas, o que enseja, em tese, a sua desaprovação. Precedente.

[...] 6. Agravo regimental desprovido.

(AgR-REspe nº 222-86/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 29.10.2015); e

Eleições de 2012. Prestação de contas. Candidato a vereador. Desaprovação.

1. A jurisprudência do TSE é firme no sentido de que 'a não apresentação de extratos bancários de todo o período de campanha eleitoral comprometeu a análise das contas, sendo irrelevante a alegação de que não houve movimentação financeira no período' (REspe nº 201-53, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJE de 13.5.2014).

2. Foi correta a conclusão da Corte de origem ao manter a desaprovação das contas do candidato, porquanto, embora este tenha alegado que não teria ocorrido movimentação financeira, ele apresentou apenas um comprovante de saldo com data posterior ao pleito, deixando de trazer aos autos os extratos bancários ou ao menos declaração do gerente da instituição financeira provando sua alegação. Agravo regimental a que

se nega provimento.’

(AgR-AI nº 1179-09/RJ, Rel. Min. Henrique Neves,  
*DJe* de 13.8.2014).

*Ex positis*, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

## **Conduta Vedada**



## ACÓRDÃO

### RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 215–05.2012.6.15.0074 – CLASSE 32 OURO VELHO – PARAÍBA

**Relatora:** Ministra Luciana Lóssio

**Recorrente:** Coligação Ouro Velho Avante

**Advogados:** Edward Johnson Gonçalves de Abrantes – OAB: 10827/PB e outros

**Recorrida:** Ravena de Farias Silva

**Advogados:** José Leonardo de Souza Lima Júnior – OAB: 16682/PB e outros

**Recorrido:** Inácio Amaro dos Santos Filho

**Advogados:** José Josev Leite Junior – OAB: 17183/PB e outro

**Recorrido:** João Batista Ferreira Cassiano

**Advogados:** Josedeo Saraiva de Souza – OAB: 10376/PB e outro

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJÉ). PREFEITO. VICE-PREFEITO. ABUSO DO PODER POLÍTICO. CONDUTA VEDADA. CONTRATO TEMPORÁRIO. RESCISÃO. PERÍODO VEDADO. MULTA. INELEGIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. DESPROVIMENTO.

1. A partir das alterações introduzidas pela LC nº 135/2010, o legislador instituiu a gravidade dos fatos como novo paradigma para aferição do abuso de poder.

2. Na espécie, o reconhecimento da conduta vedada prevista na art. 73, inciso V, da Lei nº 9504/97, consistente na rescisão de 7 (sete) contratos temporários relativos a cargos de motorista, auxiliar de serviço e auxiliar de enfermagem da prefeitura não se mostra apta a demonstrar a gravidade que se exige para reconhecimentos de abuso de poder e consequente declaração de inelegibilidade dos envolvidos. Mantida apenas a multa aplicada.

3. Recurso especial desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao recurso especial eleitoral, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 16 de agosto de 2016.

MINISTRA LUCIANA LÓSSIO – RELATORA

## RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Senhor Presidente, cuida-se de recurso especial interposto pela Coligação Ouro Velho Avante contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba (TRE/PB) que reformou parcialmente a sentença para julgar procedente a ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) apenas para condenar em multa os recorridos, com fundamento no art. 73, V, §§ 4º e 8º, da Lei nº 9.504/97, determinando a exclusão da coligação recorrida do polo passivo da demanda.

Eis a ementa do acórdão regional:

RECURSO ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. ABUSO DE PODER POLÍTICO. CONDUTAS VEDADAS. EXONERAÇÃO DE SERVIDORES. CARGOS EM COMISSÃO. RESCISÃO DE CONTRATOS TEMPORÁRIOS. PRELIMINARES REJEITADAS. ACOLHIMENTO DE OFÍCIO. EXCLUSÃO DA COLIGAÇÃO POLO PASSIVO. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE. MANUTENÇÃO MULTA AOS BENEFICIÁRIOS.

- Preliminares de não apreciação das preliminares no 1º grau e de ilegitimidade ativa da coligação recorrida rejeitadas.

- Acolhimento de ofício da exclusão da coligação do polo passivo da demanda.

- Os ocupantes de cargos de comissão demissíveis *ad nutum*, poderão ser dispensados pelo gestor a qualquer tempo (Art. 73, inciso V, a da Lei 9.504/97).

- Uma vez constatada a prática que os atos de rescisão dos contratos temporários ocorreram em período vedado e sem justa causa impõem-se a multa estabelecida ao gestor e aos beneficiários de tal conduta (art. 73 §§ 4º e 8º da Lei 9.504/97).

- Não restando configurado que a conduta foi gravosa a ponto de causar influência no resultado do pleito, deve-se afastar a condenação por abuso do poder político. (Fls. 395-396)

Embargos de declaração rejeitados (fls. 415-417).

Em seu apelo especial, o recorrente aponta violação ao art. 22, XVI, da LC nº 64/90, porquanto, embora reconhecida a rescisão de contratos temporários em período vedado e sem justa causa, o Tribunal a quo aplicou aos recorridos apenas a sanção de multa.

Sustenta que, com a edição da LC nº 135/2010, “*não se exige mais que a potencialidade do fato influencie no resultado do pleito*” (fl. 422).

Contrarrazões às fls. 429-445 e 446-453.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opina pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 457-460).

É o relatório.

## VOTO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Senhor Presidente, na espécie, o Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba (TRE/PB), reformando parcialmente a sentença, reconheceu a conduta vedada praticada pelos recorridos e manteve a multa aplicada, tendo, por outro lado, afastado o abuso do poder político, nos seguintes termos:

De início, no mérito, os primeiros recorrentes (Ravena e João Batista) alegaram a irrelevância da conduta ultimada quase 100 dias do pleito e que das três rescisões contratuais (fls. 12/15), apenas duas (02) foram no período de 25 e 30/07/2012.

O recorrente Inácio Amaro alegou que os atos administrativos de dispensa de servidores ocorreram por força da Constituição Federal em seu artigo 37, inciso II.

Verificando os documentos colacionados aos autos, notadamente às fls. 112 até 130, constam 19 (dezenove) portarias de exoneração e de rescisão, onde verificamos que 12 (doze) dizem respeito a cargos em comissão (Secretários, Assessores) e apenas (07) de rescisão de contratos temporários por interesse público (auxiliares de serviço, motoristas).

Pois bem. Todos os documentos citados foram datados no período vedado (microprocesso eleitoral), no entanto devemos fazer algumas distinções.

Com relação aos cargos de comissão demissíveis *ad nutum*, não existe qualquer vedação para que o gestor não possa dispensá-los a qualquer tempo, pois é a exceção da regra daquilo que já dispõe a Constituição Federal em seu art. 37, inciso II e pela Lei 9.504/97 em seu art. 73, V, "a", senão vejamos os seguintes arrestos:

[...]

Ainda nesse ponto de conduta vedada, destaco que com relação a exoneração de Geomácia dos Anjos Soares, subsecretária de saúde e ocupante de cargo de provimento em comissão, não há como vislumbrar ilícito eleitoral, posto que se trata de cargo de livre nomeação e exoneração, como dito acima, desta feita, igualmente como assentou o MPE, não vislumbro irregularidade no que tange à contratação da Sra. Maria do Socorro da Silva Menezes, mesmo com um singelo aumento de R\$ 200,00 (duzentos reais), nos vencimentos do

referido cargo em comissão, inclusive porque inexistem provas para constituir o nexo de causalidade entre o acréscimo salarial e os interesses eleitorais.

Por fim, com relação aos cargos de comissão não há o que se falar em conduta vedada. Passemos pois a examinar as demais dispensas nos contratos de prestação de serviço por excepcional interesse público.

No que diz respeito aos contratos rescindidos no período vedado, fato, incontroverso, diz o artigo 73 da Lei 9.504/97, inciso V, alínea D, *in verbis*:

[...]

Nesse sentido, foram sete (07) rescisões contratuais por excepcional interesse público promovidas pelo gestor, ora recorrente, feriram a legislação, pois além de genéricas (motorista, auxiliar de serviço e auxiliar de enfermagem de PSF) não tiveram justa causa para tal desiderato ante a expressa vedação legal aplicável.

Destarte o TSE considera que a configuração da prática de conduta vedada independe de sua potencialidade lesiva para influenciar o resultado do pleito, bastando a mera ocorrência dos atos proibidos para atrair as sanções da lei, uma vez que o juízo de proporcionalidade incide apenas no momento da fixação da pena.

Analiso agora, individualmente as condutas dos recorrentes isoladamente.

Com relação ao recorrente INÁCIO AMARO, observa-se que o mesmo como gestor do município foi quem assinou todos os atos de rescisão contratual no período vedado, sendo objetiva a sua responsabilidade no caso concreto, devendo permanecer a multa de 20 mil UFIR aplicada na sentença de 1º grau.

Por outro lado, observei que o fundamento da sentença para aplicação das penalidades de multa aos beneficiários da conduta (RAVENA e JOÃO BATISTA, respectivamente de 10 mil UFIR e 5 mil UFIR, baseou-se tão somente no § 4º do artigo 73 da Lei 9.504/97, não sendo mencionado na decisão o enquadramento legal do § 8º para a penalização de ambos. No entanto, na análise fática do presente recurso, cabe a este Regional analisar se houve ou não tal benefício para incidência do disposto nos §§ 4º e 8º do art. 73 da Lei das eleições.

Nesse sentido, a jurisprudência do TSE assentou que:

O Tribunal rejeitou alegação de julgamento *extra petita* de representação por conduta vedada prevista no art. 73, inc. V, da Lei nº 9.504/97 ao fundamento de que “[...] Não há assim nenhuma irregularidade no fato de que a representação mencionou a demissão de servidores e o Tribunal, considerando a situação fática, entendeu caracterizada a interferência no exercício funcional e condenou todos os representados com

base nessa conduta.” (Ementa não transcrita por não reproduzir a decisão quanto ao tema).

(Ac. de 17.6.2003 nos EDclREspe nº 21.167, rel. Min. Fernando Neves.)

Por esse motivo, embora não tenha sido fato tão gravoso para macular o pleito como um todo, entendo que restou patente o benefício da conduta do Prefeito em relação a estes dois (RAVENA e JOÃO BATISTA), incidindo, pois assim no que dispõe o § 8º do art. 73 da Lei 9.504/97:

*Art. 73 - § 8º - Aplicam-se as sanções do § 4º aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos, coligações e candidatos que deles se beneficiem”.*

Com relação a candidata derrotada e recorrente RAVENA DE FARIAS, devo dizer ainda que, existe um depoimento de JANDY LÚCIA que assegura que a mesma participou diretamente do seu ato de demissão (rescisão), como veremos abaixo:

Trecho do depoimento de JANDY LÚCIA (fl.102):

*(...) “que apoiava a candidatura de Ravena, que por questão pessoal, decidiu apoiar a candidatura de Natália (...) que foi convocada por Ravena na secretaria de saúde, ocasião em que esta lhe disse que se a depoente não votasse nela, a carta de demissão já estaria pronta (...)”.*

Vejamos o que diz a jurisprudência:

[...]

Por estas razões, e sem delongas, acompanho o MPE, para manter a penalidade de multa por conduta vedada atribuída a esses dois (02) recorrentes, face ao benefício inerente ao caso concreto, pois embora não tenham logrado êxito no pleito, a ajuda foi dada ao arrepio da lei.

### **ABUSO DE PODER POLÍTICO**

Diante da análise das condutas acima narradas, resta evidente a inexistência de abuso de poder político na espécie.

Trago trecho do lúcido parecer do Procurador Regional Eleitoral naquilo que mais importa:

*(...) “Logo, tendo em vista a alegação de abuso de poder político decorrente das sete rescisões de contratos temporários e uma contratação em período vedado, reconhecer a existência e a gravidade destes fatos, para fins de declaração de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos*

*8 (oito) anos subsequentes, constitui reatada temeridade, razão pela qual os fatos em questão foram insuficientes para vilipendiar a legitimidade e a normalidade das eleições. Pois, é necessário comprovar que as circunstâncias do ilícito eleitoral sejam consideravelmente graves, como dispõe a LC n. 64/1990 (...).”*

*In casu*, a conduta perpetrada pelos recorrentes não teve o condão de potencializar uma anormalidade na eleição, capaz de causar desequilíbrio ou grave violação aos preceitos democráticos na localidade, devendo ser afastada a hipótese de abuso de poder político em decorrência ausência de potencialidade no caso concreto.

Nesse sentido a jurisprudência trilha, senão vejamos:

[...]

Nesse sentido, tenho por afastado o abuso de poder político e a consequente condenação em inelegibilidade atribuída aos recorrentes, visto que, como já dito, a configuração do abuso de poder político depende da demonstração de gravidade das circunstâncias para afetar o pleito, bem como da violação do princípio da isonomia entre os concorrentes, o que não existiu no caso sob análise.

Isso posto, voto, em harmonia com a Procuradoria Regional Eleitoral, pelo **provimento parcial dos recursos**, para julgar procedente, em parte, a AIJE apenas para condenar em multa os investigados com fundamento no art.73, inciso V, §§ 4º e 8º da Lei 9.504/97, absolvendo a coligação recorrente, como já menciona-o.

É como voto. (Fls. 399-406)

Registro, preliminarmente, que a presente AIJE teve como fundamento dois pontos fulcrais quanto à prática de conduta em período vedado: a) 12 (doze) portarias de exoneração de servidores em cargo em comissão; e b) 7 (sete) rescisões de contratos temporários (fl. 400).

A conduta de dispensa de servidores em cargo em comissão foi declarada lícita, porquanto “*não existe qualquer vedação para que o gestor não possa dispensá-los a qualquer tempo, pois é a exceção daquilo que já dispõe a Constituição Federal em seu art. 37, inciso II, e pela Lei 9.504/97 em seu art. 73, V, ‘a’* (fl. 400).”

Em seu apelo especial, o recorrente insurge-se apenas quanto à rescisão dos contratos temporários, que a meu ver não caracterizam abuso do poder político, conforme restará demonstrado.

É fato incontroverso a ocorrência do ilícito da conduta vedada, assim sintetizada no acórdão regional:

Nesse sentido, foram sete (07) rescisões contratuais por excepcional interesse público promovidas pelo gestor, ora recorrente, feriram a legislação, pois além de genéricas (motorista, auxiliar de serviço e auxiliar de enfermagem de PSF) não tiveram justa causa para tal desiderato ante a expressa vedação legal aplicável. (Fl. 402)

Com efeito, a partir das alterações introduzidas pela LC nº 135/2010, o legislador instituiu a gravidade dos fatos como novo paradigma para aferição do abuso de poder, com a nova redação do art. 22, XVI, da LC nº 64/90, *in verbis*:

Art. 22 [...]

[...]

XIV – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

Deflui do dispositivo que a verificação do abuso passou a demandar a avaliação da gravidade das circunstâncias inerente ao fato em si, ou seja, do desvalor presente diante do bem jurídico tutelado pela norma, no caso, a normalidade e a legitimidade das eleições.

Nesse contexto, comprovado o ato abusivo, é necessário que tal conduta traduza a gravidade exigida pelo texto legal, que demanda levar-se “*em conta as circunstâncias do fato em si, não se prendendo a eventuais implicações no pleito, muito embora tais implicações, quando existentes, reforcem a natureza grave do ato*” (REspe nº 198-47/RS, de minha relatoria, DJe de 3.2.2015).

De certo, no caso em tela, 7 (sete) rescisões de contratos temporários relativos aos cargos de motorista, auxiliar de serviço e auxiliar de enfermagem da prefeitura municipal não se mostram aptas a demonstrar a gravidade que se exige para a declaração de inelegibilidade dos envolvidos.

Como se vê, a rescisão em número irrisório de contratos temporários, ainda que em período vedado e sem justa causa, não tem o condão de afetar a paridade eleitoral entre os candidatos, porquanto o que se visa preservar é a “*normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta, indireta e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*” (art. 19, parágrafo único, da LC nº 64/90).

Tais condutas, a meu sentir, embora objetivamente ilícitas, não tiveram repercussão social suficiente no contexto da disputa eleitoral para que esta Justiça determine o afastamento de quem legalmente obteve mandato eletivo, ou, *in casu*, que se declare a inelegibilidade dos recorridos, que pode resultar em consequência mais gravosa, qual seja, sua exclusão das disputas eleitorais.

Reforça o meu ponto de vista o assentado pela Corte de origem – de que “*a conduta perpetrada pelos recorrentes não teve o condão de potencializar uma anormalidade na eleição, capaz de causar desequilíbrio ou grave violação aos preceitos democráticos na localidade*” (fl. 405), demonstrando ser a sanção pecuniária suficiente ao caso.

Nesse mesmo sentido:

Com base na compreensão da reserva legal proporcional, a cassação de diploma de detentor de mandato eletivo exige a comprovação, mediante provas robustas admitidas em direito, de abuso de poder e condutas vedadas graves, suficientes para ensejar essa severa sanção, sob pena de a Justiça Eleitoral substituir-se à vontade do eleitor. Essa compreensão jurídica, com a edição da LC n° 135/2010, merece maior atenção e reflexão por todos os órgãos da Justiça Eleitoral, pois o reconhecimento desses ilícitos poderá afastar o político das disputas eleitorais pelo longo prazo de, oito anos (art. 10, inciso I, alínea *d* e *j*, da LC n°64/1990), o que pode representar sua exclusão das disputas eleitorais.

(REspe n° 695-41/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 26.6.2015)

Do exposto, **nego provimento** ao recurso especial.

É como voto.

## ACÓRDÃO

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO Nº 1120-19.**

**2014.6.06.0000 – CLASSE 37 - FORTALEZA – CEARÁ**

**Relator:** Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

**Agravante:** Cid Ferreira Gomes

**Advogados:** André Garcia Xerez Silva – OAB: 25545/CE e outros

**Agravado:** Coligação Ceará de Todos

**Advogados:** Waldir Xavier de Lima Filho – OAB: 10400/CE e outros

ELEIÇÕES 2014. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO. CONDUTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO CONSUBSTANCIADA NA DIVULGAÇÃO DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL NOS 3 MESES ANTERIORES À ELEIÇÃO. DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIA QUE DESTACA OBRA REALIZADA PELO GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ, EM SEU SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DURANTE PERÍODO VEDADO PELA LEGISLAÇÃO ELEITORAL. ALÍNEA B DO INCISO VI DO ART. 73 DA LEI 9.504/97. DESPROVIMENTO. INTERPOSIÇÃO DE SEGUNDO AGRAVO INTERNO PELA MESMA PARTE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O segundo Agravo Interno interposto pela mesma parte não merece ser conhecido, tendo em vista a incidência da preclusão consumativa. Em face do princípio da unicidade ou unirãorecorribilidade recursal, é vedada a interposição simultânea de recursos da mesma parte contra a mesma decisão judicial. Nesse sentido: AgR-REspe 16272-88/MG, Rel. Min. ARNALDO VERSIANI, DJe 22.3.2011.

2. O Chefe do Poder Executivo, na condição de titular do órgão em que veiculada a publicidade institucional em período vedado, é por ela responsável, haja vista que era sua atribuição zelar pelo conteúdo divulgado na página eletrônica oficial do Governo do Estado. Precedentes: AgR-REspe 500-33/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 23.9.2014, e AgR-REspe 355-90/SP, Rel. Min. ARNALDO VERSIANI, DJe 24.5.2010.

3. Primeiro Agravo Interno desprovido e segundo Agravo Interno não conhecido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimi-

dade, em negar provimento ao primeiro agravo regimental e não conhecer do segundo, nos termos do relator.

Brasília, 20 de outubro de 2016.

MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO – RELATOR

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Senhor Presidente, trata-se de Agravos Internos interpostos por CID FERREIRA GOMES de decisão de lavra da eminente Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA que recebeu o Recurso Especial interposto pela COLIGAÇÃO CEARÁ DE TODOS como Recurso Ordinário, dando-lhe parcial provimento para, reconhecendo a legitimidade passiva do ora agravante, aplicar-lhe multa no valor de 5.000 Ufirs, com base no art. 73, § 4º da Lei 9.504/97, em razão da prática de conduta vedada a agente público, consubstanciada na divulgação de publicidade institucional nos 3 meses anteriores à eleição (art. 73, VI, *b* da Lei das Eleições).

2. Em suas razões (fls. 542-556), CID FERREIRA GOMES sustenta sua ilegitimidade para figurar no polo passivo desta Representação, sob a alegação de que a Administração Pública do Estado do Ceará baseia-se na desconcentração e descentralização administrativa, trazendo a lume, para corroborar suas alegações, transcrições dos arts. 7º da Lei Estadual 13.875/07 e 3º da Lei Estadual 11.714/90, a Instrução Normativa 001/01 do Ministério da Fazenda/Secretaria Federal de Controle Interno e o entendimento do TCU, sedimentado no Acórdão 5.615/08.

3. Nessa esteira de pensamento, explica que à luz da legislação de regência e do princípio da segregação de funções, a atividade de controle das publicidades institucionais foi delegada à Casa Civil e que seria inexecutável e desproporcional para o agravante, no exercício da função de Governador do Estado, o exercício do controle de todo o conteúdo veiculado no sítio eletrônico do Governo, bem como de cada um dos diversos órgãos que compõem a estrutura administrativa do Estado (fls. 550).

4. Por essa razão, aduz que cada unidade que compõe a estrutura organizacional do Estado do Ceará possui funções definidas e gestão própria, não havendo, assim, comprovação nos autos de qualquer ato relacionado à propaganda eleitoral em análise passível de imputação à sua pessoa.

5. Alega, ainda, que a Corte Regional, ao não individualizar a conduta praticada por cada agente público, violou os incisos XLV e XLVI do art. 5º da CF, criando uma figura atípica no ordenamento jurídico: *a responsabilidade administrativa automática*, uma vez que predominou o

entendimento de que a responsabilização por qualquer ação praticada por agente público, independente da esfera ou nível de competência, recai sobre a figura do Governador do Estado.

6. Com isso, defende que referida tese é desproporcional, porquanto estabeleceu responsabilidade ilimitada do Governador por todos os atos de publicidade institucionais divulgados no sítio do Governo, indo na contramão do conceito de Administração Pública Gerencial pretendido com a Emenda Constitucional 19/98.

7. Esclarece que a Casa Civil é o órgão da Administração Direta responsável pela coordenação e controle das informações divulgadas no sítio eletrônico do Governo, sendo dotada de autonomia gerencial, as quais não passam pela esfera de controle ou decisão do Poder Executivo.

8. Pugna, assim, pela reconsideração do *decisum* agravado, ou, caso assim não se entenda, pela submissão do Agravo Interno ao Plenário, para que, reconhecendo a ilegitimidade passiva, seja excluído do polo passivo deste processo.

9. Às fls. 557-576, foi novamente interposto Agravo Interno por CID FERREIRA GOMES, subscrito pelo Advogado ANDRÉ GARCIA XEREZ SILVA.

10. Embora tenha sido intimada a apresentar contrarrazões ao Agravo Interno, a COLIGAÇÃO CEARÁ DE TODOS deixou transcorrer *in albis* o prazo (fls. 606).

11. É o relatório.

531

## VOTO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (relator): Senhor Presidente, de início, verifica-se a tempestividade dos dois Agravos Internos interpostos. A decisão recorrida foi disponibilizada no *Diário da Justiça eletrônico* em 12.8.2016, sexta-feira, considerando-se publicada em 15.8.2016, segunda-feira (fls. 541), e os Agravos, interpostos, respectivamente, em 18.8.2016, 16h25 (fls. 542), e em 18.8.2016, 16h31 (fls. 557), em petições subscritas por Advogados constituídos nos autos.

2. O segundo Agravo Interno (fls. 557-576), subscrito pelo Advogado ANDRÉ GARCIA XEREZ SILVA, todavia, não merece ser conhecido. Isso porque, uma vez interposto pela mesma parte o primeiro Agravo Interno, operou-se a preclusão consumativa em relação ao último recurso, em razão do princípio da unicidade ou unirrecorribilidade recursal, que proíbe a interposição simultânea de recursos pela mesma parte contra a mesma decisão judicial.

3. A fim de corroborar esse entendimento, confira-se o seguinte julgado deste Tribunal:

Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Produção de provas.  
1º Agravo Regimental.

1. Este Tribunal tem entendido pela impossibilidade de aplicação do § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, nos casos em que não houve oportunidade das partes produzirem as provas requeridas, porquanto não está a causa em condições de imediato julgamento.

2. Se tanto os autores como os réus, em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, formularam pedido de provas e indicaram testemunhas a serem ouvidas, revela-se indispensável a instrução do processo, objetivando esclarecer os fatos narrados, inclusive no que tange à dimensão dos eventuais ilícitos sucedidos.

Agravo Regimental não provido.

2º Agravo Regimental.

3. Dada a preclusão consumativa, descabe a interposição de segundo Agravo Regimental contra a mesma decisão agravada.

*Agravo Regimental não conhecido (AgR-REspe 16272-88/MG, Rel. Min. ARNALDO VERSIANI, DJe 22.3.2011).*

4. Passa-se, assim, ao exame do Agravo Interno de fls. 542-556, transcrevendo-se da decisão agravada proferida pela então relatora à época, a eminente Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, os seguintes trechos:

532

*Cuida-se de Agravo manejado pela COLIGAÇÃO CEARÁ DE TODOS contra a decisão pela qual a Presidência do TRE do Ceará negou seguimento ao Recurso Especial interposto do acórdão proferido nos autos da representação ajuizada com base na prática de conduta vedada (art. 73, VI, b da Lei 9.504/97).*

Segundo consta nos autos, a ilegalidade está consubstanciada na divulgação de publicidade institucional em período vedado, por meio de notícia divulgada em sítio eletrônico oficial do Governo do estado do Ceará, em que se destacam obras realizadas pelo Governo daquele estado, - no caso, construção de 1.300 km de barragens, beneficiando 184 municípios.

No mérito, reconheceu a existência da conduta vedada descrita nos autos, ao fundamento de que a propaganda divulgada em página da Internet do Governo do Estado do Ceará possui eficácia no sentido de demonstrar a violação à legislação eleitoral, pois (...) foi divulgada dentro do período microeleitoral, ultrapassando a seara de mera informação sobre o tema ora veiculado. (fls. 437), e julgou parcialmente procedente o pedido da representação para condenar apenas o representado EDUARDO SÁVIO PASSOS, Secretário de Segurança de Recursos Hídricos daquele Estado, ao pagamento de multa no valor de

cinco mil Ufirs, ao entendimento de que:

*(...) para efeito de condenação, a responsabilidade é do titular da pasta que determinou a veiculação da propaganda institucional, cabendo a este a sanção pecuniária. O fato é que este é diretamente responsável por todo o conteúdo oficial postado em nome do órgão/entidade em que atua como decorrência natural do cargo que ocupa.*

*Outrossim, assevero que os demais representados não devem ser apenados a qualquer sanção prevista na norma eleitoral, tendo em vista que não há nos autos nenhum fato ou mesmo ato que nos levasse a aferir que possuíam conhecimento ou tivessem anuído com a veiculação da propaganda institucional além do que não detectei que os mesmos obtiveram dividendos eleitorais (fls. 438).*

Dessa decisão a COLIGAÇÃO CEARÁ DE TODOS interpôs Recurso Especial, em que pugnou pelo reconhecimento da responsabilidade dos representados, com a consequente aplicação de multa a todos eles e, quanto aos candidatos representados, além da multa, por que fosse aplicada a condenação de cassação do registro ou do diploma, nos termos do art. 73, §§ 4º e 5º da Lei 9.504/97.

Nesse contexto, destaco que, por se tratar de processo relativo a cassação de diploma ou mandato referente a eleições estaduais, o recurso cabível é o ordinário – nos termos dos arts. 121, § 4º, III da CF e 276, II, a do CE –, ainda que não tenha havido condenação nesse sentido.

Esse, aliás, tem sido o entendimento adotado por este Tribunal Superior. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. CONDUTA VEDADA. ART. 73, IV e § 10 DA LEI 9.504/97. SENADOR. DEPUTADO ESTADUAL. REPASSE. RECURSOS FINANCEIROS. SUBVENÇÃO SOCIAL. ENTIDADES PÚBLICAS E PRIVADAS. FOMENTO. TURISMO. ESPORTE. CULTURA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONTRAPARTIDA. GRATUIDADE. DES-CHARACTERIZAÇÃO. DESPROVIMENTO. PRELIMINARES

1. É cabível o Recurso Ordinário, nos termos do art. 121, § 4º, III da Constituição Federal, quando seu julgamento puder resultar na declaração de inelegibilidade ou na perda do diploma ou mandato obtido em eleições federais ou estaduais.

2. Segundo o disposto no art. 77 da LC 75/93, a Procuradoria Regional Eleitoral é parte legítima para atuar perante os feitos

de competência dos tribunais regionais eleitorais.

3. Na linha dos precedentes desta Corte, o ajuizamento de investigação judicial eleitoral com base nos mesmos fatos que embasaram a representação não prejudica o trâmite desta. Trata-se de meios processuais autônomos e, no caso vertente, contêm acervos probatórios distintos.

MÉRITO

(...)

6. Recurso Especial conhecido como ordinário e desprovido. (REspe 2826-75/SC, Rel. Min. MARCELO RIBEIRO, DJe 22.5.2012).

Desse modo, preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso obstaculizado, bem como devidamente refutados os fundamentos da decisão agravada, dou provimento ao Agravo para receber o Recurso Especial da COLIGAÇÃO CEARÁ DE TODOS como Recurso Ordinário, em atenção ao princípio da fungibilidade recursal.

Passo, então, ao exame das questões apresentadas pela COLIGAÇÃO CEARÁ DE TODOS em suas razões recursais (fls. 464-481).

(...).

2. Da Legitimidade passiva e da responsabilidade de CID FERREIRA GOMES

A insurgência da coligação recorrente para que seja reconhecida a legitimidade de CID FERREIRA GOMES, Chefe do Poder Executivo à época dos fatos narrados, para figurar no polo passivo desta demanda merece prosperar.

Em sua defesa, CID GOMES alega sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que não é responsável por quaisquer atos administrativos relacionados a ordenar, autorizar, determinar a veiculação da pretensa propaganda institucional do Governo do Estado, ou de qualquer modo teve ciência de sua realização. Pois bem. A despeito de o TRE do Ceará ter concluído pela ilegitimidade passiva de CID GOMES, com fundamento na tese de que se trata de hipótese de desconcentração administrativa, verifico que o representado é parte legítima para figurar no polo passivo da representação, tendo em vista que, dos fatos e circunstâncias constantes dos autos, extrai-se que a publicidade institucional questionada foi efetivamente veiculada em sítio oficial do Governo daquele Estado.

Aliás, ainda que se cogite a publicação da mencionada notícia no sítio eletrônico da Secretaria de Recursos Hídricos do Estado do Ceará, exsurge dos autos que o conteúdo dele fora igualmente publicado na página eletrônica do Governo do Estado do Ceará, atraindo para este órgão a responsabilidade pela ilicitude evidenciada nestes autos.

Não verifico, portanto, a possibilidade de se manter a tese de que o Governo do Ceará não seria responsável pela notícia publicada em razão de hospedar o portal eletrônico da mencionada Secretaria, como cogitado no acórdão regional, no ponto em que o Tribunal a quo se reportou ao julgamento proferido na Representação 118866/CE.

Com isso, constato a existência de um lastro mínimo a fundamentar a legitimidade de CID FERREIRA GOMES para figurar no polo passivo desta representação.

Por oportuno, registro a possibilidade do imediato exame da responsabilidade – análise do mérito –, com base na teoria da causa madura, haja vista que constam dos autos todos os elementos de prova suficientes à análise da questão.

Nesse sentido tem sido a compreensão deste Tribunal Superior:

Ação de investigação judicial eleitoral. Art. 30-A da Lei 9.504/97.

*1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o art. 515, § 3º do CPC é aplicável não somente nos casos que digam respeito à matéria exclusivamente de direito, mas também naqueles em que já estiverem nos autos todos os elementos de prova suficientes ao exame do pedido. Precedente: REspe 645-36, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe 26.8.2011.*

*2. O agravante não impugnou o fundamento autônomo da decisão agravada no sentido de que ainda que se considerasse provada a alegada conduta ilícita, não seria ela suficiente para ensejar a pretendida cassação do mandado com base no art. 30-A (Súmula 182 do STJ).*

*Agravo Regimental a que se nega provimento.*

*(AgR-REspe 6-03/MS, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJe 12.8.2014).*

Na hipótese, reitero que CID FERREIRA GOMES, à época do fato ilícito, não era candidato, mas apenas ocupava o cargo de Governador do Estado do Ceará. Logo, sua responsabilidade será examinada apenas à luz dessa condição.

O § 4º do art. 73 da Lei das Eleições preceitua que o descumprimento do que nele disposto sujeitará os responsáveis à multa no valor de cinco a cem mil Ufirs, além da suspensão imediata da conduta vedada. Logo, as sanções previstas no indigitado dispositivo legal também são aplicadas aos agentes públicos responsáveis pela conduta vedada e que não sejam candidatos a cargos eletivos, como acontece na espécie.

Sobre o tema, ressalto o entendimento adotado por esta Corte Eleitoral nas Eleições 2012 e 2010, respectivamente,

segundo o qual o agente público titular do órgão em que veiculada a publicidade institucional em período vedado deve ser por ela responsabilizado.

Ilustrativamente:

*AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL DESPROVIDO. CONDUTA VEDADA. ART. 73, VI, B DA LEI 9.504/97. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL EM SÍTIO ELETRÔNICO DA PREFEITURA. RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO. APLICAÇÃO DE MULTA.*

1. A divulgação no sítio eletrônico da prefeitura, nos três meses antes do pleito, de notícia relacionada a programa habitacional a cargo do Poder Executivo local, e ainda com a foto do Prefeito, configura a conduta vedada descrita no art. 73, VI, b da Lei 9.504/97.

2. A lei eleitoral proíbe a veiculação, no período de três meses que antecedem o pleito, de toda e qualquer publicidade institucional, excetuando-se apenas a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado e os casos de grave e urgente necessidade pública reconhecida pela Justiça Eleitoral.

3. O agente público não pode se eximir da responsabilidade pela publicidade institucional veiculada em período vedado. Precedentes.

4. Agravo Regimental desprovido.

(AgR-REspe 500-33/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 23.9.2014).

536

Investigação judicial. Abuso de poder. Uso indevido dos meios de comunicação social. Condutas vedadas.

1. A infração ao art. 73, VI, b da Lei 9.504/97 aperfeiçoa-se com a veiculação da publicidade institucional, não sendo exigível que haja prova de expressa autorização da divulgação no período vedado, sob pena de tornar inócua a restrição imposta na norma atinente à conduta de impacto significativo na campanha eleitoral.

2. Os agentes públicos devem zelar pelo conteúdo a ser divulgado em sítio institucional, ainda que tenham proibido a veiculação de publicidade por meio de ofícios a outros responsáveis, e tomar todas as providências para que não haja descumprimento da proibição legal.

3. Comprovadas as práticas de condutas vedadas no âmbito da municipalidade, é de se reconhecer o evidente benefício à campanha dos candidatos de chapa majoritária, com a imposição da reprimenda prevista no § 8º do art. 73 da

Lei das Eleições.

4. Mesmo que a distribuição de bens não tenha caráter eleitoral, incide o § 10 do art. 73 da Lei das Eleições, visto que ficou provada a distribuição gratuita de bens sem que se pudesse enquadrar tal entrega de benesses na exceção prevista no dispositivo legal.

5. Se a Corte de origem, examinando os fatos narrados na investigação judicial, não indicou no acórdão regional circunstâncias que permitissem inferir a gravidade/potencialidade das infrações cometidas pelos investigados, não há como se impor a pena de cassação, recomendando-se, apenas, a aplicação das sanções pecuniárias cabíveis, observado o princípio da proporcionalidade.

Agravos Regimentais desprovidos.

(AgR-REspe 35.590 (43819-66)/SP, Rel. Min. ARNALDO VERSIANI, DJe 24.5.2010).

*Na mesma linha, por ocasião do julgamento da Representação 3807-73, em 20.3.2014, de relatoria do E. Ministro MARCO AURÉLIO, este Tribunal assentou a responsabilidade do titular do Ministério da Integração Nacional pela prática da conduta vedada descrita no art. 73, VI, b da Lei 9.504/97.*

Confira-se trecho do voto condutor desse acórdão:

*(...) quanto ao primeiro, possui a qualidade de titular do Ministério da Integração Nacional, em cujo sítio, na internet, foi veiculada resposta ao que versado em propaganda eleitoral. Iniludivelmente, revela-se procedimento de envergadura maior, presumindo-se a ciência do titular da pasta. Afinal é este o responsável pelo referido Órgão.*

No mesmo sentido, destaco, ainda, o seguinte precedente desta Corte Eleitoral em representação relativa às Eleições 2014:

**ELEIÇÕES 2014. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA. ART. 73, VI, B DA LEI 9.504/97. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. REJEIÇÃO. VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA INSTITUCIONAL. PERÍODO VEDADO. RESPONSABILIDADE. PRESIDENTE DA PETROBRAS. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. DEMAIS REPRESENTADOS. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO E PRÉVIO CONHECIMENTO. INCOMPETÊNCIA PARA INTERVIR OU EXERCER CONTROLE NA PUBLICIDADE.**

1. Rejeitadas as preliminares de ilegitimidade passiva e de inépcia da petição inicial, em razão, respectivamente, da

existência de pertinência subjetiva entre os representados e o direito material controvertido, e de presença dos elementos necessários ao estabelecimento da relação jurídico-processual. Decisão unânime.

2. Publicidade não dirigida ao consumidor final, porquanto sequer há nominação do produto. Trata-se de autopromoção da empresa e não de publicidade visando concorrência de produto no mercado. Decisão unânime.

3. Caracterizada a veiculação de propaganda institucional nos três meses que antecedem o pleito. Conduta vedada prevista no art. 73, VI, b da Lei 9.504/97. Decisão unânime.

4. Responsabilidade da terceira Representada, na condição de Presidente da Petrobras, e, por conseguinte, autorizadora da divulgação da peça publicitária irregular. Decisão unânime.

5. É indispensável a comprovação de autorização ou prévio conhecimento dos beneficiários quanto à veiculação de propaganda institucional em período vedado, não podendo ser presumida a responsabilidade do agente público. O uso abusivo de propaganda travestida de institucional não afasta a ressalva. Decisão unânime.

6. Absoluta incompetência do Ministro da Secretaria de Comunicação Social para intervir ou exercer controle na publicidade da Petrobras. Decisão unânime.

7. Aplicação de multa à terceira representada, nos termos do art. 73, § 4º da Lei das Eleições, no patamar máximo (R\$ 106.410,00), em cada uma das representações (RP 778-73 e RP 787-35 apensada), considerada a gravidade da conduta e a repetição da veiculação após ciência de decisão liminar proferida nos autos da RP 743-16. Decisão por maioria.

(Rp 778-73/DF, Rel. Min. ADMAR GONZAGA NETO, DJe 6.10.2014).

Diante desse cenário, mantenho o entendimento já firmado por este Tribunal Superior nos precedentes supracitados, destacando, principalmente, os recentes julgados proferidos no REspe 1194-73/CE e no RO 2510-24/CE – nos quais foi exaustivamente debatida a matéria aqui tratada – para reconhecer a responsabilidade de CID FERREIRA GOMES pela publicidade institucional veiculada em período vedado, porquanto, na qualidade de Chefe do Poder Executivo daquele Estado, era de sua competência zelar pelo conteúdo a ser divulgado no sítio eletrônico oficial do Governo.

Com isso, nesse particular, o recurso interposto pela COLIGAÇÃO CEARÁ DE TODOS deve ser provido para que, reconhecendo-se a legitimidade passiva de CID FERREIRA GOMES, seja-lhe aplicada a sanção de multa estabelecida no art. 73, § 4º da Lei 9.504/97.

5. Importa esclarecer, a princípio, que se cuidou, na origem, de Representação proposta pela COLIGAÇÃO CEARÁ DE TODOS em desfavor de CID FERREIRA GOMES e OUTROS, em virtude de pretensa configuração da prática da conduta vedada descrita no art. 73, VI, b da Lei 9.504/97.

6. Do exame dos autos, extraiu-se que a conduta consistiu na veiculação de publicidade institucional, em período vedado pela legislação eleitoral, por meio de notícia divulgada em sítio eletrônico oficial do Governo do Estado do Ceará, em que se destacam obras realizadas pelo Governo daquele Estado – no caso, a construção de 1.300 km de barragens, beneficiando 184 municípios.

7. O TRE do Ceará excluiu do polo passivo deste processo, por ilegitimidade, o representado CID FERREIRA GOMES, então Governador do Estado, por entender que somente o então Secretário de Segurança de Recursos Hídricos à época, EDUARDO SÁVIO PASSOS, seria responsável pelo conteúdo oficial publicado em nome do Governo daquele Estado, condenando-o ao pagamento de multa no valor de 5.000 Ufirs.

8. Em decisão lançada às fls. 521-538, a eminente Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA proveu Agravo e recebeu como Ordinário o Recurso Especial interposto pela COLIGAÇÃO CEARÁ DE TODOS, em razão de tratar-se de processo relativo à cassação de diploma ou mandato referente às eleições estaduais.

9. Ao apreciar o Recurso Ordinário, a eminente Ministra deu-lhe parcial provimento para, *reconhecendo a legitimidade passiva de CID FERREIRA GOMES*, concluir por sua responsabilidade pela propaganda institucional vedada e aplicar-lhe multa no valor de 5.000 Ufirs, com base no § 4º do art. 73 da Lei 9.504/97, em razão de que, na qualidade de Chefe do Poder Executivo do Estado do Ceará, era sua competência e responsabilidade zelar pelo conteúdo divulgado no sítio oficial do Governo Estadual.

10. Sobreveio a interposição do Agravo por CID FERREIRA GOMES, cujas questões passa-se a examinar.

11. CID FERREIRA GOMES pretende seja mantida a decisão do Tribunal de origem que concluiu por sua ilegitimidade para figurar no polo passivo desta demanda, com fundamento em que deve prevalecer o raciocínio aplicado aos responsáveis legais pela publicidade, uma vez que não lhe compete legalmente a administração da publicidade da Administração Pública, assim como não há nenhuma narrativa que indique sua anuência ou concorrência para a conduta.

12. No ponto, o agravante argumenta que a atividade de controle das publicidades institucionais foi delegada à Casa Civil e que a sua responsabilização não pode ser ilimitada por todos os atos de publicidade institucional, motivos pelos quais deve ser excluído do polo passivo desta demanda, com

base na teoria da desconcentração administrativa e da individualização da conduta, restabelecendo-se, assim, os termos do acórdão regional.

13. No entanto, conforme consignado na decisão agravada, embora o TRE do Ceará tenha concluído pela ilegitimidade passiva de CID GOMES com base na existência de desconcentração administrativa, evidencia-se, dos fatos e circunstâncias constantes nos autos, que a publicidade institucional foi efetivamente publicada no sítio eletrônico oficial do Governo do Estado do Ceará, havendo, portanto, vínculo concreto entre a conduta ilícita perpetrada e o Agravante.

14. Além do mais, não merece prosperar a argumentação de que a parte não possui legitimidade passiva devido à impossibilidade de exame de sua responsabilidade sob a ótica subjetiva. Isso porque a legitimidade é analisada à luz do direito alegado, tal como nos ensina a teoria da asserção.

15. Com isso, deve ser mantida a conclusão do *decisum* agravado de que existe lastro probatório que fundamenta a legitimidade de CID FERREIRA GOMES para figurar no polo passivo da Representação.

16. Cabe esclarecer, ainda, que é incontroverso nos autos que o conteúdo divulgado na página oficial do Governo do Estado do Ceará evidencia publicidade institucional em pleno período vedado, haja vista que enaltece obra do Governo. O cerne da questão reside, portanto, em saber se o Governador à época dos fatos, CID FERREIRA GOMES, seria responsável pela citada publicidade.

17. No Agravo Interno, o agravante assevera que não pode ser responsabilizado pelos ilícitos praticados por seus Secretários, pois, em razão do princípio da desconcentração, a função administrativa é exercida por meio da distribuição interna de competências e atribuições dentro da própria Administração Pública Direta, impedindo, por exemplo, que o Chefe do Poder Executivo Estadual responda pelos atos cuja responsabilidade seja legalmente atribuída a seus Secretários e Assessores.

18. A fim de corroborar sua afirmação, o agravante mencionou em outros processos da mesma natureza, também desta relatoria, que, no julgamento da Rp 778-73/DF, em 3.9.2014 (de relatoria do eminente Ministro ADMAR GONZAGA, referente às Eleições 2014), proposta com base na alínea “b” do inciso do art. 73 da Lei 9.504/97, consubstanciada em publicidade institucional da Petrobras, por meio da veiculação de vídeos em período vedado, esta Corte Superior decidiu aplicar multa pela prática de publicidade institucional em período crítico apenas a MARIA DAS GRAÇAS FOSTER, à época Presidente da estatal, e afastou a responsabilidade do Chefe do Poder Executivo pela conduta vedada, por não ter sido demonstrado que teve prévio conhecimento do ilícito. Destaca-se trecho do mencionado voto:

Caracterizada a veiculação de propaganda de caráter institucional, em período vedado pela legislação eleitoral, passo ao exame da responsabilidade dos representados.

*Incorre em conduta vedada o agente público, Servidor ou não, que autoriza publicidade institucional no período defeso, sujeitando o responsável ao pagamento de multa (Lei 9.504/97, art. 73, caput, inciso VI, b e § 4º).*

*Nessa perspectiva, inafastável a responsabilidade da terceira representada, Maria das Graças Foster, na condição de Presidente da Petrobras e, por conseguinte, autorizadora da divulgação da peça publicitária irregular.*

O Estatuto da Petrobras, em seu art. 38, evidencia de forma hialina a responsabilidade do Presidente, já que a ele incumbe, dentre outras atribuições, o acompanhamento e a supervisão das atividades de todos os órgãos da companhia, ainda que por meio da coordenação da ação dos Diretores.

19. Como se vê, naquela hipótese, a Presidente da Petrobras foi responsabilizada pelo ato irregular em razão de suas atribuições estatutárias, porquanto era a titular do órgão que promoveu a propaganda institucional em período proibido pela legislação eleitoral.

20. A situação delineada nestes autos, semelhantemente, responsabiliza o titular do órgão responsável por autorizar a publicidade institucional ilícita, sendo ele, na espécie, o próprio Chefe do Poder Executivo, haja vista que a conduta vedada consiste na veiculação de vídeo em sítio eletrônico oficial do Governo do Estado do Ceará, enaltecendo obra por ele realizada.

21. Portanto, diferentemente da hipótese dos autos, o precedente indicado não respalda o interesse do agravante, visto que a responsabilidade do Chefe do Executivo não é, naquele caso, analisada sob a ótica de ser ele o titular do órgão autorizador da publicidade institucional, senão apenas o possível beneficiário da conduta vedada.

22. Nesse cenário, mantém-se o entendimento de que cabe ao Chefe do Poder Executivo o controle das atividades relacionadas ao Governo e, mesmo com o auxílio de Secretários, deve ser mantida sua responsabilidade, diante das atribuições que lhe são conferidas.

23. A propósito, segundo estabelece a Constituição Estadual do Ceará, compete privativamente ao Governador do Estado *exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado (...), a direção superior da Administração Estadual.*

24. No mesmo contexto, registre-se que o precedente deste Tribunal Superior na Rp 3807-73/DF, de relatoria do eminente Ministro MARCO AURÉLIO, guarda semelhança fática com a hipótese destes autos, na medida em que houve responsabilização do Ministro da Integração Nacional, em razão de que, por ser titular do órgão em que veiculada a publicidade vedada, teria ciência do fato.

25. Conforme assentado no *decisum* agravado, tal compreensão – segundo a qual o titular do órgão que autorizou a publicidade institucional em período crítico é por ela responsável, pois deveria zelar pelo conteúdo divulgado em sítio eletrônico institucional – segue densa construção jurisprudencial desta Corte Superior, que, em eleições anteriores, já havia debatido o assunto e decidido nesse sentido.

26. A título elucidativo, reiteram-se os precedentes citados na decisão ora impugnada, referentes a julgados do TSE para as Eleições 2012 e 2010, respectivamente:

*AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL DESPROVIDO. CONDUTA VEDADA. ART. 73, VI, B DA LEI 9.504/97. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL EM SÍTIO ELETRÔNICO DA PREFEITURA. RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO. APLICAÇÃO DE MULTA.*

1. A divulgação no sítio eletrônico da prefeitura, nos três meses antes do pleito, de notícia relacionada a programa habitacional a cargo do Poder Executivo local, e ainda com a foto do prefeito, configura a conduta vedada descrita no art. 73, VI, b da Lei 9.504/97.

2. A lei eleitoral proíbe a veiculação, no período de três meses que antecedem o pleito, de toda e qualquer publicidade institucional, excetuando-se apenas a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado e os casos de grave e urgente necessidade pública reconhecida pela Justiça Eleitoral.

3. O agente público não pode se eximir da responsabilidade pela publicidade institucional veiculada em período vedado. Precedentes.

4. Agravo Regimental desprovido (AgR-REspe 500-33/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 23.9.2014).

Investigação judicial. Abuso de poder. Uso indevido dos meios de comunicação social. Condutas vedadas.

1. *A infração ao art. 73, VI, b da Lei 9.504/97 aperfeiçoa-se com a veiculação da publicidade institucional, não sendo exigível que haja prova de expressa autorização da divulgação no período vedado, sob pena de tornar inócua a restrição imposta na norma atinente à conduta de impacto significativo na campanha eleitoral.*

2. *Os agentes públicos devem zelar pelo conteúdo a ser divulgado em sítio institucional, ainda que tenham proibido a veiculação de publicidade por meio de ofícios a outros responsáveis, e tomar todas as providências para que não haja descumprimento da proibição legal.*

3. *Comprovadas as práticas de condutas vedadas no âmbito da municipalidade, é de se reconhecer o evidente benefício à campanha dos candidatos de chapa majoritária, com a imposição da reprimenda prevista no § 8º do art. 73 da Lei das Eleições.*

4. *Mesmo que a distribuição de bens não tenha caráter eleitoral, incide o § 10 do art. 73 da Lei das Eleições, visto que ficou provada a distribuição gratuita de bens sem que se pudesse enquadrar tal entrega de benesses na exceção prevista no dispositivo legal.*

5. *Se a Corte de origem, examinando os fatos narrados na investigação judicial, não indicou no acórdão regional circunstâncias que permitissem inferir a gravidade/potencialidade das infrações cometidas pelos investigados, não há como se impor a pena de cassação, recomendando-se, apenas, a aplicação das sanções pecuniárias cabíveis, observado o princípio da proporcionalidade.*

*Agravos Regimentais desprovidos (AgR-REspe 355-90/SP, Rel. Min. ARNALDO VERSIANI, DJe 24.5.2010).*

27. Destaca-se, ainda, que este Tribunal no julgamento do REspe 1194-73/CE, do RO 2510-24/CE e do AgR-RO 1118-49/CE, nos quais foi exaustivamente debatida a matéria aqui posta, assentou a responsabilidade de CID FERREIRA GOMES pela publicidade institucional veiculada em período vedado, porquanto, na qualidade de Chefe do Poder Executivo daquele Estado, era de sua competência zelar pelo conteúdo a ser divulgado no sítio eletrônico oficial do Governo Estadual.

28. Com isso, a situação delineada nos autos atrai, a toda evidência, a responsabilidade de CID FERREIRA GOMES pela propaganda institucional do Governo do Estado do Ceará veiculada no sítio oficial daquele órgão em período não permitido, haja vista que, por ser Chefe do Poder Executivo à época, era sua atribuição cuidar do conteúdo divulgado naquele site.

29. Por fim, diante do acima explanado, não se sustenta a alegação da parte de ausência de individualização da conduta praticada e, por consequência, de responsabilização ilimitada, em afronta aos incisos XLV e XLVI do art. 5º da CF.

30. De fato, não se desconhece que, de acordo com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual é imprescindível a comprovação da responsabilidade ou do prévio conhecimento do beneficiário pela conduta vedada descrita no art. 73, VI, *b* da Lei 9.504/97 para efeito de imposição da sanção, não podendo haver responsabilidade com base em presunção (Rp 828-02/DF, Rel. Min. TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO, DJe 1º.10.2014, e Rp 778-73/DF, Rel. Min. ADMAR GONZAGA, DJe 6.10.2014).

31. Todavia, na hipótese versada nestes autos, CID FERREIRA GOMES *não era candidato à reeleição* e, portanto, não estava na condição de beneficiado pela conduta em referência, mas na de agente público responsável pela conduta ilícita, motivo pelo qual a ele não se aplica tal entendimento, porque não se trata de beneficiário da conduta, mas de responsável pela publicação da matéria.

32. O § 4º do art. 73 da Lei das Eleições preceitua que o descumprimento do que nele disposto sujeitará os responsáveis à multa no valor de 5 a 100 mil Ufirs, além da suspensão imediata da conduta vedada. Logo, as sanções previstas no indigitado dispositivo legal também são aplicadas aos agentes públicos responsáveis por tal conduta que não sejam candidatos a cargos eletivos, como acontece na espécie; se forem candidatos, outra será a apuração de sua conduta.

33. Desse modo, a multa, aplicada em virtude do ilícito de conduta vedada, é medida a ser mantida, nos termos do disposto no art. 73, § 4º, c.c. o § 8º, da Lei Eleitoral.

34. Ante o exposto, nega-se provimento ao primeiro Agravo Interno e não se conhece do segundo. É o voto.

# **Desincompatibilização**



## ACÓRDÃO

### **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 123-87.2016.6.16.0129 – CLASSE 32 – DIAMANTE D'OESTE – PARANÁ**

**Relator:** Ministro Henrique Neves da Silva

**Agravante:** Coligação Novo Diamante Segue em Frente

**Advogados:** Fernando Gustavo Knoerr – OAB: 21242/PR e outro

**Agravados:** Guilherme Pivatto Júnior e outra

**Advogados:** Deisiane Cristina Vargas – OAB: 77614/PR e outros

ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO. CANDIDATO A PREFEITO. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. CONTRATO DE CLÁUSULAS UNIFORMES. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, INCISO II, ALÍNEA I, C.C. O INCISO IV, ALÍNEA A, DA LC 64/90. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Em conformidade com a jurisprudência mais recente deste Tribunal Superior, “o contrato firmado com o Poder Público decorrente de pregão obedece, em geral, a cláusulas uniformes, motivo pelo qual se aplica a ressalva da parte final do art. 1º, II, i, da Lei Complementar nº 64/90, não havendo necessidade de desincompatibilização” (REspe 237-63, rel. Min. Arnaldo Versiani, PSESS em 11.10.2012).

2. “O simples fato de constar em contrato cláusula que possibilite acréscimos e supressões até o limite de 25% do valor inicial, por si só, não é suficiente para descaracterizar a uniformidade da cláusula contratual em questão, sobretudo por se tratar de cláusula prevista em lei, como também em virtude de o TRE/PR ter assentado inexistir alterações no contrato que pudessem comprovar a ocorrência de tal circunstância” (REspe 401-43, rel. Min. Luciana Lóssio, PSESS em 14.12.2016).

3. O termo aditivo de reajuste de preços não pode ser considerado estranho a um contrato de cláusulas uniformes, tratando-se de clara disposição de manutenção do equilíbrio econômico do contrato.

Agravo regimental a que se nega provimento.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 21 de fevereiro de 2017.

MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA – RELATOR

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Senhor Presidente, a Coligação Novo Diamante Segue em Frente interpôs agravo regimental (fls. 487-501) contra a decisão de fls. 461-474, por meio da qual dei provimento ao recurso especial manejado por Guilherme Pivatto Júnior e pela Coligação Diamante no Rumo Certo, a fim de reformar o acórdão recorrido e deferir o registro de candidatura do primeiro recorrente ao cargo de prefeito do Município de Diamante D'Oeste/PR nas Eleições de 2016, por concluir pela não incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, II, *i*, c.c. o inciso IV, *a*, da Lei Complementar 64/90.

Reproduzo o relatório da decisão agravada (fls. 461-467):

Guilherme Pivatto Júnior e a Coligação Diamante no Rumo Certo interpôs recurso especial (fls. 383-413) contra o acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (fls. 301-326) que, por maioria, deu provimento a recurso eleitoral, a fim de reformar a sentença do Juízo da 129ª Zona Eleitoral daquele Estado para indeferir o pedido de registro de candidatura do primeiro recorrente ao cargo de prefeito do Município de Diamante D'Oeste/PR e, por consequência, a chapa majoritária da coligação recorrente.

Eis a ementa do acórdão regional (fl. 301):

ELEIÇÕES 2016 – REGISTRO DE CANDIDATURA – IMPUGNAÇÃO – DESINCOMPATIBILIZAÇÃO – ART. 1º, INCISO II, ALÍNEA ‘i’ C/C INCISO IV, ALÍNEA ‘A’, AMBOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 – CONTRATO ADMINISTRATIVO DECORRENTE DE PREGÃO – CLÁUSULAS UNIFORMES – PRESUNÇÃO RELATIVA – TERMO ADITIVO – DESCARACTERIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS UNIFORMES A EXIGIR A DESINCOMPATIBILIZAÇÃO NO PRAZO DE 04 (QUATRO) MESES DO CANDIDATO AO CARGO ELETIVO DE CHEFE DO EXECUTIVO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA AO CARGO DE PREFEITO E, POR CONSEQUÊNCIA, INDEFERIMENTO DA CHAPA MAJORITÁRIA. RECURSO PROVIDO.

1. ‘(...) O contrato firmado com o Poder Público decorrente de pregão obedece, em geral, a cláusulas uniformes, motivo pelo qual se aplica a ressalva da parte final do art. 1º, II, *i*, da Lei Complementar nº 64/90, não havendo necessidade de desincompatibilização. Recurso especial provido. (...)’ (Recurso Especial Eleitoral nº 23763, Acórdão de 11/10/2012, Relator(a) Min.

ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: PSESS – Publicado em Sessão, Data 11/10/2012)

2. No caso, o contrato administrativo oriundo do pregão realizado pela municipalidade foi firmado entre o particular e o Poder Público em 01/04/2016. Em apenas 02 (dois) meses (08/06/2016) foi aditado com um acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento). Ademais, tal aditamento foi levado a efeito já no dia seguinte, consoante se pode observar das duas notas fiscais emitidas pela empresa (09/06/2016) e comprovantes de pagamento oriundos da municipalidade (15 e 16/06/2016), restando desnaturizada a existência de cláusulas uniformes.

3. Desse modo, há a necessidade de desincompatibilização daquele que pretende o cargo de Prefeito, nos moldes previstos no art. 1º, inciso II, alínea 'i' c/c inciso IV, alínea 'a', ambos da Lei Complementar nº 64/90.

4. Recurso conhecido e provido.

Opostos embargos de declaração (fls. 332-345), foram eles rejeitados em acórdão assim ementado (fls. 364-365):

ELEIÇÕES 2016 – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – RECURSO ELEITORAL – IMPUGNAÇÃO – DESINCOMPATIBILIZAÇÃO – ART. 1º, INCISO II, ALÍNEA 'I' C/C INCISO IV, ALÍNEA 'A', AMBOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 – CONTRATO ADMINISTRATIVO DECORRENTE DE PREGÃO – CLÁUSULAS UNIFORMES – PRESUNÇÃO RELATIVA – TERMO ADITIVO – DESCARACTERIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS UNIFORMES A EXIGIR A DESINCOMPATIBILIZAÇÃO NO PRAZO DE 04 (QUATRO) MESES DO CANDIDATO AO CARGO ELETIVO DE CHEFE DO EXECUTIVO – INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA AO CARGO DE PREFEITO E, POR CONSEQUÊNCIA, INDEFERIMENTO DA CHAPA MAJORITÁRIA. RECURSO PROVIDO – AUSÊNCIA DE ERRO, OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO – REDISCUSSÃO – IMPOSSIBILIDADE – ELEMENTOS SUSCITADOS INCLUÍDOS PARA PREQUESTIONAMENTO – INTELIGÊNCIA DO ART. 1025 DO CPC – ACLARATÓRIOS REJEITADOS.

1. Embargos de declaração que visam rediscutir a matéria julgada e que não demonstra erro, obscuridade, omissão ou contradição no acórdão hostilizado, impõe a sua rejeição.

2. A clara insatisfação quanto ao resultado do julgado da matéria de mérito discutida – devidamente esclarecida e fundamentada – por si só não acolhe os aclaratórios.

3. No caso de o Tribunal Superior entender presente no acórdão erro, omissão, contradição ou obscuridade, os elementos suscitados nos embargos de declaração serão considerados incluídos no julgado para fins de prequestionamento, por força do art. 1025 do novo Código de Processo Civil, independente de serem ou não acolhidos.

4. Embargos conhecidos e rejeitados.

Os recorrentes alegam, em suma, que:

a) *a ação de impugnação ao seu registro de candidatura se funda na inelegibilidade prevista no art. 1º, II, i, c.c. o inciso IV, alínea a, da Lei Complementar 64/90, por suposta ausência de desincompatibilização da condição de proprietário de uma empresa que mantém contrato de fornecimento de bens com o poder público;*

b) *no caso, não foi preenchido o requisito que determina que, para fins de incidência da hipótese de inelegibilidade, o contrato firmado entre pretense candidato e o poder público não deve conter cláusulas uniformes ou, a contrario sensu, deve ser instrumento de cláusulas abertas;*

c) *“se o negócio jurídico que vincula o recorrido à Administração Pública obedecer a cláusulas uniformes, aplicar-se-á a exceção prevista na parte final da alínea ‘i’, do inciso II, do art. 1º, da Lei nº 64/90, cujo texto autoriza a desnecessidade de desincompatibilização do candidato” (fl. 390);*

d) *O Tribunal paraense indeferiu o seu registro de candidatura baseando-se unicamente no fato de que, ao contrato público original, foi acrescido aditivo contratual;*

e) *os contratos administrativos provenientes de pregões são considerados pela jurisprudência desta Corte Superior como contratos de cláusula uniformes;*

f) *em face da Lei 8.666/93, denota-se que a administração pública poderá, unilateralmente, realizar modificações no valor do contrato, alterando seu objeto quantitativamente em até 25% por cento, estando o particular contratado obrigado a aceitar tais modificações;*

g) *conforme o voto condutor do aresto recorrido, a celebração de aditivo contratual descaracteriza a natureza exclusiva*

*de cláusulas uniformes, transformando-o em um contrato de cláusulas abertas, pois, supostamente, implica alteração significativa do objeto contratado;*

*h) o aditivo contratual que gerou apenas o aumento quantitativo do objeto foi imposto pela própria administração pública, não perdendo, portanto, o conceito de cláusula uniforme;*

*i) apenas após a administração do Município de Diamante D'Oeste, chefiado pelo candidato à reeleição da ora recorrida, determinar o acréscimo no objeto contratual, mediante o aludido termo aditivo, é que foi arguida a inelegibilidade do recorrente, o que evidencia a má-fé coligação, pois a suscitou com base na atuação direta e exclusiva de seu próprio candidato;*

*j) a impugnante não se desincumbiu de demonstrar o porquê de as cláusulas não serem consideradas uniformes;*

*l) é irrefutável que houve violação ao art. 1º, II, i, e IV, a, da Lei Complementar 64/90, o qual garante que, nos contratos que contenham cláusulas uniformes, não incide a mencionada hipótese de inelegibilidade;*

*m) não pretende rediscutir as questões fáticas, mas obter a reforma da interpretação equivocada dada aos dispositivos legais pelo acórdão recorrido;*

*n) houve dissenso jurisprudencial, porquanto o acórdão recorrido diverge frontalmente do entendimento de outros tribunais eleitorais sobre a matéria;*

*o) o TRE/AM já considerou que a presença de cláusulas obrigatórias no contrato firmado entre o particular e a administração pública não desvirtua o ajuste, garantindo que as cláusulas serão uniformes;*

*p) é incontroverso que a formalização do termo aditivo não decorreu da vontade do primeiro recorrente, devendo, assim, considerar-se contrato de cláusulas uniformes, nos moldes do ajuste originário;*

*q) o TRE/PA assentou que “os contratos decorrentes da modalidade licitatória pregão podem ser considerados de cláusulas uniforme, não se exigindo a desincompatibilização do representante, diretor ou gerente da pessoa jurídica que manteve contrato com a Administração Pública” (fl. 407).*

*Requerem o deferimento de medida cautelar para a atribuição de efeito suspensivo ao seu recurso especial, “diante do fato de que o mérito do recurso não será analisado antes da vizinha diplomação agendada para o dia 7/12 próximo, retirando do*

*processo o candidato eleito democraticamente” (fl. 412).  
Postulam, também, o conhecimento e o provimento do recurso especial, a fim de que seja reformado o acórdão recorrido para deferir o registro de candidatura de Guilherme Pivatto Júnior. A Coligação Novo Diamante Segue em Frente apresentou contrarrazões, às fls. 447-451, defendendo o desprovimento do recurso especial, sob os seguintes argumentos:*

a) *a pouco mais de dois meses da assinatura do instrumento contratual, o ajuste foi aditivado em 25% do montante inicial, sem nenhuma justificativa para fundamentar a majoração do objeto pactuado;*

b) *o aditivo foi firmado no período de quatro meses que antecederam o pleito, revelando que o ora recorrente não deveria estar à frente da empresa, tendo em vista a necessidade de desincompatibilização prevista no art. 1º, II, i, c.c. o inciso IV, a, da Lei Complementar 64/90;*

c) *o aditivo contratual, realizado durante o período vedado, implica a inelegibilidade do representante legal da empresa contratada;*

d) *o aludido termo aditivo não foi analisado pela Procuradoria Jurídica do Município, em descumprimento ao disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/90;*

e) *logo após a formalização do termo aditivo, foram realizados depósitos na conta-corrente da empresa contratada nas quantias de R\$ 4.735,00 e de R\$ 5.588,00, totalizando R\$ 10.323,00, quase perfazendo o montante do referido aditivo, sem que houvesse prova da entrega dos objetos contratados;*

f) *o aditivo contratual foi celebrado dentro do período vedado com o intuito de viabilizar o repasse de recursos públicos ao recorrente em campanha;*

g) *o TRE/MS já se manifestou no sentido de que, “ocorrendo termo aditivo de prorrogação da vigência do contrato, menos de seis meses antes das eleições, e não havendo a desincompatibilização oportuna, configurada está a inelegibilidade” (fl. 450).*

*A douta Procuradoria-Geral Eleitoral, no parecer de fls. 455-459, manifestou-se pelo provimento do recurso especial, por entender que “a existência de termos aditivos, firmados com esteio em cláusulas previamente estabelecidas, que determinaram reajuste dos valores pagos, visando ao cumprimento de seu objeto, não descaracteriza a uniformidade das cláusulas” (fl. 458).*

*Acrescenta que a possibilidade de reajuste de preços no contrato, nos termos do art. 65, I, alínea b e § 1º, da Lei 8.666/93, situação reconhecida pela Corte de origem, não tem o condão de afastar a uniformidade das cláusulas.*

*Por fim, anoto que Guilherme Pivatto Júnior, candidato eleito no pleito de 2016 ao cargo de prefeito do Município de Diamante D'Oeste/PR, e a Coligação Diamante no Rumo Certo ajuizaram ação cautelar, com pedido de tutela de urgência, objetivando a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso especial, a qual se encontra pendente de apreciação.*

*É o relatório.*

A agravante sustenta, em suma, que:

- a) a decisão agravada afronta o intuito da inelegibilidade prevista no art. 1º, II, i, da Lei Complementar 64/90, que é o de evitar que recursos públicos recebidos por meio de contrato administrativo possam ser destinados ao custeio de campanha eleitoral mediante quebra da uniformidade de suas cláusulas;
- b) o contrato administrativo, oriundo de pregão, foi assinado em 1º.4.2016 e, pouco mais de dois meses depois da assinatura, foi aditivado em 25% do valor inicial, sem nenhuma justificativa para fundamentar a majoração do objeto pactuado e sem determinar quais bens deveriam ser fornecidos em maior quantidade;
- c) a licitude do aditivo ao contrato não está em discussão, mas, sim, a sua repercussão eleitoral;
- d) o aditivo contratual afasta o caráter uniforme da contratação original e tem como consequência a inelegibilidade do representante legal da empresa contratada;
- e) o aditivo contratual foi firmado no período de quatro meses que antecederam o pleito, revelando que o candidato agravado não deveria estar à frente da empresa, tendo em vista a necessidade de desincompatibilização prevista no art. 1º, II, i, c.c. o inciso IV, a, da LC 64/90;
- f) logo após a formalização do termo aditivo, o município contratante realizou depósitos na conta-corrente da empresa contratada nas quantias de R\$ 4.735,00 e de R\$ 5.588,00, totalizando R\$ 10.323,00, quase perfazendo o montante do referido aditivo, sem que houvesse prova da entrega dos objetos contratados;
- g) o aditivo contratual foi celebrado dentro do período vedado com o intuito de viabilizar o repasse de recursos públicos ao

candidato agravado em campanha;

- h) a partir do momento em que o termo aditivo se incorpora ao contrato mediante majoração do valor contratado, de forma individualizada, torna-se insubsistente o argumento de que o ajuste obedece a cláusulas uniformes;
- i) o fundamento da decisão agravada de que o aditivo teria sido celebrado para garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato não se sustenta, pois tal garantia seria necessária se houvesse aumento específico das obrigações contratuais da empresa, o que não ocorreu na espécie, pois o acréscimo da remuneração devida à contratada não estava relacionado a nenhum aumento de encargo;
- j) “a quebra da uniformidade do contrato original mediante a celebração deste aditivo genérico faz-se assim evidente, invocando a inelegibilidade do representante legal da empresa beneficiada” (fl. 500).

Requer o provimento do agravo regimental, a fim de que a decisão agravada seja reformada para negar provimento ao recurso especial manejado pelos ora agravados.

Guilherme Pivatto Júnior e a Coligação Diamante no Rumo Certo apresentaram contrarrazões às fls. 536-548, nas quais pugnam pela manutenção da decisão agravada, sob os seguintes argumentos:

- a) não foi preenchido o requisito que determina que, para fins de incidência da hipótese de inelegibilidade, o contrato firmado entre pretense candidato e o poder público não deve conter cláusulas uniformes ou, a contrario sensu, deve ser instrumento de cláusulas abertas;
- b) os contratos administrativos provenientes de pregões são considerados pela jurisprudência desta Corte Superior como contratos de cláusula uniformes;
- c) em face da Lei 8.666/93, denota-se que a administração pública poderá, unilateralmente, realizar modificações no valor do contrato, alterando seu objeto quantitativamente em até 25%, estando o particular contratado obrigado a aceitar tais modificações;
- d) o aditivo contratual que gerou apenas o aumento quantitativo do objeto foi imposto pela própria administração pública, não perdendo, portanto, o conceito de cláusula uniforme;
- e) “o termo aditivo não alterou substancialmente o contrato original, nem detinha cláusulas abertas, pois é manifesto que não foram inseridas pelo recorrido, mas sim pelo próprio Poder Público contratante” (fl. 543);

- f) somente após a administração do Município de Diamante D'Oeste, chefiado pelo candidato à reeleição da ora agravante, determinar unilateralmente a alteração quantitativa do objeto contratado originalmente, mediante termo aditivo, é que foi arguida a inelegibilidade, o que evidencia a má-fé da coligação, que a suscitou com base na atuação direta e exclusiva do seu próprio candidato;
- g) o aditivo contratual que não permite discussão dos seus termos é considerado como regido por cláusulas uniformes;
- h) a agravante não se desincumbiu do ônus de demonstrar o porquê de as cláusulas não serem consideradas uniformes;
- i) “os contratos públicos oriundos de pregões presenciais contêm apenas cláusulas uniformes e, eventual termo aditivo, que tenha sido imposto unilateralmente ao agravado pelo candidato da agravante, por determinação cogente do art. 65, inciso I, alínea ‘b’ e § 1º, da Lei nº 8.666/1993, também contêm apenas cláusulas uniformes” (fl. 547).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA (relator): Senhor Presidente, o agravo regimental é tempestivo. A decisão agravada foi publicada em sessão no dia 19.12.2016 (certidão à fl. 535), e o apelo foi interposto em 19.1.2017 (fl. 487), quando os prazos processuais estavam suspensos em virtude das férias forenses. A petição recursal foi subscrita por advogado habilitado nos autos (procuração à fl. 286 e substabelecimento à fl. 290).

Reafirmo os fundamentos da decisão agravada (fls. 467-474):

*O Tribunal Regional Eleitoral paranaense indeferiu o registro do candidato a prefeito em face da configuração da causa de inelegibilidade do art. 1º, inciso II, alínea i, c.c. o inciso IV, alínea a, da LC 64/90, porque o candidato teria contrato com a administração municipal de Diamante D'Oeste/PR, o qual não obedeceria a cláusulas uniformes, e não teria se desincumbido no prazo de quatro meses que antecedem a eleição.*

*Os recorrentes alegam que, “se o negócio jurídico que vincula o recorrido à Administração Pública obedecer a cláusulas uniformes, aplicar-se-á a exceção prevista na parte final da alínea ‘i’, do inciso II, do art. 1º, da Lei nº 64/90, cujo texto autoriza a desincompatibilização do candidato” (fl. 390).*

*Defendem que o aditivo contratual que originou o aumento quantitativo do objeto foi determinado pela administração pública, não havendo como se entender que resultou em desvirtuamento do ajuste, a permitir a incidência da vedação legal. Apontam, assim, ofensa ao art. 1º, inciso II, alínea i, c.c o inciso IV, alínea a, da LC 64/90 e divergência jurisprudencial sobre a matéria.*

*No voto que orientou o aresto regional, foi destacada a jurisprudência desta Corte Superior materializada no seguinte precedente: “O contrato firmado com o Poder Público decorrente de pregão obedece, em geral, a cláusulas uniformes, motivo pelo qual se aplica a ressalva da parte final do art. 1º, II, i, da Lei Complementar nº 64/90, não havendo necessidade de desincompatibilização” (REspe 237-63, rel. Min. Arnaldo Versiani, PSESS em 11.10.2012).*

*O redator designado assentou que “não há um rol taxativo de contratos que podem se enquadrar no conceito de cláusulas uniformes, sendo o contrato de adesão apenas uma de suas modalidades”, razão pela qual “deve o caso concreto ser analisado de forma pormenorizada a fim de aferir se houve ou não margem de negociação para a formatação e manutenção do contrato celebrado entre os pactuantes” (fl. 305).*

*E, na análise específica da hipótese dos autos, assentou que “o contrato entre o particular Guilherme Pivatto Junior com a administração pública Municipal de Diamante d’Oeste foi firmado em 01/04/2016. Em junho de 2016, ou seja, 02 (dois meses após a sua celebração) foi apresentado um termo aditivo de 25% (vinte e cinco por cento) a mais para fornecimento dos materiais elétricos previamente contratados” (fls. 305-306), além do que “o termo aditivo foi firmado no dia 08/06/2016 e já emitidas as notas fiscais no dia 09/06/2016 (fls. 108 e 110) com os respectivos pagamentos nos dias 15/06/2016 (fl. 109) e 16/06/2016 (fl. 111)” (fl. 306).*

*Assinalou-se que “o julgado do Ministro Arnaldo Versiani diz ‘em geral’, deixando claro que não é absoluto e, havendo alteração do objeto contratual de modo significativo, não se encaixa no referido julgado o qual demonstra não ter sido analisadas suas cláusulas” (fl. 307), o que foi igualmente observado no voto da Ministra Cármen Lúcia no julgamento do citado REspe 237-63.*

*Por sua vez, o relator – que ficou vencido – entendeu não estar configurada a causa de inelegibilidade e não haver necessidade do afastamento do candidato, porque “o contrato com cláusulas uniformes se caracteriza pela existência de condições gerais, sem variações ou privilégios que possam beneficiar ou desfavorecer um e outro contratante” (fl. 315).*

*Consignou que*, “embora o ajustamento do preço na fase de licitação admita manifestação da parte, no momento em que este valor é transferido para o contrato administrativo decorrente ele se torna cláusula estanque e uniforme para quem quer que venha assinar o contrato, seja ele o vencedor do certamente licitatório ou o segundo, terceiro, quarto ou qualquer outro classificado” (fl. 317).

*Acrescentou que* “não se pode incurrir à empresa contratada a responsabilidade sobre eventual discrepância entre o edital e o contrato celebrado, quando existe identidade entre minuta anexa ao edital e o efetivamente celebrado, não caracterizando situação a afastar a existência de cláusulas uniformes” (fl. 318).

*E, ao examinar o termo aditivo para fornecimento de materiais elétricos, concluiu que ficou* “evidente que o aditamento contratual ocorreu por vontade da Administração Pública e em conformidade com o art. 65, § 1º, da Lei das Licitações” (fl. 319).

*Tal aspecto foi igualmente reconhecido em outro voto, também vencido, proferido pelo Juiz Lourival Pedro Chemim, que afirmou*: “No dia 08/06/2016, por provocação do Prefeito Municipal e candidato à reeleição, Renato Antônio Pereira, foi realizado o aditivo contratual”, ressaltando, ainda, que “a coligação impugnante deveria provar que houve livre negociação das suas cláusulas contratuais, quando se formalizou que o aditivo contratual” (fl. 324).

*Na espécie, a controvérsia gira em torno do eventual desvirtuamento das cláusulas uniformes em decorrência da lavratura de termo aditivo ao instrumento contratual firmado entre o recorrente e a administração municipal de Diamante D’Oeste. Cabe trazer a lume o disposto no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93, in verbis*:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I – unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por essa lei.

[...]

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões

que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

*É sabido que os contratos administrativos têm cláusulas que conferem à administração pública prerrogativas em relação ao particular, com a finalidade de garantir a prevalência do interesse público, denominadas cláusulas exorbitantes.*

*Não obstante a obrigatoriedade da prévia e precisa definição do objeto a ser contratado, precedido ou não de licitação, nem sempre é possível a execução do contrato nos exatos termos em que foi firmado. Desse modo, para que o contrato atinja o seu fim precípua, embora deva ser respeitada a sua finalidade, com certa frequência, se torna indispensável que se proceda a alterações fundadas nos mais variados motivos, a ser devidamente justificadas pelos gestores públicos.*

*Na espécie, houve uma alteração quantitativa provocada pela administração municipal, dentro do percentual permitido em lei, com a qual a contratada estava obrigada a assentir, sob pena de rescisão contratual e demais sanções daí decorrentes.*

*Verifico que não houve desvirtuamento da natureza do contrato administrativo, porquanto se trata de alteração unilateral quantitativa, ou seja, imposta pela própria administração municipal, que não resultou na modificação da especificação do objeto, mas apenas no seu acréscimo, dentro do limite legal.*

*No ponto, não se pode olvidar, como bem salientou o Juiz Louvival Pedro Chemim em seu voto-vista, de que “o atual Prefeito e, candidato à reeleição, não iria criar um aditivo contratual e desnaturar um contrato de que contém cláusulas uniformes para beneficiar seu adversário político” (fl. 324).*

*Anoto que, no REspe 237-63, alusivo ao pleito de 2012, assentou-se que “o contrato com o Poder Público decorrente obedece, em geral, a cláusulas uniformes, motivo pelo qual se aplica a ressalva da parte final do art. 1º, II, i, da Lei Complementar 64/90, não havendo necessidade de desincompatibilização” (grifo nosso).*

*Nas Eleições de 2016, recentemente esta Corte Superior, em caso também oriundo do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (AgR-REspe 401-43, rel. Min. Luciana Lóssio, PSESS em 14.12.2016) considerou que “o simples fato de constar em contrato cláusula que possibilite acréscimos e supressões até o limite de 25% do valor inicial, por si só, não é suficiente para descaracterizar a uniformidade da cláusula contratual em questão, sobretudo por se tratar de cláusula prevista em lei”.*

*Ademais, assinalou que* “o limite de 25%, além de estar previsto em lei – § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/96 –, deve, necessariamente, constar em todos os contratos firmados com a Administração Pública, tratando-se de uma limitação imposta pela referente lei à Administração Pública e ao contratado, no que diz respeito à alteração da dimensão do objeto do contrato, de forma a garantir a mensuração dos limites de acréscimo e supressão a partir das mesmas condições econômico-financeira do início do contrato”.

*No ponto, a jurisprudência é firme no sentido de que* “caberia ao impugnante demonstrar que o contrato celebrado entre o Poder Público e o candidato não obedece a cláusulas uniformes, pressuposto para a declaração de inelegibilidade” (AgR-REspe 638-33, rel. Min. Fátima Nancy, PSESS em 6.12.2012).

*Ademais, destaco a percuciente manifestação da douta Procuradoria-Geral Eleitoral, no parecer emitido às fls. 455-459, que igualmente se pronunciou pelo provimento do recurso especial, nos seguintes termos (fls. 456-458):*

[...]

Nos termos do art. 1º, II, “i”, da LC nº 64/90, são inelegíveis “os que, dentro de 6 (seis) meses anteriores ao pleito, hajam exercido cargo ou função de direção, administração ou representação em pessoa jurídica ou em empresa que mantenha contrato de execução de obras, de prestação de serviços ou de fornecimento de bens com órgão do Poder Público ou sob seu controle, **salvo no caso de contrato que obedeça a cláusulas uniformes**”. Tal imposição aplica-se também aos candidatos ao cargo de prefeito e vice-prefeito, por força do art. 1º, IV, “a”, da LC 64/90, que, porém, estabelece seja observado o prazo de quatro meses de desincompatibilização.

Restou incontroverso nos autos que o candidato recorrente é proprietário da GPJ Comércio de Tintas e Materiais para Pintura-EIRELI-ME, que mantém contrato de prestação de serviços com o Município de Diamante D’Oeste-PR, celebrado por meio de procedimento licitatório pela modalidade pregão presencial.

Na apreciação dos elementos carreados aos autos, o Tribunal Regional Eleitoral concluiu que o contrato mantido entre a empresa e o Poder Público não obedecia a cláusulas uniformes, tendo em vista a formalização de termo aditivo de 25% (vinte e cinco por cento) de aumento para o fornecimento dos materiais previamente contratados.

A controvérsia, pois, consiste em saber se o contrato celebrado com a administração pública municipal, decorrente

de licitação, em relação ao qual houve a assinatura de termo aditivo para alteração do ajuste, notadamente no que se refere ao preço estipulado pela Administração, insere-se na modalidade de cláusulas uniformes, o que afastaria a necessidade de desincompatibilização do recorrente.

Esse Tribunal Superior já teve a oportunidade de assentar que *“o contrato firmado com o Poder Público decorrente de pregão obedece, em geral, a cláusulas uniformes, motivo pelo qual se aplica a ressalva da parte final do art. 1º, II, ‘i’, da Lei Complementar nº 64/90, não havendo necessidade de desincompatibilização”*.

É sabido que os contratos de adesão, isto é, aqueles regidos por cláusulas uniformes, não permitem o exercício do direito de negociá-las pelo contratado. Neles, a parte que adere ao contrato não dispõe de meios para fazer valer sua vontade ao firmar o ajuste. A manifestação da vontade, na espécie, somente é expressa de duas formas: pela recusa ao contrato ou aceitação deste na sua integralidade, opção que submete totalmente a parte juridicamente mais frágil às cláusulas redigidas pela outra parte.

No caso em apreço, o contrato analisado nos autos foi estabelecido mediante pregão. E, ato contínuo, foi celebrado termo aditivo de 25% (vinte e cinco por cento) de reajuste, para fornecimento dos materiais. Extrai-se, ainda, do acórdão regional que este termo foi amparado pela cláusula 11ª do Contrato, qual seja, *“será incorporada este Contrato, mediante TERMOS ADITIVOS, qualquer modificação que venha a ser necessária durante sua vigência, decorrente das obrigações assumidas pela CONTRATADA, alteração nas especificações, quantitativas qualitativas, ou prazos dos produtos fornecidos ao CONTRATANTE”*.

Ora, a possibilidade de reajuste de preços no contrato, nos termos previstos no art. 65, inc. I, alínea b e § 1º, da Lei n. 8.666/93, situação reconhecida pelo Tribunal Regional, não tem o condão de afastar a unanimidade das cláusulas.

Na verdade, não se pode compreender a existência de referido ajuste como algo revelador de liberalidade entre as partes contratantes, apenas porque “poderia ter sido aditado em percentual menor” (fl. 310). Ao contrário, pois, uma disposição desse teor tem por fim, claramente, a proteção do equilíbrio contratual. Tal disposição permite, tão somente, a edição de termos aditivos, a fim de garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Logo, longe de revelar liberalidade, a cláusula revela um caráter protetivo da parte contratante que se encontra na posição mais frágil na relação jurídica.

Nessa perspectiva, o termo aditivo de reajuste de preços não pode ser considerado estranho a um contrato de cláusulas uniformes. Trata-se de uma clara disposição de manutenção do equilíbrio econômico do contrato. Não se pode pretender que um contrato de cláusulas uniformes seja engessado a tal ponto que não permite reajuste de preços em observância à própria legislação. Se assim fosse, o Poder Público enfrentaria sérias dificuldades em encontrar fornecedores dispostos a se submeterem a tal tipo de avença, que se revelaria excessivamente draconiana.

Ademais, há de se ressaltar que o dito emprego dos recursos “na campanha eleitoral almejada” (fl. 306 v.) é mero exercício de presunção, inábil ao afastamento da capacidade eleitoral passiva.

Desse modo, a existência de termos aditivos, firmados com esteio em cláusulas previamente estabelecidas, que determinaram reajuste dos valores pagos, visando ao cumprimento de seu objeto, não descaracteriza a uniformidade das cláusulas. Logo, não se verifica, na espécie, a exigência de desincompatibilização.

[...]

*Por fim, observo que eventuais irregularidades sucedidas no decorrer do certame licitatório ou na formalização do contrato administrativo, segundo o que alegado nas contrarrazões, devem eventualmente ser arguidas em vias próprias.*

***Por essas razões conheço do recurso especial interposto por Guilherme Pivatto Júnior e pela Coligação Diamante no Rumo Certo, por ofensa ao art. 1º, inciso II, alínea i, c.c o inciso IV, alínea a, da LC 64/90 e lhe dou provimento, nos termos do art. 36, § 7º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, a fim de reformar o acórdão recorrido e deferir o registro de candidatura do primeiro recorrente, Guilherme Pivatto Júnior, ao cargo de prefeito do Município de Diamante D'Oeste/PR nas Eleições de 2016, deferindo, em consequência, o registro da chapa majoritária da Coligação Diamante no Rumo Certo.***

***Diante disso, afigura-se prejudicada a Ação Cautelar 0602740-14, proposta pelos recorrentes, razão pela qual lhe nego seguimento, com base no art. 36, § 6º, do RITSE. Comunique-se, imediatamente, o Juízo da 129ª Zona Eleitoral do Estado do Paraná sobre o teor da presente decisão, para fins de eventuais providências que entender cabíveis.***

A agravante alega que o candidato agravado incide na causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, II, i, c.c. o inciso IV, a, da Lei Complementar 64/90, por ausência de desincompatibilização, tendo em vista ser ele representante legal de empresa que mantém, com a administração municipal, contrato que não obedeceria a cláusulas uniformes.

Argumenta que a celebração de termo aditivo para majoração em 25% do valor inicialmente ajustado afastaria o caráter uniforme do contrato administrativo oriundo de pregão.

Defende que o fundamento da decisão agravada de que o aditivo teria sido celebrado para garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato não se sustenta, pois tal garantia seria necessária se houvesse aumento específico das obrigações contratuais da empresa, o que não ocorreu na espécie, pois o acréscimo da remuneração devida à contratada não estava relacionado a nenhum aumento de encargo ou contrapartida.

Reafirmo, porém, que na espécie ocorreu alteração quantitativa provocada pela administração municipal, dentro do percentual permitido em lei, com a qual a contratada estava obrigada a assentir, sob pena de rescisão contratual e demais sanções daí decorrentes.

Portanto, não houve desvirtuamento da natureza do contrato administrativo, porquanto se trata de alteração unilateral quantitativa, ou seja, imposta pela própria administração municipal, que não resultou na modificação da especificação do objeto, mas apenas no seu acréscimo, dentro do limite legal.

Conforme bem salientou a Procuradoria-Geral Eleitoral, que igualmente se pronunciou pelo provimento do recurso especial (fls. 455-459), “o termo aditivo de reajuste de preços não pode ser considerado estranho a um contrato de cláusulas uniformes. Trata-se de uma clara disposição de manutenção do equilíbrio econômico do contrato” (fl. 458).

Ademais, conforme consignei na decisão agravada, este Tribunal Superior assentou, em feito alusivo ao pleito de 2012, que “o contrato firmado com o Poder Público decorrente de pregão obedece, em geral, a cláusulas uniformes, motivo pelo qual se aplica a ressalva da parte final do art. 1º, II, i, da Lei Complementar nº 64/90, não havendo necessidade de desincompatibilização” (REspe 237-63, rel. Min. Arnaldo Versiani, PSESS em 11.10.2012).

E, nas Eleições de 2016, este Tribunal Superior enfrentou tal questão, assentando o seguinte:

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATO. DEFERIMENTO. PREFEITO. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. INELEGIBILIDADE DO ART. 1º, II, ALÍNEA I, DA LC Nº 64/90. CARACTERIZAÇÃO. CONTRATO. PREGÃO. CLÁUSULAS UNIFORMES. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.

[...]

2. Na espécie, o Tribunal a quo foi categórico ao afastar a alegada descaracterização da cláusula uniforme, assentando, inclusive, a inocorrência de acordos diferentes dos previstos nos editais, bem como aduzindo que, a despeito da previsão relativa a acréscimos e supressões até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial, inexistia qualquer notícia de que tal faculdade fora exercida ou mesmo alterações tenham ocorrido, de forma a retirar a característica do contrato de seguir cláusulas uniformes. Nesse contexto, não há como se adotar conclusão diversa, sob pena do vedado revolvimento de fatos e provas nesta instância especial, a teor das Súmulas nºs 24/TSE e 279/STF.

3. O limite de 25%, além de estar previsto em lei – § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/96 –, deve, necessariamente, constar em todos os contratos firmados com a Administração Pública, tratando-se de uma limitação imposta pela referente lei à Administração Pública e ao contratado, no que diz respeito à alteração da dimensão do objeto do contrato, de forma a garantir a mensuração dos limites de acréscimo e supressão a partir das mesmas condições econômico-financeira do início do contrato.

4. O simples fato de constar em contrato cláusula que possibilite acréscimos e supressões até o limite de 25% do valor inicial, por si só, não é suficiente para descaracterizar a uniformidade da cláusula contratual em questão, sobretudo por se tratar de cláusula prevista em lei, como também em virtude de o TRE/PR ter assentado inexistir alterações no contrato que pudessem comprovar a ocorrência de tal circunstância.

5. Agravo regimental desprovido, mantendo-se o deferimento do registro do ora agravado, cuja chapa obteve a maior votação no Município de Mandirituba/PR (37,18% dos votos válidos). (REspe 401-43, rel. Min. Luciana Lóssio, PSESS em 14.12.2016.)

Por fim, observo que a argumentação da agravante no sentido de que a modificação sucedida estaria desprovida de justificativa e teria sido realizada para viabilizar o repasse de recursos públicos ao representante legal da empresa que estava em campanha se insere no âmbito de conjecturas que não foram reconhecidas pelo Tribunal paranaense, cujo voto vencedor meramente aduziu que o contrato firmado teria apenas sofrido a indigitada alteração quantitativa (fls. 303-308).

De igual forma, eventual comprometimento da lisura do pleito em razão de fatos irregulares ou ilícitos não é matéria a ser resolvida no processo de registro de candidatura.

A única discussão possível nesse processo versa sobre a necessidade de desincompatibilização do candidato, em razão do aditamento contratual realizado.

Nesse aspecto, vale reiterar que a Lei 8.666/93, ao dispor sobre o conteúdo dos contratos administrativos, prevê expressamente que “todo contrato deve mencionar [...] a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais” (art. 61).

E, nos termos da referida norma, “o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos” (art. 65, § 1º).

Tal disposição não caracteriza favor ou negociação estabelecida em favor de determinado licitante – o que nem sequer seria possível –, mas representa norma imperativa que obriga o administrado a atender o interesse da Administração, no limite legal previsto.

Trata-se, pois, de disposição uniforme que atinge todos os licitantes e, na verdade, todos os contratados pela Administração Pública, sendo certo que “caberia ao impugnante demonstrar que o contrato celebrado entre o Poder Público e o candidato não obedece a cláusulas uniformes, pressuposto para a declaração de inelegibilidade” (AgR-REspe 638-33, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, PSESS em 6.12.2012).

Por essas razões, **voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental interposto pela Coligação Novo Diamante Segue em Frente.**

## ACÓRDÃO

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 199-83.  
2016.6.16.0203 – CLASSE 32 – VIRMOND – PARANÁ**

**Relator:** Ministro Henrique Neves da Silva

**Agravante:** Coligação Campo e Cidade Gerando Progresso

**Advogados:** Vinicius Sterza – OAB: 81151/PR e outro

**Agravada:** Olga Klaki Passarin

**Advogados:** Luiz Fernando de Souza – OAB: 57207/PR e outros

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO. VEREADOR. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. ART. 1º, II, A, 9, DA LEI COMPLEMENTAR 64/90. DIRIGENTE DE ENTIDADE PRIVADA. DESNECESSIDADE.

1. É inviável o agravo regimental que não infirma objetivamente os fundamentos da decisão agravada. Incidência da Súmula 26 do Tribunal Superior Eleitoral.

2. As causas de inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente, sendo vedada a interpretação extensiva para alcançar situações não contempladas pela norma.

3. Dirigente de associação privada não está sujeito à desincompatibilização prevista no art. 1º, II, a, 9, da LC 64/90, ainda que a entidade receba subvenções públicas. Referido dispositivo legal engloba apenas presidentes, diretores e superintendentes de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e fundações mantidas pelo poder público, que fazem parte da administração indireta.

Agravo regimental a que se nega provimento.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 19 de dezembro de 2016.

MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA – RELATOR

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Senhor Presidente, a Coligação Campo e Cidade Gerando Progresso interpôs agravo regimental (fls. 387-391) contra a decisão de fls. 374-385, pela qual dei provimento ao recurso especial de Olga Klaki Passarin e deferi o seu registro de candidatura ao cargo de vereador do Município de Virmond/PR por não vislumbrar a necessidade de desincompatibilização no prazo previsto no art. 1º, II, a, 9, c.c. o inciso VII, b, da Lei Complementar 64/90.

Eis o relatório da decisão agravada (fls. 374-376):

*Olga Klaki Passarin interpôs recurso especial eleitoral (fls. 262-274) contra o acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (fls. 223-229) que, por maioria, deu parcial provimento a recurso eleitoral, a fim de reformar parcialmente a sentença do Juízo da 203ª Zona Eleitoral daquele Estado para afastar a multa aplicada, ante o não reconhecimento de intuito protelatório dos embargos de declaração opostos em primeiro grau, mantendo, todavia, o indeferimento do seu pedido de registro de candidatura ao cargo de vereador do Município de Virmond/PR nas Eleições de 2016, em virtude da ausência de desincompatibilização no prazo previsto no art. 1º, II, a, 9, c.c. o inciso VII, b, da Lei Complementar 64/90.*

Eis a ementa do acórdão regional (fl. 223):

RECURSO ELEITORAL – ELEIÇÕES 2016 – REGISTRO DE CANDIDATURA – PRESIDENTE DA PROVOPAR DO MUNICÍPIO DE VIRMOND – ASSOCIAÇÃO MANTIDA PELO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE AFASTAMENTO – NECESSIDADE DE DESINCOMPATIBILIZAÇÃO PARA CONCORRER AO CARGO DE VEREADOR – REGISTRO INDEFERIDO – MANUTENÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA AFASTAR A MULTA POR OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO MERAMENTE PROTRELATÓRIOS.

1. O dirigente de fundação de direito privado, desde que efetivamente mantida pelo poder público, deve se desincompatibilizar.
2. Não são protelatórios primeiros embargos declaratórios nos quais se apontam temas cuja abordagem aproveita ao embargante e sobre os quais o juízo de origem presta esclarecimentos.
3. Registro de candidatura indeferido.

4. Recurso parcialmente provido, somente para afastar a multa por oposição de embargos de declaração meramente protelatórios.

*Opostos embargos de declaração (fls. 233-239), foram eles rejeitados em acórdão assim ementado (fl. 242):*

ELEIÇÕES 2016. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA JÁ DECIDIDA. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

*A recorrente alega, em suma, que:*

*a) o acórdão regional violou o art. 1º, II, a, 9, da LC 64/90, pois não há necessidade de desincompatibilização na hipótese dos autos;*

*b) o aresto recorrido divergiu da jurisprudência de outros tribunais eleitorais, notadamente do acórdão proferido no REspe 30.539, no qual este Tribunal Superior assentou que as Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (Apae) não são fundações, não sendo necessário que os seus dirigentes se afastem para concorrer a cargo eletivo. Nos termos do voto condutor do citado aresto, “quando se diz fundações mantidas pelo poder público, não se pode simplesmente estender a qualquer associação” (fl. 269);*

*c) não existe nenhuma diferença entre o Provopar e a Apae, os quais têm a mesma personalidade jurídica de associação civil de natureza privada e sem fins lucrativos;*

*d) as normas que estabelecem inelegibilidades não podem ser interpretadas de forma extensiva, por se referirem a restrição de direito;*

*e) a lei estabelece que as fundações que geram necessidade de desincompatibilização são as de natureza pública ou as mantidas pelo poder público;*

*f) os dirigentes de entidade civil sem fins lucrativos não necessitam se desincompatibilizar, pois não há previsão expressa na Lei de Inelegibilidades, não podendo haver interpretação extensiva para equipará-los aos gestores de pessoas jurídicas de direito público;*

*g) a expressão “mantidas pelo poder público” é empregada na Lei Complementar 64/90, assim como nos arts. 150, § 2º, 165, § 5º, I, e 169, § 1º, da Constituição Federal, em alusão apenas às fundações, as quais são entidades da administração pública indireta;*

*h) “a Provopar não é órgão/entidade ligada ao município, e sim, uma pessoa jurídica com personalidade própria e sem fins lucrativos, ou seja, não é entidade da Administração Indireta, de forma que, mesmo que receba subvenção pública superior a 50%, não desenvolve atividade estatal” (fl. 273).*

*Requer o conhecimento e o provimento do recurso especial, a fim de que seja reformado o acórdão recorrido para deferir o seu registro de candidatura.*

*Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão à fl. 364.*

*A douta Procuradoria-Geral Eleitoral, no parecer de fls. 367-372, manifestou-se pelo provimento do recurso especial, por entender que a expressão “mantidas pelo poder público” contida na parte final do item 9 da alínea a do inciso II do art. 1º da LC 64/90 se refere às fundações públicas de direito privado, as quais são entidades da administração indireta, e não a quaisquer entidades, de modo que não é necessária desincompatibilização na hipótese dos autos.*

É o relatório.

Nas razões do apelo, a agravante sustenta que a decisão agravada desconsiderou os seguintes precedentes do TSE citados pelo acórdão regional: Consulta 596, rel. Min. Edson Vidigal; e REspe 1522-92, rel. Min. Dias Toffoli.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do agravo regimental ao plenário desta Corte, para que seja negado provimento ao recurso especial.

Olga Klaki Passarin apresentou contrarrazões às fls. 403-407, nas quais postula o não provimento do agravo regimental, aduzindo que:

- a) o apelo não preenche os requisitos legais de admissibilidade, pois “não atacou de forma precisa e clara os termos da decisão monocrática proferida, limitando-se a buscar a manutenção do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná” (fls. 403-404);
- b) a agravante não traz a íntegra dos precedentes citados, limitando-se a transcrever as ementas. Também não realizou a análise fática nem o cotejo analítico entre os casos;
- c) sendo o Provopar uma associação civil, e não uma fundação, pouco importa se recebe ou não subvenção do poder público, pois não se enquadra nos entes enumerados no item 9 do art. 1º, I, a, da Lei Complementar 64/90.

Por fim, registro que a agravada obteve a segunda melhor votação para o pleito proporcional, com 195 votos (6,47%), conforme consta do Sistema de Divulgação de Resultados.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA (relator): Senhor Presidente, o agravo regimental é tempestivo, nos termos do art. 218, § 4º, do novo Código de Processo Civil. A decisão foi publicada em sessão no dia 6.12.2016 (fl. 394), e o apelo foi interposto em 5.12.2016 (fl. 387), em petição subscrita por advogado habilitado nos autos (procuração à fl. 18 e substabelecimento à fl. 392).

No caso, o Tribunal *a quo* indeferiu o pedido de registro de candidatura da agravada ao cargo de vereador do Município de Virmond/PR no pleito de 2016, por entender configurada a causa de inelegibilidade prevista no item 9 do art. 1º, II, a, da Lei Complementar 64/90, que dispõe:

*Art. 1º São inelegíveis:*

*[...]*

*II - para Presidente e Vice-Presidente da República:*

*[...]*

*9. os Presidentes, Diretores e Superintendentes de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas e as mantidas pelo poder público;*

Na decisão agravada, considere que a conclusão do Tribunal Regional Eleitoral paranaense estava em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que as causas de inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente a fim de evitar que a interpretação extensiva da norma alcance situações não tratadas de forma específica na legislação.

Reproduzo os fundamentos da decisão agravada (fls. 379-385):

*No caso, a questão controvertida reside em saber se o Provo-par de Virmond/PR se enquadra na expressão “mantidas pelo Poder Público”, conforme previsão do art. 1º, II, a, 9, da Lei Complementar 64/90.*

*A respeito do tema, a jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que são consideradas mantidas pelo Poder Público, para fins da incidência da causa de inelegibilidade descrita no art. 1º, II, a, 9, da Lei Complementar 64/90, as fundações que dependam de recursos públicos para a*

*sua existência, assim compreendidas aquelas que recebam recursos públicos em valor superior à metade das receitas totais auferidas. Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:*

ELEIÇÕES 2010. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEPUTADO FEDERAL. IMPUGNAÇÃO. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. PRESIDENTE DE FUNDO SOCIAL MUNICIPAL. EQUIPARAÇÃO A FUNDAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. INELEGIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ENTIDADE PÚBLICA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. NECESSIDADE DE MAIS DA METADE DA RECEITA ADVINDA DE RECURSOS PÚBLICOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ÔNUS DO IMPUGNANTE. INDEFERIMENTO.

1 – Consideram-se entidades mantidas pelo Poder Público, elencadas no artigo 1º, II, a, 9, da Lei Complementar nº 64/90, aquelas cuja soma das verbas públicas totaliza mais da metade de suas receitas.

[...]

4 – Recurso a que se nega provimento.

(RO 4425-92, rel. Min. Hamilton Carvalhido, PSESS em 25.11.2010, grifo nosso.)

RECURSO ESPECIAL. INELEGIBILIDADE. LC Nº 64/90, ART. 1º, II, a, 9. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. DIRIGENTE. ASSOCIAÇÃO CIVIL. (APAE). REGISTRO DE CANDIDATO. DEFERIMENTO.

1. Os dispositivos da Lei Complementar nº 64/90 não podem ser interpretados de maneira extensiva, já que, in casu, trata-se de restrição ao direito de se candidatar sem se desincompatibilizar.

2. Para concluir que a associação seja mantida pelo Poder Público, é necessário que as verbas públicas correspondam, pelo menos, a mais da metade de suas receitas.

3. Recurso Especial provido.

(REspe 30.539, rel. Min. Marcelo Ribeiro, PSESS em 7.10.2008, grifo nosso.)

*De acordo com os precedentes supracitados, a interpretação deste Tribunal Superior a respeito do alcance da expressão “mantidas pelo Poder Público” contida no item 9 do art. 1º, II, a, da Lei Complementar 64/90 é no sentido de que a referida locução se refere às fundações cuja sobrevivência financeira dependa majoritariamente do aporte de recursos públicos.*

*Para melhor elucidação da questão, destaco trechos dos votos proferidos no julgamento do citado REspe 30.539, da relatoria do Ministro Marcelo Ribeiro, PSESS em 7.10.2008, no qual este Tribunal Superior, após amplos debates sobre o tema, vencido o Ministro Felix Fischer, assentou o entendimento acima mencionado:*

[...]

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO (relator):

[...]

[...]

No caso, a Corte Regional entendeu que, por se tratar de contribuições constantes, que alcançariam 46% da verba da entidade, esta seria mantida pelo Poder Público, nos termos da lei de regência.

Os temas da Lei Complementar não podem ser interpretados de maneira extensiva, já que se trata de restrição ao direito de se candidatar sem se desincompatibilizar.

A lei não prevê, genericamente, o afastamento de dirigentes de qualquer entidade, mas menciona, especificamente, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas e as mantidas pelo Poder Público.

Ainda que se cuidasse de fundação, o aporte de 46% de recursos públicos, em relação à totalidade das receitas da instituição, não significaria que fosse mantida pelo Poder Público, pois, para chegar-se a tal conclusão, seria necessário que as verbas de tal natureza correspondessem à totalidade ou, pelo menos, a mais da metade das receitas.

[...]

O SENHOR MINISTRO FELIX FISCHER: [...]

[...]

Assim, entendo que deve ser mantida a jurisprudência já firmada sobre a matéria. Por outro lado, caso o texto legal, ao afirmar 'e as mantidas pelo poder público' (art. 1º, II, "a", 9, da Lei Complementar nº 64/90), estivesse limitado apenas às quatro espécies indicadas no dispositivo (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações), ter-se-ia como inócua ou sem sentido a afirmação 'e as mantidas pelo poder público'. Dessa forma, essa expressão revela que não se trata de rol taxativo, sendo essencial o fato de determinada pessoa jurídica ser mantida por subsídios públicos de modo expressivo.

[...]

Entendo, com a devida vênia, que na expressão 'mantidas pelo Poder Público' devem ser compreendidas não apenas as entidades custeadas integralmente ou com mais de cinquenta por cento de verbas públicas, como afirmou o e. Ministro Relator, mas também aquelas nas quais a subvenção pública é expressiva para o desenvolvimento de suas atividades e dos serviços prestados ao público.

No caso, tal análise foi feita pelo e. TRE/SC, que reconheceu como essencial para a manutenção da entidade a subvenção pública, equivalente a 46% de suas receitas totais.

[...]

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO (relator): Senhor Presidente, ouvi atentamente o voto do Ministro Félix Fischer. Manterei, contudo, meu voto, porque o artigo em questão, da Lei Complementar nº 64/90, quando se manifesta sobre a necessidade de desincompatibilização, alude aos presidentes, diretores e superintendentes de autarquia – não é o caso –, empresa pública – não é o caso –, sociedade de economia mista – também não é o caso – e fundações públicas e as mantidas pelo Poder Público. É claro que, quando diz 'e as mantidas', são as fundações.

Embora respeite muito o voto do Ministro Félix Fischer e reconheça existir resposta a uma consulta afirmando isso, o que me parece, é que, quando se diz fundações mantidas pelo poder público, não se pode simplesmente estender a qualquer associação. Não me parece que seja esse o entendimento.

No que concerne a restrição de direito, parece-me que a interpretação extensiva é aquela que abrange hipóteses que não estão claramente determinadas na lei. Aqui, trata-se de restrição de direito, ou seja, a pessoa é obrigada a se desincompatibilizar, porque a lei prevê. Contudo, a meu ver, a lei não prevê esta hipótese. Além disso, a lei estabelece que as fundações que geram a necessidade de desincompatibilização são as públicas, ou as mantidas pelo poder público.

Manter exige, pelo menos, maioria do capital – no caso, não seria do capital, mas seria das despesas da fundação; tanto que todas as entidades citadas aqui são de caráter eminentemente público. Autarquia é integralmente pública; a empresa pública é sempre majoritariamente pública; a sociedade de economia mista também é

majoritariamente pública; fundação pública é, também, pública. Então, a mantida pelo poder público tem de ser, ao menos, majoritariamente mantida pelo poder público. Ou seja, mais da metade de suas despesas devem ser arcadas pelo poder público.

Pareceu-me, então, Senhor Presidente, que seria muito rigor exigir essa desincompatibilização, em um caso como esse.

[...]

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: [...]

[...]

Ao intérprete do direito não cabe indagar o que a expressão 'mantidas pelo poder público' significa em geral, mas sim qual o seu significado no contexto, no caso, desse artigo 1º, inciso II, item 9 da Lei Complementar n. 64/90.

A expressão aparece no texto da Constituição de 1988 no artigo 71, incisos II e III; no § 2º do artigo 150; no § 5º do artigo 165; no § 1º do artigo 169. Também no ADCT, nos artigos 18 e 64 e ainda no artigo 35, § 1º, IV. Em todos esses preceitos, invariavelmente, a Constituição faz alusão a fundações mantidas pelo poder público. Sempre a fundações, entidades da Administração Indireta.

Daí porque, não vendo como ela aqui pudesse designar sentido distinto do afirmado no plano da Constituição, tenho que a expressão 'mantidas pelo poder público' também no contexto da lei complementar qualifica fundações que integram a Administração Indireta. É isso, aliás – ser dirigente de entidade da Administração Indireta federal, estadual ou municipal – que justifica a exigência de desincompatibilização de que se cuida. [Grifos nossos.]

[...]

*Como se vê, prevaleceu no citado julgamento o entendimento segundo o qual a expressão “mantidas pelo Poder Público” contida no item 9 da alínea a do inciso II do artigo 1º da Lei Complementar 64/90 se refere às fundações.*

*No mesmo sentido, transcrevo trecho do voto condutor do acórdão no REspe 1664-24, da relatoria do Ministro Arnaldo Versiani, DJE de 6.9.2012:*

[...]

A propósito da necessidade de desincompatibilização de pessoas de determinados cargos, estabelece o item 9 do

inciso II do art. 1º da LC nº 64/90 que ‘os Presidentes, Diretores e Superintendentes de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, e fundações públicas e as mantidas pelo poder público’ devem afastar-se definitivamente de seus cargos e funções até 6 meses antes do pleito.

**Em outras palavras, a desincompatibilização só é exigível dos diretores de ‘fundações ... mantidas pelo poder público’.**

[...]

O meu fundamento foi o de que apenas aqueles que exercem cargos diretamente (presidente, superintendente ou diretores) nas fundações públicas, ou mantidas pelo Poder Público, devem desincompatibilizar-se, o que não se encaixa em nenhuma das situações deste caso. [Grifo nosso.]

[...]

*Na espécie, em relação ao argumento recursal de que o Provopar é uma entidade de direito privado, a Corte de origem se limitou a afirmar: “No que tange a natureza jurídica da associação, friso que o C. Tribunal Superior Eleitoral tem jurisprudência no sentido de que, para fins de desincompatibilização, pouco importa se a entidade é de natureza jurídica pública ou privada, sendo o recebimento de subvenção do Poder Público o critério determinante para se averiguar se há necessidade ou não de afastamento do cargo ou funções” (fl. 226, grifo nosso).*

*E, no aresto alusivo ao julgamento dos embargos declaratórios, o Tribunal a quo consignou que “a decisão tratou expressamente tanto da ausência de cerceamento de defesa quanto da incidência da regra que exige a desincompatibilização aos dirigentes de associações civis sem fins lucrativos subvencionadas pelo Estado” (fl. 244).*

*Todavia, na linha da jurisprudência deste Tribunal Superior citada acima e uma vez assentado no acórdão regional que o Provopar é uma associação civil – e não uma fundação –, entendo que a referida entidade não se enquadra na expressão “mantidas pelo Poder Público”, constante na parte final do item 9 da alínea a do inciso II do art. 1º da Lei Complementar 64/90.*

*Ademais, conforme apontado pelo eminente Ministro Eros Grau no voto proferido no julgamento do mencionado REspe 30.539, “pouco importa recebam, essas [Apaes] como outras associações civis voltadas ao desempenho de atividades sociais, subvenções do poder público. O*

*que efetivamente conta é a circunstância de elas não serem, repito, entidades da Administração”.*

*Assim, conquanto o Provopar de Virmond/PR tenha recebido recursos do poder público municipal em 2016 correspondentes a 100% do seu orçamento financeiro, conforme consignado no aresto regional (fls. 225-226), tal circunstância é indiferente no caso em exame, uma vez que a referida entidade não se enquadra nas hipóteses descritas no item 9 do art. 1º, I, a, da Lei Complementar 64/90.*

*Por fim, anoto que a manifestação da douta Procuradoria Geral Eleitoral, no parecer emitido às fls. 367-372, foi no sentido do provimento do recurso especial com base em fundamentos similares aos adotados nesta decisão.*

*Por essas razões e nos termos do art. 36, § 7º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, conheço do recurso especial interposto por Olga Klaki Passarin, por divergência jurisprudencial, e lhe dou provimento, a fim de reformar o acórdão recorrido para deferir o registro de candidatura da recorrente ao cargo de vereador do Município de Virmond/PR nas Eleições de 2016.*

*Publique-se em sessão.*

Inicialmente, observo que a agravante não refuta os fundamentos da decisão agravada, quais sejam: a) a expressão “mantidas pelo poder público”, contida no item 9 do art. 1º, II, a, da LC 64/90, refere-se apenas a fundações, e não a quaisquer entidades; b) não há necessidade de desincompatibilização da candidata agravada, uma vez que a entidade que ela preside (Provopar) tem natureza jurídica de associação civil, e não de fundação. Tal circunstância inviabiliza o conhecimento do agravo, a teor da Súmula 26 do TSE.

De todo modo, ainda que fosse ultrapassado esse óbice, não haveria possibilidade de êxito do recurso.

O entendimento deste Tribunal é firme no sentido de que “as causas de inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente, evitando-se a criação de restrição de direitos políticos sob fundamentos frágeis e inseguros, como a possibilidade de dispensar determinado requisito da causa de inelegibilidade, ofensiva à dogmática de proteção dos direitos fundamentais” (RO 448-53, rel. Min. Gilmar Mendes, PSESS em 27.11.2014).

A análise do item 9 da alínea a do inciso II do art. 1º da Lei Complementar 64/90 demonstra que a norma foi estabelecida para impor a necessidade de desincompatibilização das pessoas que exercem cargo de direção em entes da administração pública indireta, ou seja, as entidades que, apesar de possuírem personalidade jurídica própria, desenvolvem atividades estatais, tais como as “*autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista*

*e fundações públicas e as mantidas pelo poder público”.*

A regra, portanto, não abarca outras espécies de pessoas jurídicas, senão aquelas expressamente contempladas no dispositivo. Note-se, por oportuno, que, quando o legislador quis estabelecer a necessidade de desincompatibilização de cargos de direção das entidades privadas, o fez de forma expressa nas demais alíneas do inciso II do art. 1º da Lei das Inelegibilidades.

Por outro lado, consoante demonstrado na decisão agravada, a expressão “mantidas pelo poder público”, contida na parte final do item 9 mencionado, refere-se apenas às fundações.

A agravante insiste na tese de que o dirigente da entidade privada deveria ser desincompatibilizar como decidido na Consulta 596, rel. Min. Edson Vidigal, e no REspe 1522-92, rel. Min. Dias Toffoli.

A citação desses precedentes não socorre à agravante. Isso porque, no REspe 1522-92, o registro de candidatura foi deferido – tal como feito na decisão agravada neste caso – e a matéria foi debatida apenas a partir da ausência de prova em relação aos fundos públicos que teriam fomentado a associação tratada naqueles autos. Diante da ausência de prova de subvenção, não se mostrou necessário, naquele caso, discutir a possibilidade de equiparação por interpretação extensiva da respectiva associação às pessoas enumeradas de forma taxativa pelo já mencionado item 9.

Já a Cta 596 foi respondida por este Tribunal em 2000, bem antes dos precedentes citados na decisão agravada – o que por si atrairia a incidência da Súmula 30/TSE<sup>1</sup> –, e, de qualquer forma, a hipótese então analisada envolvia a necessidade de desincompatibilização das fundações públicas e privadas, o que constitui justamente a diferença assinalada no presente caso.

Por essas razões, **voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental interposto pela Coligação Campo e Cidade Gerando Progresso.**

<sup>1</sup> Súmula 30/TSE: Não se conhece de recurso especial eleitoral por dissídio jurisprudencial, quando a decisão recorrida estiver em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

**Inelegibilidad**



## ACÓRDÃO

**RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 245-93.2016.6.24.0027 – CLASSE 32 –  
SÃO FRANCISCO DO SUL - SANTA CATARINA**

**Relatora:** Ministra Luciana Lóssio

**Recorrente:** Coligação Uma São Francisco do Sul Melhor para Todos

**Advogados:** Marcos Júnior Jaroszk – OAB nº 14834/SC e outros

**Recorrente:** Ministério Público Eleitoral

**Recorrido:** Christopher Camargo Oliveira e outra

**Advogados:** Katherine Schreiner – OAB nº 19220/SC e outros

ELEIÇÕES 2016. RECURSOS ESPECIAIS. REGISTRO DE CANDIDATURA. VEREADOR. ELEITO. DEFERIMENTO. DOAÇÃO ACIMA DO LIMITE. PESSOA JURÍDICA. CONDENAÇÃO. DECISÃO COLEGIADA. TRANSITADA EM JULGADO. ART. 1º, INCISO I, P, DA LC Nº 64/90. INCIDÊNCIA. INELEGIBILIDADE. SÓCIO-DIRIGENTE. AUSÊNCIA. INTERPRETAÇÃO. PARÂMETRO CONSTITUCIONAL. ART. 14, 9º, CF/88. DESPROVIMENTO.

1. Não é qualquer condenação, por doação acima do limite legal, que gera a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, p, da LC nº 64/90, mas apenas aquelas que observando o rito previsto no artigo 22 da LC nº 64/90, afetem a normalidade e legitimidade das eleições e visem à proteção contra o abuso do poder econômico ou político.

2. No acórdão regional, a Corte de origem trouxe os elementos de convicção do julgador da representação por doação acima do limite, no sentido de que não houve ilegalidade qualificada apta a interferência no processo eleitoral, motivo pelo qual não há falar na incidência da inelegibilidade em tela, à luz do disposto no art. 14, § 9º, da CF/88.

3. Recursos especiais desprovidos.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento aos recursos especiais eleitorais, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 29 de novembro de 2016.

MINISTRA LUCIANA LÓSSIO – RELATORA

## RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Senhor Presidente, cuida-se de recursos especiais interpostos pelo Ministério Público Eleitoral e pela coligação majoritária Uma São Francisco do Sul Melhor para Todos contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRE/SC) que, reformando a sentença, deferiu o registro de candidatura de Christopher Camargo Oliveira ao cargo de vereador do Município de São Francisco do Sul/SC, nas eleições de 2016, afastando a causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, p, da LC nº 64/90.

Eis a ementa do acórdão regional:

ELEIÇÕES 2016 – RECURSO ELEITORAL – DECISÃO INDEFERITÓRIA DO REGISTRO DE CANDIDATURA – VEREADOR – INELEGIBILIDADE (LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990, ART. 1º, I, “P”) – CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO EM REPRESENTAÇÃO POR DOAÇÃO ACIMA DO LIMITE LEGAL (LEI N. 9.504/1997, ART 23, § 1º) – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO À PRODUÇÃO DE PROVA AFASTADA – CAUSA DE INELEGIBILIDADE INCIDENTE APENAS NA HIPÓTESE EM QUE A ILEGALIDADE FOR ADJETIVADA PELO PODER DE INTERFERÊNCIA NO PROCESSO ELEITORAL – CIRCUNSTÂNCIA NÃO VERIFICADA NO CASO CONCRETO – PROVIMENTO – PREENCHIMENTO DOS DEMAIS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DO REGISTRO – PROVIMENTO. (Fl. 579)

580

Em suas razões recursais, o *Parquet* aduz que o acórdão recorrido viola o art. 1º, I, p, da LC nº 64/90 e contraria a orientação jurisprudencial do TSE. Ao final, pede o provimento do recurso especial, para indeferir o registro de candidatura de Christopher Camargo Oliveira ao cargo de vereador do Município de São Francisco do Sul/SC.

Por sua vez, a coligação majoritária Uma São Francisco do Sul Melhor para Todos sustenta, em síntese, que a decisão recorrida viola o art. 1º, I, p, da LC nº 64/90, motivo pelo qual requer o provimento do recurso especial.

O Ministério Público Eleitoral, diante da condição de eleito do recorrido, pleiteou, ao TRE/SC, o efeito suspensivo ao recurso especial interposto, em razão, no seu entender, da inegável probabilidade do direito e do perigo na demora da tutela final (fls. 640-641). No entanto, a Corte Regional indeferiu referida pretensão (fl. 709).

Contrarrazões às fls. 675-690 e 692-707.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opina pelo provimento dos recursos especiais (fls. 717-722).

**O recorrido eleito obteve 902 votos válidos, sendo o segundo candidato mais votado no pleito proporcional do Município.**

É o relatório.

## VOTO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Senhor Presidente, os recursos especiais são próprios e tempestivos, pelo que deles conheço.

Na espécie, o Tribunal Regional deferiu o registro de candidatura do recorrido Christopher Camargo Oliveira ao cargo de vereador do Município de São Francisco do Sul/SC, nas eleições de 2016, por entender que somente as doações eleitorais ilegais que afetam à normalidade e legitimidade das eleições é que geram a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, p, da LC nº 64/90, o que não seria o caso dos autos.

A fundamentação constante do acórdão regional é a seguinte:

**O Juiz Eleitoral indeferiu a candidatura de Christopher Camargo Oliveira em face de sua condenação em representação eleitoral nos termos do art. 22 da Lei Complementar n. 64/1990 por doação de campanha acima do limite legal realizada no pleito de 2010 (Lei n. 9.504/1997, art. 23, § 1º, I), o que seria causa da inelegibilidade tratada no art. 1º, I, “p”, também da Lei Complementar n. 64/1990:**

[...]

As circunstâncias da representação eleitoral são estas:

1. A empresa Soluções Inteligentes Operadores Portuários – PP foi condenada em primeiro grau e, nesta instância, foi mantida a decisão pela ilegalidade da doação eleitoral e a respectiva multa, apenas se afastando a proibição de a empresa participar de certames públicos (Acórdão TRES. n. 27.979, de 23.1.2013);
2. A decisão transitou em julgado em 1º.2.2013 (fl. 198).

[...]

No mérito, não vinga a tese defensiva de que o recorrente Christopher Camargo de Oliveira não estaria alcançado pelos efeitos da decisão condenatória da pessoa jurídica. A prova documental revela que ele era sócio-dirigente da empresa condenado ao

tempo da doação (fls. 137-176), pelo que prevalece a interpretação jurisprudencial de que “a alínea ‘p’ do inciso I do art. 1º da LC n. 64/90 não exige, para a incidência da inelegibilidade, que os dirigentes das pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais irregulares integrem a relação processual da representação respectiva, mas tão somente que a doação irregular tenha sido reconhecida por meio de decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado” (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 40669, Acórdão de 7/5/2013, Relator Ministro Henrique Neves da Silva).

Porém, quanto à substância dos fatos condenados, também consoante a jurisprudência, ressalto que “para definição do alcance da expressão “tida como ilegais”, constante na alínea p do Art. 1º, I, da LC 64/90, é necessário considerar o disposto no art. 14, § 9º, da Constituição, pois não é qualquer ilegalidade que gera a inelegibilidade, mas apenas aquelas que dizem respeito à normalidade e legitimidade das eleições e visam proteção contra o abuso do poder econômico ou político” (TSE. Recurso Ordinário n. 53.430, de 16.9.2014, Min. Henrique Neves da Silva).

No caso, o julgamento colegiado proferido por este Tribunal é manifesto sobre a matéria, conclusivo da não afetação do processo diante da ilegalidade – razão inclusive do afastamento da sanção que respeitava à impossibilidade de a empresa concorrer em certames públicos. Nestes termos, o voto-condutor do voto do relator, o Juiz Eládio Torret Rocha, no Acórdão TRES n. 27.979:

“Ressalto, a propósito, que **o valor total excedido, embora de ponderável significação financeira, foi diluído em doações destinadas a favorecer candidaturas diversas para cargos eletivos distintos (deputado federal e estadual), as quais, individualmente consideradas, não representaram demasiada interferência econômica no processo eleitoral.**

Oportuno pontuar, também, que **as candidaturas favorecidas foram para cargos do Poder Legislativo, e não do Executivo, circunstância que sensivelmente minora o potencial interventivo do poder econômico do doador no intuito de ser favorecido em futuros processos licitatórios.**

Com efeito, o escopo precípua da norma em relevo é evitar que, no interesse privativo empresarial, aja o direcionamento das ações públicas com a intercessão do donatário eleito, daí o apenamento com a proibição de participar de licitações e celebrar contratos com o Poder Público.

A hipótese, à evidência, é de maior probabilidade diante do patrocínio de candidaturas aos cargos eletivos da administração, o que não é o caso dos autos.

Não qualificada a ilegalidade com o adjetivo de interferência no processo eleitoral, não há conformação da inelegibilidade em questão, e é inócua eventual anotação dessa restrição no cadastro eleitoral como impeditivo da candidatura como informado pelo cartório à fl. 520. A propósito, o seguinte julgado de minha relatoria:

[...]

Não considero, nesses termos, tenha o candidato incidido na causa de inelegibilidade do art. 1º, I, “p”, da Lei Complementar n. 64/1990, razão pela qual – ausente qualquer outra restrição à elegibilidade ou carência de requisito de registrabilidade diante dos elementos que instruem o pedido (fls. 2-12) – deve ser autorizado o registro de sua candidatura.

2. Pelo exposto, dou provimento ao recurso para deferir o registro de candidatura de CHRISTOPHER CAMARGO OLIVEIRA ao cargo de vereador do Município de São Francisco do Sul pela Coligação “São Francisco para Todos”, com o número 15000 e a opção de nome para urna “CHRIS MANÃO”. (Fls. 580-583 – grifei)

Como se vê, é incontroverso, nos termos do acórdão recorrido, que a sociedade empresária Soluções Inteligentes Operadores Portuários P.P., da qual o recorrido era sócio-dirigente, foi condenada pelo TRE/SC em razão da prática de doação eleitoral ilegal realizada no pleito de 2010. A decisão transitou em julgado em 1º.2.2013.

A discussão cinge-se em saber se são todas as doações eleitorais ilegais, reconhecidas por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, que atraem a causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, p, da LC nº 64/90, que assim dispõe:

**Art. 1º.** São inelegíveis:

**I** - para qualquer cargo:

[...]

**p)** a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;

Em que pese os recorrentes alegarem que a mera existência de decisão judicial – transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral – reconhecendo a ilegalidade da doação à campanha é

suficiente para atrair a incidência do art. 1º, I, *p*, da LC nº 64/90, não é esse o entendimento prevaemente nessa Corte Superior. Afinal, em casos como tais, exige-se uma análise sistemática, ou seja, a causa de inelegibilidade supracitada deve ser interpretada em harmonia com o § 9º, do art. 14, da CF.

Nesse sentido, ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, no RESpe nº 229-91/TO, publicado no DJe de 4.8.2014:

Conquanto não seja objeto deste recurso especial, entendo que o Tribunal Superior Eleitoral deve refletir, quanto às eleições de 2014, sobre a necessidade de aplicar a mencionada causa de inelegibilidade com base na compreensão da reserva legal proporcional, limitando a incidência da referida restrição da capacidade eleitoral passiva às situações jurídicas que efetivamente tenham o condão de violar o bem jurídico protegido pelo art. 14, § 9º, da Constituição Federal de 1988.

Em outras palavras, **somente as doações acima do limite legal que afrontem a normalidade e a legitimidade do pleito – evidente excesso na utilização de recursos financeiros, contornos de abuso do poder econômico – podem gerar a causa de inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea p, da Lei Complementar nº 64/1990**, desde que presentes os demais requisitos, sejam os objetivos (decisão colegiada, procedimento do art. 22 da LC nº 64/1990 e não exaurimento do prazo de inelegibilidade), seja o implicitamente previsto naquela norma: que a decisão colegiada por doação acima do limite legal não esteja suspensa por decisão judicial. (Grifei)

Na mesma linha, cito o seguinte precedente:

ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEPUTADO FEDERAL. INELEGIBILIDADE. **EXCESSO DE DOAÇÃO. ALÍNEA P. REQUISITOS. TIPOS. INTERPRETAÇÃO. PARÂMETRO CONSTITUCIONAL.** PROVIMENTO. REGISTRO DEFERIDO.

1. Não é qualquer tipo de doação que gera a inelegibilidade, mas somente aquelas que se enquadram como doações eleitorais (assim compreendidas as disciplinadas pela legislação eleitoral, em especial pela Lei 9.504/97), que tenham sido tidas como ilegais (ou seja, que tenham infringido as normas vigentes, observados os parâmetros constitucionais), por decisão emanada da Justiça Eleitoral (são inservíveis para esse efeito, portanto, as decisões administrativas ou proferidas por outros órgãos do Poder Judiciário) que não esteja revogada ou suspensa (requisito implícito – RESpe nº 229-91, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 4.8.2014) e tenha sido tomada em procedimento que tenha observado o rito previsto no artigo 22 da LC nº 64/90, o que exclui, por

consequência, as que tenham sido apuradas por outros meios, como, por exemplo, a representação de que trata o art. 96 da Lei nº 9.504/97.

2. No caso das doações realizadas por pessoas jurídicas, é necessário que se comprove que o candidato era dirigente da pessoa jurídica doadora ao tempo da doação, compreendendo-se como dirigente a pessoa que – a par da existência de outras – detém o poder de gerir, administrar e dispor do patrimônio da pessoa jurídica doadora.

3. No processo de registro de candidatura, não cabe reexaminar o mérito da decisão judicial que julgou ilegal a doação eleitoral, cabendo apenas verificar se foi adotado o rito do art. 22 da LC nº 64/90, sem adentrar na análise da existência de eventuais vícios ou nulidades que teriam ocorrido no curso da representação.

**4. Para definição do alcance da expressão “tida como ilegais”, constante da alínea p do Art. 1º, I, da LC 64/90, é necessário considerar o disposto no art. 14, § 9º, da Constituição, pois não é qualquer ilegalidade que gera a inelegibilidade, mas apenas aquelas que dizem respeito à normalidade e legitimidade das eleições e visam proteção contra o abuso do poder econômico ou político.**

5. Reconhecido expressamente pelas decisões proferidas na representação para apuração de excesso de doação que não houve quebra de isonomia entre as candidaturas, deve ser afastada a hipótese de inelegibilidade por ausência dos parâmetros constitucionais que a regem.

Recurso provido para deferir o registro da candidatura.

(RO nº 534-30/PB, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, PSESS de 16.9.2014 – grifei)

Nas eleições de 2016, o Ministro Henrique Neves proferiu decisão monocrática nesse mesmo sentido no REspe nº 274-25/CE, publicado em sessão de 6.10.2016.

Desse modo, segundo consta do acórdão que julgou a representação por doação acima do limite, citado no decisum recorrido, nota-se que a doação eleitoral ilegal realizada pela sociedade empresária Soluções Inteligentes Operadores Portuários P.P., da qual o candidato ora recorrido era sócio-dirigente, não interferiu na normalidade e legitimidade das eleições (ilegalidade qualificada), razão pela qual, não incide, no caso vertente, a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, p, da LC nº 64/90.

Ante o exposto, **nego provimento aos recursos especiais** para manter o deferimento do registro de candidatura de Christopher Camargo Oliveira, nos termos do art. 36, § 6º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral.



## ACÓRDÃO

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 52-17.  
2016.6.16.0184 – CLASSE 32 - SANTA TEREZA DO OESTE – PARANÁ**

**Relator:** Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

**Agravante:** Jose Luiz de Freitas

**Advogados:** Anderson de Oliveira Alarcon – OAB: 37270/DF e outros

**Agravado:** Geraldo Machado de Andrade

**Advogados:** Marroquis Borgo Freire – OAB: 41091/PR e outro

**Agravada:** Coligação Unidos por Uma Nova Santa Tereza

**Advogado:** Herbes Antonio Pinto Vieira – OAB: 45822/PR

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA AO CARGO DE VEREADOR. INDEFERIMENTO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONDENÇÃO CRIMINAL EM 2ª INSTÂNCIA POR CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE INELEGIBILIDADE DO ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA E, ITEM 1 DA LC 64/90. A MERA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS À DECISÃO COLEGIADA DA JUSTIÇA COMUM NÃO É APTA A AFASTAR O IMPEDIMENTO PARA O REGISTRO DE CANDIDATURA. DECISÃO REGIONAL EM CONFORMIDADE, NO TOCANTE AO PONTO, COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. APLICAÇÃO DOS ENUNCIADOS SUMULARES 30 DO TSE E 83 DO STJ. A ALEGAÇÃO DE NULIDADE NO PROCESSO DO TJ/PR NÃO É PASSÍVEL DE SER ANALISADA POR ESTA JUSTIÇA ESPECIALIZADA, POR FORÇA DO ENUNCIADO 41 DA SÚMULA DO TSE. DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO NÃO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS HÁBEIS A MODIFICAR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Quando o órgão julgador soluciona, de maneira clara e coerente, a questão posta a julgamento, apresentando todas as razões que firmaram seu convencimento, não há falar em ofensa ao art. 275 do CE.
2. Não há falar em ausência de fundamentação quando o Julgador, diante do livre convencimento motivado, está convicto quanto a determinado ponto, em especial quando a argumentação exposta é acompanhada de remissão a entendimento deste Tribunal Superior que, por si só, afasta a pretensão recursal.

3. O reconhecimento da causa de inelegibilidade descrita na alínea e não viola a presunção de inocência, porquanto não consubstancia sanção penal, mas apenas situação objetiva que o Legislador erigiu como apta a gerar inelegibilidade.

4. O STF, no julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4.578, concluiu que as hipóteses de inelegibilidade descritas na LC 64/90, com as alterações da LC 135/10, não violam a Constituição e reconheceu a possibilidade de sua incidência a fatos pretéritos.

5. O reconhecimento da inelegibilidade derivada da alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/90 não acarreta considerar alguém culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas apenas estar ausente o requisito objetivamente fixado pelo Legislador para o exercício regular do *jus honorum*.

6. Ao julgar o AgR-RO 471-53/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, o TSE firmou o entendimento de que as hipóteses de inelegibilidade no ordenamento jurídico pátrio são fixadas de acordo com os parâmetros constitucionais de probidade, moralidade e de ética, veiculadas por meio de reserva de lei formal (Lei Complementar), nos termos do art. 14, § 9º da Constituição da República, razão por que, prevalecendo a tese segundo a qual a restrição ao direito de ser votado se submete às normas convencionais, haveria a subversão da hierarquia das fontes, de maneira a outorgar o status supraconstitucional à Convenção Americana, o que, como se sabe, não encontra esteio na jurisprudência remansosa do STF, que atribui o caráter supralegal a tratados internacionais que versem sobre direitos humanos (ver por todos RE 466.343/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJe 5.6.2009).

7. Segundo a jurisprudência do TSE, para que incida a causa de inelegibilidade prevista na alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/90, basta que haja condenação criminal emanada de órgão judicial colegiado, não suspendendo a inelegibilidade a oposição de Embargos Declaratórios àquela decisão, ainda que pendentes de julgamento.

8. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 16 de maio de 2017.

MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO – RELATOR

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Senhor Presidente, trata-se de Agravo Regimental interposto por JOSÉ LUIZ DE FREITAS de decisão que negou seguimento ao Recurso Especial, mantendo-se o acórdão proferido pelo TRE do Paraná, assim ementado:

*ELEIÇÕES 2016. REGISTRO DE CANDIDATURA. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 64/90. REJEIÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE QUESTÕES PROCESSUAIS E NULIDADES ALEGADAS PRESENTES NA DECISÃO CRIMINAL DA JUSTIÇA COMUM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SÚMULA 41 DO TSE. CRIME DE FALSO DE DOCUMENTO PÚBLICO. ART. 299 DO CP. PENA FIXADA ABAIXO DE 2 ANOS DE RECLUSÃO. IRRELEVÂNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO COMO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. DECISÃO CONDENATÓRIA PROFERIDA POR ÓRGÃO COLEGIADO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. PERMANÊNCIA DA CAUSA DE INELEGIBILIDADE DA “E” DO INCISO I DO ART. 1º. DA LC 64/90. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*

*1.A preliminar de inconstitucionalidade da alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/90 pela utilização da expressão proferida por órgão colegiado em discordância com o princípio da presunção de inocência foi enfrentada e rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs 29 e 30, de relatoria do Min. LUIZ FUX, cujos efeitos vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário na forma do parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99.*

*2. Não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do Judiciário ou dos Tribunais de Contas que configurem causa de inelegibilidade – Súmula 41 do TSE.*

*3. A classificação do delito como de menor potencial ofensivo decorre de opção do Legislador em fixar abstratamente a pena máxima de reclusão em limite não superior a 2 (dois) anos (art. 61 da Lei 9.099/95). Eventual condenação por crime que não seja classificado como de menor potencial ofensivo, mas cuja fixação de pena em concreto determine reclusão abaixo de 2 (dois) anos não transforma o delito*

*em concreto em delito de menor potencial ofensivo, apenas determina que a reprimenda necessária ao fato punível é adequada naquele patamar.*

*4. A oposição de Embargos de Declaração à decisão colegiada que atrai causa de inelegibilidade não é apta a afastar o impedimento para o Registro de Candidatura eis que o recurso Aclaratório é despido de efeito suspensivo.*

*5. Mantida a causa de inelegibilidade deve ser mantido o indeferimento do Registro de Candidatura.*

*6. Recurso conhecido e desprovido (fls. 478-479).*

2. Em suas razões recursais (fls. 586-620), o agravante reitera as alegações expendidas no Recurso Especial. Em preliminar, argumenta que houve afronta ao art. 275, I e II do CE, por negativa de prestação jurisdicional, e aos arts. 5º, LV, 93, IX da CF, 371 e 489, § 1o., IV e V do CPC, por ausência de fundamentação. No mérito, aduz que a alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/90 é material e formalmente inconstitucional por afronta ao princípio da presunção de inocência e ao sistema bicameral, além de contrariar o art. 23, item 2, c.c. o art. 8º, item 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

3. Renova, ainda, a alegação de que a oposição de Embargos de Declaração suspendem os efeitos da decisão penal condenatória e que a inelegibilidade da referida alínea e não pode incidir em delito de menor potencial ofensivo.

4. Requer, assim, seja reconsiderada a decisão agravada ou, caso contrário, submetido o Agravo Regimental a julgamento pelo Colegiado, a fim de que sejam acolhidas as preliminares arguidas e, no mérito, seja julgada improcedente a AIRC e, conseqüentemente, deferido o seu Registro de Candidatura.

5. Não foram apresentadas contrarrazões pelos agravados (certidão às fls. 567).

6. Às fls. 658, consta termo de intimação do MPE, tendo a PGE recebido os autos em 24.11.2016, quinta-feira. Ato contínuo, em 25.11.2016, o ilustre Vice-Procurador-Geral Eleitoral, NICOLAO DINO, exarou nota de ciência da decisão agravada (fls. 659).

7. Em 21.12.2016, o agravante protocolou petição, requerendo o deferimento de tutela provisória de urgência, de modo a conferir efeito suspensivo ativo ao presente Agravo Interno.

8. Por meio da decisão de fls. 677-680, o pedido foi indeferido.

9. Em 8.2.2017, quarta-feira, foi concedida vista dos autos ao MPE. Ato contínuo, em 9.2.2017, o ilustre Vice-Procurador-Geral Eleitoral, NICOLAO DINO, exarou nota de ciência da decisão de fls. 677-680.

10. Era o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (relator): Senhor Presidente, de início, verifica-se a tempestividade do Agravo Interno. A decisão recorrida foi publicada na sessão de 16.11.2016, quarta-feira (fls. 621), e o presente recurso, interposto em 14.11.2016, segunda-feira (fls. 586), de acordo com o disposto no art. 218, § 4º do CPC/2015 e em petição subscrita por Advogado constituído nos autos (fls. 156 e 587).

2. As argumentações expendidas no Agravo Regimental, contudo, constituem mera reiteração dos argumentos insertos nas razões do Recurso Especial e não são, por esse motivo, aptas a ensejar a reforma da decisão recorrida.

3. Cinge-se a controvérsia à constitucionalidade do art. 1º, I, e, 1 da LC 64/90, com as alterações da LC 135/10, como causa de inelegibilidade apta ao indeferimento do Registro de Candidatura de candidato condenado por órgão judicial colegiado pela prática de crime contra a fé pública.

4. Na origem, o pedido de Registro de Candidatura de JOSÉ LUIZ DE FREITAS ao cargo de Vereador nas Eleições 2016 foi indeferido pelas instâncias ordinárias, ante o reconhecimento da inelegibilidade em questão.

5. No caso, o agravante insiste na argumentação de que: a) houve ausência de prestação jurisdicional e fundamentação; b) a alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/90 é material e formalmente inconstitucional, além de contrariar o Pacto de São José da Costa Rica; c) a oposição de Embargos Declaratórios suspende a decisão colegiada condenatória.

6. No caso, contudo, a irrisignação não merece prosperar.

7. De início, verifica-se que devem ser afastadas as questões suscitadas de forma preliminar.

8. No que tange à alegada afronta aos incisos I e II do art. 275 do CE, a tese não merece prosperar, porquanto não subsiste a suposta omissão pelo Tribunal a quo, ao apreciar as matérias veiculadas nos Embargos Declaratórios opostos ao aresto regional. O TRE do Paraná solucionou, de maneira clara e coerente, a questão posta a julgamento, apresentando todas as razões que firmaram seu convencimento.

9. Para conferir, transcrevem-se excertos do acórdão prolatado nos Embargos de Declaração:

*Foram versadas seis omissões no aresto a serem enfrentadas separadamente.*

*a) Enfrentamento da inconstitucionalidade parcial da alínea e do inciso I do art. 1º da Lei de Inelegibilidade por ofensa ao princípio da presunção de inocência:*

*O tema foi enfrentado no aresto, inclusive infirmo que o Supremo Tribunal Federal sacramentou a constitucionalidade da legislação atacada (ADCs 29 e 30) e que os efeitos dessa decisão são vinculantes ao Poder Judiciário (art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/91).*

*(...).*

*c) Inconstitucionalidade formal da Lei Complementar 135/10: O tema foi enfrentado no aresto, inclusive infirmo que o Supremo Tribunal Federal sacramentou a constitucionalidade da legislação atacada (ADCs 29 e 30) e que os efeitos desta decisão são vinculantes ao Poder Judiciário (art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/91).*

*d) Análise da causa de inelegibilidade mencionada com o art. 23, item 2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, c.c. o 8º, item 2 do mesmo tratado:*

*A Convenção Interamericana de Direitos Humanos não foi trazida à baila pelo Recurso Eleitoral de fls. 77-93, de modo que não há omissão no julgado por deixar de abordar questão inexistente no recurso.*

*e) Contradição decorrente do reconhecimento de que os Embargos de Declaração podem ter efeitos modificativos, mas o afastamento da tese do embargante de que os Embargos impedem a existência de decisão colegiada apta a atrair a causa de inelegibilidade:*

*Não vislumbro a alegada contradição.*

*Com efeito, embora as considerações teóricas acerca dos eventuais efeitos dos Embargos de Declaração possam servir à tese do embargante, o colendo Tribunal Superior Eleitoral já as afastou porque entende que os Embargos de Declaração não possuem efeito suspensivo, tal como afirmado na decisão embargada.*

*Neste ponto, ainda que se afirme, como fez o embargante, que o aresto do colendo Tribunal Superior Eleitoral não possui efeito vinculante (fls. 502-503), penso que o alinhamento do pensamento deste Tribunal com o pensamento do colendo TSE serve à finalidade de uniformização e estabilidade da jurisprudência exigida pelo art. 926 do CPC.*

*f) Divergência do julgado com julgado do egrégio Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Minas Gerais:*

*A divergência entre julgados de diferentes Tribunais não é causa de omissão e contradição do aresto embargado, embora possa servir, eventualmente e observadas as exigências legais pertinentes, para o manejo de Recurso Especial.*

g) *O esclarecimento da decisão à luz dos arts. 5o., LV, e 93, IX da CF e arts. 10, 371, 489, § 1º e 926 do CPC:*

*(...).*

*Sem a indicação pelo embargante do porque entende que o aresto é omissivo em relação a estes artigos todos, não é possível o acolhimento da pretensão de integração da decisão recorrida (fls. 509-512).*

10. Há significativa diferença entre a decisão que peca pela inexistência de alicerces jurídicos e aquela que traz resultado desfavorável à pretensão do litigante.

11. Nessas condições, não há falar em ofensa ao art. 275 do CE.

12. O agravante alega, ainda, não ter sido o acórdão recorrido devidamente fundamentado nos pontos atinentes aos arts. 5º, LV, e 93, IX da CF, 371 e 489, § 1º, IV e V do CPC/2015.

13. Para tanto, assevera que *se denota que a decisão recorrida trouxe à baila, para balizar suas equivocadas conclusões, precedentes do TSE sem, contudo, perquirir e afirmar a similitude fática entre um e outro caso (fls. 602).*

14. Essa afirmação, contudo, não se sustenta, sobretudo porque o acórdão recorrido versou expressamente sobre o tema, inclusive, como transcrito alhures, mediante tópico específico, conforme se verifica às fls. 510-512.

15. Assim, estando o Julgador diante do livre convencimento motivado, convicto quanto a determinado ponto, não há falar em ausência de fundamentação, especialmente quando a argumentação exposta é acompanhada de remissão a entendimento deste Tribunal Superior que, por si só, afasta a pretensão recursal. Confira-se, no ponto, o seguinte julgado desta Corte Superior:

**AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO E CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. VEREADOR. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PROCEDÊNCIA. DECISÃO REGIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CORTE DE ORIGEM. ART. 275 DO CÓDIGO ELEITORAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO.**

*1. Os agravantes não impugnaram o fundamento da decisão agravada no sentido de que, analisando as razões do Recurso Especial, não se evidenciaram as hipóteses do art. 275 do Código Eleitoral ou a alegada negativa de prestação jurisdicional por parte da Corte de origem, o que atrai a incidência da Súmula 182 do STJ.*

2. *Os agravantes cingiram-se a discorrer sobre o cabimento, os requisitos e os efeitos dos Embargos Declaratórios, inclusive para a finalidade de prequestionamento, mas não especificaram no apelo quais pontos seriam omissos, obscuros ou contraditórios e não teriam sido sanados pelo Tribunal Regional Eleitoral.*

3. *Não basta a simples referência a dispositivo supostamente contrariado (ou indicação de dissenso jurisprudencial), porquanto cabe à parte demonstrar, de forma inequívoca, dentro do contexto do acórdão recorrido, por que motivos entende que a disposição indicada teria sido violada, fato este que não ocorreu no caso em comento quanto à suposta ofensa ao art. 275, I e II do CE, atraindo a incidência do disposto na Súmula 284 do STF.*

*Agravo Regimental a que se nega provimento (AgR-AI 839-38/MG, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJe 10.11.2014).*

16. O agravante assevera, também, que a alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/90 seria parcialmente inconstitucional, por ofensa ao princípio da presunção de inocência, na parte que dispõe sobre a inelegibilidade decorrente de condenação criminal em decisão proferida por órgão judicial colegiado, bem como alega a inconstitucionalidade formal do dispositivo, em virtude de suposta afronta ao processo legislativo que culminou na Lei da Ficha Limpa.

17. Todavia, sem razão o agravante. Isso porque o reconhecimento da causa de inelegibilidade descrita na alínea e não viola a presunção de inocência, porquanto não consubstancia sanção penal, mas apenas situação objetiva que o Legislador erigiu como apta a gerar inelegibilidade.

18. Assim, não se podem confundir os efeitos penais e extrapenais decorrentes de eventual condenação criminal transitada em julgado, os quais se encerram com o cumprimento da pena, com a inelegibilidade prevista na alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/90, a qual incide desde a condenação transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado até o transcurso do prazo de 8 anos após o cumprimento da pena para os crimes nela elencados.

19. Sobre o tema, não é demais lembrar que o STF, no julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4.578, concluiu que as hipóteses de inelegibilidade descritas na LC 64/90, com as alterações da LC 135/2010, não violam a Constituição e reconheceu, inclusive, a possibilidade de sua incidência em fatos pretéritos. Ora, a decisão proferida pela Suprema Corte em âmbito de controle concentrado tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, incluindo-se a Justiça Eleitoral, nos termos do § 2º do art. 102 da CF. Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

*ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. RECURSO ORDINÁRIO. INELEGIBILIDADE. ALÍNEA “G”. REJEIÇÃO DE CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS. PREFEITO. ORDENADOR DE DESPESAS. CARACTERIZAÇÃO.*

*1. As alterações das hipóteses de inelegibilidades introduzidas pela LC 135/10 foram consideradas constitucionais pelo STF no julgamento da ADI 4.578 e das ADCs 29 e 30, em decisões definitivas de mérito que produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 2º da Constituição da República.*

*(...).*

*Recurso Ordinário provido para deferir o Registro de Candidatura (RO 401-37/CE, Rel. HENRIQUE NEVES DA SILVA, publicado na sessão de 27.8.2014).*

20. Atento à diretriz emanada da Corte Suprema, nos julgamentos de Registro de Candidatura, este Tribunal Superior assentou que a aplicação do princípio da presunção de inocência como imperativo à inelegibilidade dos indivíduos condenados criminalmente por decisão não transitada em julgado esvaziaria, sobremaneira, o disposto no § 9º do art. 14 da CF, que exige idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo (AgR-REspe 149-52/SP, Rel. Min. ARNALDO VERSIANI, publicado na sessão de 27.9.2012; e AgR-REspe 173-58/MG, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, publicado na sessão de 4.10.2012).

21. Portanto, para caracterizar a inelegibilidade prevista na alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/90, basta que haja decisão proferida por órgão colegiado. Nesse sentido, cita-se o seguinte julgado:

*Eleições 2012. Registro. Prefeito. Indeferimento. Condenação criminal. Inelegibilidade. Art. 1o., inciso I, alínea “e”, item 1 da LC 64/90. Incidência.*

*1. A partir da edição da LC 135/10, não se exige mais a presença da preclusão máxima para a configuração da hipótese de inelegibilidade, bastando para tanto que a decisão tenha sido proferida por órgão colegiado.*

*2. Tendo sido o agravante condenado, por decisão colegiada, pela prática do crime de corrupção passiva, ele está inelegível desde a condenação até o transcurso de oito anos após o cumprimento da pena, nos termos do art. 1o., I, “e”, 1 da LC 64/90.*

*Agravo Regimental a que se nega provimento (REspe 148-23/SP, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJe 18.3.2013).*

22. Assim, visto que as hipóteses de inelegibilidade da LC 64/90 têm fundamento constitucional no § 9º do art. 14 da CF, cujo fim é, entre outros, proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, não há falar em colisão da inelegibilidade estabelecida na alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/90 com o princípio da presunção de inocência, previsto no inciso LVII do art. 5º da CF, uma vez que não se está considerando culpado o pretense candidato.

23. Ou seja, o reconhecimento da inelegibilidade derivada da alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/90 não acarreta considerar alguém culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas apenas estar ausente o requisito objetivamente fixado pelo Legislador para o exercício regular do *jus honorum*.

24. Igualmente, também não merece prosperar a questão preliminar suscitada pelo agravante de que há manifesta inconvenção parcial da alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/90 diante do art. 23, item 2, c.c. o art. 8º, item 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica –, de forma a afastar a possibilidade de a condenação judicial colegiada ser apta a restringir direitos políticos. No ponto, colaciona-se elucidativa ementa de julgado no qual esta Corte Superior afastou a referida tese:

*ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEPUTADO ESTADUAL. INDEFERIMENTO. ART. 1º, I, G DA LC 64/90 (REDAÇÃO DADA PELA LC 135/10). PRELIMINAR DE OFENSA AO ART. 23 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ULTRAJE AOS PRINCÍPIOS DO JUIZ NATURAL E DA NÃO CULPABILIDADE. QUESTÃO DECIDIDA PELO STF NOS AUTOS DAS ADCs 29 E 30. REJEIÇÃO DE CONTAS DE GESTÃO. PREFEITO. COMPETÊNCIA DA CORTE DE CONTAS. CONFIGURAÇÃO DE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MAIOR EFICIÊNCIA NA REALIZAÇÃO DOS GASTOS PÚBLICOS. ADEQUAÇÃO DAS CONDUTAS ÀS DIRETRIZES NORMATIVAS BALIZADORAS DA ATUAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS PELA GESTÃO DAS DESPESAS PÚBLICAS. INTERPRETAÇÃO INEQUÍVOCA DA CLÁUSULA FINAL DA ALÍNEA G. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO PRECEITO NAS ADCs 29 E 30. DECISÕES DOTADAS DE EFICÁCIA ERGA OMNES E EFEITO VINCULANTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

(...).

2. O pronunciamento da Suprema Corte, nas ADCs 29 e 30, deve ser compulsoriamente observado por Juízes

e Tribunais, haja vista ser revestido de eficácia erga omnes e efeitos vinculantes, não se revelando possível proceder-se a reduções teleológicas no âmbito de incidência das disposições declaradas constitucionais.

3. As hipóteses de inelegibilidade no ordenamento jurídico pátrio são fixadas de acordo com os parâmetros constitucionais de proibidade, moralidade e de ética, e veiculadas por meio de reserva de lei formal (Lei Complementar), nos termos do art. 14, § 9º da Constituição da República, razão por que, a prevalecer a tese segundo a qual a restrição ao direito de ser votado se submete às normas convencionais, haveria a subversão da hierarquia das fontes, de maneira a outorgar o status supraconstitucional à Convenção Americana, o que, como se sabe, não encontra esteio na jurisprudência remansosa do STF que atribui o caráter supralegal a tratados internacionais que versem direitos humanos (ver por todos RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso).

4. Além disso, e sob um enfoque de modelagem interinstitucional, ao encampar a referida tese, estar-se-ia tolhendo, pela via da hermenêutica, a atuação confiada pelo Constituinte ao Legislador infraconstitucional de estabelecer qualquer causa restritiva ao ius honorum. Vale dizer: toda e qualquer hipótese de inelegibilidade veiculada por norma infraconstitucional (no caso, através de Lei complementar) seria atentatória ao art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a despeito de a Constituição facultar tal prerrogativa ao Legislador Ordinário. Ora, cancelar essa consequência, concessa venia, não encontra lastro constitucional, e não pode ser admitida.

5. As questões relacionadas à aplicação retroativa, à ofensa ao princípio do Juiz Natural e à presunção de não culpabilidade dos atos reputados ao Gestor Público restaram devidamente equacionadas nos autos das ADCs 29 e 30, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade da aplicação da novel disciplina normativa das inelegibilidades introduzidas pela LC 135/10.

(...).

8. Agravo Regimental desprovido (AgR-RO 471-53/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, publicado na sessão de 2.2.2014).

25. Afastadas as questões preliminares, passa-se à análise do mérito propriamente dito.

26. O agravante assevera que, in casu, a mera oposição de Embargos Declaratórios ao acórdão da Justiça Comum – que manteve a condenação em 1ª instância em virtude da prática da conduta descrita no art. 299 do CP (falsidade ideológica) – tem o condão de suspender a eficácia do decisum quanto à possibilidade de esta Justiça Eleitoral reconhecer a incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, 1 da LC 64/90, com as alterações da LC 135/2010. Para tanto, colacionou julgado do TRE de Minas Gerais cuja fundamentação se baseou na referida tese.

27. Entretanto, essa não é a posição prevalecente nesta Corte Superior.

28. Conforme expressamente consignado pelo TRE do Paraná, a *oposição de Embargos de Declaração à decisão colegiada que atrai causa de inelegibilidade não é apta a afastar o impedimento para o Registro de Candidatura, visto que o recurso aclaratório é despido de efeito suspensivo* (fls. 488).

29. Diante disso, constata-se que o acórdão recorrido está em perfeita sintonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior, segundo a qual, para que incida a causa de inelegibilidade prevista na alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/90, basta que haja condenação criminal emanada de órgão judicial colegiado, não suspendendo a inelegibilidade a oposição de Embargos Declaratórios àquela decisão. Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

*Inelegibilidade. Condenação colegiada. Embargos de Declaração.*

1. Nos termos do art. 1º, inciso I, alínea e, item 7 da LC 64/90, torna-se inelegível, pelo prazo de oito anos, desde a condenação, o candidato condenado por órgão colegiado pela prática de crime de tráfico de entorpecentes.

2. A oposição de Embargos Declaratórios à decisão colegiada não suspende a incidência da respectiva inelegibilidade.

*Recurso Especial não provido (AgR-REspe 122-42/CE, Rel. Min. ARNALDO VERSIANI, publicado na sessão de 9.10.2012).*

30. No ponto incidem as Súmulas 30 do TSE e 83 do STJ, respectivamente:

*Não se conhece de Recurso Especial Eleitoral por dissídio jurisprudencial, quando a decisão recorrida estiver em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.*

*Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.*

31. Ressalte-se que, em nova consulta ao sítio eletrônico do TJ do Paraná, os Embargos de Declaração opostos pelo recorrente ao acórdão da Justiça Comum que o condenou às penas do art. 299 do CP, proferido nos autos do Processo 0005166-07.2015.8.16.0021 (número antigo 1468335-7), ainda não foram julgados. Ou seja, sua situação jurídica permanece tal como na publicação do *decisum* guerreado.

32. Ademais, se admitida a exigência de esgotamento de instância do órgão colegiado que proferiu a decisão condenatória geradora da causa de inelegibilidade, é indene de dúvida que poderão ser opostos sucessivos Aclaratórios pelo interessado, tão somente a fim de obstar a configuração da respectiva inelegibilidade.

33. Como é cediço, somente é possível afastar a causa de inelegibilidade descrita na alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/90 se, na origem, forem suspensos os efeitos do acórdão do qual derivou a inelegibilidade ou mediante a concessão de liminar por meio da Ação Cautelar prevista no art. 26-C da LC 64/90.

34. Confira-se, a propósito, o seguinte precedente deste Tribunal Superior:

*RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2014. DEPUTADO FEDERAL. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, e, 1 DA LC 64/90. CONDENAÇÃO POR CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECISÃO COLEGIADA. PROVIMENTO LIMINAR. EFEITO SUSPENSIVO. INELEGIBILIDADE AFASTADA. INCIDÊNCIA DO ART. 26-C DA LC 64/90.*

*1. Provimento liminar que suspende os efeitos da condenação criminal afasta a causa de inelegibilidade do art. 1º, I, e, 1 da LC 64/90, conforme disposto no art. 26-C da LC 64/90.*

*2. O voto do Relator, por si só, não constitui decisão judicial, pois é mera parte integrante do acórdão. Na espécie, a liminar que afasta a inelegibilidade do candidato permanece eficaz, pois não houve pronunciamento colegiado do STJ no sentido de revogar a medida de urgência.*

*3. Recursos Ordinários não providos (RO 375-38/SC, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, publicado na sessão de 2.10.2014).*

35. Como mencionado, não há notícias de que o agravante tenha obtido provimento judicial que suspendesse a inelegibilidade, motivo pelo qual não merece reparos o acórdão recorrido.

36. No que tange à alegação de que padece de nulidade o processo pelo qual foi condenado pelo TJ do Paraná como incurso no crime de falsidade

ideológica, tendo em vista que não lhe foi proposta a suspensão condicional do processo, entende-se que esta não merece acolhimento.

37. Tal tese atrai a incidência do enunciado sumular 41 desta Corte Superior, segundo o qual *não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do Judiciário ou dos Tribunais de Contas que configurem causa de inelegibilidade.*

38. Dessa forma, eventuais nulidades ocorridas no processo em curso no TJ Paranaense devem ser arguidas naquela Justiça Comum, ou, ainda, em eventuais Recursos Especial e Extraordinário, não sendo dada a esta Justiça Eleitoral a possibilidade de intervir no feito.

39. Por fim, também não prospera a alegação de que houve negativa de vigência ao § 4º do art. 1º da LC 64/90, c.c. a alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/90 e o art. 61 da Lei 9.099/95, por ter o TRE do Paraná aplicado a inelegibilidade em virtude de condenação pela prática de delito de menor potencial ofensivo, haja vista que a pena em concreto aplicada foi de 1 ano e 2 meses.

40. Nesse ponto, cinge-se a controvérsia a se saber se o crime pelo qual o ora agravante foi condenado pode ser enquadrado como de menor potencial ofensivo, de forma a atrair a exceção prevista no § 4º do art. 1º da LC 64/90, que estabelece, *in verbis*:

§ 4º *A inelegibilidade prevista na alínea e do inciso I deste artigo não se aplica aos crimes culposos e àqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo, nem aos crimes de Ação Penal Privada.*

41. Na origem, o Tribunal *a quo*, ao julgar o Recurso Eleitoral do ora recorrido (fls. 487-497), negou-lhe provimento para manter a sentença do Juízo de 1ª instância que indeferiu o pedido de Registro de Candidatura de JOSÉ LUIZ DE FREITAS ao cargo de Vereador nas eleições de 2016, concluindo pela incidência da causa de inelegibilidade prevista na alínea e do inciso I do art. 1º da LC 64/90.

42. Destaca-se, para melhor compreensão da controvérsia, o seguinte trecho do acórdão regional:

*A classificação dos delitos como de menor potencial ofensivo decorre de ato do Legislador que fixa o limite máximo da pena, em abstrato, em até 2 (dois) anos de reclusão (...).*  
(...).

*O fato de que a pena em concreto de um determinado delito foi fixada abaixo do limite de 2 (dois) anos de reclusão não modifica a sua qualificação para um crime de menor potencial ofensivo, apenas significa que a reprimenda*

*necessária ao fato punível é justa e adequada em lapso de tempo inferior a 2 anos de reclusão.*

*Debate-se aqui o delito do art. 299 do Código Penal – falsidade ideológica – que tem pena de reclusão prevista, em abstrato, de 1 a 5 anos se o documento for público e 1 a 3 anos se o documento for particular. No caso dos autos, os documentos falsificados eram de natureza pública e a pena máxima em abstrato prevista é de 5 anos.*

*Isso automaticamente retira do delito a qualificação de delito de menor potencial ofensivo, ainda que a pena em concreto não atinja valor final superior a 2 anos. Uma coisa é o potencial do delito de ofender com gravidade bens juridicamente protegidos, outra é a sanção adequada ao caso concreto (fls. 494-495).*

43. Esse entendimento se coaduna com a jurisprudência desta Corte Superior. Ilustrativamente, cita-se o seguinte julgado:

*Eleições 2012. Registro. Vereador. Indeferimento. Condenação criminal. Arts. 289, 350 e 354 do Código Eleitoral. Inelegibilidade. Art. 1º, inciso I, alínea e, item 4 da LC 64/90. Incidência.*

*1. A conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos não afasta a incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e da LC 64/90, porquanto a lei estabelece como requisito da inelegibilidade a condenação por crime que preveja cominação de pena privativa de liberdade.*

*2. A definição do crime como de menor potencial ofensivo leva em conta o limite máximo da pena previsto em lei.*

*Agravo a que se nega provimento (AgR-REspe 364-40/BA, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJe 22.3.2013).*

44. Conforme mencionado alhures, frisou-se no acórdão regional que, no caso, o agravante foi condenado pela prática do delito capitulado no art. 299 do CP e que, por se tratar de documento público, a pena máxima cominada em abstrato, prevista no preceito penal secundário, é de 5 anos, além de multa.

45. Verifica-se, portanto, que a delimitação das infrações penais de menor potencial ofensivo tem por critério objetivo o quantum máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada, motivo por que é inaplicável a exceção prevista no § 4º do art. 1º da LC 64/90. Confira-se, a propósito, o seguinte precedente desta Corte Superior:

*INELEGIBILIDADE – CONDENAÇÃO CRIMINAL POR COLEGIADO – CRIME DE MENOR OFENSIVIDADE. Cumpre perquirir a existência de crime de menor ofensividade a partir da pena cominada e das balizas do art. 61 da Lei 9.099/95. Prevista para o tipo do art. 350 do CE a pena de reclusão de um a cinco anos, presente o art. 284 do mesmo código, descabe cogitar de situação concreta a ensejar a incidência do disposto no parág. 4º do art. 1º da LC 64/90 (REspe 509-24/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 26.6.2013).*

46. Por fim, faz-se mister consignar, outrossim, que, resta descabida a alegação do agravante de que a decisão agravada – *que reafirmou que a oposição de Embargos Declaratórios à decisão colegiada não suspende a incidência da respectiva inelegibilidade* (AgR-REspe 122-42/CE, Rel. Min. ARNALDO VERSIANI, publicado na sessão de 9.10.2012) – infringiu o art. 926 do CPC/2015, tendo em vista que a jurisprudência deste TSE se encontra equivocada, de forma que *mantê-la, nada mais é do que manter a estabilidade e coerência no erro* (fls. 617).

47. No ponto, rememore-se que o CPC/2015 buscou otimizar o julgamento de casos cujas matérias são idênticas, por meio da valorização dos precedentes emanados pelos Tribunais.

48. Veja-se, pois, a redação do art. 927, inciso V do novel Diploma Processual Civil:

*Art. 927. Os Juízes e os Tribunais observarão:  
V - a orientação do Plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.*

49. Discorrendo sobre o tema direito jurisprudencial e litigiosidade repetitiva, os Drs. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, DIERLE NUNES, ALEXANDRE MELO FRANCO BAHIA e FLÁVIO QUINAUD PEDRON, asseveram:

*Para MacCormick e Summers, os precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras. Aplicam-se as lições do passado para resolver problemas do presente e do futuro, constituindo uma parte fundamental da razão prática humana. Sua relevância é cada vez mais evidente em todos os ordenamentos.*

*Não é mais possível a defesa de um julgamento pontual, caso a caso, com a quantidade de demandas em tramitação atualmente no Brasil e com nossas taxas de congestionamento. Especialmente quando se percebe que alguns processos, da inicial ao último acórdão, são*

*uma reprodução mecânica de peças, diante de sua quase completa identidade (Novo CPC: Fundamentos e Sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 278).*

50. Assim, constata-se que a reprodução, no *decisum* guerreado, do precedente no qual se ratificou que a mera oposição de Embargos Declaratórios à decisão colegiada da Justiça Comum não é apta a afastar o impedimento para o Registro de Candidatura, amolda-se perfeitamente a *mens legis* do CPC/2015, mormente por se tratar de uma decisão emanada pelo Plenário deste Tribunal Superior, além de encontrar respaldo de abalizada doutrina.

51. Portanto, estando, no caso em tela, presentes fundamentos fáticos e jurídicos que autorizam o uso do sistema de precedentes existente no ordenamento jurídico nacional, este deve ser prestigiado, especialmente diante da necessária estabilidade das decisões judiciais com vistas a evitar que ocorram julgamentos distintos para casos similares.

52. Constata-se, assim, que não merece reparos o acórdão regional guerreado.

53. Diante do exposto e tendo em vista a ausência de argumentos hábeis a modificar a decisão agravada, nega-se provimento ao Agravo Regimental.

54. É o voto.



## ACÓRDÃO

### EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 50-39.2016.6.17.0016 – CLASSE 32 - IPOJUCA – PERNAMBUCO

**Relator:** Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

**Embargante:** Romero Antônio Raposo Sales

**Advogados:** Walber de Moura Agra – OAB: 757-B/PE e outros

**Embargado:** Coligação Ipojuca Segue em Frente

**Advogados:** João Henrique da Silva Santos – OAB: 26271-D/PE e outros

**Embargado:** Romero Antônio Raposo Sales

**Advogados:** Walber de Moura Agra – OAB: 757-B/PE e outros

**Embargada:** Coligação Ipojuca Segue em Frente

**Advogados:** João Henrique da Silva Santos – OAB: 26271-D/PE e outros

**Embargado:** Ministério Público Eleitoral

ELEIÇÕES 2016. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO. ART. 1º, I, L, DA LC Nº 64/90. INELEGIBILIDADE. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DOLO. DANO AO ERÁRIO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. REQUISITOS CUMULATIVOS. POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL DA CONDENAÇÃO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA.

1. A Coligação Ipojuca Segue em Frente suscita a existência de omissão no acórdão embargado, sob a alegação de que o TSE não fundamentou a previsão, na hipótese, de renovação do pleito no município, nos termos do art. 224 do Código Eleitoral.

2. Romero Antônio Raposo Sales suscita a existência de contradição no acórdão embargado, sob o argumento de que esta Corte, “apesar de assinalar que a Justiça Eleitoral não pode incluir ou suprimir, requalificar fatos e provas, conceber adendos e refazer conclusões em decisões de outros órgãos do Judiciário ou do Tribunal de Contas, introduz em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça que, ainda que inexista o categórico reconhecimento do enriquecimento ilícito, ‘é perfeitamente possível entendê-lo presente na condenação’”.

3. Os aclaratórios são admitidos para “esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, corrigir erro material e suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia o juiz se pronunciar de ofício ou a requerimento”, nos termos do art. 275 do Código Eleitoral, o que não se verifica *in casu*.

4. Ambos os aclaratórios não objetivam sanar vícios no acórdão embargado, mas, sim, promover a introdução de tema não suscitado em sede de recurso e/ou contrarrazões e/ou novo julgamento da causa, o que, como se sabe, não é possível nesta via processual.

5. Embargos de declaração da Coligação Ipojuca Segue em Frente acolhidos apenas para esclarecimentos, sem alteração do julgado; e embargos de declaração de Romero Antônio Raposo Sales rejeitados.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em acolher os embargos de declaração da Coligação Ipojuca Segue em Frente, para prestar esclarecimentos, sem efeitos modificativos, e em rejeitar os embargos de declaração de Romero Antônio Raposo Sales, nos termos do voto do relator.

Brasília, 30 de março de 2017.

MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO – RELATOR

606

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, cuida-se de embargos de declaração opostos pela Coligação Ipojuca Segue em Frente (fls. 857-863) e por Romero Antônio Raposo Sales (fls. 866-873) contra o acórdão desta Corte Superior que, por maioria, negou provimento ao recurso especial, para manter o acórdão recorrido de indeferimento do seu registro de candidatura ao cargo de prefeito do Município de Ipojuca/PE, em razão da inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea I, da LC nº 64/90.

Eis a ementa do acórdão embargado:

DIREITO ELEITORAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 1º, I, L, DA LC Nº 64/90. INELEGIBILIDADE. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DOLO. DANO AO ERÁRIO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. REQUISITOS CUMULATIVOS. POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL DA CONDENAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1 – Não merece prosperar a alegação veiculada no recurso especial de suposta violação ao disposto no art.

1º, I, I, da LC nº 64/90 quando possível extrair do inteiro teor do acórdão que deu causa à inelegibilidade a presença simultânea e cumulativa dos seguintes requisitos: a) decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado do Poder Judiciário; b) condenação em improbidade administrativa na modalidade dolosa; c) conduta ímproba que acarrete dano ao erário e enriquecimento ilícito; d) suspensão dos direitos políticos; e e) prazo de inelegibilidade não exaurido.

2 – À Justiça Eleitoral compete análise que não desnature, em essência, condenações por improbidade levadas a efeito na Justiça Comum. É dizer: impossível reenquadrar os fatos apurados na ação de improbidade e, a partir de emendas, suposições e ilações, deflagrar inelegibilidades, o que não quer significar, obviamente, não possa a Corte Eleitoral examinar as condenações por inteiro, a partir de sua *ratio* decisória.

3 – Para fins de inelegibilidade, não só é lícito, mas também imprescindível à Justiça Eleitoral examinar o acórdão da Justiça Comum – em que proclamada a improbidade – em seu conjunto, por inteiro, até mesmo para ser fiel ao alcance preciso e exato da decisão. Perceba-se: não pode a Justiça Eleitoral incluir ou suprimir nada, requalificar fatos e provas, conceber adendos, refazer conclusões, mas é de todo legítimo interpretar o alcance preciso, exato, da decisão de improbidade. Imperativo recolher e aquilatar os elementos daquele acórdão para fins de ter como caracterizada ou não a inelegibilidade.

4. – *In casu*, muito embora a parte dispositiva do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – no qual proclamada a improbidade dolosa –, não tenha sido “categórica” quanto ao reconhecimento do enriquecimento ilícito, é perfeitamente possível entendê-lo presente na condenação. Para além de qualquer dúvida razoável o acórdão da improbidade administrativa condenou o ora recorrente em conjunto com outros vereadores e assessores da Câmara Municipal de Ipojuca-PE (16 réus), além da empresa organizadora, com base nos arts. 10 e 12, II, da Lei nº 8.429/92, por terem participado do XXXIX Encontro Nacional de Agentes Públicos, evento realizado no período de 7 a 11 de maio de 2008 em Foz do Iguaçu/PR, organizado pelo INATEG (Instituto Nacional de Aperfeiçoamento e Treinamento para Empresas e Gestores Públicos e Privados Ltda.), que, na verdade, teria sido convertido em viagem turística.

5. – Consta do acórdão do TJPE que os réus na ação civil pública foram condenados à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por oito anos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, bem como à restituição do valor gasto com a referida viagem, registrando, assim, a existência de dolo real, concreto e direto.
6. – Acórdão recorrido proferido no sentido de que, conquanto não exista menção expressa, explícita, categórica, no aresto da ação de improbidade, ao art. 9º da Lei nº 8.429/92, houve, sim, indiscutivelmente, além de dano ao erário, enriquecimento ilícito de terceiros e dos próprios interessados.
7. – Recurso especial eleitoral a que se nega provimento.

Nos embargos da Coligação Ipojuca Segue em Frente (fls. 857-863), a embargante alega, em síntese, que esta Corte foi omissa ao não fundamentar a decisão de realização de novas eleições no Município de Ipojuca/PE, em razão do indeferimento do registro do impugnado.

Sustenta que, *“como as candidaturas dos impugnados careciam de registro quando da eleição, os votos a elas conferidos, além de ‘inválidos’, estão compreendidos nos ‘nulos’ a que se refere o artigo 77, § 2º, da Constituição da República, razão pela qual não devem ser computados para nenhum efeito, nem mesmo para se aferir a validade da votação”* (fl. 861).

Requer, por fim, a proclamação, como eleita, da chapa de candidatura remanescente mais votada (fl. 863).

O segundo embargante, Romero Antônio Raposo Sales (fls. 866-873), alega a existência de contradição no acórdão embargado, ao argumento de que esta Corte, *“apesar de assinalar que a Justiça Eleitoral não pode incluir ou suprimir, requalificar fatos e provas, conceber adendos e refazer conclusões em decisões de outros órgãos do Judiciário ou do Tribunal de Contas, introduz em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça que, ainda que inexista o categórico reconhecimento do enriquecimento ilícito, ‘é perfeitamente possível entendê-lo presente na condenação’”* (fl. 867).

Assevera que este Tribunal, *“apesar de reconhecer que não pode criar entendimentos, faz deduções a partir da interpretação que fez do julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, o que soa contraditório e impõe o conhecimento e provimento destes embargos declaratórios, a fim de que esta Corte estabeleça qual argumento deve prevalecer”* (fl. 867).

Por fim, afirma que estes embargos de declaração objetivam questionar matéria objeto do recurso extraordinário já interposto.

Após a oposição dos embargos de declaração, a Coligação Ipojuca Segue em Frente noticia o desprovimento do Recurso Especial nº 1.633.909/

PE, interposto no Superior Tribunal de Justiça (STJ), de relatoria do Ministro Mauro Campbell, na ação de improbidade administrativa que deu ensejo ao indeferimento do registro de candidatura de Romero Antônio Raposo Sales (fls. 919-931).

Em contrarrazões, Romero Antônio Raposo Sales afirma não haver, no acórdão impugnado, a alegada omissão suscitada pela Coligação Ipojuca Segue em Frente (fls. 941-944).

Intimado, o *Parquet* Eleitoral apresentou contrarrazões apenas aos embargos opostos por Romero Antônio Raposo Sales, nas quais assevera a inexistência da suscita contradição (fls. 950-953).

A Coligação Ipojuca Segue em Frente apresentou contrarrazões às fls. 1.033-1.037, nas quais alega que não houve contradição no acórdão embargado, como suscitado por Romero Antônio Raposo Sales, e que não há menção, nas razões dos embargos, “*de qualquer norma ou questão constitucional que o embargante gostaria que fosse examinada pelo Tribunal Superior Eleitoral*”, a título de prequestionamento (fl. 1.037).

Cumprе consignar que, em 23.12.2016, o Presidente desta Corte, Ministro Gilmar Mendes, indeferiu medida liminar, a qual objetivava a concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto nestes autos, “*a fim de determinar a diplomação do Requerente Romero Antônio Raposo Sales e de seu vice José Heleno Alves nos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito de Ipojuca/PE, até que o Recurso Extraordinário seja definitivamente julgado pelo Eg. Supremo Tribunal Federal*”.

É o relatório.

609

## VOTO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Senhor Presidente, inicialmente cumprе consignar que o Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco (TRE/PE) editou a Resolução nº 279, de 23 de janeiro de 2017, nos autos do Processo Administrativo nº 60-97.2017.6.17.0000 (Prot. nº 1.023/2017), fixando a data de 2 de abril de 2017 “*para a realização de eleição suplementar para os cargos de prefeito e vice-prefeito do município de Ipojuca*”.

Passo à análise dos embargos de declaração opostos pela Coligação Ipojuca Segue em Frente, nos quais se alega omissão no acórdão embargado.

Isso porque a renovação do pleito não foi objeto de recurso para esta Corte, cuidando-se, portanto, de inovação recursal.

Ainda que assim não fosse, acolho os embargos da coligação apenas para esclarecimentos.

Na sessão de 13.12.2016, eu me dirigi, oralmente, ao Presidente desta Corte, Ministro Gilmar Mendes, apenas para confirmar qual seria o efeito do indeferimento do registro do candidato majoritário Romero Antônio Raposo Sales, ao que Sua Excelência respondeu ser o caso de renovação do pleito eleitoral.

A definição de renovação do pleito eleitoral não foi suscitada pelas partes, mas é resultado lógico do resultado do julgamento, já decidido por este Tribunal nos ED-REspe nº 139-25/RS, de 28.11.2016, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, que recebeu a seguinte ementa:

ELEIÇÕES 2016. REGISTRO. CANDIDATO A PREFEITO. INDEFERIMENTO. EMBARGOS. OMISSÕES. ART. 224 DO CÓDIGO ELEITORAL.

1. As questões de ordem pública também estão sujeitas ao requisito do prequestionamento. Precedentes. No caso, os temas apresentados pelo embargante não devem ser analisados simplesmente a partir da natureza de ordem pública que lhes é inerente, mas principalmente sob o ângulo da necessidade e da conveniência de este Tribunal explicitar os efeitos gerados por sua decisão, que, por não terem sido contemplados no acórdão embargado, viabilizam o conhecimento dos embargos de declaração.

2. A determinação da realização de nova eleição na hipótese em que o candidato eleito tem o registro de sua candidatura indeferido não é inconstitucional, pois privilegia a soberania popular e a democracia representativa.

3. A decisão da Justiça Eleitoral que indefere o registro de candidatura não afasta o candidato da campanha eleitoral enquanto não ocorrer o trânsito em julgado ou a manifestação da instância superior, nos termos do art. 16-A da Lei 9.504/97.

4. As decisões da Justiça Eleitoral que cassam o registro, o diploma ou o mandato do candidato eleito em razão da prática de ilícito eleitoral devem ser cumpridas tão logo haja o esgotamento das instâncias ordinárias, ressalvada a obtenção de provimento cautelar perante a instância extraordinária.

5. Na linha da jurisprudência desta Corte, consolidada nas instruções eleitorais, a realização de nova eleição em razão da não obtenção ou do indeferimento do registro de candidatura deve se dar após a manifestação do Tribunal Superior Eleitoral. Interpretação sistemática dos arts. 16-A da Lei 9.504/97; 15 da Lei Complementar 64/90; 216 e 257 do Código Eleitoral.

6. É inconstitucional a expressão “após o trânsito em julgado” prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015, por violar a soberania popular, a garantia fundamental da prestação jurisdicional célere, a independência dos poderes e a legitimidade exigida para o exercício da representação popular.

7. Embargos de declaração acolhidos, em parte, para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado” prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral.

8. Manutenção do entendimento de que a renovação da eleição deve ocorrer após o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral nos casos em que a quantidade de votos nulos dados ao candidato eleito com registro indeferido é superior ao número de votos dados individualmente a qualquer outro candidato.

#### FIXAÇÃO DE TESE. CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL E CONVOCAÇÃO DE NOVAS ELEIÇÕES.

1. As hipóteses do *caput* e do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral não se confundem nem se anulam. O *caput* se aplica quando a soma dos votos nulos dados a candidatos que não obteriam o primeiro lugar ultrapassa 50% dos votos dados a todos os candidatos (registrados ou não); já a regra do § 3º se aplica quando o candidato mais votado, independentemente do percentual de votos obtidos, tem o seu registro negado ou o seu diploma ou mandato cassado.

2. A expressão “após o trânsito em julgado”, prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015, é inconstitucional.

3. Se o trânsito em julgado não ocorrer antes, e ressalvada a hipótese de concessão de tutela de urgência, a execução da decisão judicial e a convocação das novas eleições devem ocorrer, em regra:

3.1. após a análise dos feitos pelo Tribunal Superior Eleitoral, no caso dos processos de registro de candidatura (LC 64/90, arts. 3º e seguintes) em que haja o indeferimento do registro do candidato mais votado (art. 224, § 3º) ou dos candidatos cuja soma de votos ultrapasse 50% (art. 224, *caput*); e

3.2. após a análise do feito pelas instâncias ordinárias, nos casos de cassação do registro, do diploma ou do mandato, em decorrência de ilícitos eleitorais apurados sob o rito do art. 22 da Lei Complementar 64/90 ou em ação de impugnação de mandato eletivo.

Embargos de declaração acolhidos e providos, em parte.

Decorrência lógica também do que afirmado pela então relatora, Ministra Luciana Lóssio, no sentido de que, “em consulta ao Sistema de Divulgação de Resultado das Eleições 2016, consta que Romero Antônio Raposo Sales, ora recorrente, obteve 32.496 votos, enquanto Carlos Santana teve a segunda maior votação, com 23.765 votos, e ‘Gaúcho’ obteve 81 votos, mas consta no referido sistema com a situação ‘Renúncia’”.

Nesse contexto, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, “*ocorrendo o indeferimento do registro do candidato mais votado, independentemente do número de votos anulados, devem ser realizadas novas eleições, a teor do que dispõe o art. 224, § 3º, conforme decidido nos ED-REspe 139-25, rel. Min. Henrique Neves da Silva, PSESS em 28.11.2016*” (ED-REspe nº 132-73/RS, de 30.11.2016, Rel. Min. Henrique Neves da Silva).

Além do mais, na mesma sessão de 13.12.2016, julgou-se o REspe nº 204-91/PR, oriundo de Foz do Iguaçu, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, com situação semelhante à dos autos, cujo prefeito eleito teve o registro indeferido em todas as instâncias da Justiça Eleitoral, e o Tribunal determinou a renovação do pleito no referido município.

Salutar, pois, haja coerência por parte do colendo TSE.

Por outro lado, também não vislumbro a ocorrência de contradição no acórdão embargado, consoante suscitado por Romero Antônio Raposo Sales.

O segundo embargante alega que esta Corte, “*apesar de assinalar que a Justiça Eleitoral não pode incluir ou suprimir, requalificar fatos e provas, conceber adendos e refazer conclusões em decisões de outros órgãos do Judiciário ou do Tribunal de Contas, introduz em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça que, ainda que inexista o categórico reconhecimento do enriquecimento ilícito, ‘é perfeitamente possível entendê-lo presente na condenação’*” (fl. 867).

*In casu*, constata-se apenas o inconformismo da parte com o resultado desfavorável do julgamento, objetivando o rejuízo da causa, o que não pode ser objeto do referido recurso.

Até para fins de prequestionamento, o acórdão embargado deve padecer de um dos vícios do art. 275 do Código Eleitoral, o que não se verifica na espécie.

Os embargos de declaração são admitidos para “esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, corrigir erro material e suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia o juiz se pronunciar de ofício ou a requerimento”, nos termos do art. 275 do Código Eleitoral.

Para afastar a alegada contradição, rememoro o acórdão impugnado na parte que interessa (fls. 848-849):

Fez bem o TRE/PE ao aquilatar, no acórdão da improbidade, da lavra do TJPE, a presença dos elementos deflagradores da inelegibilidade de que cuida a alínea “L”.

Como sustentei na ação rescisória acima aludida, à Justiça Eleitoral compete análise que não desnature, em essência, condenações por improbidade levadas a efeito na Justiça Comum. É dizer: impossível reenquadrar os fatos apurados na ação de improbidade e, a partir de emendas, suposições e ilações, deflagrar inelegibilidades, o que não quer significar, obviamente, não possa a Corte Eleitoral examinar as condenações por inteiro, a partir de sua ratio decisória.

Com efeito, não só é lícito, mas imperativo, analisar o decisum da Justiça Comum - em que proclamada a improbidade - em seu conjunto, por inteiro, até mesmo para ser fiel ao alcance preciso e exato da decisão.

Para que fique claro: não pode a Justiça Eleitoral incluir ou suprimir nada, requalificar fatos e provas, conceber adendos, refazer conclusões, mas é de todo legítimo interpretar o alcance preciso, exato, da decisão de improbidade. Forçoso recolher e aquilatar os elementos daquele acórdão para fins de ter como caracterizada ou não a inelegibilidade.

*In casu*, muito embora o acórdão da Justiça Comum não seja imune a críticas, tanto que contra ele, segundo os advogados, pende de apreciação recurso especial no âmbito do STJ, tenho que, no seu bojo, para além de qualquer dúvida razoável, estão presentes os requisitos elementares do tipo da alínea “L” do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, com as alterações empreendidas pela Lei da Ficha Limpa (LC nº 135/10).

Houve decisão proferida por órgão colegiado do Poder Judiciário (Processo originário nº 1022-77.2009.8.17.0730 – Apelação Cível nº 0296994-2, do TJPE), na qual reconhecida a prática de improbidade administrativa na modalidade dolosa, com dano ao erário e enriquecimento ilícito. Demais disso, o ora Recorrente foi condenado à grave pena de suspensão de direitos políticos e não se exauriu o prazo de inelegibilidade.

A meu sentir, não assiste razão ao Recorrente quando afirma não haver clareza na condenação empreendida pela Justiça Comum quanto à presença do requisito cumulativo do enriquecimento ilícito, porquanto, como bem apontado pela Corte Regional Eleitoral [...].

Assim, com razão o *Parquet* Eleitoral, em suas contrarrazões, ao asseverar que (fl. 951):

No caso concreto, simples leitura do acórdão embargado revela que o Tribunal Superior Eleitoral fundamentou adequadamente a questão relativa à possibilidade/necessidade de se levar em consideração, para fins de análise quanto à incidência da hipótese de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, "I", da LC 64/90, aquilo que foi consignado nos fundamentos das decisões da Justiça Comum, a despeito do que tiver constado das respectivas partes dispositivas.

Por fim, o que se vislumbra em ambos os embargos de declaração é a pretensão, sob alegação de existência de vício no acórdão impugnado, de introdução de tema novo e/ou novo julgamento da causa, fim para o qual não se prestam os aclaratórios.

Do exposto, acolho os embargos de declaração da Coligação Ipojuca Segue em Frente apenas para esclarecimentos, sem alteração do julgado, e rejeito os embargos de declaração de Romero Antônio Raposo Sales, nos termos do art. 275 do Código Eleitoral.

É como voto.

# Propaganda



## ACÓRDÃO

### RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 66-72.2012.6.09.0010 – CLASSE 32 - CORUMBAÍBA – GOIÁS

**Relator:** Ministro Gilmar Mendes

**Recorrente:** Ministério Público Eleitoral

**Recorrido:** Juarez Ferreira de Oliveira

**Advogado:** Gildomar Rezende da Rocha Júnior – OAB: 29895/GO

ELEIÇÕES 2010. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. CRIME ELEITORAL. ART. 39, § 5º, INCISO III, DA LEI Nº 9.504/1997. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

1. A divulgação de propaganda criminoso dentro da cabine de votação e ao lado da urna eletrônica não pode ser considerada insignificante, pois viola a liberdade de escolha do eleitor no momento sigiloso de confirmação do voto.
2. Inaplicável o princípio da insignificância ao crime previsto no art. 39, § 5º, inciso III, da Lei nº 9.504/1997, porque o bem jurídico tutelado é a liberdade de exercício do voto. Precedentes.
3. Recurso especial eleitoral provido para restaurar a condenação imposta em sentença.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em dar provimento ao recurso especial eleitoral, para restabelecer a condenação imposta na sentença, nos termos do voto do relator.

Brasília, 21 de fevereiro de 2017.

MINISTRO GILMAR MENDES – RELATOR

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhores Ministros, trata-se, na origem, de denúncia apresentada pelo Ministério Público Eleitoral contra Juarez Ferreira de Oliveira pela prática do delito tipificado no art. 39, § 5º, inciso III, da Lei nº 9.504/1997.

A sentença julgou procedente a ação penal para condenar o réu à pena de 4 meses e 20 dias de prestação de serviço comunitário, alternativa

expressamente albergada no art. 39, § 5º, da Lei nº 9.504/1997. Contra essa sentença o réu interpôs apelação, que foi provida pelo TRE/GO em acórdão assim ementado (fl. 248):

RECURSO CRIMINAL ELEITORAL. ART. 39, § 5º, III, DA LEI Nº 9.504/97. PRELIMINARES. NULIDADES. OFENSA NÃO DEMONSTRADA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EMENDATIO LIBELLI CONFIGURADA. MÉRITO. ATIPICIDADE MATERIAL DO FATO. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU LESIVIDADE.

1. Prevalece no moderno sistema processual penal que eventual alegação de nulidade deve vir acompanhada da demonstração cabal do efetivo prejuízo a parte. Assim, não se admite nulidade por simples presunção de ofensa a princípios agasalhados na Constituição Federal.

2. O instituto da *emendatio libelli* permite ao magistrado sem modificar a descrição do fato contido na denúncia ou queixa, atribuir definição jurídica diversa, ainda que tenha de aplicar pena mais grave, sendo desnecessário ouvir a defesa quando há apenas uma adequação do fato ocorrido ao modelo legal de conduta.

3. Depoimentos harmônicos e seguros, prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa sem nenhuma divergência relevante ou de qualquer suspeição que possam inquiná-los de mácula são aptos a confirmar o édito condenatório.

4. Cabe ao magistrado na sua função interpretativa de operacionalizar o Direito Penal, quando o legislador criminaliza condutas com rigor excessivo e de forma desarrazoada (*nulla necessitas sine injuria*), e diante das circunstâncias, corrigir eventual imperfeição da norma e adequá-la aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

5. Não há tipicidade material a ser reconhecida, devendo ser aplicado o princípio da insignificância, quando presente [sic] os vetores da mínima ofensividade da conduta; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica comprovada.

6. Apelação criminal conhecida e provida.

No especial de fls. 265-273, interposto com alegada base no art. 121, § 4º, inciso I, da Constituição Federal e no art. 276, inciso I, alíneas a e b, do Código Eleitoral, o Ministério Público Eleitoral alega violação ao art. 39, § 5º, inciso III, da Lei nº 9.504/1997. Sustenta que o tipo penal em comento

encerra acentuada gravidade e inegável dano à sociedade. Consoante argumenta, não pode ser considerado ínfimo o bem jurídico tutelado pela norma, em razão das circunstâncias em que foi cometido o crime.

Aduz que a jurisprudência de outros tribunais regionais eleitorais, bem como a do TSE, não admite a aplicação do princípio da insignificância ao tipo penal em comento, em virtude da natureza do bem jurídico tutelado pela norma, uma vez que a lisura do pleito eleitoral não poderia ser relativizada pela aplicação do princípio da ofensividade.

Requer o provimento do recurso para que a conduta seja reconhecida como materialmente típica, restabelecendo as sanções impostas em 1ª instância.

O presidente do TRE/GO admitiu o recurso (fls. 275-276).

A Procuradoria-Geral Eleitoral opina pelo provimento do recurso (fls. 283-288).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (relator): Senhores Ministros, a controvérsia ventilada no recurso especial diz respeito à possibilidade ou não de aplicação do princípio da insignificância ao crime previsto no art. 39, § 5º, inciso III, da Lei nº 9.504/1997 – divulgação de propaganda política no dia da eleição (“boca de urna”).

O Ministério Público Eleitoral sustenta a existência de divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e decisões desta Corte e de outros tribunais regionais consideradas paradigmas.

Inicialmente, extraído da moldura fático-probatória delineada pelo acórdão regional que o recorrido, em 3.10.2010, teria deixado mais de 20 santinhos ao lado da urna eleitoral, após votar, com o intuito de divulgar propaganda política de candidatos à eleição geral de 2010.

De forma alguma tal conduta pode ser considerada insignificante, ainda que o mesário tenha conferido a cabine de votação e descartado os santinhos (configuração da tentativa). O réu tentou a divulgação da propaganda criminosa no momento de maior discricção e sigilo do processo eleitoral: aquele em que o eleitor manifesta, finalmente, seu voto.

Submeter o eleitor à propaganda irregular na ocasião em que este confirma sua escolha na urna é uma grave violação, até mais grave do que a propaganda realizada do lado de fora da seção eleitoral. O princípio da insignificância deve incidir nas hipóteses em que a violação (ou a tentativa de violação) ao bem jurídico seja inexpressiva e o comportamento não possua um alto grau de reprovabilidade, o que não pode ser reconhecido na espécie.

Ademais, a jurisprudência do TSE afirma não ser possível a aplica-

ção do princípio da insignificância ao crime de “boca de urna” (art. 39, § 5º, inciso III, da Lei nº 9.504/1997), justamente por tutelar a liberdade de escolha do eleitor. Nesse sentido:

Recurso especial. Crime eleitoral. Art. 39, § 5º, inc. III, da Lei nº 9.504/97. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Reprovabilidade acentuada da conduta. Comportamento que afronta o direito dos cidadãos às eleições livres. Recurso provido.

1. A aplicação do princípio da insignificância condiciona-se à coexistência da mínima ofensividade da conduta do agente, da ausência de periculosidade social da ação, do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e da inexpressiva lesão ao bem jurídico. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

2. O crime tipificado no art. 39, § 5º, inc. III, da Lei n. 9.504/97 encerra acentuada gravidade e inegável dano à sociedade, porque atenta contra a liberdade de escolha dos eleitores, traduzindo bem jurídico de elevada expressão.

3. Recurso provido.

(REspe nº 11887-16/RN, rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 3.5.2011)

620

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. PENAL. CRIME ELEITORAL. ART. 39, § 5º, III, DA LEI Nº 9.504/97. PROPAGANDA NO DIA DA ELEIÇÃO. DOLO ESPECÍFICO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS Nºs 282 E 356 DO STF. TIPICIDADE MATERIAL. BEM JURÍDICO TUTELADO. LIVRE EXERCÍCIO DO VOTO. DESPROVIMENTO.

1. A matéria referente à suposta atipicidade por ausência do dolo específico de influenciar eleitores na conduta de arremessar santinhos em via pública não foi examinada pela Corte a quo, carecendo, assim, do indispensável prequestionamento. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356 do STF.

**2. O princípio da insignificância não pode ser aplicado ao crime do art. 39, § 5º, III, da Lei nº 9.504/97, porque o bem tutelado é o livre exercício do voto e a lisura do processo de obtenção do voto. Precedente.**

3. Ademais, o Tribunal de origem asseverou que “no presente caso, considerado o local em que foi praticada a conduta delituosa; a quantidade de material lançado em via pública; bem como o material que ainda se encontrava em poder do recorrente (fls. 05/06), restam evidentes a gravidade e o inegável dano à sociedade” (fl. 222), o que corrobora para o reconhecimento da tipicidade material da conduta.

4. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(AgR-AI nº 4981-22/MS, rel. Min. Luciana Lóssio, julgado em 3.9.2014 – grifo nosso)

Dessa forma, não se pode acolher a argumentação do acórdão recorrido, devendo ser mantida a decisão de 1ª instância.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso especial para restaurar a condenação imposta em sentença.**

