Tribunal Regional Eleitoral da Bahia

Revista Populus

ISSN 2446-9319

Salvador
n. 1 Setembro 2015

LivroPopulos.indb 1 23/10/2015 09:53:04

REVISTA POPULUS
Salvador n.1 setembro 2015

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA

Diretor-Geral
André Luis Martins Beserra

1ª Avenida do Centro Administrativo da Bahia, nº 150. CEP 41.745-901 - Salvador-BA
Tel.: (71) 3373-7067 / 7188 / 7156 / 7159
Telefax: (71) 3373-7152
E-mail: coged@tre-ba.jus.br

Periodicidade: Anual

Edição:
Secretaria de Gestão Administrativa
Coordenadoria de Gestão Documental, Informação e Memória
Seção de Editoração e Publicação

Capa:
Arte: Assessoria de Comunicação Social e Cerimonial - TRE/BA

Revista Populus / Tribunal Regional Eleitoral, Escola Judiciária Eleitoral da Bahia.– N. 1, set..2015– .– Salvador: TRE, 2015– .

v.

Anual.

ISSN: 2446-9319

1. Direito Eleitoral - Periódico. 2. Democracia.

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

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.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA

Presidente
LOURIVAL ALMEIDA TRINDADE

Vice-Presidente
MÁRIO ALBERTO SIMÕES HIRS

Corregedor Regional Eleitoral
FÁBIO ALEXSANDRO COSTA BASTOS

Juízes
CARLOS D´ÁVILA TEIXEIRA
CLÁUDIO CESARE BRAGA PEREIRA
GUSTAVO MAZZEI PEREIRA
MARCELO JUNQUEIRA AYRES FILHO

Procurador Regional Eleitoral
RUY NESTOR BASTOS MELLO

Diretora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia
FABIANA ANDRÉA DE ALMEIDA OLIVEIRA PELLEGRINO

LivroPopulos.indb 3 23/10/2015 09:53:04

CONSELHO EDITORIAL

Dra. Ana Carolina Fernandes Mascarenhas
Dra. Cristiana Menezes Santos
Dr. Ricardo Maurício Freire Soares
Dr. Rodolfo Viana Pereira
Dra. Roxana Borges Cardoso Brasileiro
Msc. Fabiana Andréa de Almeida Oliveira Pellegrino
Msc. Jaime Barreiros Neto

COMISSÃO EDITORIAL

Adriana Bittencourt Passos
Elke Braid Petersen
Maria das Graças Tosta Albergaria da Silva

COMISSÃO TÉCNICA

Analúcia Guimarães
Bernadete Gusmão
Camila Guerra
Dionísia Maria Andrade
Dori Márcio Silva Barreto
Felisberto Bulcão
Josafá da Silva Coelho
Elizabete Sales Pereira
Marilene Melo Ramos Leão
Lia Mônica B. Peres
Lorena Carneiro Freire
Marcelo Conte
Maria da Salete Saraiva
Oneíza Mabel Carneiro Guedes
Osnir Mendes Madureira
Zulene de Carvalho Alves

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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....7

DOUTRINA

A democracia participativa e a inconstitucionalidade do financiamento privado das campanhas eleitorais por pessoas jurídicas
Marco Aurélio Mello.....11

Considerações gerais das ações da fidelidade partidária
Augusto Aras.....25

Política e normatividade: notas sobre a controvérsia participação-representação
Cláudio André de Souza.....47

Los derechos políticos en España y Brasil: una aproximación en perspectiva comparada
Ingo W. Sarlet; David Almagro Castro.. 65

Breve ensaio sobre a democracia
Marta Cristina Jesus Santiago.....105

O controle como categoria dogmático-constitucional
Rodolfo Viana Pereira.....131

Esfera pública e procedimentalismo: considerações sobre o modelo de democracia de Jürgen Habermas e sua aderência aos princípios norteadores da Constituição de 1988
Jaime Barreiros Neto 165

A inconstitucionalidade da unificação das eleições: a necessária defesa substancial da democracia.
Hermes Hilarião Teixeira Neto.....185

A Justiça Eleitoral entre o substancialismo e o procedimentalismo
Geovane Peixoto.....211

A infidelidade do partido como a mais grave traição à democracia
Tiago Ayres 225

O procedimento do registro de candidaturas no paradigma do processo eleitoral democrático: atividade administrativa ou jurisdicional?
Elaine Harzeim Macedo; Rafael Morgental Soares.....239

Digressões sobre o art.26-C da Lei Complementar n. 64/90
Walber de Moura Agra.....267

Compra de votos e abuso de poder: uma análise das infrações eleitorais à luz da Constituição Federal
Fernanda Danielle C. Nogueira; José Herval Sampaio Junior.....277

Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural
Lorena Miranda Santos Barreiros 307

Boa-fé objetiva: efeitos endógenos e exógenos no processo eleitoral
Salomão Viana 337

Poderes investigatórios do Ministério Público
Lourival Almeida Trindade 359

JURISPRUDÊNCIA

Abuso de Poder.....393
Captação de Sufrágio.....453
Condutas vedadas.....505
Contas de Campanhas.....545
Desincompatibilização.....583
Inelegibilidade.....623
Propaganda.....679

BIBLIOGRAFIA.....717

ÍNDICES.....729

APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral da Bahia, cumprindo seu papel de conduzir organicamente à comunidade jurídica e à sociedade em geral conhecimentos doutrinários e jurisprudenciais sedimentados pelos Juízos Eleitorais, nas diversas instâncias, assim como de fomentar posições sinérgicas dos operadores do direito no diálogo sobre importantes matérias eleitorais, concebeu a Revista *Populus*, que já traz na sua identidade etimológica o propósito de ser instrumento popular de fácil acesso.

A Revista *Populus*, portanto, foi idealizada para ser o leito de debates e reflexões sobre os princípios, regras e valores que devem nortear os mecanismos dos processos eleitorais, a atuação dos partidos políticos e candidatos e o efetivo exercício da cidadania pelo eleitor, traduzindo contributo na busca de soluções racionais para o aprimoramento da democracia participativa e, consequentemente, da igualdade politica, transparência e desenvolvimento do espirito crítico do povo.

Sem dúvida, numa contemporaneidade de coléricos apontamentos sobre a necessidade de uma reforma política, surgentes tanto no seio de uma sociedade ávida por progressos, como no encerro de um Congresso Nacional demandado a operar esses progressos, maior relevo assume materialmente a concepção da Revista Jurídica, que desperta com a aspiração de ser elemento não apenas de informação mas de transformação no campo da consciência e das práticas.

Encampando as vestes de uma revista eletrônica, com uma adequada tiragem física comemorativa, a Revista *Populus* traz em seu bojo generosa produção científica de insignes colaboradores com ampla atuação na geografia jurídica, seja como Juízes, advogados, servidores da Justiça Eleitoral ou Membros do Ministério Público. Ademais, disponibiliza à comunidade uma coletânea jurisprudencial de diversos edifícios eleitorais do país, além de acervo legislativo regimental e de conteúdo geral atualizado sobre as matérias correlatas ao Direito Eleitoral pátrio, sem olvidar das referências bibliográficas consultivas.

Por derradeiro, resta-me empenhar profunda e especial gratidão a todos os articulistas desse primeiro número do periódico *Populus*, ao Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, Des. Lourival Trindade – que singulariza uma administração humanista e socializada –, assim como a toda equipe da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia – que se reconstruiu sob uma nova direção –, da ASCOM e da COGED, cujo habitual compromisso com a presteza e eficiência foram indispensáveis ao êxito da compilação e editoração.

FABIANA ANDRÉA DE ALMEIDA OLIVEIRA PELLEGRINO
Diretora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Doutrina

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

LivroPopulos.indb 9 23/10/2015 09:53:05

A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A INCONSTITUCIONALIDADE DO FINANCIAMENTO PRIVADO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS POR PESSOAS JURÍDICAS

Marco Aurélio Mello[1]

RESUMO

O presente artigo tem como objeto uma análise crítica da inconstitucionalidade do financiamento privado de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, tema da mais alta relevância dentre aqueles em debate na reforma política e objeto também da ADI n. 4.650/DF, em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Democracia. Campanhas eleitorais. Financiamento. Participação política.

ABSTRACT

This article has as its object a critical analysis of the constitutionality of private financing of electoral campaigns by companies, the highest theme relevance among those being debated in political reform and object also of ADI 4650/DF, pending in the Supreme Court.

Keywords: Democracy. Election campaigns. Financing. Political participation.

1 INTRODUÇÃO

Tramita no Supremo a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650/DF, da relatoria do ministro Luiz Fux, na qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil busca a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 23, § 1º, incisos I e II, 24 e 81, cabeça e § 1º, da Lei n. 9.504/97 – Lei das Eleições – e dos artigos 31, 38, inciso III, e 39, cabeça e § 5º, da Lei n. 9.096/95 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos. A pretensão do requerente é o reconhecimento da inconstitucionalidade do modelo vigente de financiamento privado, por pessoas naturais e jurídicas, das campanhas eleitorais e dos partidos políticos. Aduz que a sistemática atual acarreta ofensa aos princípios

[1] Ministro do Supremo Tribunal Federal. Presidente do Supremo Tribunal Federal (maio de 2001 a maio de 2003) e do Tribunal Superior Eleitoral (junho de 1996 a junho de 1997, maio de 2006 a maio de 2008 e novembro de 2013 a maio de 2014). Presidente do Supremo Tribunal Federal, no exercício do cargo da Presidência da República do Brasil, de maio a setembro de 2002, em quatro períodos intercalados.

LivroPopulos.indb 11 23/10/2015 09:53:05

da isonomia, democrático, republicano e da proporcionalidade considerada a proibição de proteção insuficiente.

Quanto às doações por pessoas jurídicas, o pedido é de inconstitucionalidade absoluta – visa abolir em definitivo a prática de financiamento eleitoral por empresas e congêneres. No tocante aos aportes feitos por pessoas naturais, o pleito envolve a proclamação de invalidade da disciplina atual com modulação temporal dos efeitos da decisão, mantendo-se a eficácia das normas inconstitucionais pelo prazo de 24 meses. O requerente não pede a extinção da autorização legal para doações por pessoas naturais, e sim limites quantitativos reduzidos e lineares a serem estabelecidos pelo legislador no prazo assinalado e, caso se mantenha inerte o Congresso, possa o Tribunal Superior Eleitoral suprir a lacuna normativa.

A apreciação do processo teve início em 11 de dezembro de 2013, vindo os ministros Luiz Fux, relator, Joaquim Barbosa, Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso a votar pela procedência do pedido. O ministro Teori Zavascki pediu vista. Em 2 de abril do ano seguinte, o julgamento foi retomado e Sua Excelência consignou a insubsistência da pretensão veiculada. Na ocasião, votei pela procedência parcial do pleito, assentando a inconstitucionalidade das doações de campanha por pessoas jurídicas e a competência exclusiva do Congresso Nacional para deliberar sobre as limitações do financiamento por pessoas naturais. O ministro Ricardo Lewandowski votou pela procedência do que pretendido. O ministro Gilmar Mendes formulou pedido de vista, não tendo havido a continuação do exame da matéria até a presente data.

O tema é de envergadura maior, objeto de toda e qualquer discussão quando envolvidas propostas de reforma política. Há intenso debate na mídia e nas redes sociais, entre juristas e cientistas políticos. Neste artigo, busco aprofundar as reflexões do voto proferido, vinculando as conclusões adotadas à noção teórica mais desenvolvida sobre a igual participação política dos cidadãos, como núcleo essencial do regime democrático. O texto será desenvolvido segundo a estrutura a seguir delineada: no tópico (1), apresento o conceito de democracia. Em (2), discorro sobre a relação entre democracia representativa e o direito fundamental a um processo eleitoral justo e igualitário. Em (3), trato dos efeitos nocivos do poder econômico nos processos eleitorais no Brasil. Ao final, no item (4), fundamento a inconstitucionalidade do sistema de doações por pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

2 O QUE É DEMOCRACIA?

Democracia não é apenas o regime político mais adequado entre tantos outros, é um direito do cidadão fundado nos valores da soberania popular e do autogoverno. Conforme a pesquisa mais recente feita pela revista *The*

LivroPopulos.indb 12 23/10/2015 09:53:05

Economist, ao menos 115 países experimentam alguma forma democrática de governo; destes, 25 possuem "democracia plena", presentes bons índices de processo eleitoral e pluralismo, funcionamento do governo, participação política, cultura política e liberdades civis.[2] Mas, afinal, o que é democracia? Quais critérios devem ser satisfeitos para afirmar-se democrático um determinado sistema político?

De acordo com Charles Tilly, a definição de democracia classifica-se em quatro principais tipos: constitucional, substantiva, procedimental e orientada ao processo. A abordagem constitucional refere-se às leis promulgadas por um regime em relação à atividade política. O foco recai nas formas constitucionais e nos arranjos legais. A definição substancial é relacionada com as condições de vida e de política promovidas por um dado regime. A questão é saber se há promoção de bem-estar humano, liberdade individual, segurança, igualdade social, deliberação pública e resolução pacífica de conflitos. O critério procedimental prende-se ao exame das eleições, do quanto são genuinamente competitivas e capazes de produzir alternância do governo e das políticas. Diferentemente desse enfoque, não existe a preocupação com o conteúdo das políticas, e sim com as trocas de poder.[3]

Por fim, e mais importante para este texto, há a definição vinculada à capacidade de o processo político satisfazer a exigência de igualdade política. O processo político, para ser democrático, deve oferecer condições para que todos se sintam igualmente qualificados a participar do processo de tomada de decisões por meio das quais a vida da comunidade será governada. Significa dizer: democracia pressupõe serem os membros da comunidade tratados como politicamente iguais. Tilly serviu-se dos cinco conceitos elaborados por Robert Dahl para identificar o caráter democrático do processo político.

O renomado cientista político norte-americano Robert Dahl, falecido recentemente, associou a democracia ao objetivo de assegurar o direito de participação igual dos cidadãos nas decisões relevantes de uma comunidade. O autor reconheceu que há muitos meios, alguns até impenetráveis, para definição de democracia. Todavia, defendeu poderem alguns critérios ser identificados como imprescindíveis para satisfazer a exigência do direito à igual participação política como elemento nuclear da democracia. Ele apontou cinco:

1) Participação efetiva – antes de uma política ser adotada, todos os membros da comunidade devem ter igual e efetiva oportunidade para fazer as próprias visões, relativas ao conteúdo dessa política, conhecidas dos outros membros;

[2] DEMOCRACY Index 2014: a report from the Economist Intelligence Unit. Disponível em: <www.eiu.com>. Acesso em: 27 jul. 2015.

[3] TILLY, Charles. *Democracy.* New York: Cambridge University Press, 2007. p. 7-8.

LivroPopulos.indb 13 23/10/2015 09:53:05

2) Igualdade de voto – quando chegar o momento no qual a decisão política será finalmente tomada, todos os membros devem ter uma oportunidade igual e efetiva para votar, e todos os votos hão de ser contados como iguais;

3) Conhecimento esclarecido – dentro de limites razoáveis de tempo, cabe dar a cada membro oportunidade igual e efetiva para aprender sobre as políticas alternativas relevantes e as consequências prováveis;

4) Controle da agenda – cumpre viabilizar aos membros a decisão sobre como e quais questões devam ser colocadas na agenda política, o que assegura a mudança constante das pautas temáticas se assim escolherem;

5) Inclusão de adultos – todos ou, ao menos, a maior parte dos adultos residentes devem ter plenos direitos da cidadania implicados os quatro critérios anteriores, o que vem a ser condição inafastável para tratamento igualitário dos membros da comunidade.[4]

Conforme Dahl, cada um desses critérios é necessário a ponto de os membros serem menos politicamente iguais na medida em que tais exigências forem violadas. Se determinado grupo tiver mais oportunidades do que outros para expressar opiniões, ser ouvido, formar agendas, aprender sobre as medidas alternativas, não se poderá falar em igualdade política. Como seria possível evitar tais desvios? Robert Dahl diz que apenas se previstos mecanismos dirigidos a incentivar e assegurar a participação efetiva dos cidadãos nos assuntos de governo.

A democracia é, portanto, o regime a assegurar, na maior medida possível, a igual participação política dos membros da comunidade. Trata-se, claro, de um conceito ideal. Não se mostra viável alcançar essa igualdade na plenitude. No entanto, isso não significa a inutilidade dos critérios mencionados. Eles permanecem valiosos, como guias para formulação de desenhos constitucionais, arranjos institucionais e sistemas políticos que aspirem ser democráticos, isto é, que possuam a pretensão de promover a igualdade política.[5]

Essa última está no centro da definição de democracia. Como destaca Dahl, "nenhum sistema não democrático permite aos seus cidadãos (ou sujeitos) amplo arranjo de direitos políticos. Se algum sistema político fosse assim fazer, tornar-se-ia, por definição, uma democracia". [6] Democracia é o regime no qual todos possuem oportunidades de participar nas decisões políticas de certa comunidade. Há de se ressaltar ser assim não apenas como questão de definição, mas também como condição empiricamente necessária: igualdade de participação política é condição da própria existência da democracia.

A premissa mostra-se verdadeira tanto para a ideia tradicional de democracia representativa, como para a noção contemporânea de democracia

[4] DAHL, Robert. *On Democracy.* New Haven: Yale University Press, 1996. p. 37-38.

[5] Ibidem, p. 42.

[6] Ibidem, p. 49.

LivroPopulos.indb 14 23/10/2015 09:53:05

deliberativa. Na primeira, o poder é exercido apenas indiretamente pelos membros da sociedade e diretamente pelos representantes políticos eleitos. A tomada de decisões políticas – como a criação de leis –, diretamente pelos cidadãos, mantém-se inviável nas sociedades plurais e complexas contemporâneas. Assim, a soberania popular não é, necessariamente, autora das decisões fundamentais, e sim legitimadora do papel desempenhado pelos representantes escolhidos pelo voto. Na democracia representativa, essa legitimidade pressupõe a ideia de autogoverno popular, que depende da igualdade de participação política.

Contemporaneamente, o professor Jeremy Waldron tem construído bem articulada proposta para resgatar o espaço perdido pela democracia representativa, especificamente, pelo Poder Legislativo nas últimas décadas,[7] resgatando o valor do autogoverno popular atrelado ao de igual participação política. Waldron defende o direito incondicional dos cidadãos de resolverem as divergências sobre direitos e princípios entre eles mesmos ou entre os representantes, de forma que a autoridade legítima para dizer os direitos só pode ser aquela cujo procedimento privilegie a autonomia e a responsabilidade de cada pessoa: o processo legislativo.

A autoridade de dizer os direitos pertenceria ao legislador porque o único critério legítimo para a definição dessa autoridade é o de identificação de um processo decisório no qual são levadas igualmente a sério as informações de todos os que disputam o acordo de sentidos, produzindo conclusões precedidas de debates norteados pelo mútuo respeito dos diferentes pontos de vista de cada participante. A proposta é construída sobre a convicção de serem a igual participação política e o autogoverno, em si mesmos, condições do desenvolvimento da personalidade humana.[8] Para Waldron, o Legislativo é a única instituição, no campo, onde há respeito a essas condições.

Segundo o autor, participação política sob iguais termos (igual voz nas decisões) e autogoverno são, em si mesmos, direitos fundamentais e, por isso, existe profunda conexão entre um procedimento que privilegie esses direitos e a essência das concepções modernas de direitos. Dignidade e autonomia individual consubstanciam valores essenciais que as pessoas, como agentes e eleitores, desenvolvem melhor em condições de autogoverno, sendo a opinião de cada uma "intitulada não apenas a ser respeitada no sentido de 'não suprimida', mas também a *somar* em qualquer tomada de decisão política que ocorra na sociedade em que vive". Seria uma "concessão à plu-

[7] Cf. WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. New York: Cambridge University Press, 1999.

[8] WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies* v. 13, n. 1, p. 37, 1993: "Participação é de toda valiosa em razão da importância de se agregar diversas perspectivas e experiências quando estão sendo tomadas decisões públicas; e é valiosa também porque a mera experiência de se argumentar em circunstâncias de pluralidade humana nos ajuda a desenvolver opiniões mais interessantes e provavelmente mais válidas do que poderíamos fazer sozinhos".

LivroPopulos.indb 15 23/10/2015 09:53:06

ralidade humana".[9] Waldron defende, portanto, um vínculo entre os direitos fundamentais dos indivíduos e o respeito pelas capacidades morais de igual participação política.[10]

O processo legislativo, conforme salienta, é o único "formado e elaborado de modo que se dê igual peso às preferências e opiniões de todos".[11] Os titulares dos direitos, pelo debate, deliberação, voto e mecanismos de representação política, formularão as respostas às divergências sobre direitos e princípios. Em síntese, Jeremy Waldron vislumbra um projeto de (re) dignificação do papel da legislação como meio legítimo de autogoverno e de participação política sob bases igualitárias.

A igual participação política também está no centro do desenvolvimento da chamada democracia deliberativa. Esse modelo apresenta-se como alternativo às concepções variáveis da *democracia representativa,* vinculadas aos processos de representação política. Sem negar a importância do processo popular de escolha de representantes, os partidários da democracia deliberativa sustentam não poder a democracia ser reduzida à representação política, devendo envolver "também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas".[12] A efetiva deliberação pública racionaliza e legitima as decisões tomadas no âmbito dos processos políticos e de gestão pública, evitando o amesquinhamento e a manipulação desses processos.

Todavia, para alcançar a legitimidade, a deliberação há de ocorrer em contexto *aberto, livre* e *igualitário,* ou seja, todos devem participar livres de qualquer coerção física ou moral, em condições de iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Em suma, a igual oportunidade de participação política configura pressuposto de uma deliberação justa e eficiente. Dentro da perspectiva procedimental da democracia deliberativa, defendida por autores como Jürgen Habermas,[13] cabe manter as deliberações abertas no tocante ao conteúdo dos resultados, mas limitadas pela observância dos princípios que asseguram condições procedimentais de legitimidade, os quais são voltados a garantir a participação equânime dos membros da sociedade na deliberação pública.

Vê-se ser a igual oportunidade de participação política condição conceitual e empírica da democracia sob a óptica tanto representativa quanto

[9] WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies,* v. 13, n. 1, p. 38, 1993.

[10] WALDRON, Jeremy. Judicial Review and the Conditions of Democracy. *The Journal of Political Philosophy,* v. 6, n. 4, p. 341-342, 1998.

[11] WALDRON, Jeremy. Introduction: disagreements on Justice and Rights. *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, v. 6, n.1, p. 9, 2002.

[12] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. In*:* BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 44.

[13] Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez.* 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.

LivroPopulos.indb 16 23/10/2015 09:53:06

deliberativa. Como ideal a ser sempre buscado, essa igualdade de participação política acaba revelando-se um princípio de governo a homenagear a capacidade e a autonomia do cidadão em decidir ou julgar o que é melhor para a comunidade que habita. Ao fazer isso, esse cidadão resolve o que é melhor para si mesmo, o que vem a ser condição de legitimidade de um sistema político baseado na liberdade.

3 DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E O DIREITO FUNDAMENTAL A UM PROCESSO ELEITORAL JUSTO E IGUALITÁRIO

A participação política não se resume à eleitoral, mas deve começar por esta. São condições procedimentais da democracia a realização de eleições periódicas, com sufrágio universal e processos justos e igualitários de escolha. A participação política é muito mais do que o ato de votar, envolve também o controle das decisões públicas pelos membros da sociedade. Criticar e fiscalizar o comportamento dos agentes políticos consistem em modos fundamentais de participação política, essenciais para a vitalidade prática da democracia. O povo que não exerce tal controle não se autogoverna. Todavia, o ponto de partida para a garantia de idêntica participação política deve-se à existência de um processo eleitoral justo e igualitário.

O cidadão brasileiro tem o direito fundamental a um sistema político verdadeiramente democrático. Democracia não é apenas o regime político mais adequado entre tantos outros, é um direito do cidadão fundado nos valores da soberania popular e do autogoverno. Mas qual espécie de democracia o povo brasileiro merece? Bastam eleições periódicas com sufrágio universal para afirmar-se vigorar, no Brasil, uma democracia como direito fundamental assentado? A resposta é desenganadamente negativa. Para mostrar-se efetiva como direito fundamental, a democracia precisa desenvolver-se por meio de um processo eleitoral justo e igualitário.

A democracia representativa pressupõe, necessariamente, a participação popular no processo político, o exercício dos direitos políticos, de cidadania, dentre os quais, a participação nas eleições. Dessa forma, as eleições se transformam em instrumento, segundo o Mestre José Afonso da Silva, mediante o qual o "povo adere a uma política e confere seu consentimento, e por conseqüência, legitima, às autoridades governamentais. É assim, o modo pelo qual o povo, nas democracias representativas, participa na formação da vontade do governo e no processo político".[14]

Se o processo eleitoral não se mostra igualitário, o consentimento não existe ou é viciado. Os representantes eleitos não são legitimados a atuar em

[14] SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 48.

LivroPopulos.indb 17 23/10/2015 09:53:06

favor da população. A representação política indireta, própria da democracia representativa, constrói-se a partir da escolha popular de quem tomará as decisões políticas, sociais e morais fundamentais. Se o procedimento de escolha revela-se corrompido, a representação democrática torna-se uma ilusão. Este é um risco real que sofre a democracia brasileira, em razão da forte influência do poder econômico sobre os resultados das eleições, e o qual, com a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650/DF, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil buscou combater.

4 A NEFASTA INFLUÊNCIA DO DINHEIRO NAS ELEIÇÕES EM PREJUÍZO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

A democracia precisa de normas que impeçam os processos eleitorais de serem subvertidos pela influência do poder econômico. Em artigo da Revista de Direitos Humanos da Universidade de Harvard, volume 26, publicada no ano de 2013, o professor da Universidade da Georgia, Timothy Kuhner,[15] relata que o financiamento privado por empresas em favor de campanhas eleitorais e de partidos políticos tende a corromper as democracias em razão de quatro fatores inter-relacionados:

> (1º) O poder financeiro é distribuído desigualmente em todas as democracias; e como o poder econômico traduz-se em poder político, a igualdade política torna-se cada vez menor.
> (2º) Os doadores de campanhas veem o financiamento como um meio de obter acesso *a* e influência *sobre* os candidatos, agentes e partidos políticos, vindo o "dinheiro" a pautar todo o debate eleitoral.
> (3º) Os interesses dos financiadores ultrapassam o processo eleitoral e alcançam o processo legislativo, de modo que a formulação das leis responderá a esses interesses em detrimento da sociedade como um todo.
> (4º) As atividades de financiamento privado eleitoral, de maneira geral, são controladas em grau insuficiente pelo poder público, incluído o Judiciário.

Os resultados da conjunção desses fatores, prossegue o autor, são inquietantes: o poder financeiro acaba promovendo influências indevidas sobre as decisões políticas do país, os cidadãos médios não são levados em consideração – digo, são invisíveis – e o esforço de espírito público em obter o bem comum revela-se, na realidade, uma competição entre grupos de interesses que buscam maximizar ganhos. O sistema político mostra-se

[15] KUHNER, Timothy. The Democracy to wich we are entitled: human rights and the prloblem of money in politcs. Havard Human Rights Journal, v. 26, n. 1, 2013. Disponível em: <havardhrj.com/archive>. Acesso em: 27 jul. 2015.

LivroPopulos.indb 18 23/10/2015 09:53:06

carente de transparência, dependente do dinheiro privado, vazio de ideologia partidária e marcado por um processo eleitoral injusto e corrompido. O dinheiro faz as vezes do eleitor.

O autor norte-americano não mencionou qualquer sistema específico, ressaltando serem elementos comuns a toda democracia em que verificada ausência de regulação dos financiamentos eleitorais ou mesmo quando presente regulação fraca, de baixa qualidade prática. Presentes esses fatores e consequências, não merecerá o modelo natureza de direito fundamental efetivado. Sistema político que não possibilita que o cidadão comum e a sociedade civil influenciem as decisões legislativas, derrotados que são pela força das elites econômicas, não pode ser considerado democrático em sentido pleno. A competição eleitoral desigual macula todo o processo político, desde a base de formação das alianças partidárias até o resultado das deliberações legislativas.

Pois bem. Qual é a relação desse sistema descrito e criticado pelo professor da Georgia com o atualmente em vigor no Brasil? Nosso sistema sofre de idênticas imperfeições e possui os mesmos resultados perturbantes? Pode-se defender que temos um modelo igualitário de eleições como componente essencial de nossa sociedade democrática? Ou nossas práticas permitem que a riqueza de poucos seja obstáculo à participação política de muitos?

Em dezembro de 2013, a revista francesa Le Monde, edição brasileira de número 77, trouxe como título de capa "A Democracia que temos", contendo 5 artigos que apontam fragilidades e imperfeições de nosso regime político-democrático. No artigo "A representação política no Brasil e o despotismo indireto", o professor de Teoria Política da Universidade de São Paulo, Cicero Araújo,[16] aborda dificuldades concernentes à representação democrática no Brasil contemporâneo.

O autor relata conduta contraditória dos detentores de cargos públicos e das altas burocracias do Estado que, embora venham manifestando o desejo de "ouvir as ruas", permanecem incapazes de dar respostas firmes e concretas à cidadania reivindicatória, inclusive quanto à tão prometida e esperada Reforma Política. Há ponto fundamental: a inaptidão dos representantes políticos de viabilizar que as grandes pretensões da cidadania façam parte dos conflitos encenados na arena institucional, fomentando a alienação da sociedade relativamente à vida pública e o distanciamento, cada vez maior, entre representante e representado.

Sem comprometer-se com afirmações peremptórias, o professor enxerga o risco de nosso regime democrático ter chegado a um estágio em que, embora assegurados direitos e liberdades, a representação política revela-se impedida de ser exercida no interesse dos representados, ficando, ao con-

[16] ARAÚJO, Cicero. A representação política no Brasil e o despotismo indireto. *Le Monde Diplomatique Brasil,* ano 7, n. 77, dez. 2013. Disponível em: <www.dimoplatique.org.br>. Acesso em: 21 jul. 2015.

LivroPopulos.indb 19 23/10/2015 09:53:06

trário, voltada exclusivamente aos interesses dos próprios representantes. Chamando esse vício de "despotismo indireto", consignou:

> No fundo, é o fracasso da ideia mesma de representação, que só teria como funcionar em nível adequado se gerasse, nas palavras certeiras de Nadia Urbinati, um "processo contínuo de circulação" entre sociedade e Estado, durante e entre os embates eleitorais.

O professor da Universidade de São Paulo pode não ter sido peremptório, mas o serei: o Brasil vive profunda crise de representatividade política marcada pelo distanciamento entre as pretensões e os anseios sociais e as ações concretas dos mandatários políticos. Os representantes fazem prevalecer, além de interesses próprios, os propósitos nada republicanos daqueles que financiaram as campanhas eleitorais que os levaram aos cargos. A causa principal desse descolamento está na forma de conduzir o processo de escolha dos representantes no Brasil. O valor da igualdade política é substituído, desde o primeiro momento, pela riqueza das grandes empresas doadoras que controlam o processo eletivo. Não vivemos uma democracia autêntica, mas uma plutocracia – um sistema político no qual o poder é exercido pelo grupo mais rico, implicando a exclusão dos menos favorecidos.

Segundo dados oficiais do Tribunal Superior Eleitoral, nas eleições de 2010, um deputado federal gastou, em média, R$ 1,1 milhão, um senador, R$ 4,5 milhões, e um governador, R$ 23,1 milhões. A campanha presidencial custou mais de R$ 336 milhões. Nas eleições municipais de 2012, segundo recente contabilização do Tribunal, teriam sido gastos incríveis 6 bilhões de reais. Apontou-se que os maiores financiadores são empresas que possuem contratos com órgãos públicos. O setor líder é o da construção civil, tendo contribuído com R$ 638,5 milhões, seguido da indústria de transformação, com R$ 329,8 milhões, e do comércio, com R$ 311,7 milhões. Os dados demonstram a relevância maior e o papel decisivo do poder econômico para os resultados das eleições.

A investigação das fontes financiadoras das campanhas no Brasil dá conta de quanto "os interesses econômicos das elites influenciam as eleições e o processo das políticas públicas", consoante afirmou o cientista político David Samuels, da Universidade de Minnesota, Estados Unidos. Segundo o aludido professor, as empresas doadoras "tendem a vir de setores econômicos particularmente vulneráveis à intervenção ou regulação governamental", revelando-se interessante o fato de "candidatos para diferentes cargos receberem quantias relativamente diferentes dos distintos setores empresariais".

Exemplifica o autor: os candidatos a Presidente da República obtêm relativamente mais doações dos setores financeiros e da indústria pesada, isso porque o Chefe do Poder Executivo federal tem responsabilidade direta sobre questões de política macroeconômica como juros, tarifas e taxas de câmbio. Na disputa pelo cargo de Governador, o maior financiador é o setor

LivroPopulos.indb 20 23/10/2015 09:53:06

da construção civil, em razão de o ganho de empreiteiras aumentar quando se tem como aliados agentes políticos responsáveis pelas decisões sobre os grandes projetos de obras públicas.[17]

Não se pode acreditar, sob pena de ingenuidade indisfarçável, que a distinção no financiamento está atrelada a questões ideológicas. A análise empírica das doações aos partidos reforça o argumento. Nas eleições de 1994 e de 1998, os considerados "partidos de direita", titulares do poder federal à época, receberam três vezes mais doações em comparação aos partidos reputados "de esquerda", como o Partido dos Trabalhadores – PT. Nas eleições de 2012, verificou-se certo equilíbrio no financiamento das campanhas, tendo sido o Partido dos Trabalhadores – PT, com pequena diferença em relação ao Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB e ao Partido da Social Democracia do Brasil – PSDB, a agremiação mais beneficiada com as doações. Evidencia-se, portanto, que o financiamento favorece os partidos maiores e detentores dos cargos eletivos.

Há mais. De acordo, novamente, com David Samuels, o número de empresas doadoras é pequeno, considerado o universo empresarial brasileiro. Todavia, essa parcela menor de empresas doa muito dinheiro, o que implica a influência política por uma estrutura socioeconômica hierarquizada, cujos membros trocam "dinheiro" por futuros "serviços governamentais".

Ante o quadro, é forçoso concluir que os fatores e os resultados aventados pelo professor Timothy Kuhner, quanto ao financiamento privado das campanhas eleitorais, estão presentes no Brasil e implicam a fragilidade de nossa democracia representativa. Como denunciam o professor Daniel Sarmento e Aline Osório,[18] em artigo inédito acerca do tema da aludida ação direta, a aplicação das regras eleitorais impugnadas:

> [...] tem comprometido a igualdade política entre cidadãos, possibilitando que os mais ricos exerçam influência desproporcional sobre a esfera pública. Além disso, ela prejudica a paridade de armas entre candidatos e partidos, que é essencial para o funcionamento da democracia. Não bastasse, o modelo legal vigente alimenta a promiscuidade entre agentes econômicos e a política, contribuindo para a captura dos representantes do povo por interesses econômicos dos seus financiadores, e disseminando com isso a corrupção e o patrimonialismo, em detrimento dos valores republicanos.

[17] SAMUELS, David. Financiamento de campanha e eleições no Brasil. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHE, Fábio (Org.) *Reforma Política e Cidadania.* São Paulo: Instituto da Cidadania, 2003. p. 374.

[18] SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. *O modelo brasileiro de financiamento de campanhas eleitorais* 2013. Disponível em: <www.oab.org.br/noticias/pesquisa?pagina=1>. Acesso em: 27 jul. 2015.

LivroPopulos.indb 21 23/10/2015 09:53:06

Os autores destacam prática das mais nocivas à integridade do regime democrático ao ressaltarem que, "no Brasil, os principais doadores de campanha contribuem para partidos e candidatos rivais, que não guardam nenhuma identidade programática ou ideológica entre si", de forma que as doações não constituem "instrumento para expressão de posições ideológicas ou políticas, mas se voltam antes à obtenção de vantagens futuras ou à neutralização de possíveis perseguições". Há casos em que, nas eleições direcionadas ao Executivo, as empresas investem recursos em favor de todos os candidatos que possuem chances de vitória segundo pesquisas de intenção de votos. Com isso, a elite econômica brasileira, por meio de ações puramente pragmáticas, modela as decisões de governo e as políticas públicas prioritárias, além de contribuir para a debilidade ideológica de nosso sistema partidário.

5 CONCLUSÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS PELAS PESSOAS JURÍDICAS NO BRASIL

Revelada a influência do poder econômico no processo político, resta evidenciado que a disciplina jurídica atual do financiamento eleitoral transgride princípios fundamentais da ordem constitucional: os da democracia, da igualdade, da República e da proporcionalidade – artigos 1º, cabeça e parágrafo único, 3º, incisos I e IV, e 5º, cabeça, da Carta de 1988. Ofende os mencionados princípios constitucionais a disciplina legal a autorizar o financiamento eleitoral e de partidos políticos por pessoas jurídicas privadas. A participação política no Brasil, considerado o estágio atual de desigualdade de forças socioeconômicas, apenas pode ser elevada, do ponto de vista tanto quantitativo como qualitativo, se for limitada acentuadamente a participação daqueles que buscam cooptar o processo eleitoral por meio do "dinheiro".

A comunidade jurídica nacional não pode acreditar no patrocínio desinteressado das pessoas jurídicas. Ao contrário, deve evitar que a riqueza tenha o controle do processo eleitoral em detrimento dos valores constitucionais compartilhados pela sociedade. A pretensão formulada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650/DF mostra-se, a mais não poder, passo largo e indispensável para colocar um fim no monopólio financeiro das empresas e grandes corporações sobre as eleições e alcançar a equidade do processo eleitoral exigida pela Constituição de 1988.

Concluindo, estamos vivenciando momento histórico. O financiamento privado das campanhas eleitorais e dos partidos políticos é problema de grande amplitude e não tem permitido que a democracia firme-se, no Brasil, como direito fundamental plenamente conquistado. Pode ser direito de todos se tantos estão alijados do processo político? Como falar em soberania popular e autogoverno se impera uma representatividade política tão frágil?

LivroPopulos.indb 22 23/10/2015 09:53:06

Consoante afirmou o professor Timothy Kuhner, se a democracia é um direito fundamental, então, a plutocracia, que vigora no sistema político-eleitoral brasileiro, é a violação desse direito fundamental, sendo o afastamento de transgressões dessa natureza a missão mais dignificante do Supremo como instituição republicana e democrática. O Tribunal não tem alternativa senão a de declarar a inconstitucionalidade da prática vigente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Cicero. A representação política no Brasil e o despotismo indireto. *Le Monde Diplomatique Brasil,* ano 7, n. 77, dez. 2013. Disponível em: <www.dimoplatique.org.br>. Acesso em: 21 jul. 2015 .

DEMOCRACY Index 2014: a report from the Economist Intelligence Unit. Disponível em: <www.eiu.com>. Acesso em: 27 jul. 2015.

DAHL, Robert. *On Democracy.* New Haven: Yale University Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez.* 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.

KUHNER, Timothy. The Democracy to wich we are entitled: human rights and the prloblem of money in politcs. *Havard Human Rights Journal*, v. 26, n. 1, 2013. Disponível em: <havardhrj.com/archive>. Acesso em: 27 jul. 2015.

SAMUELS, David. Financiamento de campanha e eleições no Brasil. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHE, Fábio (Org.) *Reforma Política e Cidadania.* São Paulo: Instituto da Cidadania, 2003.

SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. *O modelo brasileiro de financiamento de campanhas eleitorais* 2013. Disponível em: <www.oab.org.br/noticias/pesquisa?pagina=1>. Acesso em: 27 jul. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular:* estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. *In:* BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TILLY, Charles. *Democracy.* New York: Cambridge University Press, 2007.

WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation.* New York: Cambridge University Press, 1999.

LivroPopulos.indb 23 23/10/2015 09:53:06

WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies,* v. 13, n. 1, 1993.

_____. Judicial Review and the Conditions of Democracy. *The Journal of Political Philosophy,* v. 6, n. 4, 1998.

_____. Introduction: disagreements on Justice and Rights. *New York University Journal of Legislation and Public Policy, v.* 6, n. 1, 2002.

CONSIDERAÇÕES GERAIS DAS AÇÕES DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA

Augusto Aras[1]

RESUMO

Este artigo apresenta as considerações gerais das ações da fidelidade partidária, abordando a legislação de regência da denominada ação de decretação de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, conceito e sua natureza jurídica; jurisdição, competência e seus antecedentes históricos; sistema, processo e fases do processo eleitoral, findando com a apreciação das competências fixadas pela Resolução TSE 22.610/2007 à luz dos julgados nos Mandados de Segurança n. 26.602, 26.603 e 26.604/DF, especialmente após o recente julgado do STF na ADI 5081/DF que excluiu a aplicação do princípio da *fidelidade partidária* das eleições submetidas ao sistema eleitoral majoritário.

Palavras-chave: Constitucional. Eleitoral. Fidelidade Partidária. Sistemas Proporcional e Majoritário. Aplicabilidade. Ação de Decretação de Perda do Mandato Eletivo por ato de Infidelidade Partidária. Jurisdição. Competência.

ABSTRACT

This article presents the general considerations of the shares of party loyalty by addressing the current law the so-called declaration of action elective office loss by party loyalty concept and its legal status; jurisdiction, competence and its historical background; system, process and stages of the process, ending with the assessment of competence established by Resolution TSE 22.610/2007 in the light of the judgments in safetys warrents 26.602, 26.603 and 26.604/DF, especially after the recent decision of the Supreme Court in ADI 508/DF which excluded the application of the principle of party loyalty election submitted to the majority electoral system.

Keywords: Constitutional. Electoral. Party loyalty. Proportional and Majority System. Applicability. Loss of mandate for faithlessness. Jurisdiction. Competence.

[1] Doutor em Direito Constitucional, Professor da UNB e Subprocurador-Geral da República.

LivroPopulos.indb 25 23/10/2015 09:53:06

1 A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar os mandados de segurança n. 26.602-DF, 26.603-DF e 26.604-DF, nas sessões dos dias 03 e 04 de outubro de 2007, recomendou ao Tribunal Superior Eleitoral que, com amparo no poder normativo que lhe conferem o art. 23, XVIII do Código Eleitoral[2] e o art. 61, da Lei n. 9.096/95 (LPP),[3] disciplinasse o processo de perda de mandato eletivo, bem assim de justificação de desfiliação partidária, para atribuir efetividade à norma do art. 17, § 1º, da Constituição,[4] o que ocorreu por meio da Resolução n. 22.610, de 25 de outubro de 2007.

Àquele que exerce mandato político cumpre o dever de fidelidade se a sua atuação estiver condizente com as normas estatutárias, as diretrizes e o ideário programático do partido, fortalecendo a ideia de democracia representativa e, em *ultima ratio*, de alinhamento dos eleitos à vontade popular manifestada através do sufrágio.

O princípio da fidelidade partidária funciona no partido político em uma relação dialética entre os direitos e os deveres dos filiados exercidos coerentemente com a ideologia que os orientam a partir de uma doutrina divulgada na sua atividade permanente e, em especial, ao eleitor com vista às eleições.

José Cretella Júnior afirma que a fidelidade detém cunho ético, uma vez que a ideia de devoção voluntária remonta ao íntimo do próprio filiado. Ao citar Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o publicista preleciona ser o instituto da fidelidade partidária *a consagração consciente, completa e prática do membro do partido, levando-o a agir de tal modo que a entidade consiga atingir os fins políticos, a que se propõe, do melhor modo possível.*[5]

Diante das inúmeras e imotivadas trocas de legenda ao longo de sucessivos quatriênios, o instituto da fidelidade partidária vem sendo considerado instrumento idôneo para salvaguardar a autenticidade do sistema representativo e do regime democrático.

A decretação da perda de mandato eletivo por infidelidade partidária ou, inversamente, a declaração de justa causa para o desligamento, tem a precípua finalidade de preservar o ambiente de poder constituído por ocasião do sufrágio universal, por meio do voto, considerando a opção do eleitor no que se refere ao ideário apresentado pela agremiação política.

---

[2] Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:
[…] XVIII – tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral.

[3] Art. 61. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para a fiel execução desta Lei.

[4] 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.

[5] CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*: art. 5º LXVIII ao art. 17. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 2, p. 1129-1130.

LivroPopulos.indb 26 23/10/2015 09:53:06

A fidelidade partidária é mais que preceito ético na política. No âmbito constitucional engendra relevante princípio dotado de força normativa e efetividade a ser observado na ordem jurídica. Na esfera sócio-política configura instituição que imuniza a sociedade contra as ditaduras pela despersonalização do poder, sendo concebida como mecanismo de frenagem e, por conseguinte, de proteção do regime democrático.

É pelo alinhamento do eleito e do eleitor à ideologia, aos programas e aos compromissos políticos da agremiação que são constituídos e preservados o vínculo psicológico (*affectio societatis*) entre eles, mantendo a legitimidade material do grupo unido em torno de ideal comum imprescindível para a formação do consenso social, através das manifestações da majoritária vontade popular, com respeito, outrossim, às correntes minoritárias de distintas correntes de opinião.

Assim, no julgamento do Mandado de Segurança n. 26.603/DF (*leading case*), apreciado simultaneamente com os *writs* de n. 26.602/DF e 26.604/DF, o Supremo Tribunal Federal acolheu as duas teses sustentadas pelo autor, para as eleições proporcionais, na obra *Fidelidade Partidária: A Perda do Mandato Parlamentar* (Lumen Juris, 2006).

A primeira, forte na Ciência Política, consistiu na defesa da necessidade de mudança do paradigma bicentenário francês do *Mandato Representativo* e na adoção, no Brasil, do modelo ali proposto, denominado de *Mandato Representativo Partidário;* a outra, de Direito Constitucional Eleitoral, pertinente ao acolhimento, como consequência (migração) e também como sanção (expulsão), da perda do mandato parlamentar por ato de infidelidade partidária.

Ou seja, para que o País pudesse acolher a *fidelidade partidária* seria preciso mudar o paradigma francês do Mandato Representativo, segundo o qual, o eleito era totalmente livre, inclusive para negociar o exercício do mandato que lhe fora outorgado pelo povo, dando origem aos escândalos do troca-troca partidário.

Em seguida, mediante a hermenêutica constitucional, o STF procedeu à adequação da realidade constitucional à Constituição jurídica de 1988, estendendo-se aos chefes do Executivo e senadores, eleitos pelo sistema majoritário, a aplicação do princípio da *fidelidade partidária* acolhida para os eleitos pelo sistema proporcional.

Malgrado a Resolução TSE n. 22.610/2007 tenha sido impugnada nas ADI's n. 3.999-DF e 4.086-DF, o Supremo Tribunal Federal declarou sua constitucionalidade para assegurar a observância do princípio da fidelidade partidária e os instrumentos processuais que a dotam de efetividade, em caráter transitório, até ulterior regulação da matéria por lei específica a ser editada pelo Congresso Nacional, em cumprimento às decisões do STF nos Mandados de Segurança n. 26.602-DF, 26.603-DF e 26.604-DF.

LivroPopulos.indb 27 23/10/2015 09:53:06

Ainda que não conste expressamente no bojo da Lei Maior a consequência da perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, o STF se valeu da hermenêutica constitucional para inferi-la como decorrência lógica do sistema, atribuindo a máxima efetividade ou eficiência às normas constitucionais dos arts. 14, § 3º, V e 17, § 1º da CF, sem embargo de haver previsão escrita da pena de expulsão com a perda do mandato eletivo, em caso de infração ético-disciplinar, em estatutos partidários registrados no TSE.

A fidelidade partidária foi erigida ao nível de princípio de regência no que tange à relação entre o filiado, a agremiação e o eleito, até porque *a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda*,[6] sendo de aplicabilidade imediata por envolver direitos fundamentais.[7]

A Procuradoria Geral da República, em dezembro de 2013, ajuizou a ADI n. 5081, questionando a constitucionalidade dos arts. 10 e 13 da Resolução TSE n. 22.610/2007, na parte em que dispõem sobre a aplicabilidade da fidelidade partidária às eleições "*sob o sistema majoritário efetivamente arquitetado pelo constituinte, ... válido para os eleitos pelo sistema proporcional*".

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADI n. 5081, declarando a inconstitucionalidade da aplicação do instituto da Fidelidade Partidária às eleições majoritárias, cujo sistema é acolhido no Brasil para as eleições dos chefes do Poder Executivo e para os senadores. Eis a ementa do julgado:

> 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 nº 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 nº 26.602, nº 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

[6] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10.

[7] ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

LivroPopulos.indb 28 23/10/2015 09:53:06

> 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, par. ún. e art. 14, *caput*).
> 4. Procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade.

Desde então, o princípio da *fidelidade partidária* tem aplicação restrita às eleições pelo sistema proporcional (deputados federais, deputados estaduais e distritais e vereadores), restando a possibilidade do Congresso Nacional acolher o Projeto de Emenda Constitucional já aprovado em primeiro turno na Câmara Federal, abrangendo tanto o sistema proporcional quanto o sistema majoritário.

A ausência de previsão constitucional no art. 55 da perda do mandato eletivo resultante de ato de infidelidade partidária não impressionou o autor – nem aos então integrantes do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto dos Mandados de Segurança n. 26.602, 26.603 e 26.604, todos do Distrito Federal[8] – consoante se colhe no Capítulo VI da obra intitulada *Fidelidade Partidária, A Perda do Mandato Parlamentar* (Lumen Juris, 2006, p. 315 a 322), no item *Da Inaplicabilidade do art. 55/CF à Fidelidade Partidária* e no subitem *Distinção entre Atividade Parlamentar e Atividade Partidária*.

2 AÇÃO DE DECRETAÇÃO DE PERDA DE MANDATO ELETIVO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA

2.1 CONCEITO E NATUREZA DA AÇÃO

A ação é um direito constitucionalmente assegurado a todos para exigir do Estado a tutela jurisdicional de natureza subjetiva, pública, abstrata e genérica, consistindo em garantia fundamental porque *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.[9]

[8] ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária*: a perda do mandato parlamentar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. cap. 6, p. 315-322.

[9] Art. 5º, XXXV, da CF.

LivroPopulos.indb 29 23/10/2015 09:53:06

A ação de decretação de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária é o *nomem juris*[10] por meio do qual a praxe designa o instrumento processual adequado para o legitimado reivindicar judicialmente o mandato eletivo do infiel ao partido de origem e ao seu ideário programático.

A natureza jurídica da ação é constitutiva negativa, pois a prestação jurisdicional que acolhe o pedido desconstitui a relação jurídica até então existente entre o exercente do mandato, a agremiação pela qual foi eleito e o Estado (Legislativo e Executivo), cujo efeito natural ou secundário é o afastamento para que o suplente passe a exercer o mandato ou ocupe o cargo eletivo.

Alexandre Assunção e Silva alerta para o efeito secundário da sentença quando o Tribunal Eleitoral determina ao Poder Legislativo que empossе o vice ou o suplente, por ser o partido o titular do mandato e que a representação popular deve ser resguardada, conforme o *entendimento do STF de que a desfiliação sem justa causa é uma condição resolutiva do mandato.*[11]

2.2 JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

A lição clássica de Carnelluti[12] conceitua a jurisdição como "*uma função de busca da justa composição da lide*" com o viés de função estatal para solução processual dos conflitos que lhe são postos à apreciação, dando a cada cidadão o que é seu segundo o seu direito objeto. É curial que esta definição se dirija ao processo contencioso.

A jurisdição é o poder conferido ao Estado, como ente soberano, para aplicar o direito objetivo como solução aos conflitos sociais e, dessa forma, limitar a autotutela por parte do jurisdicionado, resguardando a ordem e a

[10] A teoria processual da substanciação, prevista no art. 282, III, do CPC, identifica a natureza da ação a partir dos seus elementos, quais sejam: as partes, a causa de pedir e o pedido, independentemente do *nomem juris* que se lhe atribua. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero doutrinam que "*o direito brasileiro positivou a teoria da substanciação da causa de pedir, para a qual interessa a descrição do contexto fático em que se encontram envolvidas*". (*In* Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 297). O Superior Tribunal de Justiça assim decidiu: "*PROCESSUAL CIVIL. CAUSA DE PEDIR. CONTEÚDO. LIMITES. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS NARRADOS NA PETIÇÃO INICIAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA.*

- O processo civil brasileiro é regido pela teoria da substanciação, de modo que a causa de pedir constitui-se não pela relação jurídica afirmada pelo autor, mas pelo fato ou complexo de fatos que fundamentam a pretensão que se entende por resistida. A alteração desses fatos representa, portanto, mudança na própria ação proposta.

- O juiz pode decidir a causa baseando-se em outro dispositivo legal que não o invocado pela parte, mas não lhe é dado escolher, dos fatos provados, qual deve ser o fundamento de sua decisão, se o fato eleito for diferente daquele alegado pela parte, como fundamento de sua pretensão.

- Inexiste julgamento extra petita quando se empresta qualificação jurídica diversa aos fatos narrados pelo requerente. Precedentes.

Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte desprovido".

(STJ, REsp 1043163/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01.06.2010, DJe 28 jun. 2010).

[11] SILVA, Alexandre Assunção e. *Infidelidade Partidária*: direito material e processo. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 107.

[12] *Apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 66.

LivroPopulos.indb 30 23/10/2015 09:53:06

pessoa humana, inclusive pelo seu caráter de imodificabilidade por qualquer outro poder constitucional, desde que tenha se operado a coisa julgada.[13]

Ada Pellegrini Grinover[14] conceitua jurisdição como *poder, função e atividade*:

> Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).

Já a competência é o limite da jurisdição segundo os critérios estabelecidos pela própria lei, vale dizer, trata-se de *repartição da jurisdição entre os diversos órgãos encarregados da prestação jurisdicional,* em evidente coerência com o *imperativo da divisão de trabalho*, até mesmo porque *a jurisdição é o poder de julgar* in genere *ao passo que a competência é a aptidão para julgar in concreto.*[15]

2.2.1 Antecedentes Históricos

No momento em que os partidos políticos constituem o elo entre a sociedade e o Estado, cuja ideologia e compromissos políticos são defendidos por uma agremiação e de conhecimento prévio da comunidade, afigura-se que, na eleição, mais que eleger as pessoas que irão governar, o eleitorado define como deve ser conduzido o governo e quais as políticas públicas a serem implementadas na sua comunidade,[16] influenciando o próprio destino, tudo no contexto do princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

---

[13] *O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto. A supremacia dessa solução revelou-se pelo fato incontestável de a mesma provir da autoridade estatal, cuja palavra, além de coativa, torna-se a última manifestação do Estado soberano acerca da contenda, de tal sorte que os jurisdicionados devem-na respeito absoluto, porque haurida de um trabalho de reconstituição dos antecedentes do litígio, com a participação dos interessados, cercados, isonomicamente, das mais comezinhas garantias. Essa função denomina-se jurisdicional e tem o caráter tutelar da ordem e da pessoa, distinguindo-se das demais soluções do Estado pela sua imodificabilidade por qualquer outro poder, em face de adquirir o que se denomina em sede anglo-saxônica "final enforcing power", consubstanciado na "coisa julgada"*. (FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil: processo de conhecimento. vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 53-54).

[14] GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 147.

[15] FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil:* processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 104.

[16] Art. 11, § 1º, inciso IX da Lei n. 9.504/1997.

LivroPopulos.indb 31 23/10/2015 09:53:06

Sob a égide da Carta de 67, com a Emenda Constitucional n. 1/1969, foi editada a Lei n. 5.682/1971, definindo a estrutura, organização e funcionamento dos partidos políticos, aos quais foi atribuída a natureza de pessoa jurídica de direito público interno. Por isso foi aquele diploma legal denominado de Lei Orgânica dos Partidos Políticos (LOPP).

Tratava-se de uma legislação partidária imposta pelo governo militar na qual os atos partidários eram considerados atos de autoridade passíveis de impugnação pela via do mandado de segurança, competindo sua apreciação e julgamento à Justiça Eleitoral.

Não se cogitava, então, da competência da Justiça comum estadual para adentrar a seara dos atos partidários, tendo em vista que, na democracia representativa brasileira, o sistema partidário tem integrado o sistema eleitoral. Cabia à Justiça federal especial eleitoral dirimir os conflitos partidários.

Àquela época, os partidos políticos tinham a natureza jurídica de direito público interno, estando disciplinados pela Lei *Orgânica* dos Partidos Políticos[17] imposta pelo Estado, e sua constituição, organização e funcionamento se faziam na forma da Lei, daí por que a nomenclatura Lei Orgânica, como ocorre com as Leis Orgânicas da Magistratura (LC 35/79) e do Ministério Público da União (LC 75/93).

No período do governo militar, toda a atividade partidária tinha registro nos tribunais regionais eleitorais (diretórios municipais, regionais, distrital), exceto o diretório nacional que, na condição de órgão de cúpula se relacionava com o outro órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Tribunal Superior Eleitoral.

Eram equiparados os dirigentes das agremiações às autoridades públicas aptas à prática de atos de autoridade passíveis de impugnação pela via do mandado de segurança e seus incidentes.

Para obstar a submissão dos partidos políticos aos governos é que o constituinte de 1988 assegurou a natureza jurídica de direito privado às agremiações políticas e os princípios da liberdade e autonomia partidárias, consoante previstos nas normas do art. 17, *caput* e § 1º, integrantes do Capítulo V – Dos Partidos Políticos e do Título II, que versam Direitos e Garantias Fundamentais.

Neste aspecto, em sede de controle qualitativo externo, reservou-se ao TSE a competência para verificar terem sido resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, observados o caráter nacional, a proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes, prestação de contas à justiça eleitoral e funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

Compete ao TSE, satisfeitos estes requisitos, proceder aos registros dos estatutos partidários que conferem capacidade eleitoral à agremiação,

[17] Lei n. 5.682/1971 e sucessivas alterações.

LivroPopulos.indb 32 23/10/2015 09:53:06

habilitando-a a participar de certame eleitoral, receber verbas do fundo partidário, participar das propagandas partidária e eleitoral gratuitas no rádio e na televisão e ter a exclusividade da sua denominação, sigla e símbolos,[18] bem assim arquivar os atos partidários pertinentes ao diretório nacional.

Em sede de controle qualitativo interno, outorgou-se autonomia constitucional às agremiações para definirem sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo conter normas de disciplina e fidelidade partidárias.[19]

Com isso, os partidos políticos deixaram de *registrar* os atos nos tribunais eleitorais que passaram simplesmente a *arquivar* os documentos relevantes à representação legal das agremiações e demais que interessam ao processo eleitoral no âmbito da sua competência originária.

Quanto às mesas diretoras e comissões executivas provisórias municipais, estas passaram a se relacionar com os juízos eleitorais, referentemente à remessa periódica das listas de filiação na segunda semana dos meses de abril e outubro,[20] bem assim no que toca aos atos partidários qualificados por dizerem respeito às eleições municipais.

Promulgada a Carta de 88, cuidou a Assembleia Nacional Constituinte de constitucionalizar os partidos políticos,[21] libertando-os (princípio da liberdade partidária) do jugo do Estado, no que toca à sua criação, fusão, incorporação e extinção, conferindo-lhes, ainda, a natureza de pessoa jurídica de direito privado, com similar constituição mediante registro na respectiva serventia extrajudicial.[22]

Estão positivados, em sede constitucional, os princípios da liberdade e autonomia partidárias e, por isso, não admitem restrição infraconstitucional de espécie alguma, necessárias à efetividade dos princípios democrático, republicano, federativo e, em última análise, do próprio exercício dos direitos fundamentais que deles resultam, bem como as respectivas garantias.

Após 5 (cinco) de outubro de 1988 muito se discutiu acerca da competência da Justiça Eleitoral para apreciar e decidir eventuais conflitos partidários, à consideração de que os partidos passaram a ser pessoas jurídicas de direito privado e, como tal, a competência deveria ser da Justiça comum estadual.

Isto tem contribuído para a controvérsia ainda existente acerca das competências da Justiça comum estadual e da Justiça federal especializada eleitoral: uma, para os atos partidários simples; as outras, para os denominados atos partidários qualificados e propriamente eleitorais, respectivamente, por influenciarem o processo eleitoral ou dele diretamente fazerem parte.

[18] Lei n. 9.906/95, arts. 1º a 7º.

[19] Art. 17, § 1º, da CF.

[20] Art. 4º da Resolução TSE n. 23.117, de 20 de agosto de 2009.

[21] O Brasil é um Estado parcial de partidos.

[22] Art. 17, *caput*, da CF.

LivroPopulos.indb 33 23/10/2015 09:53:06

A nova natureza jurídica dos partidos políticos e toda a perplexidade decorrente das inovações implicaram na alteração do § 1º do art. 1º da então vigente Lei do Mandado de Segurança (1.533/1951) que foi revogada pela Lei n. 9.259/1996, para suprimir a expressa previsão de cabimento do *writ* aos atos atribuídos aos órgãos partidários.

A compreensão da nova ordem jurídica impôs a formação de uma jurisprudência construtiva para extrair da capacidade eleitoral conferida pelo TSE aos partidos políticos o reconhecimento da sua natureza pública, embora constituída como pessoa jurídica de direito privado.

Sob a nova ordem constitucional, a partir das eleições de 1992, os atos partidários que interessem ao processo eleitoral passaram a ser conhecidos e decididos pela Justiça Eleitoral e a nova Lei do Mandado de Segurança (12.016/2009) admitiu expressamente o cabimento do *writ* tanto individual quanto coletivo impetrados pela agremiação.

Admite a Lei do Mandado de Segurança que os atos dos dirigentes partidários possam ser impugnados pela via mandamental e é reconhecida a legitimidade passiva dos partidos para formular pedido de suspensão de segurança.

Embora a atividade partidária deva ser permanente, na prática, sua atuação vem sendo relegada para ter início em abril do ano das eleições, às vésperas do período eleitoral iniciado no dia 12 de junho[23] e findo 15 dias depois da diplomação dos eleitos. Assim, dá-se a falsa impressão de que a atividade partidária seria irrelevante para o funcionamento da democracia representativa e para o processo eleitoral.

2.2.2 Do Sistema e do Processo Eleitorais

O processo eleitoral é corolário do sistema eleitoral adotado pelo Estado e compreende um conjunto de técnicas que se presta a organizar o eleitorado e designar a forma como serão eleitos os representantes dos cidadãos, o modo com que os votos se materializarão em mandatos eletivos, através do sufrágio universal, e como matéria afeta aos direitos políticos positivos.

É a identificação da prática de atos partidários simples, qualificados e propriamente eleitorais que definirá a competência da Justiça Eleitoral. A jurisprudência dominante se mantém no sentido de que, depois de proclamados e empossados os eleitos, atos e fatos do mandato somente atraem a competência eleitoral se envolver a prática de ato de infidelidade partidária.

Contudo, o autor deste estudo ressalva seu entendimento de ser da competência da Justiça Eleitoral todos os atos partidários, simples e qualificados, salvo os de natureza *interna corporis*, conforme será adiante abordado.

O imbricamento entre sistemas eleitoral e partidário está em que o primeiro se relaciona com a estrutura partidária e, o segundo, à organização

[23] Alterado pela Lei n. 12.891/2013.

LivroPopulos.indb 34 23/10/2015 09:53:06

e ao funcionamento da democracia representativa brasileira que se realiza necessariamente pela via dos partidos.

Ao comentar a Carta portuguesa, Canotilho apresenta o sistema eleitoral como reserva da Constituição, posto não ter o legislador a liberdade de conformação, por integrar os princípios fundamentais. A isso, pode-se acrescentar que a Constituição brasileira de 1988, no seu Título II, também compreende os sistemas eleitoral, majoritário e proporcional, e o partidário, este orientado pelo pluripartidarismo ínsito ao pluralismo político elevado a objetivo da República Federativa do Brasil, envoltos no conjunto de valores que permeiam os direitos e garantias fundamentais.[24]

2.2.3 Da Competência da Justiça Eleitoral

A competência da Justiça Eleitoral se estabelece a partir do conceito de processo eleitoral que envolve, tradicionalmente, todos os atos que compõem os sistemas eleitoral e partidário.

É relevante registrar a evolução da doutrina especializada a respeito da formação do conceito de processo eleitoral e que suscitou discussão, mitigada entre a promulgação da Carta de 1988 e a adoção da fidelidade partidária, acerca da existência de um Direito Partidário dotado de autonomia didática e científica, apartado do Direito Eleitoral.

Embora as agremiações políticas sejam informadas pelos princípios constitucionais da liberdade e da autonomia partidárias, não se vislumbra sua autonomia didática e científica formal, por falta de previsão normativa, nem material, porquanto seus postulados decorrem do regime democrático participativo e do sistema eleitoral adotado pelo legislador constituinte de 1988, orientado pela concepção de um Estado parcial de partidos.

---

[24] *"Ao aludir-se, atrás, à teoria pluralista da democracia, concluiu-se que ela não correspondia a uma teoria democrática, mas sim a uma teoria principal ou tendencialmente elitista de democracia. Todavia, não se pode confundir um modelo teórico - a teoria pluralista - com pluralismo, no sentido de pluralismo de expressão, de formações sociais e organizações políticas partidárias. Neste aspecto, o pluralismo é um elemento constitutivo do princípio democrático e da própria ordem constitucional (cfr. arts. 2º 10º/2 e 51°), a ponto de constituir um limite material de revisão (art. 288º/i). Nisto vai implícita também uma opção fundamental que teve presente os debates de mais de um século acerca dos sistemas eleitorais e dos sistemas partidários: de um lado, os apologetas do sistema majoritário, conducente, em via de princípio, ao dualismo partidário; do outro, os adeptos do sistema proporcional, considerando mais conforme com o princípio democrático. A Constituição, ao consagrar o princípio proporcional como elemento caracterizador da ordem constitucional, parece ter apontado para a inadmissibilidade da marginalização de quaisquer forças partidárias (cfr. porém, art. 46º/4). O pluralismo partidário foi encarado na sua mais profunda expressão."*(CANOTILHO, José J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1295-1298).

"Como decorrência direta do pluripartidarismo, tem-se a liberdade partidária, isto é, a possibilidade de criação de partidos políticos, desde que respeitadas as linhas fundamentais da sociedade, estabelecidas no texto constitucional. Assim, pode-se criar um partido que consagre qualquer ideologia, desde que ela não vise ao fim do regime democrático ou ao menoscabo dos direitos fundamentais, por exemplo. Tal previsão está contida no art. 17 de nosso atual Documento Político." (LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*. Leme, SP: Imperium, 2008. p. 99-100).

"Decorrem os princípios do pluripartidarismo e da liberdade partidária do fundamento constitucional do pluralismo político e do objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, estudados no tópico anterior, bem como do direito fundamental à liberdade de associação, consagrado no inciso XVII do artigo 5° da Constituição Federal, segundo o qual "é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar". (BARREIROS NETO, Jaime. *Fidelidade Partidária*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 189).

LivroPopulos.indb 35 23/10/2015 09:53:06

Fávila Ribeiro doutrina que *o processo eleitoral, propriamente dito, envolve um conjunto de atos, que compreende desde a organização e distribuição das mesas receptoras de votos, a realização e apuração de eleições, até o reconhecimento e diplomação dos eleitos.*[25]

Tito Costa expõe que:

> Genericamente, a denominação processo eleitoral identifica o complexo de atos relativos à realização de eleições, atos esses que vão da escolha de candidatos, em convenção partidárias, até sua eleição e diplomação. Durante toda essa trajetória de atos, ficam eles sob a tutela da Justiça Eleitoral, que tem sua competência exaurida com a diplomação dos candidatos.[26]

Joel J. Cândido divide *o processo eleitoral em três fases sucessivas, a saber: preparatória, votação/totalização e diplomação. A primeira fase é repartida em três "momentos", assim especificados: l º) convenções partidárias; 2º) registro dos candidatos; 3º) medidas preliminares à votação e apuração.*[27]

Para José Jairo Gomes,

> no Direito Eleitoral, o termo "processo" assume duplo sentido: um amplo, outro restrito. Em sentido amplo, significa a complexa relação que se instaura entre candidatos, partidos políticos, coligações, Justiça Eleitoral, Ministério Público e cidadãos com vistas à concretização do sacrossanto direito de sufrágio e escolha dos ocupantes dos cargos público-eletivos em disputa. Já em sentido estrito, a expressão "processo eleitoral" apresenta o mesmo significado inicialmente referido. Nesse sentido, é individualizado, veiculando pedido especifico entre partes bem definidas. Ora se apresenta em sua feição clássica, em que se divisa uma relação triangular, da qual participam autor, juiz e réu, ora se apresenta na forma de relação linear, integrada por um requerente e pelo órgão judicial, tal qual ocorre no pedido de registro de candidatura.[28]

O sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral registra no seu glossário que o Processo Eleitoral consiste num conjunto de atos abrangendo a preparação e a realização das eleições, incluindo a apuração dos votos e a diplomação dos eleitos.[29]

[25] RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 14.

[26] COSTA, Tito. *Recursos em Matéria Eleitoral*. São Paulo: RT, 1992. p. 23-24, nota 12.

[27] CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. São Paulo/Bauru: Edipro, 2002. p. 121.

[28] GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 195.

[29] PROCESSO eleitoral. ln: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Thesaurus*. 6. ed. rev. e ampl. Brasília: Secretaria de Documentação e Informação, 2006. p. 196.

LivroPopulos.indb 36 23/10/2015 09:53:06

No sistema eleitoral brasileiro, partidos políticos, fidelidade partidária, processo eleitoral e democracia representativa mantêm conexão necessária entre si, consoante julgado do Ministro Paulo Brossard, do Supremo Tribunal Federal:

> Assim, os partidos continuam a ser instrumentos necessários e imprescindíveis na formação dos poderes políticos, do legislativo e do executivo, no plano federal, no estadual e no municipal. Mantendo a representação proporcional, manteve igualmente, agora, de maneira implícita, a fidelidade partidária. Um partido que elege vinte deputados não pode ficar com a representação reduzida a quinze, dez, cinco ou nenhum deputado e um partido que tenha eleito um não pode locupletar-se com os eleitos por outro partido e apresentar-se com uma representação que não é sua, de cinco, dez, quinze ou vinte deputados. Ou a escolha do candidato por um partido, o seu registro, a sua eleição, enfim, todo o processo eleitoral não vale nada e não passa de mero e grotesco simulacro.[30]

O Tribunal Superior Eleitoral, reafirmando o conteúdo material dos atos que envolvem o conceito de processo legal e, por isso mesmo, integram a matéria eleitoral (direito material eleitoral) não conheceu da Consulta nº 1.352, sob o fundamento de que a indagação remeteria a resposta sobre rito eleitoral (direito processual eleitoral).[31]

2.2.3.1 Fases do Processo Eleitoral

Filio-me ao entendimento de ser o processo eleitoral um conjunto de atos encadeados entre si e dirigidos à auscultação da soberania popular, realizado em três fases:

a) Da preparação:

a.1) O alistamento eleitoral se destina à formação do colégio eleitoral, contribuindo decisivamente para a estrutura, organização e funcionamento do aparato estatal, administrativo e judicial, posto para a realização de todo o certame eleitoral. Esta fase perdura durante todos os anos, suspendendo-se cento e cinquenta dias anteriores à data da eleição.[32]

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 20.927-57/DF, julg. 11.10.1989. *Diário da Justiça,* Brasília, 15 abr. 1994.

[31] Por seis votos a um, os ministros do TSE deixaram de responder à Consulta. O Ministro Carlos Ayres Britto foi o único a divergir do ministro relator, Gerardo Grossi. No voto divergente, o Ministro Carlos Ayres Britto argumentou que a expressão "matéria eleitoral", contida no inciso XII do art. 23 do Código Eleitoral (que prevê as Consultas ao Tribunal), abrange tanto o direito eleitoral material como o direito eleitoral processual, "entendimento que se reforça na medida em que ação de impugnação de mandato eletivo, tema central da consulta, é instituto de matriz constitucional". Excerto colhido do sítio eletrônico do TSE. (BRASIL. Tribunal Superior Eeitoral. Confira a íntegra do voto divergente do Ministro Carlos Ayres Britto na consulta formulada. 1º.9.206. Disponível em: < http://agencia.tse.jus.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=14970>. Acesso em: 30 jul. 2015).

[32] Art. 91, *caput* da Lei n. 9.504/1997.

LivroPopulos.indb 37 23/10/2015 09:53:06

É nesta fase que o indivíduo se qualifica como cidadão em sentido estrito, adquirindo capacidade eleitoral ativa (votar) e, após os 18 (dezoito) anos, também passiva (ser votado), bem como para o exercício da atividade partidária formal, através da filiação.[33]

Os pedidos de inscrição e transferência eleitorais poderão ser impugnados pelos interessados, cabendo recursos, além dos processos e procedimentos de cancelamento, exclusão e de revisão eleitorais;

a.2) O registro das candidaturas se inicia com o período eleitoral, em 12 de junho do ano eleitoral, com a realização das convenções partidárias para a escolha de candidatos, até o julgamento dos pedidos protocolados na Justiça especializada pelos partidos, coligações e, eventualmente, de forma direta, pelos candidatos.

No aspecto ritual, esta fase é conduzida por um processo administrativo linear em que o interessado apresenta o pedido de registro da candidatura, podendo o legitimado ajuizar a ação de impugnação (AIRC), de índole judicial, visando afastar a presunção de elegibilidade de que goza o cidadão;

a.3) A propaganda eleitoral, em geral, inicia-se em 6 de julho, e a gratuita, em rádio e televisão, em meados de agosto. Para que o candidato possa realizar a propaganda eleitoral em geral, exceto no rádio e na TV, basta a sua escolha em convenção e que o pedido de registro da candidatura esteja protocolado até 5 de julho, ou diretamente, 48 (quarenta e oito) horas depois.

Assim, tem o candidato o direito subjetivo ao exercício da propaganda eleitoral, independentemente do momento em que vier a ser deferido o pleito, correndo por sua conta e risco os efeitos de eventual negativa da Justiça Eleitoral, ainda que isso possa somente ocorrer antes ou depois da eleição ou da diplomação, ou após a posse e no último ano do quatriênio, com a respectiva cassação do registro, do diploma ou do mandato.

Para os incidentes dessa fase existem processos administrativos e judiciais específicos, que vão desde o exercício do poder de polícia com exclusividade pela Justiça especializada, salvo no âmbito das Casas Legislativas, da competência da Mesa Diretora, até a representação (típica ação) visando apenar os infratores da legislação;

b) Da votação e da apuração:

Caracteriza-se pela coleta e apuração dos votos a ser realizada no primeiro e no último domingos de outubro do ano eleitoral. Esta fase dispõe dos meios processuais das reclamações, representações, impugnações e respectivos recursos eleitorais;

c) Da diplomação:

É a fase em que a Justiça Eleitoral certifica a situação político-jurídica dos eleitos e seus suplentes, habilitando-os para a posse nos mandatos e cargos para os quais foram eleitos.

[33] Art. 16 da Lei n. 9.096/1995 (LPP).

LivroPopulos.indb 38 23/10/2015 09:53:06

Em três dias contados do ato solene poderão os legitimados ajuizar o recurso (ação) contra a expedição do diploma (RCDE) e, em até quinze dias após, poderão ser ajuizadas a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) e a ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) para apuração de vícios na arrecadação e gastos de campanha, sem prejuízo do manejo, no curso do período eleitoral (processo eleitoral em sentido estrito), das representações (ações) por captação ilícita de sufrágio, por condutas vedadas aos agentes públicos e a ação de investigação judicial eleitoral por abuso do poder econômico, político, do uso indevido dos meios de comunicação social, e da ação rescisória, até cento e vinte dias contados do trânsito em julgado do *decisum* que declarar a inelegibilidade.[34]

Estão submetidos à competência da Justiça Eleitoral os atos que integram o processo eleitoral:

i) os atos partidários simples praticados cotidianamente pelas agremiações políticas, ressalvados os de natureza *interna corporis*;

ii) qualificados por influírem no processo eleitoral; e

iii) os eleitorais propriamente ditos (pedido de registro de candidaturas, ação de impugnação ao pedido de registro da candidatura, ação de investigação judicial eleitoral, ação de impugnação de mandato eletivo etc.).

Os atos do processo eleitoral têm por autores pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, e são praticados entre as fases iniciadas com o alistamento e findadas com a diplomação dos eleitos. Atos e fatos políticos posteriores superam os lindes da competência da Justiça Eleitoral e são passíveis de conhecimento pela Justiça estadual ou federal comuns.

Estão excluídos da apreciação da Justiça Eleitoral os atos praticados por agentes públicos no exercício de mandatos (senadores, deputados e vereadores) e cargos eletivos (presidente, governador e prefeito), a exemplo do *impeachment*, ao processo legislativo e às políticas públicas.[35]

2.2.4 Da Competência Fixada na Resolução TSE n. 22.610/2007

A competência, como limite e parcela de jurisdição, integra o rol de *pressupostos subjetivo-processuais que devem ser analisados antes de qualquer outro*[36] e a Justiça federal especializada atrai para a sua jurisdição os atos e fases que compõem todo o processo eleitoral, em sua extensão e profundidade.

[34] Art. 262 do Código Eleitoral, art. 14, §§ 10 e 11 da CF, art. 30-A da Lei n. 9.504/97, art. 41-A da Lei n. 9.504/97, art. 73 e ss da Lei n. 9.504/97, art. 19 e ss. da LC 64/90, art. 22, I, *j* da Lei n.4737/65.

[35] Decreto-Lei n. 201/1967, Lei n. 1.079/1949, CF, arts. 59 e ss; Lei n. 8.429/1992.

[36] FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*: Processo de Conhecimento: vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 420.

LivroPopulos.indb 39 23/10/2015 09:53:06

A Resolução TSE n. 22.610/2007,[37] equiparada à lei ordinária federal, para fins recursais, faz expressa remissão ao art. 121, § 4º, da Constituição,[38] que recepciona parte do Código Eleitoral dispondo sobre a competência e organização judiciária eleitoral como Lei Complementar.

Para conhecer e julgar as ações e seus recursos cuja causa de pedir trate de infidelidade partidária, o TSE, no art. 2º da Resolução n. 22.610/2007, fixa as competências dos Tribunais Regionais e do Tribunal Superior Eleitoral, olvidando o município como unidade federativa e a existência de juízos eleitorais nas circunscrições locais, com competência para o respectivo processo eleitoral.[39]

Nos termos da Resolução TSE n. 22.610/2007, quando a causa versar mandatos eletivos municipais (prefeitos e vereadores), a competência para decidi-la será do tribunal regional eleitoral. A norma do art. 2º deixa de conferir ao município tratamento próprio das unidades da Federação (arts. 18, 25 e 29 da CF), subtraindo a competência dos juízos eleitorais (art. 86 do CE, c/c art. 121 da CF).

Ao dispor sobre regras de competência para a apreciação da ação de decretação de perda do mandato eletivo por ato de infidelidade partidária, bem assim do cabimento dos recursos, o art. 2º da Resolução TSE n. 22.610/2007 seguiu o modelo vigente ao tempo da Carta de 1967, com a EC n. 1/69, quando era controvertida a natureza político-jurídica dos municípios no Brasil.[40]

Os entes federativos são aqueles sediados na Constituição, enquanto a coletividade territorial, em regra, caracteriza-se por ser mera delegação de competência. Significativa parte da doutrina distinguia ente federativo (União, Estados e Distrito Federal) da mera coletividade territorial da qual fazia parte o município, tomando-se como parâmetro analítico o grau de estabilidade de determinadas comunidades, como subdivisões administrativas dos Estados-membros.

---

[37] Art. 11. São irrecorríveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final, de cujo acórdão cabe o recurso previsto no art. 121, § 4º, da Constituição da República.

[38] Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos Tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

§ 4º — Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

I — forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;

II — ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais Tribunais eleitorais;

III — versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;

IV — anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;

V — denegarem *habeas-corpus*, mandado de segurança, *habeas-data* ou mandado de injunção.

[39] Art. 86 do Código Eleitoral.

[40] Cf. CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 57-58; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 474-475; SILVA, José Afonso da. Ibidem, p. 640; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 42; MEIRELLES, Hely Lopes. Ibidem, p. 122; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 276; COSTA, Nelson Nery. *Curso de Direito Municipal Brasileiro.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 52; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 276; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 314.

LivroPopulos.indb 40 23/10/2015 09:53:06

Na Constituição Federal de 1988, os municípios integram a República Federativa do Brasil (arts. 1º, 18 e 29 da CF), [41] são dotados de autonomia político-administrativa,[42] [43] além de desempenhar funções administrativas nos estritos limites de sua competência material.

Pinto Ferreira registra que

> fica assim finalizada a polêmica doutrinária sobre a natureza do Município, que não era entendido como entidade federativa pela sua omissão no texto do art. 1º da emenda Constitucional n. 1/69.[44]

Superada a questão de ser ou não entidade federativa, o município é pessoa jurídica de direito público interno, com autonomia assegurada pela capacidade de autogoverno e de administração própria, de modo que está incluído na própria estrutura do regime federativo.

As ADIs 3.999-DF e 4.086-DF foram rejeitadas, pois o STF não vislumbrou a arguída inconstitucionalidade formal da Resolução TSE n. 22.610/2007. Não obstante, naquela oportunidade não se discutiu a questão do município e a redução da autonomia do estado como integrantes da Federação, ambos distinguidos por Lei Complementar como sedes de precisas circunscrições eleitorais.[45]

Mesmo que a ação direta de inconstitucionalidade tenha causa de pedir aberta, não foram apreciadas duas relevantes questões que envolvem conteúdos materiais pertinentes às autonomias das unidades federativas município e estado (arts. 1º, 18, 25 e 29, da CF), integrantes da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, a fim de que seja conferida interpretação conforme a Constituição à norma do art. 2º daquela Resolução.

O Excelso Pretório admite o conhecimento das ações de inconstitucionalidade com reabertura da fiscalização abstrata por motivos de conteúdo, conforme entendimento firmado na ADI 2182-DF, em que foi relatora para a lavratura do acórdão a Ministra Carmen Lúcia (RTJ 218/60).

Infere-se que os princípios estruturantes são impositivos para o próprio Estado e a sociedade, dos quais os partidos políticos atuam como intermediários e embriões da democracia representativa.

---

[41] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[42] Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

[43] Entenda-se por *"organização político-administrativa" (art. 18) o conjunto de poderes, órgãos e entes integrados na unidade constitucional, possuídos de funções (normas) que regulam a competência, relações hierárquicas, situações jurídicas, formas de atuação e de controle do exercício de atividades administrativas*. (FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Comentários à Constituição*: 2º Volume. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. p. 340).

[44] O Município é uma unidade federativa na nova Constituição Federal (art. 1º), que lhe conferiu autonomia, competência e discriminação de rendas. Fica assim finalizada a polêmica doutrinária sobre a natureza do Município, que não era entendido como entidade federativa pela sua omissão no texto do art. 1º da emenda Constitucional n. 1/69. (FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 306).

[45] Art. 121 da CF, c/c art. 86 do CE.

LivroPopulos.indb 41 23/10/2015 09:53:06

Sob a égide da Constituição-cidadã de 1988, o instituto da fidelidade partidária passou por uma autêntica transvaloração de valores e foi acolhido pela Assembleia Nacional Constituinte para fortalecer a democracia representativa de partidos, que, observando o modelo federativo, devem ter caráter nacional.[46]

Disso resulta que os partidos devem ter estrutura, organização e funcionamento nas unidades Federadas, através dos diretórios nacionais, estaduais, distritais e municipais, estando desobrigados da verticalização.[47]

Por força de norma recepcionada pela Carta de 1988 com o *status* de Lei Complementar,

> Nas eleições presidenciais a circunscrição será o País; *nas eleições federais e estaduais, o estado; e, nas municipais, o respectivo município* (g. n.).[48]

Observa-se aí o princípio federativo impondo-se em toda a legislação eleitoral posterior, exceto na norma do art. 2º da Resolução TSE n. 22.610/2007 que subverte o sistema político-eleitoral decorrente da Carta de 1988 e restaura uma fatia normativa do período militar que ignorava o município como unidade da Federação.

É de se registrar que mesmo sob a égide da Lei Orgânica dos Partidos Políticos,[49] no que se refere ao processo de decretação da perda do mandato parlamentar por ato de infidelidade partidária, o regime militar preservou a competência dos juízos eleitorais para o arquivamento das diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária municipal, em relação aos vereadores (art. 73, § 1º, III), embora tenha atribuído aos tribunais regionais a competência para a decretação da perda do mandato dos edis (art. 78, II).

Atribuir-se, após a Carta de 1988, competência aos tribunais regionais eleitorais para julgar as ações de decretação de perda do mandato por infidelidade partidária de prefeitos e vereadores implica violação aos princípios federativo e do juiz natural, em razão de existirem juízos eleitorais com competência para apreciar os assuntos pertinentes a todo o processo eleitoral municipal, inclusive das causas envolvendo a fidelidade partidária.

Os mesmos motivos demonstram a invalidade da norma que restringe as competências dos tribunais regionais aos mandatos dos deputados estaduais e governadores, como se lhes não coubessem, administrativamente, arquivar os atos partidários dos diretórios estaduais e, em sede jurisdicional, de competência originária, decidir também os pedidos do registro das candidaturas de deputados federais e senadores, seus incidentes, inclusive a propaganda eleitoral.

[46] Art. 17, I da CF.

[47] EC 52/2006.

[48] Art. 86 do Código Eleitoral.

[49] Lei 5682/1971 e suas alterações.

LivroPopulos.indb 42 23/10/2015 09:53:06

A norma do art. 2º ora examinada reafirma a competência do TSE para as eleições presidenciais. Mas atrai para si e alarga, sem Lei – e contra o art. 18 da CF, c/c arts. 86 e 22, I, *a* da Lei 4737/65 (nesta parte, Lei Complementar) e arts. 121 e art. 5º, LIII, da CF –, a competência originária do TSE para julgar as ações de deputados federais e senadores, contribuindo para o emperramento da Corte Superior que atende administrativamente e, em sede recursal, ordinária e especial, a todas as unidades da Federação.

Mesmo tendo sido reconhecida a constitucionalidade formal da Resolução TSE n. 22.610/2007, no julgamento das ADIs n. 3.999-DF e 4.086-DF, parece ao autor que outro ponto restou sem apreciação do STF e teria merecido aprofundamento, pois não caberia ao Poder Judiciário eleitoral, por meio de resolução, ato administrativo normativo, ainda que de caráter geral e abstrato e, por isso, equiparado à Lei, estabelecer normas processuais, para fins recursais, *distintas daquelas que integram o ordenamento jurídico-processual* previstas nos arts. 257 e ss. do Código Eleitoral, legislação esparsa (arts. 3º e 22 da LC n. 64/90 e art. 96 da Lei n. 9.504/97), inclusive, subsidiariamente, o CPC.

Do voto do Ministro Celso de Mello, constata-se que o STF rejeitou a arguição de inconstitucionalidade à luz da norma processual positivada no art. 3º da Lei das Inelegibilidades e repetida na Resolução TSE n. 22.610/2007, na parte que estabelece o rito da ação de decretação de perda do mandato eletivo por infidelidade partidária ou para a ação de justificação de desfiliação partidária.[50]

Entretanto, em matéria de competência eleitoral, o art. 18 da CF, c/c o art. 86 do Código Eleitoral, recepcionado com o *status* de Lei Complementar, a teor do disposto no art. 121 da Constituição Federal, não comporta inovação legislativa por parte do TSE, quando editou a aludida Resolução, sob pena de arrastamento da mácula ante a usurpação de função típica do Poder Legislativo.[51]

Como se verifica da leitura do art. 2º, as competências eleitorais foram alteradas para as ações de decretação da perda do mandato por infidelidade partidária e para ação de justificação de desfiliação partidária, tendo sido subtraídas as competências dos juízos eleitorais para as causas envolvendo prefeitos e vereadores e dos tribunais regionais eleitorais referentemente aos deputados federais e senadores. Estas normas são processuais constitucionais e se relacionam diretamente com os arts. 5º, LIII, 18 e 121 da CF.[52]

Os arts. 22, 29 e 35, c/c art. 86 do Código Eleitoral estabelecem as competências e a própria organização judiciária eleitoral, vinculando o sistema recursal. As regras do art. 257 e ss. do CE e, especialmente do art. 276, I e II do Código Eleitoral, seguem-lhe a natureza, daí por que também não

[50] ADI 3.999-DF, p. 111.

[51] Art. 2º da CF.

[52] Tudo faz crer que, no açodamento de editar a Resolução TSE nº 22.610/2007, foram adotados os procedimentos para o registro dos atos partidários e julgamento dos atos de infidelidade vigentes no regime militar (arts. 72 a 88 da Lei 5682/1971 – LOPP), olvidando-se a não recepção, pela nova ordem jurídica instalada com a Carta de 1988, das normas de competência fixadas naquela lei partidária imposta nos anos de chumbo.

LivroPopulos.indb 43 23/10/2015 09:53:06

poderiam ser afastadas pela Resolução, por contrariar a Lei posta, sob pena de violação das normas dos arts. 5º, II, LIV e 22, I da Lei Maior.

A sistemática geral dos recursos eleitorais também foi subvertida em detrimento do juiz natural, do devido processo legal e dos seus corolários contraditório, ampla defesa e recursos que lhes são inerentes, da instrumentalidade das formas e da segurança jurídica que sustenta o Estado de Direito.

A Resolução TSE n. 22.610/2007, ato normativo com força de lei em sentido material, dispõe que as ações que versem atos de infidelidade partidária devem ser propostas *perante a Justiça Eleitoral.*[53]

Assim, a Justiça Federal especializada eleitoral é competente para apreciar e decretar a perda do mandato eletivo do infiel ou declarar a existência de justa causa para o desligamento da agremiação, como consequência ou sanção.[54]

A migração imotivada ou com justa causa de um filiado que exerce mandato eletivo para os quadros de agremiação estranha àquela pela qual se elegeu, ainda que ocorra após o período eleitoral, atrai a competência da Justiça Eleitoral para preservar a legitimidade do pleito e a vontade do eleitor.

No que tange à competência dos órgãos da Justiça Eleitoral para conhecer e decidir acerca das ações envolvendo a fidelidade partidária, estabeleceu a Resolução TSE n. 22.610/2007 ser o Tribunal Superior Eleitoral *competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado* (art. 2º), inclusive prefeitos e vereadores.

Ocorre que os arts. 22, 23 e 86 do CE estabelecem as competências do Tribunal Superior Eleitoral e, dentre elas, não se encontra a de julgar as ações que envolvam atos de infidelidade partidária de senadores e deputados federais, a revelar a vedada repristinação, porque não prevista em Lei, da norma do § 2º do art. 76 e 78, II da Lei n. 5682/1971 (LOPP)[55] vigente ao tempo da Carta de 67/69.

[53] Art. 1º O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

[54] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Ação Cautelar n. 3.233, Acórdão de 31/03/2009, Relator(a) Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. *DJE - Diário da Justiça Eletrônico*, 29 abr. 2009, p. 62. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>. Acesso em: 19 fev. 2014.

[55] Art. 76 [...]
§2º Quando se tratar de Senador ou Deputado Federal, mesmo que a diretriz descumprida seja do Diretório ou da Convenção Regional, somente o Diretório Nacional pode representar ao Tribunal Superior Eleitoral, depois de decidir sobre procedência do pedido, devidamente instruído, que lhe encaminhar o Diretório Regional.
Art. 78. O processo e julgamento da representação do partido político para a decretação da perda do mandato do parlamentar que tiver praticado ato de infidelidade partidária, caberá:
I – ao Tribunal Superior Eleitoral, se a representação for dirigida contra Senador ou Deputado Federal [...]

LivroPopulos.indb 44 23/10/2015 09:53:06

REFERÊNCIAS

ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária:* a perda do mandato parlamentar. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARREIROS NETO, Jaime. *Fidelidade partidária.* 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro.* Bauru, SP: Edipro, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo.* 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COSTA, Tito. *Recursos em Matéria Eleitoral.* São Paulo: RT, 1992.

COSTA, Nelson Nery. *Curso de Direito Municipal Brasileiro.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988:* art. 5º LXVIII ao art. 17. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 2.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional.* 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Comentários à Constituição:* 2º Volume. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

LivroPopulos.indb 45 23/10/2015 09:53:06

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil:* processo de conhecimento: 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 1.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral.* 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral.* Leme, SP: Imperium, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, Alexandre Assunção e. *Infidelidade Partidária:* direito material e processo. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Confira a íntegra do voto divergente do Ministro Carlos Ayres Britto na consulta formulada. 1º.9.2006. Disponível em: < http://agencia.tse.jus.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=14970>. Acesso em: 30 jul. 2015.

LivroPopulos.indb 46 23/10/2015 09:53:06

POLÍTICA E NORMATIVIDADE: NOTAS SOBRE A CONTROVÉRSIA PARTICIPAÇÃO-REPRESENTAÇÃO[1]

Cláudio André de Souza[2]

RESUMO

O presente artigo tem como objeto a compreensão do debate teórico em torno da representação na política moderna e suas controvérsias em uma perspectiva comparativa com a participação.

Palavras-chave: Política. Normatividade. Representação. Participação.

ABSTRACT

This article has as its object the understanding of the theoretical debate on representation in modern politics and its controversies in a comparative perspective with the participation .

Keywords: Politics. Normativity. Representation. Participation.

1 INTRODUÇÃO

As democracias "realmente existentes" têm carecido de maior confiança por parte dos cidadãos comuns nas últimas décadas. Nas principais sociedades destacam-se os níveis significativos de baixa participação e confiança nas instituições. O que se observa é a elevação do descrédito de cidadãos comuns no âmbito formal da política, já que se percebe nas últimas décadas mais pessoas com sentimento de não estar sendo representado.[3]

Lechner[4] argumenta em torno da crise a partir de duas dimensões essenciais para análise: a da *política* (prática institucionalizada) e a do *político* (como o conjunto de formas em que imaginamos, vivemos e valorizamos a ordem, dito em termos democráticos, a comunidade de cidadãos). A crise, segundo

[1] Este trabalho apresenta argumentos centrais já expostos parcialmente no artigo "Pensar a democracia: desafios e reflexões sobre a representação política na contemporaneidade", Revista Eletrônica Multidisciplinar Pindorama do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Bahia – IFBA, ano 3, n. 02, jun. 2012.

[2] Bacharel e Mestre em Ciências Sociais (FFCH - UFBA). Professor de Ciência Política da Universidade Católica do Salvador (UCSAL) e Faculdade Baiana de Direito. E-mail: clandresouza@gmail.com

[3] MANIN, Bernard. *As Metamorfoses do governo representativo*. Tradução: Vera Pereira. Nova York: Cambridge University Press, 1998.

[4] LECHNER, Norbert. Os novos perfis da política: um esboço. *Lua Nova*, São Paulo, n. 62, 2004. Disponível em:<http://www.scielo.br>.Acesso em: 17 out. 2010.

LivroPopulos.indb 47 23/10/2015 09:53:06

Lechner, decerto, estaria direcionada ao sentido da *política* e suas respectivas instituições. Aliado a esse contexto, Bauman[5] identifica a pós-modernidade como produtora de indivíduos não mais dispostos a construir uma vida em nome de uma causa coletiva, bem como um projeto de sociedade, o que se liga aos altos patamares de descrença nas instituições democráticas – paradoxalmente ainda é a democracia considerada o melhor regime de governo – potencializam uma imersão das pessoas na vida privada, conforme os traços desse momento atual.

Embora estes sejam os traços da política em uma ultra-modernidade radicalizada,[6] vale ressaltar que a América Latina tem constituído democracias que passam a incorporar espaços públicos presentes em um cenário pós-autoritário. As democracias ensejadas nas últimas décadas por meio da ascensão das esquerdas pautada pela superação do neoliberalismo buscam articular o fortalecimento da sociedade política privilegiando a "robustez" da sociedade civil, por meio de um *ethos* participativo, que remete a um outro modelo de democracia, isto é, de primazia a uma arquitetura política que incorpore a participação às definições institucionais da representação.

O objetivo deste artigo, portanto, se refere à compreensão do debate teórico em torno da representação como tem sido compreendida desde a política moderna e os seus consequentes desdobramentos num mapeamento inicial deste debate na teoria democrática contemporânea, voltada para a incorporação da participação e "presença" dos interesses dos representados ao longo dos mandatos eleitos. Apesar de um consenso estabelecido e matizado nos "déficits" das instituições representativas, a participação pode potencializar esta dimensão crucial da política, uma vez que não se trata de uma lógica de soma-zero entre participação *versus* democracia representativa.

2 DEMOCRACIA E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

O conceito de representação não é simples no que diz respeito à resolução semântica diante da gramática política. Ao esquadrinhar o conceito em uma pesquisa inédita, Pitkin[7] revela que a representação se origina do termo em latim *repraesentare,* sendo utilizado pelos romanos para dar significado a um ato de trazer literalmente à presença algo previamente ausente. Não significava, decerto, um conceito explicativo das instituições políticas até o século XIII. A representação – a ação pela qual uma pessoa age por outra – passou a ter um sentido político a partir do século XVII, levando a uma confluência com as revoluções que uniu a representação à democracia liberal.

[5] BAUMAN, Zigmund. *Em busca da Política*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

[6] NOGUEIRA, M. A. *Potências, limites e seduções do poder*. São Paulo: UNESP, 2008.

[7] PITKIN, Hannah Fenichel. Representação: palavras, instituições e idéias. *Lua Nova*: revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 67, 2006.

LivroPopulos.indb 48 23/10/2015 09:53:07

Pitkin é uma autora fundamental no que concerne à representação. O conceito de representação – o de trazer à presença algo que se faz ausente – reside no paradoxo entre o ato de tornar algo presente, seja concebida como *standing for,* nas suas acepções marcadas descritiva e simbolicamente, ou como *acting for,* ou seja, a representação concebida pela idéia de autorização, que envolve o sentido de "tornar o representado presente".

Seja na arte, que a representação é entendida enquanto *standing for* torna presente algo ausente pelo reflexo ou semelhança; ou na política, que a representação enquanto *acting for* torna o ausente presente na ação do representante quando este age pelo representado como se o próprio estivesse agindo, podemos entender que tornar um ausente presente significa que algo não presente está, de algum modo, presente. Tal paradoxo revela, decerto, uma simultaneidade entre a presença e a ausência.

A presença do representante somente é possível pela ausência do representado, da mesma forma que a ausência do representado justifica-se e se valida pela presença do representante. A "presença da ausência" leva a representação a "tornar presente algo que, no entanto, não está literalmente presente".[8] Em outras palavras, "ser representado significa ser feito presente em algum sentido, enquanto não estando presente literalmente ou plenamente de fato".[9]

Portanto, a ausência do representado é uma presença que ganha forma no representante e se manifesta através dele. Nesse aspecto, o conceito de representação no sentido político é fundamentado "a partir de um problema normativo que apenas se revela de modo empírico quando o representante é chamado não apenas a tornar presente a ausência do representado, mas a lidar com a presença – constante e inafastável – de sua ausência".[10]

O representante, desta forma, necessita para, enquanto tal, ausentar o representado, mas ao mesmo tempo presenciá-lo por este se encontrar ausente. Distante de uma polifonia do conceito, a "presença da ausência" é um ponto de partida para a definição da representação e a natureza – limites e possibilidades – de ação do representante e sua relação com o representado.

Historicamente, a representação surge no fim da Idade Média, pois[11]

> nesta época a prática da representação caracterizava-se pelo seu caráter privatístico: os mandatários eram delegados de um burgo, comunidade ou estrato específico da população. Não eram dados poderes de decisão ao mandatário; as decisões deviam ter a aprovação expressa dos

[8] PITKIN, op. cit.

[9] PITKIN, Hannah Fenichel. *The Concept of Representation*. San Francisco: University of California Press, 1967. p. 153.

[10] FERES JUNIOR, J; POGREBINSCHI, T. *Teoria Política contemporânea*: uma introdução. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 139.

[11] KINZO, M. G. *Representação política e sistema eleitoral no Brasil.* São Paulo: Símbolo, 1980. p. 30-31.

LivroPopulos.indb 49 23/10/2015 09:53:07

> mandantes, e portanto deviam ser decididas previamente entre eles, sem o que o mandatário poderia ser destituído desta condição. Deste modo, o representante não tinha nenhum poder de ação autônoma, era apenas o orador indicado para expor as reivindicações de seu burgo, corporação, cidade ou classe social. Foi na segunda metade do século XVIII – na França com a constituição de 1791 e na Inglaterra por obra de um parlamentar conservador, Edmund Burke – que esta noção de mandato imperativo foi questionada.

O mecanismo da representação política associa-se ao estabelecimento de um princípio de distinção, sendo que o governo representativo "foi instituído com a plena consciência de que os representantes eleitos seriam e deveriam ser cidadãos proeminentes e socialmente diferenciados daqueles que os elegeram [...] a isso chamaremos de 'princípio de distinção'".[12]

A relação do representante com os representados através do mandato do representante resume-se a duas possibilidades, ambas discutidas por Carl Schmitt e analisadas por Leydet (2004): em primeiro lugar, o viés republicano, fundado numa comunidade que gera legitimidade a uma unidade política capaz de interferir nas atividades privadas, objetivando a igualdade e "corrigindo" os interesses particulares cristalizados numa sociedade civil que antecede a criação da comunidade política.

O modelo republicano cristaliza-se no mandato livre, sem obrigações e instruções a serem estabelecidas de maneira particular ao comportamento dos representantes. Ao contrário do segundo modelo liberal como sendo um mandato vinculado com instruções institucionais estabelecidas e um relacionamento voltado para o atendimento de demandas particulares dos eleitores. O representante neste modelo cumpriria o papel de um advogado (*advocate*) que age em substituição ao outro, mas com delimitações explícitas do que o mesmo deve representar na ausência do soberano. Para Leydet, ambos os modelos apresentam desvantagens. A limitação republicana conforme a autora é que

> essa posição de 'sobrevôo' que o modelo republicano confere ao Estado (retomo essa expressão de Spitz e Gauchet), seu estatuto de criador dos direitos dos cidadãos, não deixa espaço para um contra-poder legítimo capaz de contestar a utilização eventualmente abusiva desse poder.[13]

O ideal para a autora é o cultivo normativo a criação de um ponto de equilíbrio entre os dois modelos, sendo que o liberal apresenta desvantagens enquanto[14]

[12] MANIN, Bernard, op. cit., p. 94.

[13] LEYDET, Dominique. Crise da Representação. O modelo republicano em questão. In: CARDOSO, Sérgio (org.) *O retorno ao republicanismo*. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 76 -77.

[14] Ibidem, p. 77.

LivroPopulos.indb 50 23/10/2015 09:53:07

> uma concepção bastante fraca do autogoverno, enquadrado, limitado, que é pela existência de uma sociedade civil que lhe preexiste e que ele deve respeitar; limitado também pela inclusão dos direitos individuais numa constituição diante da qual os parlamentos devem se inclinar.

A identificação da representação com os princípios democráticos tomou conta não apenas dos teóricos do século XVIII, mas os que sucederam formulações ao longo dos séculos XIX e XX. O ponto de equilíbrio sugerido por Leydet se mostra a favor da república e do sentido eminente da representação, uma necessária "tomada de unidade" em equivalência à tendência do representante em ter um leque de instruções dos representados.

O conceito de representação tem sido usado nos mais diferentes sentidos, apresentando várias dimensões. No entanto, a representação pode ser tomada a priori a partir da *autoridade*. Hobbes ao ser analisado por Pitkin (2006) assinala que tendo um homem o direito de executar uma ação, ou seja, a propriedade da ação (o que ele define como "autor"), ele pode executá-la ou pode autorizar alguém a fazê-la por ele. A pessoa que age em nome de quem lhe passou o direito – o "ator" – detém autoridade, portanto, para agir pelo "autor" da ação.

Outro enfoque ligado ao conceito é o da representação *simbólica e descritiva,* de outro modo, tornar presente alguma coisa que de fato não se encontra presente, buscando "espelhar" o ausente da ação por intermédio de crenças. A representação no sentido descritivo tem como objetivo a correspondência de características entre o corpo representativo e o de representado.

Por fim, a representação como *atividade* explicita duas perspectivas, sendo:[15]

> 1. Como é e como se dá a atividade representativa, ou seja, qual é o papel de um representante num corpo legislativo. A discussão desta questão tem sido marcada pela controvérsia entre livre mandato ou representação independente versus mandato imperativo ou representação mandatária, delegada. 2. O que orienta a atividade de um representante. Uma vez que uma atividade não se conduz no vácuo, falar de atividade de um representante implica levantar a questão da natureza dos interesses e/ou desejos, como eles são concebidos, de forma a nortear o ato de representar.

O que está em jogo no debate sobre o conceito de representação é a tomada de posição decorrente do dilema mandato livre-mandato imperativo, uma vez que tal controvérsia depende do que se esteja entendendo por interesses e/ou desejos.

[15] KINZO, op. cit., p. 29.

LivroPopulos.indb 51 23/10/2015 09:53:07

Nesse sentido, há uma forte tendência nas experiências democráticas contemporâneas a uma "desforra" da representação de interesses com mandatos institucionalmente livres. A representação resulta na prática e defesa de interesses, seja o de caráter político – o interesse geral – ou o de interesse particular de grupos determinados.[16]

Adentramos ao século XXI com democracias estruturadas no campo formal em mandatos imperativos, questionando se a sua prática é vigente, pois nenhum país no mundo adotou extensivamente a prática do mandato vinculado, ou seja, relações institucionais que tornem o representante passível de constrangimentos produzidos pelo representado.

O questionamento substantivo dos mandatos parlamentares livres de vinculação nas democracias contemporâneas se refere à razoável valorização de uma "exigência de presença", ou seja, a construção de mandatos que apresentem um grau de similitude entre representantes e representados. Ademais, temos o fato de que:[17]

> a formação e o constante crescimento dos partidos fizeram com que eles se interpusessem – por inércia e não pela má intenção de um ou outro grupo ávido de poder – entre o corpo eleitoral e o parlamento e, de um modo mais geral, entre o titular da soberania e aqueles que de fato deveriam exercer a própria soberania.

O debate incitado por Bobbio entre a *representação política* – vocalizada pela busca de um interesse geral e com representantes independentes – e a *representação de interesses* particulares com mandatos vinculados a grupos organizados, não se restringe a teoria liberal.

Para Madison, (um dos federalistas) citado por Bobbio (2003), a figura do representante deve levar à legislatura os interesses facciosos de que é o porta-voz, de maneira que ela constitua o fórum central onde o conflito social tenha espaço e possa de alguma forma ser controlado, sendo o tempo responsável em corrigir a paixão e o preconceito que dão vez aos interesses facciosos. O que se tem, portanto, é a responsabilidade dos representantes demandarem a casa legislativa com os diversos interesses da sociedade, para que eles possam ser barganhados, a fim de impedir o domínio de uma facção em detrimento de outras.

Karl Marx, também citado por Bobbio, se atenta em conceber mandatos com vínculo entre representante e representado como uma "representação propriamente dita", mais tarde observada na Comuna de Paris e nas experiências socialistas do século XX. A representação política deve chancelar

[16] BOBBIO, Norberto. Representação e interesses. In: SANTILLÀN, José F. (org.). *Norberto Bobbio*: o filósofo e a política (antologia). Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

[17] Ibidem, p. 296.

LivroPopulos.indb 52 23/10/2015 09:53:07

os interesses de classe, cabendo aos representados o direito de revogação do mandato.

O dilema da representação, o qual não se pode olvidar, é o conteúdo que expressa interesses do representante, que será eleito com um mandato livre (representará o interesse geral) ou imperativo (vinculado a interesses particulares). De maneira alguma, a vinculação do mandato estabelece um "retorno" do representado. Ao contrário, trata-se de decisões emanadas da representação, logo, de um representante. Mas a que interesse deve ele perseguir?

De qualquer modo, a representação adquire o sentido de substituição física do soberano por um representante capaz de transmitir as opiniões, interesses e perspectivas sociais do representado. A democracia representativa se revela um modelo mais representativo do que as democracias diretas e atomizadas em indivíduos isolados na tomada de decisão.

Destarte, trata-se de um modelo que divide atenção aos diálogos encetados pela perspectiva da democracia participativa, atenciosa à definição de uma concepção não-hegemônica de democracia, que perpassa pela questão da participação além das formalidades da institucionalidade política.

3 DEMOCRACIA, PARTICIPAÇÃO E AMÉRICA LATINA

A contextualização da política na atualidade alcançou um rico grau de especialização. Sem embargo, segue em pauta experiências participativas que visam superar o obstáculo do "vazio representativo". Todavia, em razão dos déficits da democracia, o fracasso da democracia liberal traduz-se em fraqueza de mandatos vinculados e mandatos livres.

O mau funcionamento das instituições e a falta de uma prática política responsiva têm em assunção a idéia de que os representantes são superiores e mais bem esclarecidos aos representados. Vitale[18] concebe que as atuais adotam a idéia de que o mandato deve ser livre. Ao contrário, Bobbio[19] vem a chamar de desforra da representação de interesses os sistemas democráticos contemporâneos que essencialmente representam interesses de partes da sociedade civil. De outro modo, as democracias modernas são fundamentadas na tradição republicana do mandato livre perseguidor dos interesses da nação na aparência, uma vez que a perspectiva liberal do representante como *advocate* é a crua encarnação dos governos representativos contemporâneos. Os mandatos políticos na atualidade seguem o mero objetivo da satisfação dos seus respectivos eleitorados.

A desconexão entre as instituições democráticas e os cidadãos parte da falta de representantes que se esforçam em "tornar visível e atual um ser invisível

[18] MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. Representação política e participação: reflexões sobre o déficit democrático. *Katálysis*, v. 10, n. 2, p.143-153, dez. 2007.

[19] BOBBIO, op. cit.

LivroPopulos.indb 53 23/10/2015 09:53:07

por intermédio de um ser publicamente presente" como pensara Carl Schmitt, na obra citada anteriormente.

O debate da representação para a teoria política contemporânea tem mantido relevância em pelo menos duas dimensões: a) a problemática acerca de como os representantes devem ser escolhidos, a qual engendra discussões sobre sistemas de governo, sistemas eleitorais e sistemas partidários; b) a problemática acerca de como os representantes, uma vez escolhidos, devem se comportar, a qual enseja estudos sobre o comportamento dos atores políticos e sobre o funcionamento das instituições políticas.

A saída para os impasses de qualidade das democracias e o combate aos respectivos "déficits" democráticos tem se encaminhado para uma redefinição do conceito de representação política. Pesquisas empíricas e proposições normativas da teoria democrática têm se ocupado com a representação, vislumbrando seus limites, sabendo que "as eleições 'engendram' a representação, mas não 'engendram' os representantes".[20] Os parâmetros estabelecidos por diversas agendas de pesquisa coincidem com a preocupação em tornar o representante mais suscetível às vontades dos governados, ou seja, a apresentarem uma *responsividade.*[21]

As abordagens atuais visam superar a antiga oposição binária entre participação e representação em termos de tornar a segunda "virtuada" pela primeira. Ao contrário, o objetivo seria tornar a representação mais "representativa" de fato com disposições gerais, de caráter normativo, passando pela adoção de mecanismos de garantia de medidas a suscitar "elos conectivos" entre representantes e representados e a valorização do papel dos partidos políticos nesta seara (ARATO, 2002; MIGUEL, 2003; URBINATI, 2006; YOUNG, 2006). Para alguns autores, a presença de setores da sociedade civil é precípua para a consecução de mandatos parlamentares mais vinculados com a sociedade, sendo a representação uma dinâmica de circularidade entre as instituições estatais e as práticas sociais, uma relação entre Estado e sociedade civil marcada pela circularidade entre ambos, de transformação do social em político (HOCHSTETLER & FRIEDMAN, 2008; LAVALLE & CASTELLO, 2008; NOGUEIRA, 1998; URBINATI, 2006).

Por muito tempo a representação foi entendida como a separação e a superioridade do representante sobre o representado por elementos de competência e notório saber. A representação seria um ato de substituição do eleitor por alguém que seja em si igual a este, mas em posição mais favorável para defender os interesses da nação. Independente da questão da superioridade, Young problematiza a representação reconhecendo e afirmando

[20] URBINATI, N. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p.193, 2006.

[21] MIGUEL, L. F. Impasses da Accountability: dilemas e alternativas da representação política, *Revista de Sociologia e política*, Curitiba, n. 25, p. 25-38, nov. 2005.

LivroPopulos.indb 54 23/10/2015 09:53:07

> que há uma diferença, uma separação entre o representante e os representados. Evidentemente, nenhuma pessoa pode pôr-se por (*stand for*) e falar como uma pluralidade de pessoas. A função do representante de *falar por* não deve ser confundida com um requisito identitário de que o representante *fale como* os eleitores falariam, tentando estar presentes por eles na sua ausência [...] o representante inevitavelmente irá se afastar dos eleitores, mas também deve estar de alguma forma conectado a eles, assim como os eleitores devem estar conectados entre si.[22]

Dentre a perspectiva liberal e republicana, ambas não excluem o fato de a representação projetar dado controle e vínculo entre representante e representado. Em outras palavras, vínculos pressupõem participação ativa da sociedade civil. Urbinati[23] – convicta que o problema da representação política consiste no seu déficit de democracia[24] – reflete tipos e aspectos de relacionamento entre cidadãos e representantes: uma representação democrática deve

> ativar uma variedade de formas de controle e supervisão dos cidadãos [...] a democracia representativa é uma forma de governo original, que não é idêntica à democracia eleitoral [...] a soberania popular, entendida como um princípio regulador "*como se*" guiando a ação e o juízo político dos cidadãos, é um motor central para a democratização da representação.

A autora confere ao representado a liberdade (e legitimidade) de se fazer presente durante o mandato, sendo interessante a participação deles, ratificando o que ela vem a nomear de *poder negativo,* tendo consciência que[25]

> não é novidade dizer que embora os procedimentos possam conter a desordem social, sua eficácia é amplamente dependente de fatores éticos ou culturais. Isso é verdadeiro particularmente no caso da representação, pois o mandato que amarra o(a) representante à sua consciência é essencialmente voluntário; não é legalmente vinculativo.

[22] YOUNG, I. M. Representação política, identidade e minorias. *Lua Nova,* São Paulo, n. 67, p. 149, 2006.

[23] URBINATI, op. cit., p. 191.

[24] Urbinati tem sido considerada uma das mais importantes autoras que visam refletir os desafios e possibilidades da representação política. Para Feres Júnior & Pogrebinschi (2010) "a representação pertence à história e à prática da democratização e que tão importante quanto repensar o conceito de representação é pensar um conceito de representação democrática. O que está em jogo, portanto, é indagar as condições por meio das quais a representação pode ser (e pode vir a se tornar ainda mais) democrática" (p. 141).

[25] Ibidem, p. 216.

LivroPopulos.indb 55 23/10/2015 09:53:07

Para Urbinati, a concepção política de representação tende à "adesão" ou, mais detidamente, ao termo mais congruente ao sentido ora formulado: à representatividade. Esta idéia – original do termo *representativity* – indicaria mais do que uma mera adesão do representante às segmentações sociais politicamente à constituição da relação da representação. Na verdade, para a autora a representatividade, ao lado do conceito de 'defesa' (*advocacy*), seria um dos aspectos irredutíveis que caracterizariam uma representação como democrática. Ela induziria relações políticas (e não meramente jurídicas) de controle e responsabilidade, confirmando a representação como um processo circular entre as instituições estatais e as práticas sociais, e possibilitando que a mesma seja encarada como um modo de participação.

Neste ínterim, a questão da representação política não exclui faixas mínimas de participação para além das urnas. Nogueira admite essa possibilidade partindo do pressuposto que

> a representação não exclui que os indivíduos, os grupos, as associações, participem diretamente da vida pública, tanto no sentido de eleger bons representantes e de fiscalizá-los quanto no sentido de exercer pressão e controlar o poder do Estado, quanto enfim no sentido de agir para organizar melhor a comunidade.[26]

No que concerne ao poder democrático, pode-se dar relevo tanto à participação quanto à representação, uma vez que:

> numa situação democrática, todos participam e se fazem representar. Os representantes mantêm vínculos fortes com os representados. Representam-nos politicamente e por isso têm autonomia para decidir, mas não se descolam deles, nem viram as costas para eles.[27]

Os representados escolhem

> representantes e os fiscalizam, mas agem para interferir diretamente em todo o circuito da tomada de decisões. Fazem isso mediante pressões e negociações, bem como mediante atos de contestação das ordens e dos comandos e mediante ações práticas de proposição positiva, destinadas a equacionar e resolver problemas [...] a política democrática não pode ser concebida sem participação, representação e institucionalização, tanto quanto de uma idéia de limitação e regulamentação do poder coercitivo. Só temos como admitir um Estado soberano (isto é, livre e responsável perante seus súditos e

[26] NOGUEIRA, op. cit., p. 115.

[27] Ibidem, p. 116.

LivroPopulos.indb 56 23/10/2015 09:53:07

> diante dos demais Estados) se admitirmos a presença de um povo soberano (isto é, capaz de se autodeterminar).[28]

Segundo Powell[29] um governo democrático é responsivo quando implementa políticas que os cidadãos querem. A representação satisfaz o eleitor na medida em que este tem suas demandas e interesses assumido pelo representante. Desse modo, temos um axioma: a responsividade será alcançada potencialmente pela capacidade da representação tornar-se mais democrática, imprescindindo da participação dos eleitores e das organizações da sociedade civil junto aos mandatos.

Embora os representantes persigam a satisfação de suas bases, não se observa uma inclinação dos eleitos para estabelecer uma relação de fiscalização e prestação de contas. Leydet enxerga uma dupla-crise da representação. Crise dos dois modelos em questão: uma de caráter particular da sociedade, ligada a uma visão individualista (liberal) e uma organicista, um todo (comunidade política) precedendo as partes (republicano). A crise da representação seria

> no sentido eminente, mas também crise da representação-mandato, na medida em que a radicalização da exigência de presença/de identidade, de que é portadora a democracia contemporânea, conduz ao questionamento da capacidade dos parlamentos para assegurar adequadamente essa segunda forma de representatividade.[30]

Numa discussão semelhante, Miguel (2005) pensa no êxito da democracia representativa que "especializa" a política em torno de profissionais, sabendo que a política serve-se de técnicos. Segundo o autor

> nossos estados são muito extensos para que todos reúnam-se e muito populosos para que se possa imaginar um diálogo que incorpore cada um de seus cidadãos. As questões políticas são complexas demais para que dispensemos a especialização dos governantes, e, por sua vez, os afazeres privados absorvem demais cada um de nós, reduzindo ao mínimo o tempo para a participação política.[31]

Para ele, além da ausência da grande parte da população no cotidiano da política, a democracia representativa apresenta um conjunto de problemas, destacando-se três aspectos:

[28] NOGUEIRA, op. cit., p. 116.

[29] POWELL JR., G. Bingham. Elections as instrument of democracy. New Haven: Yale University Press, 2000. p. 62.

[30] LEYDET, op. cit., p. 81.

[31] MIGUEL, op. cit., p. 26.

LivroPopulos.indb 57 23/10/2015 09:53:07

> (1) a separação entre governantes e governados, isto é, o fato de que as decisões políticas são tomadas de fato por um pequeno grupo e não pela massa dos que serão submetidos a elas; (2) a formação de uma elite política distanciada da massa da população, como conseqüência da especialização funcional acima mencionada. O "principio da rotação", crucial nas democracias da Antiguidade – governar e ser governado, alternadamente –, não se aplica, uma vez que o grupo governante tende a exercer permanentemente o poder e (3) a ruptura do vínculo entre a vontade dos representados e a vontade dos representantes, o que se deve tanto ao fato de que os governantes tendem a possuir características sociais distintas das dos governados, quanto a mecanismos intrínsecos à diferenciação funcional, que agem mesmo na ausência da desigualdade na origem social, conforme Michels (1982 [1914]) tentou demonstrar já no início do século XX (p. 26-27).

A crise da representação tem um caráter multifacetado. O aprofundamento da crença de que vivemos numa era de baixa qualidade da democracia estimula pesquisas e questionamentos se as concepções e práticas representativas são dadas em comum acordo. As práticas dos representantes merecem um mais amplo detalhamento analítico por parte da ciência política e da teoria democrática. Uma perspectiva analítica tem se destacado em alguns debates, dentre eles, o papel da sociedade civil em produzir uma representação coletiva. Concordamos com Lavalle que

> é pertinente buscar uma perspectiva analítica que permita elaborar o papel inédito a representação coletiva conjugando uma tríplice operação: primeiro, preservar o núcleo normativo mínimo da representação – atuar em favor do representado; segundo, não aplicar critérios de avaliação que condenem *a priori* as novas práticas de representação à ilegitimidade – em definitivo, organizações civis não são nem podem agir como partidos políticos; terceiro, examinar essas práticas contra o pano de fundo da reforma da democracia a partir dos seus efeitos de inclusão política, sem suspender, todavia, as exigências normativas próprias de toda representação política democrática, o que inclui dispositivos de expressão de preferências e sanção sobre o representado. O pensamento de Edmund Burke oferece perspectivas interessantes para avançar na revisão do conceito de representação de modo a alargar suas fronteiras conforme esboçado acima. Segundo afirmara Burke (1774) o melhor dispositivo para garantir a autenticida-

LivroPopulos.indb 58 23/10/2015 09:53:07

de da representação – sua representatividade – seria a existência de um compromisso representativo genuíno; entrementes, dada a contingência desse componente subjetivo, a introdução de mecanismos institucionais formais tornava-se iniludível e desejável. A presunção de representar alguém, é claro, não equivale à sua efetiva representação; no entanto, o comprometimento com os interesses representados é um componente vital da representação, irredutível a dispositivos institucionais. Embora a dimensão subjetiva da representação tenha sido sistematicamente desvalorizada no campo das teorias da democracia, como apontado por Sartori em reconhecimento à arguta intuição de Burke quanto à importância dessa dimensão, as regras e desenhos institucionais tornam-se impotentes quando representantes não são animados ou comovidos por um "sentimento de representação" – *idem sentire, animus* (Sartori, 1962).[32] De modo mais preciso, se a representação é irredutível à mera representação presuntiva, a representatividade não pode prescindir do compromisso de representar. Aliás, não é descabido esperar que esse compromisso tenda a se manifestar com maior intensidade nas formas de representação coletiva do que no comportamento de partidos no parlamento.[33]

4 REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO: O CASO LATINO-AMERICANO

Um ponto importante para o desenvolvimento das agendas de pesquisa sobre a representação é a compreensão da participação da sociedade civil no processo decisório frente ao Estado, sem o intermédio de representantes. Trata-se da participação de movimentos sociais, ONGs, associações, sindicatos etc. em espaços de participação e deliberação sem a necessidade do estabelecimento de uma relação institucionalizada por via eleitoral. Em especial, o processo de fortalecimento dessa tendência pode ser observado na América Latina, que vivencia um período de democratização nas últimas décadas, posterior a um ciclo de regimes autoritários. Ainda assim, as estruturas estatais guardam um desenho autoritário intocado e resistente aos impulsos participativos.

É incontestável o fato da democracia assumir um lugar central ao longo do século XX. O conceito de democracia participativa maturada nesse ínterim perpassa pela ampliação do conceito de política mediante a participação dos

[32] Cf. A teoria da representação no Estado representativo moderno. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Minas Gerais, 1962.

[33] LAVALLE, Adrian Gurza; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, pluralização da representação e sociedade civil. *Lua Nova,* São Paulo, n. 67, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/>. Acesso em: 23 out. 2010.

LivroPopulos.indb 59 23/10/2015 09:53:07

cidadãos e a deliberação constituída em espaços públicos, sendo a democracia, não obstante, um sistema articulado de instâncias de intervenção dos cidadãos nas decisões. A democracia não pode servir somente como método de seleção e legitimação de governos, ou seja, "um método político, isso é, um certo tipo de arranjo institucional para se chegar a decisões políticas e administrativas".[34]

A participação democrática se contrapõe a essa concepção hegemônica de democracia. A concepção contra-hegemônica não descarta o procedimentalismo como elemento marcante da democracia. Mas avança no sentido da política ter como elemento constitutivo uma gramática social imprescindível à participação social e à pluralidade social e cultural da humanidade.[35]

A América Latina situa a agenda de discussão da democracia a partir dos anos 80 por meio de três aspectos: em primeiro, recolocou no debate a relação entre procedimento e participação social, fruto da influência dos movimentos sociais no processo de democratização em alguns países. Em segundo lugar, o aumento da participação social levou a uma redefinição sobre a adequação das questões burocráticas ao nível local. Por último, o problema da relação entre representação e diversidade cultural e social.[36]

Para os autores, existem duas formas possíveis de combinação entre democracia participativa e democracia representativa: coexistência e complementaridade. Esta, para tais, começa a emergir nos países semiperiféricos e periféricos, o que nos leva à disputa pela construção da democracia na América Latina. O projeto de democracia participativa se baseia na:

> ampliação do conceito de política mediante a participação cidadã e a deliberação nos espaços públicos, do que deriva uma noção de democracia como um sistema articulado de instâncias de intervenção dos cidadãos nas decisões que lhes concernem e na vigilância do exercício de governo.[37]

Para a autora, ao lado do projeto democrático-participativo convive o projeto autoritário e o neoliberal. O projeto democrático-participativo tem como núcleo central a concepção de aprofundamento e radicalização da democracia, que se depara com as limitações da democracia liberal-representativa como forma privilegiada das relações entre Estado e sociedade civil. Além do que

[34] SCHUMPETER, 1942 apud SANTOS & AVRITZER, 2009, p. 45.

[35] SANTOS, B. S.; AVRITZER, L. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, B. S. (org.). *Democratizar a democracia:* os caminhos da democracia participativa. 4. ed. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

[36] Ibidem, p. 55.

[37] DAGNINO, E., OLVERA, A. J.; PANFICHI. "Para uma outra leitura da disputa pela construção democrática na América Latina". In: DAGNINO, E.; OLVERA, A. J.; PANFICHI, A (orgs.). *A disputa pela construção democrática na América Latina.* São Paulo: Paz e terra; Campinas: UNICAMP, 2006.

LivroPopulos.indb 60 23/10/2015 09:53:07

> na América Latina, essa formulação do aprofundamento democrático por meio da extensão da participação, orientada para uma maior publicização do Estado que pudesse garantir os direitos de cidadania, encontrou sua expressão mais elaborada no Brasil. A partir dos anos 1980, movimentos sociais, sindicatos, intelectuais, ONGs e outras organizações da sociedade civil, bem como partidos políticos à esquerda, especialmente o Partido dos Trabalhadores (PT), participaram do esforço de elaborar e difundir esse conjunto de idéias [...] ela se concretizou institucionalmente na Constituição de 1988 que, ao consagrar o princípio da participação no exercício do poder no seu artigo 1º, abriu caminho para a implementação de instâncias participativas de vários tipos, tais como os Conselhos Gestores e os Orçamentos Participativos.[38]

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de representação confere autonomia ao representante desde as formulações iniciais durante a política moderna. No entanto, a teoria democrática contemporânea aponta a necessidade de "diminuir" esta autonomia por meio da criação de vínculos simbólicos-descritivos (similitude) e de interesses entre representante e representado, dando ênfase à "tomada de posição".

Soma-se a este debate o papel da participação e o seu caráter de complementaridade às instituições representativas, especialmente, no que tem sido pesquisado no contexto latino-americano. Este artigo, portanto, buscou debater de maneira inconclusiva o panorama do que se pode esperar das formulações normativas em torno das democracias atuais, mas o fato é que não se pode descartar enquanto agenda de pesquisa a vitalidade da discussão da participação e representação como processos confluentes, que deem conta, inclusive, das angústias e incertezas que rondam as democracias e os seus protagonistas. Talvez seja possível prever o sentido incontornável da participação como complementaridade à representação na construção normativa da democracia. Este não é um debate recente, mas muito bem solidificado desde o momento fundacional da representação na política moderna.

[38] Ibidem, p. 49.

LivroPopulos.indb 61 23/10/2015 09:53:07

REFERÊNCIAS

ARATO, Andrew. Representação, soberania popular, e accountability. *Lua Nova,* São Paulo, n. 55-56, 2002 . Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 19 out. 2010.

ARAUJO, Cicero. Representação, retrato e drama. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000200008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22 out. 2010.

ARENDT, H. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BAUMAN, Z. *Em busca da Política.* Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia.* Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

_____. Representação e interesses. In: SANTILLÀN, José F. (org.). *Norberto Bobbio*: o filósofo e a política (antologia). Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. p. 287-304.

DAGNINO, E. *Sociedade Civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____; OLVERA, A. J.; PANFICHI. "Para uma outra leitura da disputa pela construção democrática na América Latina". In:_____; OLVERA, A. J.; PANFICHI, A (orgs.). *A disputa pela construção democrática na América Latina.* São Paulo: Paz e terra, Campinas: UNICAMP, 2006.

DOMINGUES, J. M.; PONTUAL, A. C. "Responsabilidade ambiental e esfera pública na América Latina". In: DOMINGUES, J. M. *Aproximações à América Latina:* desafios contemporâneos. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007.

FERES JUNIOR, J; POGREBINSCHI, T. *Teoria Política contemporânea:* uma introdução. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 139.

HOCHSTETLER, Kathryn e FRIEDMAN, Elisabeth Jay. Representação, partidos e sociedade civil na Argentina e no Brasil. *Cad. CRH*, v. 21, n. 52, p.47-66, jan./abr. 2008.

LivroPopulos.indb 62 23/10/2015 09:53:07

KINZO, M. G. *Representação política e sistema eleitoral no Brasil.* São Paulo, Símbolo, 1980. p. 30-31.

LAVALLE, Adrian Gurza; CASTELLO, Graziela. Sociedade, representação e a dupla face da accountability: cidade do México e São Paulo. *Cad. CRH*, v. 21, n. 52, p. 67-86, abr. 2008.

_____; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, pluralização da representação e sociedade civil. *Lua Nova,* São Paulo, n. 67, 2006 . Disponível em: <http://www.scielo.br/>. Acesso em: 23 out. 2010.

LECHNER, Norbert. Os novos perfis da política: um esboço. *Lua Nova*, São Paulo, n. 62, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 17 out. 2010.

LEYDET, Dominique. Crise da Representação: o modelo republicano em questão. In: CARDOSO, Sérgio (org.) *O retorno ao republicanismo*: Belo Horizonte, UFMG, 2004. p. 76-77.

MANIN, B. As *Metamorfoses do governo representativo*. Tradução: Vera Pereira. Nova York: Cambridge University Press, 1998.

MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. Representação política e participação: reflexões sobre o déficit democrático. *Katálysis*, v. 10, n. 2, p.143-153, dez. 2007.

MIGUEL, L. F. Impasses da Accountability: dilemas e alternativas da representação política. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 25, p. 25-38, nov. 2005.

_____. Representação política em 3-D: elementos para uma teoria ampliada da representação política. *Rev. bras. Ci. Soc*., vol. 18, n. 51, p. 123-140, fev. 2003.

NOGUEIRA, M. A. *Potências, limites e seduções do poder*. São Paulo: UNESP, 2008.

PINTO, Céli Regina Jardim. Espaços deliberativos e a questão da representação. *Rev. bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 19, n. 54, fev. 2004 . Disponível em:<http://www.scielo.br/>. Acesso em: 27 nov. 2010.

PITKIN, H. *The Concept of Representation.* San Francisco: University of California Press, 1967. p. 153.

_____. Representação: palavras, instituições e idéias. *Lua Nova*: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 67, 2006.

LivroPopulos.indb 63 23/10/2015 09:53:07

POWELL JR., G. Bingham. Elections as instrument of democracy. New Haven: Yale University Press, 2000. p. 62.

RENNÒ, L. Responsividade e qualidade da democracia: eleitores e representantes no nível federal. In: LOPEZ, F.; SÁ E SILVA, F (coord.). *Mesa Redonda ABCP/IPEA: A nova institucionalidade democrática:* papel do Estado e novas formas de articular representação e participação. Brasília: IPEA, 2010 (no prelo).

SANTOS, B. S.; AVRITZER, L. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, B. S. (org.). *Democratizar a democracia:* os caminhos da democracia participativa. 4 ed. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

SCHMITT, Carl. *Théorie de la constitution.* Tradução de O. Beaud. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

URBINATI, N. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p.191-228, 2006.

YOUNG, I. M. Representação política, identidade e minorias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p.139-190, 2006.

LivroPopulos.indb 64 23/10/2015 09:53:07

LOS DERECHOS POLÍTICOS EN ESPAÑA Y BRASIL: UNA APROXIMACIÓN EN PERSPECTIVA COMPARADA[1]

Ingo Wolfgang Sarlet[2]

David Almagro Castro[3]

RESUMEN

El presente artículo aborda la regulación constitucional y el desarrollo legislativo complementario de los derechos políticos en los ordenamientos español y brasileño conceptuados jurisprudencial y doctrinalmente como pilar básico de la legitimación del Estado democrático de Derecho. Partiendo de tal centralidad sistemática este artículo persigue tres objetivos interrelacionados: abordar la fundamentación y la relación de interdependencia entre los derechos políticos y los principios democráticos y de soberanía popular; repensar la idoneidad de los parámetros referenciales de la titularidad de derechos políticos y, finalmente, analizar la praxis jurisprudencial y los mecanismos de participación política poniendo de manifiesto la incoherencia sistemática entre el modelo de democracia participativa diseñado constitucionalmente y las restricciones impuestas tanto constitucional cuanto legislativamente.

Palabras clave: Democracia. Derechos políticos. Nacionalidad. Ciudadanía. Participación.

ABSTRACT

The current paper undertakes a research over political rights having both, the constitutional and its legal complementary regulation, the Spanish and Brazilian systems as key references besides considering them, in a jurisprudentially and doctrinally way, as founding pillars of the democratic estate. Taking its systematic centrality as the starting point, this paper pursues three related goals: to make an analytical approach on the political rights founding theoretical principles: the democratic and people's sovereignty; rethink its entitlement's suitability founding parameters and, finally, analyze both the jurisprudential praxis and the current mechanics on political participation emphasizing the systemic incoherency between the participative democratic system constitutionally designed and the restrictions imposed by the constitution and the legal regulation.

[1] Artigo original publicado na Revista Estudios Constitucionales, n. 1, ano 2013, editada pelo Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

[2] Cordinador Programa Pos-Grado The PUCRS. iwsanlet@gmail.com.

[3] Pos-Doctorando en Derecho en PUCRS. davalmagrocastro@gmail.com.

LivroPopulos.indb 65 23/10/2015 09:53:07

Key words: Democracy. Political rights. Nationality. Citizenship. Political participation.

INTRODUCCIÓN

Los derechos políticos son considerados pieza angular del Estado democrático. Solo en el marco institucional de una democracia constitucional pueden alcanzar plenitud de sentido y eficacia. Y a este *status quo* responde su categorización en los ordenamientos jurídicos español y brasileño en una doble proyección: como derechos fundamentales y como piezas centrales de la legitimación del régimen democrático. Tomando como panorama referencial el anteriormente descrito el presente artículo se dividirá en dos bloques interrelacionados entre sí. Un primer punto en el que se establecerá la relación causal y de interdependencia de los principios democráticos y de soberanía popular como fundamento de los derechos políticos. Complementariamente se realizará un recorrido sobre el "estado del arte" en la doctrina, debe advertirse que sin ánimo conclusivo, sobre la categorización de los derechos políticos como dimensión autónoma o bien como integrantes de una categoría mixta de derechos fundamentales

Un cambio de enfoque, con carácter predominantemente analítico, se propondrá en los puntos segundo y tercero. Reseñados los referenciales axiológicos y teleológicos de los derechos políticos se dará paso a un estudio de carácter *deconstructivo* del derecho positivo vigente en materia de derechos políticos. Serán objeto de crítica los parámetros referenciales de la titularidad de los derechos políticos, la nacionalidad y la ciudadanía, en el marco de las actuales sociedades post-modernas y la consiguiente exclusión de los extranjeros como posibles titulares de derechos políticos, realidad difícilmente justificable en función de las mutaciones socio-políticas habidas con indudables reflejos jurídicos hoy día minusvaloradas por la doctrina científica.

Ya en el último punto serán analizados en perspectiva comparada los mecanismos de participación política actualmente existentes desde una doble perspectiva: su configuración constitucional y desarrollo legislativo complementario. La participación política es parámetro referencial de la democrática participativa tal y como fue afirmada en los artículos 9.2 y 1 de las constituciones española y brasileña. Norma de carácter teleológico, su configuración constitucional y desarrollo legislativo pondrá de manifiesto severas restricciones y disfunciones respecto al ideal de democracia participativa reconocido por ambos cuerpos constitucionales, afectando a la propia legitimidad del Estado democrático de derecho sustentado sobre los principios democrático y de soberanía popular.

1 LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE SOBERANÍA POPULAR COMO FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

Los derechos fundamentales son proyección material en el Estado constitucional del principio democrático, entendidos en palabras de Gómes

LivroPopulos.indb 66 23/10/2015 09:53:07

como "*forma de vida*, como *forma de racionalización del proceso político* y como *forma de legitimación del poder.* El principio democrático constitucionalmente consagrado es más que un método o técnica de elección de los gobernantes por los gobernados, pues, como principio normativo, considerado en sus diversos aspectos políticos, económicos, sociales y culturales él aspira a tornarse impulso dirigente de una sociedad."[4]

Estos principios se reflejan en el contenido de los derechos fundamentales en una doble dimensión: a) individual, a través del reconocimiento del derecho de igualdad y de un espacio de libertad individual y b) colectiva a través de los derechos políticos, garantes del derecho de participación política libre e igualitaria de todos los ciudadanos en la conformación y legitimación de los órganos de poder estatales.[5] En consecuencia, puede afirmarse la siguiente idea: la positivación y garantía de los derechos políticos es *conditio sine qua non* de la operatividad del principio democrático al tiempo que parámetro de legitimidad del mismo.[6] A sensu contrario, cabe afirmar que allí donde no haya derechos políticos reconocidos y garantizados no habrá democracia.

La finalidad que convierte a los derechos políticos en parámetro de legitimidad del principio democrático es el atribuir al *ciudadano* la capacidad jurídica de intervenir en la gestión de los asuntos públicos[7] (de acuerdo con la clásica expresión *status activae civitavis* de G. Jellinek).[8] Y es que, a medida que las democracias constitucionales inspiradas en el principio democrático como legitimación del ejercicio del poder han ido imponiéndose como régimen político, los derechos políticos han ido ganando presencia en el cuerpo de

[4] GÓMES (2012), p. 288.

[5] "[…] Los derechos políticos están intrínsecamente relacionados con la estructura básica del Estado democrático. Tales derechos, garantizadores del permanente ingreso del poder popular en el Estado, son los responsables por la efectivación de dos compromisos fundamentales del Estado constitucional, cuales son, el compromiso con la democracia y el compromiso con la limitación del poder político." ROMANELLI (2005), p. 137. En sentido similar, Cf. GÓMES (2012), p. 290.

[6] SARLET (2011), p.61.

[7] "Sin perjuicio de la mayor extensión que los Derechos políticos puedan alcanzar en los ordenamientos contemporáneos, originariamente dicha expresión alude a aquellos derechos individuales que materializando e individualizando el principio de soberanía popular, habilitan al ciudadano a ejercer aquellas facultades que le corresponden como parte integrante del pueblo, titular último de la soberanía." AGUIAR DE LUQUE (2005), p.451.

[8] ALEXY sintetiza la significación del *status activae civitatis* de Jellinek en los siguientes términos: "Aquello que el deber y la obligación impuestos al individuo representan para el status pasivo, que la facultad representa para el status negativo y que el derecho a algo representa para el status positivo es representado para el status activo o status de la ciudadanía activa por el concepto de competencia. Para que el individuo adquiera ese status, a él "deben ser otorgadas capacidades que estén más allá de su libertad natural", como por ejemplo el derecho de votar. […] Según Jellinek, del estado activo deben hacer parte tan solo las competencias que tengan por objeto una "participación en el Estado", que tiene por objetivo la "formación de la voluntad estatal.", ALEXY (2011), p.268. En sentido similar, SARLET dice así: "En la medida en que los derechos políticos son considerados como derechos de participación (en el sentido de una posición activa del individuo) en la actividad estatal y en la conducción del interés público, acostumbran - …- ser encuadrados en el status civitatis de Jellinek o en el ámbito de las libertades- participación de los franceses.", SARLET (2011), p. 176. MIRANDA identifica los derechos políticos con los derechos pertenecientes al *status activae civitatis* con presencia en el texto constitucional portugués de 1976: "Finalmente, hay derechos de la persona frente al Estado o en el Estado, derechos de participación en la vida pública y en la dirección de los asuntos públicos del país[…]. Se identifican con el *status activae civitatis* de Jellinek[…].", MIRANDA (2008), p. 109.

LivroPopulos.indb 67 23/10/2015 09:53:07

los textos constitucionales.[9] Cuestión diferente, como será puesto de manifiesto más adelante, es saber si estos constituyen una dimensión específica e independiente del resto de categorías que conforman la teoría general de los derechos fundamentales.

El marco institucional donde los derechos políticos adquieren pleno sentido no es otro que la democracia constitucional. Como organización política en la cual el poder pertenece al pueblo el ejercicio del mismo precisa de la participación efectiva de aquel.[10] Y el instrumento jurídico adecuado para ello son los derechos políticos. En la democracia constitucional los derechos políticos cumplen, pues, una función que los convierte en fundamentales: materializar el principio de soberanía popular y por extensión realizar el principio democrático a través, principalmente, del derecho de sufragio activo.[11] Un derecho de sufragio activo que si bien es el más elemental de los derechos políticos propios de todo sistema democrático no agota el contenido de los mismos.[12] Las demandas participativas de la ciudadanía en las diversas esferas de la sociedad pos-moderna - política, económica, social y cultural - han tenido reflejo en la esfera constitucional mediante la ampliación del contenido de los derechos políticos.[13]

Apriorísticamente, hoy día sigue siendo ilustrativa del contenido general de los derechos políticos la clásica expresión de G. Jellinek como

[9] La CF 1988 se hizo eco de la creciente relevancia de una adecuada sistemática de los derechos políticos para la legitimación del sistema democrático optando por atribuirles un capítulo propio, el IV, bajo el título "Dos direitos políticos".

[10] "Como no existe identidad entre gobernantes y gobernados y como no es posible legitimar un dominio con base en simples doctrinas fundamentadoras es el principio democrático el que permite organizar el dominio político según el programa de autodeterminación y autogobierno: el poder político es constituido, legitimado y controlado por ciudadanos (pueblo), igualmente legitimados para participar en el proceso de organización de la forma de Estado y de gobierno." GÓMES (2012), p.290.

[11] "El derecho de sufragio es la forma en que las constituciones han dado una respuesta práctica al problema que se planteara J.J. Rousseau en el *Contrato Social* de <<cómo hallar una forma de asociación que proteja y defienda mediante toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes>> PÉREZ ROYO (2010) ,p. 370. En sentido similar, SÁNCHEZ concretiza el ejercicio de la soberanía popular en los siguientes términos: " Esta se ejerce principalmente a través del derecho de sufragio, en cuyo caso el pueblo se concreta en una colectividad más restringida, cual es el cuerpo electoral.", SÁNCHEZ (1979), p. 179. LEMBO y CAGGIANO afirman coincidentemente lo siguiente: "En efecto, el *derecho de sufragio* es erigido, hoy, uno de los derechos más eminentes – *directamente relacionados al hombre político* - exactamente por atribuirle, quiera activamente, quiera pasivamente, *la participación en el polo epicéntrico de las decisiones políticas*." LEMBO y CAGGIANO (2010), p.866.

[12] Sobre la amplitud de los derechos políticos en la CF 1988, LEMBO y CAGGIANO afirman: "A la par de prestigiar la vocación para el voto, propia del pueblo brasileño, la Constitución de 1988, concebida como la *constitución ciudadana*, corresponde a un avance en la mejora de la democracia y, consecuentemente, integra el tratamiento privilegiado de los derechos políticos. Plasmado sobre los principios vectores, estructurantes del modelo democrático acogido por los constituyentes, y enrolados en el artículo 1º de este texto, el nuevo y avanzado documento constitucional busca garantizar la *participación política* por intermedio de los instrumentos catalogados en su artículo 14, y, de entre ellos, el de mayor relevancia, el *sufragio universal*, *conformado por el voto directo, secreto y con valor igual para todos – el derecho de sufragio* (artículo 14, caput)." LEMBO y CAGGIANO (2010), p. 866.

[13] En este sentido, el art. 9.2 CE dispone: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social." Sobre el contenido del art. 9.2 CE 1978, cf. SÁNCHEZ (1979), pp. 171 y ss.

LivroPopulos.indb 68 23/10/2015 09:53:07

configuradores de un *status activae civitatis*:[14] es decir, aquel conjunto de derechos que permiten al ciudadano el manifestar de forma directa la voluntad estatal o bien contribuir a la manifestación de la misma.[15] Una aproximación inicial al contenido de los derechos políticos sería pues aquella que permitiría la participación política del ciudadano en una triple vertiente: a) de forma directa (principalmente mediante las figuras jurídicas del referendo, el plebiscito y la iniciativa legislativa popular); b) de forma indirecta, mediante la elección de los representantes que conformarán la voluntad de los órganos representativos del Estado; c) mediante la directa incorporación del ciudadano a los poderes estatales o bien a la función pública. El conjunto de tales derechos de participación posibilita la materialización del principio que les sirve de fundamento: el principio de soberanía popular.[16]

Como se adelantó anteriormente, la ampliación de las diversas esferas de actividad de la persona humana y la interdependencia funcional entre las mismas en la sociedad pos-moderna con amplio reflejo en los textos constitucionales[17] ha incrementado la complejidad de la estructura normativa de los derechos fundamentales. Hoy día la distinción clásica de los derechos fundamentales como derechos de libertad o resistencia y derechos de prestación se revela insuficiente para regular eficazmente las complejas relaciones de las personas entre sí y con el aparato estatal. Y este problema afecta igualmente a los derechos políticos. Ontológicamente no hay dudas: los derechos políticos son derechos fundamentales. Sin embargo, no parece existir consenso entre la doctrina sobre su configuración como dimensión autónoma de derechos fundamentales.

Los derechos políticos, *indudablemente*, contienen elementos propios de los derechos de libertad.[18] La titularidad de los derechos políticos otorga una doble esfera de libertad: positiva, mediante la cual y a

[14] PÉREZ interpreta el *status activae civitatis* de Jellinek en los siguientes términos: "Para George Jellinek los derechos políticos, integrados en el *status activae civitatis*, son aquellos que permiten al ciudadano participar en la formación de la voluntad del Estado como miembro de la comunidad política, a través del ejercicio – que es, a la vez, derecho y deber – de determinadas funciones públicas. Se trata de derechos que hallan su fundamento en el principio de soberanía popular, a cuyo desarrollo y concreción se dirigen.", PÉREZ (1993), p. 181. Sobre la vigencia de la teoría de los status de Jellinek, ALEXY dice así: "A despecho de sus innúmeras oscuridades y algunas deficiencias, la teoría de los status de Jellinek es el ejemplo más formidable de construcción teórica analítica en el ámbito de los derechos fundamentales. Los conceptos centrales de esa teoría – los cuatro status – son abstracciones sobre posiciones de carácter elemental. Eso fundamenta tanto sus puntos fuertes cuanto sus puntos débiles. Sus puntos débiles son las no siempre claras relaciones entre las posiciones elementales y el status y las tampoco siempre claras relaciones entre diferentes posiciones elementales entre sí." ALEXY (2011), pp.269-270. Para un estudio crítico del *status activae* vid. por todos ALEXY (2011), pp. 267-269.

[15] AGUIAR DE LUQUE (2005), p. 456.

[16] Cf. PÉREZ (1993), p. 181.

[17] *Vid*. art. 9.2 CE 1978 y art. 5º, § 1º CF 1988.

[18] AGUIAR DE LUQUE (2005), p.461.

LivroPopulos.indb 69 23/10/2015 09:53:07

través principalmente del ejercicio del derecho de sufragio activo el ciudadano contribuye a la conformación de la voluntad de los órganos estatales; y negativa, ya que el *agere licere* del que es titular cuenta igualmente con una dimensión negativa, materializada en la imposibilidad por parte de los poderes públicos de ejercer coacción alguna sobre el ciudadano forzando su participación.[19] Sin embargo, la dimensión subjetiva[20] de los derechos políticos como conjunto de facultades jurídicas atribuidas a sus titulares no agota su contenido.[21] Por su trascendencia en la materialización del principio democrático - estructurante del Estado democrático[22]-, los derechos políticos tienen igualmente una dimensión objetiva que trasciende al individuo para centrarse en la dimensión colectiva y social.[23]

En este sentido, Francisco Balaguer afirma que "La agrupación de los derechos en categorías siempre resulta más propedéutica que rigurosa, pero tanto desde una perspectiva histórica como conceptual es posible encuadrar a los derechos de reunión, asociación, participación y petición en un grupo con un elemento definidor: constituyen un cauce para la paulatina participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. De esta forma, estos derechos individuales tienen una nítida proyección social e inciden, de mayor o menor forma, sobre la comunidad política." [24]

[19] Cf. con AGUIAR DE LUQUE y GONZÁLEZ (1996), p.652.

[20] Sobre el contenido de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, PÉREZ afirma: En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no solo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social." PÉREZ (1993), p. 25.

[21] BASTIDA *et al.* aluden a la doble dimensión de los derechos fundamentales en los siguientes términos: "En todo derecho fundamental puede diferenciarse una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva; es decir, […], junto a los derechos fundamentales como derechos subjetivos tradicionales frente al poder público, aparecen los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido que se irradia en todos los ámbitos del ordenamiento; este efecto de irradiación afecta las tres funciones del Estado: se extiende a la conformación material de prescripciones de Derecho por parte del legislador o normador, con lo que éstas toman en sí el contenido objetivo de los derechos fundamentales; a la actuación del ejecutivo en el ámbito de sus funciones, y a la interpretación y aplicación de prescripciones por parte del juez." BASTIDA *et al.* (2005), p. 50.

[22] SÁNCHEZ atribuye a la participación conditio sine qua non de la existencia de un Estado democrático en los siguientes términos: "Por el contrario, la expresión Estado democrático […] tiene un carácter eminentemente político. Alude precisamente a los fundamentos y al modo de gestión del poder público para resaltar, por un lado, la legitimación de todo poder en la voluntad popular y, por otro, la obligación de ejercer ese poder teniendo en cuenta la voluntad popular manifestada. Desde este punto de vista, lo importante es que la organización de los poderes públicos y el proceso de elaboración de sus decisiones garanticen la adecuación de la decisión final a la voluntad del pueblo. En este sentido el principio de participación se reconduce a la fórmula del Estado democrático. Será la intervención de los ciudadanos, de una u otra forma, en el proceso de determinación de las decisiones colectivas, lo que constituya al Estado en democrático." SÁNCHEZ (1979), p. 178.

[23] "Los Derechos políticos constituyen así una pieza básica para la definición del régimen constitucional como sistema político democrático y esta dimensión objetiva acarrea unas consecuencias interpretativas que no pueden pasar desapercibidas. Dicho en otros términos, aunque evidentemente detrás del sistema democrático late también un determinado entendimiento de la dignidad humana (la participación política en un valor en sí misma, ha escrito Habermas), los Derechos políticos no son exclusivamente unos derechos reconocidos por el ordenamiento a favor del individuo para su plena realización como ser humano y que tienen a este como único destinatario/beneficiario, sino que contribuyen de modo determinante a la configuración del sistema político en su conjunto" AGUIAR DE LUQUE (2005), p. 462.

[24] BALAGUER (2011), p.234.

LivroPopulos.indb 70 23/10/2015 09:53:07

En la doctrina brasileña, el profesor da Silva, al referirse a diversos mecanismos de participación que conforman los derechos políticos les atribuye la naturaleza de derechos colectivos.[25] Da Cunha Junior les atribuye igualmente condición mixta de derechos positivos y negativos en los siguientes términos: "Las normas concernientes a los derechos políticos positivos establecen las condiciones para el ejercicio de la ciudadanía política, comprendiendo, como núcleo fundamental, las prerrogativas de votar y ser votado. Ya las normas atientes a los derechos políticos negativos cuidan de limitar el ejercicio de la ciudadanía, disciplinando las hipótesis de inelegibilidades y perdida y suspensión de derechos políticos."[26]

Ingo Sarlet considera que los derechos políticos, en su condición de derechos de participación de los ciudadanos en la vida política, tienen naturaleza mixta de derechos de defensa[27] y derechos a prestaciones.[28] El logro de una eficacia material de los derechos políticos precisa concretizar la dimensión objetiva de estos reconociendo la existencia de derechos fundamentales a la protección mediante organización y procedimiento.[29] A través de aquellos el Estado tiene la obligación – a través del legislador orgánico - de crear procedimientos que garanticen

[25] DA SILVA (2005), p. 195.

[26] DA CUNHA JUNIOR (2012) p.809.

[27] ALEXY define los derechos de defensa en los siguientes términos: "Los derechos de los ciudadanos, contra el Estado, a acciones estatales negativas (derechos de defensa) pueden ser divididos en tres grupos. El primer grupo está compuesto está compuesto por derechos a que el Estado no impida o no dificulte determinadas acciones del titular del derecho; el segundo grupo, de derechos a que el Estado no afecte determinadas *características* o *situaciones* del titular del derecho; el tercer grupo, de derechos a que el Estado no elimine determinadas *posiciones jurídicas* del titular del derecho.", ALEXY (2011), p. 196. Sobre la amplitud de la protección, ALEXY dice así: "Derechos a protección pueden tener los mas diferentes objetos. […]. No es apenas la vida y la salud los bienes susceptibles de ser protegidos, sino todo aquello que sea digno de protección a partir del punto de vista de los derechos fundamentales: por ejemplo, la dignidad, la libertad, la familia y la propiedad. No menos diversas son las posbiles formas de protección. Ellas abarcan, por ejemplo, la protección por medio de normas de derecho penal, por medio de normas de responsabilidad civil, por medio de normas de derecho procesal, por medio de actos administrativos y por medio de acciones fácticas." ALEXY (2011), p. 450.

[28] "Los derechos que el ciudadano tiene, contra el Estado, a acciones estatales positivas pueden ser divididos en dos grupos: aquel cuyo objeto es una acción fáctica y aquel cuyo objeto es una acción normativa. […] Cuando se habla de "derechos a prestaciones" se hace referencia, en general, a acciones positivas fácticas. Tales derechos, referidos a prestaciones fácticas que, en esencia, pueden ser realizadas también por particulares, deben ser designados como derechos a prestaciones en sentido estricto. Pero, más allá de derechos a prestaciones fácticas, se puede hablar también de prestaciones normativas. En ese caso, también los derechos a acciones positivas normativas adquieren el carácter de derechos a prestaciones. Ellos deben ser designados como derechos a prestaciones en sentido amplio." ALEXY (2011), pp. 201-202.

[29] ALEXY define y concreta la categoría procedimientos en los siguientes términos: "Procedimientos son sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado. […] Las normas de organización y procedimiento deben crearse de forma que el resultado sea, con suficiente probabilidad y en medida adecuada, conforme a los derechos fundamentales." ALEXY (2011), p. 473. Por derechos a procedimientos entiende ALEXY: "Derechos a procedimientos pueden ser tanto derechos a creación de determinadas normas procedimentales cuanto derechos a una determinada "interpretación y aplicación concreta" de normas procedimentales. El derecho a procedimientos como derecho a protección jurídica efectiva, en este caso, tiene por destinatario los tribunales. De otra parte, los derechos a procedimientos que tienen por objeto la creación de normas procedimentales, por ser derechos al establecimiento de normas, tienen como destinatario el legislador." ALEXY (2011), p. 474.

LivroPopulos.indb 71 23/10/2015 09:53:07

la participación real y ectiva de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal.[30] [31]

Con independencia de la clasificación que se quiera adoptar, como categoría autónoma o como categoría mixta entre los derechos de defensa y prestacionales, los derechos políticos resultan esenciales en el ordenamiento jurídico del Estado constitucional al garantizar a los ciudadanos ¿y solo a ellos? un espacio de libertad individual y un derecho de participación individual – pero con trascendencia colectiva- en la conformación de los órganos estatales de acuerdo a las exigencias propias de los principios esenciales que configuran la democracia constitucional: el principio democrático y la soberanía popular.[32] De su reconocimiento y eficacia dependerá en buena medida la legitimación del Estado democrático de derecho.[33]

2 TITULARIDAD DE LOS DERECHOS POLITICOS: LOS REQUISITOS PREVIOS DE LA NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA EN LAS CE DE 1978 Y CF DE 1988

En el constitucionalismo democrático español y brasileño los parámetros de la titularidad de los derechos políticos son la *nacionalidad* y *ciudadanía*.[34] Herencia decimonónica[35] basada en la atribución de la soberanía a un ente colectivo – la Nación-, la nacionalidad[36] es el vínculo jurídico-político

[30] SARLET (2011) pp. 176-177.

[31] En tal sentido, ejemplo paradigmático de derecho a procedimientos y organización es la obligación que sobre el legislador pesa de desarrollar los institutos, garantías y procedimientos adecuados al ejercicio del derecho de sufragio activo mediante la legislación electoral. Complementariamente estos derechos a organización y procedimiento pueden ser aplicados a aquellos otros derechos fundamentales que tienen por finalidad la participación en el proceso de formación de la voluntad legislativamente relevante, como por ejemplo el derecho de libertad ideológica, de reunión y asociación. Cf. con ALEXY, (2011), pp.498-499.

[32] Sobre el principio de soberanía popular y su virtualidad práctica en la CE 1978, SÁNCHEZ se expresa en los siguientes términos: "La soberanía popular es hoy un principio tan generalizado como inoperante, puesto que las limitaciones constitucionales a las formas de expresión de la voluntad popular son en la práctica las que determinan o definen el contenido del propio precepto. Sin embargo, son precisamente los esquemas organizativos los que deben interpretarse a la luz del principio de la soberanía popular y no a la inversa, por el carácter informador de éste." SÁNCHEZ (1979), pp. 178-179.

[33] "Si considerados en el vértice de las libertades públicas los derechos políticos aparecen como instrumentos de articulación interna del orden democrático del Estado de derecho, considerados desde el punto de vista de los ciudadanos representan una progresiva ampliación de su consciencia y actividad política. En suma, a través del ejercicio de estos derechos se posibilita, en el plano objetivo, la garantía de legitimación democrática del poder, al tiempo que, en el subjetivo, se condicionan y delimitan las experiencias más decisivas en la vida social de los ciudadanos." PÉREZ (1993), pp.182-183.

[34] Para un estudio histórico detallado del surgimiento y evolución de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, *vid*. ALÁEZ (2005), pp. 29-71.

[35] "La Revolución Francesa aporta un contenido político a la noción de nacionalidad, es decir, conformando la ciudadanía a partir del nacional." RODRÍGUEZ-DRINCOURT (1999), p.103.

[36] DA CUNHA JUNIOR define la nacionalidad en los siguientes términos: "Nacionalidad es el vínculo de naturaleza jurídico-política que, por nacimiento o naturalización asocia a un individuo a un determinado Estado, pasando en consecuencia a integrar el pueblo de ese Estado, habilitándolo para disfrutar de todas la prerrogativas y privilegios concernientes a la condición de nacional." DA CUNHA JUNIOR (2012), p.792. En términos similares, DE MORAES se refiere a la nacionalidad de la siguiente forma: "Nacionalidad es el vínculo jurídico político que liga un individuo a

LivroPopulos.indb 72 23/10/2015 09:53:07

que sigue condicionando en gran medida, cuando no totalmente, el disfrute de los derechos de participación a la pertenencia del individuo al colectivo nacional soberano.[37] Y a este *estado de la ciencia* no son ajenas ni la CE de 1978 ni la CF de 1988.

En el caso español, el artículo 13.2 CE dice así

> Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

Balaguer define la trascendencia de la nacionalidad para el reconocimiento de los derechos políticos en los siguientes términos: " La nacionalidad, en consecuencia, se erige también en condición para poder ser titular sin ninguna excepción de los derechos establecidos por el ordenamiento y para poder ejercitarlos en condiciones de absoluta igualdad. […] Netamente, los derechos que pueden verse afectados son, sobre todo, los de participación política y acceso a los cargos y funciones públicas[…]."[38]

Ser nacional es *conditio sine qua non* para el disfrute en condiciones de plenitud de los derechos políticos. Pero no es condición suficiente. Aparte de ser nacional, es preciso ostentar la condición de ciudadano. Da Cunha Junior establece la relación causal entre los conceptos nacional y ciudadano al decir que "No se confunde nacional con ciudadano. Nacional, ya se dijo, es el individuo que compone el pueblo de un Estado, por nacimiento o naturalización. Ciudadano es el nacional en el gozo de derechos políticos; esto es, es el nacional alistado en la justicia electoral, apto para ejercer el derecho de votar y ser votado. Así, ni todo nacional es ciudadano, pero todo ciudadano es nacional."[39]

El derecho de participación política, epicentro de los derechos políticos situado topográficamente en el art. 23 CE [40] es, según la redacción dada por

un cierto y determinado Estado, haciendo de este individuo un componente del pueblo, de la dimensión personal de este Estado, capacitándolo para exigir su protección y sujetándolo al cumplimiento de deberes impuestos." DE MORAES (2012), p. 217.

[37] ALAEZ (2005), pp. 70-71.

[38] BALAGUER (2011), p.76.

[39] DA CUNHA JUNIOR (2012), p. 791.

[40] El derecho de participación política, regulado en el artículo 23, forma parte del Título I de la CE (capítulo I, sección II), y es definido constitucionalmente en los siguientes términos: "1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes". El TC, en su STC 5/83, de 4 de febrero, FJ4 definió la titularidad del derecho de participación en los siguientes términos: "[…] el derecho a participar corresponde a los ciudadanos y no a los partidos […]." En sentido similar, STC 51/84, de 25 de abril, FJ4, que dice así: los derechos constitucionales, reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, que otorga a los ciudadanos un derecho a participar en los asuntos públicos, que se ejercita directamente por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas y por sufragio universal. Tienen razón la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo cuando señalan que éste es un derecho que se otorga a los Ciudadanos en cuanto tales y, por consiguiente.

LivroPopulos.indb 73 23/10/2015 09:53:07

el constituyente, un derecho *exclusivamente* atribuido a los ciudadanos. Es más, en palabras de Pérez "Es el único derecho exclusivamente ciudadano que existe en la Constitución. Más todavía: es el derecho constitutivo de la ciudadanía".[41]

No obstante, la CE de 1978 admite dos salvedades, ambas con origen en la sujección de España a instancias jurídicas comunitarias.[42] Una primera producto de la adhesión de España a la Unión Europea (mediante la ratificación del Tratado de la Unión Europea de 1992) que otorga la titularidad del derecho de sufragio en su doble vertiente – activa y pasiva – a los extranjeros comunitarios en las elecciones municipales. Y una segunda basada en el principio jurídico de la *reciprocidad*, consistente en la ratificación de tratados internacionales que otorguen alternativamente a ciudadanos españoles y extranjeros no comunitarios el derecho de participación en las elecciones municipales en sus lugares de residencia.[43]

Por último, en relación a la titularidad del derecho de participación política es un derecho reconocido exclusivamente a las personas físicas. El Tribunal Constitucional Español (en adelante, TC) fijó claramente los criterios hermenéuticos sobre la titularidad del derecho atribuyéndolo *exclusivamente* a las personas físicas. No son titulares pues las personas jurídicas, entre las cuales cabe destacar los sindicatos y sobre todo los partidos políticos.[44]

En el constitucionalismo brasileño y de manera análoga al español hay igualmente una estrecha conexión teleológica entre los derechos de la nacionalidad (art. 12 y 13 CF) y los derechos políticos (art. 14-16 CF), si bien se incluye a los partidos políticos (art. 17CF). Pero igualmente hay particularidades que por su relevancia sistémica merecen un doble *excursus.* El constituyente brasileño, a diferencia del español, otorgó una mayor densidad constitucional a los derechos políticos en un doble sentido: sistemáticamente, les atribuyó un capítulo propio, el IV, titulado "Dos direitos políticos" reconociendo por tanto la importancia de una adecuada configuración por su condición de normas de legitimación del sistema democrático. El art. 14, además de los institutos, condiciones y garantías propias de un adecuado

a las personas individuales, no es un derecho que pueda reconocerse genéricamente a las personas Jurídicas."

[41] PÉREZ (2010) p. 371.En sentido similar, BALAGUER opina: […] Es el único derecho que la Constitución atribuye única y exclusivamente a los españoles, esto es, que por expresa previsión constitucional no puede ser reconocido a los extranjeros, al tratarse de un derecho a través del cual se eligen los órganos que ejercen competencias de soberanía (DTC 1/1992)." BALAGUER (2011), p. 262.

[42] En este sentido, el art. 10.2 CE 1978 impone la obligatoriedad de que los derechos y libertades fundamentales sean interpretados de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales suscritos por España sobre las mismas materias.

[43] Para un estudio en profundidad del principio de reciprocidad en la CE 1978, vid. AJA y MOYA (2005), p. 71-81.

[44] En este sentido, el TC afirmó en su Sentencia 63/1987, de20 de mayo, FJ.5 lo siguiente: "Este derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, lo ostentan sólo, según el dictado del propio precepto constitucional, «1os ciudadanos», y así ha venido a reconocerlo una muy reiterada doctrina de este Tribunal, de conformidad con la cual no son titulares de la situación jurídica así garantizada otras personas o entes, como los sindicatos o los mismos partidos políticos (SSTC *53/1982,* de 22 de julio; *5/1983,* de 4 de febrero; *23/1983,* de 25 de marzo, y 51/1984, de 25 de abril).

LivroPopulos.indb 74 23/10/2015 09:53:07

ejercicio de la dimensión activa individual y colectiva de los derechos políticos recoge - de forma novedosa en relación al constituyente español - diversos supuestos especificos de ineligiblidades e incompatibilidades en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo (art. 14 §4[45], §5[46], §6[47], §7[48], §8)[49] [50].

Mención especial merece el § 9[51] cuyo texto literal dice así

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

El § 9º tiene una especial relevancia por imponer mandato directo al legislador en materia de derecho sufragio pasivo, mandato que no es otro que el de desarrollar ley complementar[52] con un doble objetivo: ampliar las

[45] Sobre las inelegibilidades del art. 14§ 4 vid. STF ADI 1.057-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-4-1994, Plenário, DJ de 6-4-2001.). En sentido similar, vid. STF ADI 4.298-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 7-10-2009, Plenário, DJE de 27-11-2009.

[46] Sobre las condiciones de elegibilidad del art. 14§5 vid. STF RE 637.485, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 1-8-2012, Plenário, Informativo 673, com repercussão geral.)/ vid. STF ADI 1.805-MC, rel. min. Néri da Silveira, julgamento em 26-3-1998, Plenário, DJ de 14-11-2003.

[47] Sobre las condiciones de elegibilidad del art. 14§ 6, vid. STF RE 345.822, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 18-11-2003, Segunda Turma, DJ de 12-12-2003.

[48] Sobre las condiciones de inelegibilidad del art 14§ 7 vid. STF RE 568.596, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 1º-10-2008, Plenário, DJE de 21-11-2008, com repercussão geral/ vid. STF RE 543.117-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-6-2008, Segunda Turma, DJE de 22-8-2008

[49] Sobre las condiciones de elegibilidad del art. 14§ 8 vid. STF RE 279.469, Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, julgamento em 16-3-2011, Plenário, DJE de 20-6-2011.

[50] El dispositivo constitucional del art. 14 explicita las siguientes inelegibilidades**: § 4º** São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos. **§ 5º** - O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subseqüente. **§ 6º -** Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. **§ 7º** - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. **§ 8º -** O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições: **I** - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; **II** - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

[51] Sobre las causas de inelegibilidad del art. 14§ 9 vid. STF ADC 29; ADC 30 e ADI 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 16-2-2012, Plenário, DJE de 29-6-2012/ Sobre las consecuencias de la perdida de la condición de elegibilidad vid. STF AC 2.763-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 16-12-2010, DJE de 1º-2-2011.

[52] El leitmotiv de la Lei complementar nº 135/2010, de 4 de junio, conocida como "Lei da Ficha Limpa" es apuntado por REIS de la siguiente forma: "El 10 de diciembre de 2007, el Movimiento de Combate a la Corrupción Electoral (MCCE) decidió activar la Campaña Ficha Limpia con la finalidad de dar respuesta a la creciente demanda social por aumentar el rigor en los criterios para la definición de candidaturas y la determinación constitucional contenida en el art. 14, §9 de la Constitución Federal que exigía del Congreso Nacional la adopción de ese encargo. […] El proyecto de ley a ser presentado tenía por fundamento la siguiente premisa: no es recomendable la candidatura de personas contra las cuales

LivroPopulos.indb 75 23/10/2015 09:53:07

hipótesis de inelegibilidad[53] y sus plazos para así proteger determinados principios consustanciales al ejercicio del derecho de sufragio pasivo: la probidad administrativa y la moralidad en el ejercicio del mandato.[54]

Complementariamente, el constituyente brasileño fue consciente, al igual que el español, de la trascendencia que los partidos políticos tienen en la materialización del derecho de participación de los ciudadanos y consecuentemente en la configuración de la voluntad popular.[55] Por ello le atribuyó un Capítulo propio, el V, a continuación del correspondiente a los derechos políticos, en el cual regula constitucionalmente las libertades de creación, fusión y extinción así como la autonomía partidaria.[56]

Ser titular de derechos políticos requiere, en un primer momento, ostentar la condición de nacional brasileño.[57] Pero, como ya se apuntó antes, no es condición suficiente para el disfrute de los mismos. Y no lo es por que los términos nacional y ciudadano no son análogos ni semántica ni jurídicamente. Mientras uno, la nacionalidad, expresa el vinculo jurídico-político del individuo con el Estado, el otro, la ciudadanía, otorga el disfrute de los

pesen condenaciones criminales emitidas por ciertos ámbitos del Poder Judicial.", por REIS (2010), p. 23. En sentido similar, DE ABREU dice así: " Nadie podrá, honesta y sinceramente, dudar del objetivo de la ley, que es impedir la candidatura de los que hubieran sido judicialmente reconocidos como corruptos y por ello inaptos para representar cualquier segmento de la ciudadanía." DE ABREU (2010), p. 17. El texto integral de la "Lei da Ficha Limpa", modificadora de la Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm (acceso en 12/10/12). Sobre las novedades de la "Lei da Ficha Limpa" en materia de inelegibilidades y otras relacionadas, disponible en http://www.fichalimpa.org.br/index.php/main/novidades (acceso en 12/10/12)

[53] Sobre la figura de la inelegibilidad LEMBO y CAGGIANO opinan: "Cierto es, no obstante, que la idea de inelegibilidad penetra en el escenario político y jurídico con el perfil de evidente excepcionalidad, ya que implica una restricción, obscureciendo, temporalmente, el espectro de elegibilidad, erigida en "libertad pública fundamental". Y, atento a ese peculiar perfil restrictivo de la figura de la inelegibilidad, nuestro Texto Político estampa las líneas maestras a comandar el área, preordenando las limitaciones por las exigencias de: alfabetización (artículo 14, §4º), domicilio electoral (artículo 14, §3, IV), filiación partidista (artículo 14, §3º, V). Y más, atribuyó al legislador complementar (artículo 14, §9) la tarea de detallar las diversas hipótesis de la categoría de las inelegibilidades, protección, o sea, un elenco definido a partir de un sentido ético, de tutela de la honestidad y autenticidad de la consulta electoral, volcada en cohibir la interferencia del poder económico y de la maquina estatal en la formación de la voluntad colectiva. (Lei complementar federal nº 64, de 18 de mayo de 1990)." LEMBO y CAGGIANO (2010), p. 868. LÓPEZ define la inelegibilidad en los siguientes términos: "[…] el elemento nuclear de la inelegibilidad, en regla, tiene como finalidad básica preservar la libertad de voto y la legitimidad y normalidad de las elecciones contra la influencia del poder económico o el abuso del ejercicio de función, además de objetivar la protección de la probidad administrativa y la moralidad para el ejercicio del mandato, considerada la vida pregresa del candidato." LÓPEZ (2012), p. 143. Para un análisis detallado de las novedades en materia de inelegibilidad contempladas en la Lei Complementar nº 135/2010 vid. RÉIS (2010), p. 24-54.

[54] FURTADO atribuye a la Lei complementar las siguientes características: " La Lei Complementar nº 135, de 2010, representa una relevante mudanza de paradigmas en el derecho electoral patrio, asegurando la plena vigencia de lo dispuesto en el § 9º del art. 14 de la Constitución Federal e instituyendo importantes conquistas para el saneamiento de las costumbres políticas del país, protegiendo la moralidad y la probidad administrativa en el ejercicio de mandatos, considerando la vida anterior del candidato." FURTADO (2010), p. 55.

[55] El art. 6 de la CE 1978 dice así: Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

[56] SARLET (2011), p. 175.

[57] El art. 12 CF de 1988 establece las formas de adquisición de la nacionalidad, diferenciando entre el nacimiento y la naturalización.

LivroPopulos.indb 76 23/10/2015 09:53:07

derechos políticos.[58] En conclusión, solo el nacional que además ostente la condición de ciudadano será titular de los derechos políticos.[59]

No obstante ser esta la regla general, la CF estableció una salvedad en relación a la titularidad exclusiva de los derechos políticos a los ciudadanos brasileños. El art. 12 §1º dice así

> § 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serao atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

Análogamente al caso español, el principio básico que rige la adquisición de derechos políticos por extranjeros en Brasil – en este caso, exclusivo de los portugueses – es el principio de reciprocidad arriba citado. La generalidad del texto constitucional fue concretizada mediante la firma del "Tratado de Amizade, Cooperaçao e Consulta" firmado entre ambos paises y en vigor desde septiembre de 2001.[60] El "Estatuto de Igualdad entre portugueses e brasileiros" - arts. 12 a 17 – regula los requisitos para optar a la titularidad de los derechos políticos. Su artículo inicial – art. 12 – proclama la igualdad en derechos y deberes de los beneficiarios de aquel con las salvedades que serán vistas. Ciñéndonos en nuestro análisis a los derechos políticos, el Estatuto determina el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) la residencia habitual por tiempo minimo de 3 años, capacidad civil y petición expresa por el interesado ante el Ministerio de Justicia brasileño (art.17.1); b) disfrutar del pleno uso de los derechos políticos en el Estado del que el peticionario sea nacional (art.17.2). Paralelamente, la concesión de los derechos po-

[58] Cf. SARLET (2011), p.176. En sentido similar Cf. DA CUNHA JUNIOR (2012), p.792. Sobre la adquisición plena de la ciudadanía, LEMBO y CAGGIANO dicen lo siguiente: "La ciudadanía, con todo, incorpora un recorrido bastantes extenso hasta alcanzar su grado máximo. En los moldes de la Constitución de 1988 se inaugura esta trayectoria cuando se completan los 16 años y, facultativamente, se puede tener acceso al cuerpo electoral, la puerta de entrada (artículo 14, § 1º, II, c). A partir de los 18 años, el individuo, ya ciudadano, pasa a integrar obligatoriamente el electorado y está apto para postular a Vereança (artículo 14§ 1º, I c/ c artículo 14§ 3º, VI, d). A los 21 años, es abierto el acceso a los puestos de Diputado Federal, Diputado Estatal o de Distrito, Alcalde, Vice-Alcalde y juez de paz (artículo 14, § 3º, VI, c). Con 30 años, la Constitución autoriza la disputa para el mandato de Gobernador y Vice-Gobernador de Estado y del Distrito Federal (artículo 14§ 3º, VI, b). Y, por extensión, la ciudadanía plena es alcanzada a los 35 años de edad, momento en que se abre la posibilidad de concurrir a la Presidencia y Vice-Presidencia de la República (artículo 14, §3º, VI, a). LEMBO y CAGGIANO (2010), p. 867.

[59]SILVA niega la identificación entre los términos ciudadano y nacional de la siguiente manera: "Otra identificación que no será admitida es entre nacional y ciudadano. Si los atributos referentes a la nacionalidad son consecuencia del nacimiento, esta circunstancia, *per se et se*, no impondrá el reconocimiento de la capacidad electoral activa, que corresponde al concepto de ciudadanía en sentido estricto. Por consiguiente, se puede inferir que todo ciudadano es un nacional, pero no todo nacional puede ser considerado ciudadano, porque hay un numero expresivo de personas que, a pesar de ser consideradas nacionales, no poseen capacidad electoral activa, quiera porque todavía no la adquirieron en virtud de no haber alcanzado el límite de edad mínima para el ejercicio del derecho a voto, quiera por que se encuentren provisionalmente impedidos de ejercerlo, como sucede, por ejemplo, con los reclutados, individuos que están sujetos al régimen de servicio militar obligatorio (§ 2º, art. 14, da Constituicao) SILVA (2009), p. 772.

[60] El texto integro del Tratado se encuentra disponible en http://www.acss.min-saude.pt/Portals/0/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20n.83.2000%20%20Tratado%20de%20Amizade%20entre%20Portugal%20e%20Brasil.pdf (fecha de consulta: 09/10/2012)

LivroPopulos.indb 77 23/10/2015 09:53:07

líticos en el lugar de residencia comporta la suspensión de los propios en el Estado de nacionalidad (art. 17.3). En relación a las salvedades, el art. 14 del Estatuto exceptúa la titularidad de aquellos derechos políticos que esten expresamente reservados a los nacionales de origen, siendo claro ejemplo de ello el art. 12 § 3 CF.

En el final del apartado precedente se abrió una interrogante en relación a la atribución de los derechos políticos *exclusivamente* a los ciudadanos, dejando entrever la duda sobre si la exclusión de los extranjeros, cuya fundamentación teórica jurídico-política es deudora del Estado nacional del s.XIX seguiría siendo válida hoy día.

La negativa de atribuir la titularidad de derechos políticos a los extranjeros ¿se justifica? mediante el siguiente *silogismo* jurídico: dado que los derechos políticos representan la concreción y materialización del principio de soberanía popular, tan solo aquellos que formen parte del ente "pueblo" podrán ser titulares de tales derechos.[61] El Estado constitucional moderno de corte liberal concebido en el s. XIX se apoyaba en la creación de un doble vínculo entre él y los nacionales que ocupaban su territorio: a) el de sujeto, en el sentido de aceptar la coacción como elemento diferencial del Estado y; b) el de ciudadano, como agente activo que participa de la conformación de la voluntad de aquel. Los conceptos de ciudadanía y nacionalidad pasaron a ser paradigmas del reconocimiento y titularidad plena de los derechos fundamentales incluyendo los políticos.Se estableció en consecuencia *una diferenciación cualitativa de los denominados ciudadanos* respecto de los extranjeros.[62]

Sin ánimo alguno de agotar el tema, merecedor de un análisis más profundo que el que por motivos de concreción debe hacerse en este artículo, ha de ponerse en duda que esta construcción jurídica – la nacionalidad y ciudadanía como *conditio sine qua non* de la titularidad de derechos políticos - sea hoy dia sustentable en función de las transformaciones sociales habidas en las últimas décadas motivadas en gran medida por el surgimiento de la globalización y los consecuentes flujos migratorios humanos, transformaciones con indubitada influencia en la *morfología* del Estado nacional *clásico*[63] y la producción del derecho frecuentemente negadas por la comunidad científica.[64] Aguiar de Luque se replantea la conveniencia

[61] Cf. con AGUIAR DE LUQUE (2005), p.464.

[62] Cf. con SOLANES (2007), p. 68.

[63] *Vid*. BAUMAN (1999), pp. 63-84.

[64] En este sentido, DE SOUSA dice así: "[…] Continuamos analizando los procesos de transformación social de fines del siglo XX recurriendo a cuadros conceptuales desenvueltos en el siglo XIX y adecuados a los procesos sociales entonces en curso. En segundo lugar, el Estado-Nación continua predominando en cuanto unidad de análisis y soporte lógico de investigación, lo que nos impide captar científicamente la lógica propia y la autonomía creciente, tanto de las estructuras y los procesos locales típicos de unidades de análisis más pequeñas (la lógica infra-estatal) cuanto de los movimientos globales, al nivel de sistema mundial (la lógica supra-estatal). DE SOUSA (2010), p.116.

LivroPopulos.indb 78 23/10/2015 09:53:07

de seguir manteniendo el actual paradigma jurídico de titularidad de los derechos políticos en los siguientes términos "No haría falta, sin embargo, detenerse en tal obviedad, tradicionalmente admitida por la doctrina constitucional y la Teoría del Estado, sino fuera porque esa concepción que hace de la secuencia Soberanía-Pueblo-Nacionalidad-Ciudadanía el fundamento de la dicotomía Nacional/Extranjero, comienza a ponerse en cuestión por algunos sectores al menos en el térreno de la reflexión política y, en épocas recientes, a resquebrajarse también en algunos aspectos del derecho positivo."[65]

Los derechos políticos, de origen revolucionario, fueron configurados como *derechos de minorías* en el Estado liberal decimonónico.[66] Solo los ciudadanos varones propietarios eran titulares de derechos políticos. Y esta situación de exclusión sólo se irá quebrando consecuencia de intensas luchas políticas durante los s. XIX y XX. Primeramente serán reconocidos los derechos de reunión y asociación en la segunda mitad del s.XIX. Contrariamente, el derecho de sufragio solo dejará de tener naturaleza censitaria para pasar a ser universal, con carácter general, con el advenimiento del constitucionalismo de post-guerra y la consecuente transformación del Estado liberal en democrático.[67] Este *status quo* de exclusión del extranjero tiene reflejo igualmente en la normativa comunitaria actual. El artículo 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos admite la posibilidad de que los Estados establezcan restricciones a la actividad política de los extranjeros.[68] Excluyendo a los países nórdicos (Suecia, Finlandia y Noruega) y Suiza, la tendencia comunitaria es la limitación de la participación política de los extranjeros no comunitarios a las elecciones locales y, como se apuntó anteriormente, mediante el principio de reciprocidad. El por qué de esta exclusión es apuntada por Aja y Moya quienes argumentan que "la causa estriba en que el derecho de sufragio permite una participación mucho más directa en las decisiones que afectan a la comunidad y cuestiona además la construcción teórica del Estado liberal-democrático, la soberanía nacional o popular."[69]

[65] AGUIAR DE LUQUE (2005), p. 465.

[66] "La gran Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que inició el proceso de la Revolución francesa, fundamentó la distinción moderna entre ciudadano y persona, basada en la igualdad de los derechos civiles y la diferenciación de los derechos políticos; mientras al extranjero se le aplican las mismas leyes penales y se le permite contratar y adquirir bienes, se le excluye de los derechos políticos. Hombre y ciudadano se distinguen porque la mayoría de los derechos se atribuyen a todos los hombres, pero los derechos políticos del artículo 6(participación en la elaboración de la ley y acceso a cargos públicos) solo al ciudadano" AJA y MOYA (2005), p.66.

[67] AJA y MOYA (2005), p.66.

[68] Artículo 16 CEDH. Restricciones a la actividad política de los extranjeros. Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de prohibir a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.

[69] AJA y MOYA (2005), p.68.

LivroPopulos.indb 79 23/10/2015 09:53:08

La situación descrita en el párrafo anterior en la Convención Americana de Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José) ratificada por Brasil. Los derechos políticos, regulados en el artículo 23, son reconocidos a los ciudadanos. A sensu contrario, resultan excluidos los extranjeros.

Como se apuntó anteriormente, en sociedades en profunda transformación como las actuales, *sociedades líquidas*[70] tomando prestada la feliz expresión de Bauman, resulta cuanto menos forzado mantener la configuración jurídica actual de la ciudadanía como categoría dicotómica en relación a la titularidad de los derechos políticos. Uno de los grandes cambios experimentados en las últimas décadas es la *transformación morfológica del Estado*. En efecto, este ya no responde a su concepción *mítica* de ente unitario, *monocultural* y excluyente. Por ello, se precisa repensar los parámetros jurídicos configuradores de la titularidad de los derechos políticos en términos de *inclusi*ón y transformación del estatuto jurídico de los extranjeros incluyendo a estos como posibles titulares de derechos políticos.

Los instrumentos jurídicos vigentes aquí analizados reproducen un concepto de ciudadanía como parámetro de titularidad de derechos políticos que no responde a las profundas transformaciones sociales de las últimas décadas.[71] Transformaciones que por su incidencia social deben abrir nuevos cauces jurídicos a la inclusión de los extranjeros como titulares de derechos políticos. De la homogeneidad social de origen materializada en la nacionalidad se ha de pasar a un paradigma de ciudadanía que prime la homogeneidad jurídica del componente humano de una comunidad política, es decir, la universalidad de derechos y el avance en la igualdad de oportunidades.[72]

Si la democracia se basa en la capacidad de la sociedad de autogobernarse reflexivamente, no cabe mantener por más tiempo modelos jurídicos excluyentes como los aquí analizados. Avanzar en el logro de una *democracia sustantiva* implica, en palabras de Nava "aproximarnos a una noción de ciudadanía inclusiva vinculada a la capacidad de los sujetos y de la sociedad organizada para defender eficazmente sus derechos en el espacio público y frente al poder político." [73]

[70] Vid. BAUMAN (2001), pp.193-231.

[71] "[…] La ciudadanía es un último privilegio de status, un factor de exclusión y discriminación, una frontera a la democracia y una figura obsoleta desde la perspectiva cosmopolita; a menos que se amplíe lo suficiente para garantizar una homogeneidad o universalidad de derechos, en lo que algunos llaman precisamente como <<ciudadanía cosmopolita>>, emancipadora e integradora de la sociedad mundial" NAVA, (2011), pp. 4-5.

[72] NAVA (2011), p.5

[73] NAVA (2011), p.4

LivroPopulos.indb 80 23/10/2015 09:53:08

3 LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LAS CE DE 1978 Y CF DE 1988

Es lugar común en la doctrina el afirmar que los derechos fundamentales precisan, para su plenitud de eficacia, de la intervención del legislador orgánico. Este vínculo, no exento de cierta paradoja, tiene una doble vertiente: negativa, constituyendo los derechos fundamentales un *límite irresistible* para los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones y al propio tiempo positiva, por ser los derechos fundamentales parámetro esencial en la configuración del conjunto del ordenamiento jurídico expresado en la obligación por los poderes públicos de promover las condiciones adecuadas que garanticen el mayor grado posible de eficacia de aquellos.[74]

Al legislador democrático le corresponde, pues, la función de configuración de los mecanismos legales de ejercicio y garantía de los derechos fundamentales.[75] Ha de decirse que esta función no es simétrica entre las diversas dimensiones de derecho fundamentales.[76] Y entre aquellos que precisan de un *mayor activismo* por parte del legislador se encuentran los derechos políticos, categorizados semánticamente por la propia jurisprudencia constitucional como derechos "de configuración legal".[77]

La CE de 1978 regula la participación política en el art. 23 en los siguientes términos:

> 1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
> 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

[74] Cf. con DIEZ-PICAZO (2008), p. 128. En sentido similar, cf. con BALAGUER (2011), pp.60-62.

[75] La importancia del legislador en materia de ejercicio de derechos fundamentales es puesta de manifiesto por REQUEJO en los siguientes términos: "Prácticamente todos los derechos fundamentales – salvo aquellos que, como el de la inviolabilidad del domicilio o la libertad de conciencia, se traducen en la mera exigencia de pasividad por parte del poder público- precisan, en mayor o menor medida, de la intervención legislativa, siquiera sea solo a los efectos de regular las condiciones de su ejercicio." REQUEJO (2011), p.73.

[76] Sobre las diversas dimensiones de derechos fundamentales, cf. SARLET (2011), pp. 45-52.

[77] En este sentido, DIEZ-PICAZO dice así: "Conviene subrayar que se trata siempre de derechos fundamentales – y, por tanto, de derechos de rango constitucional-, no de meros derechos creados por el legislador. Así, esta noción no hace referencia al rango o al origen de ciertos derechos, sino al hecho de que ciertos derechos, aun estando reconocidos por la Constitución, están necesitados de un complemento legislativo que termine de diseñar su contenido y, por consiguiente, les permita alcanzar plena efectividad", DIEZ-PICAZO (2008), p.127. En sentido similar, REQUEJO afirma lo siguiente: " Con todo, la expresión << derechos de configuración legal>> suele reservarse a aquellos derechos que no sólo necesitan del legislador para que éste arbitre los términos de su ejercicio (y lo haga, además, con notable discrecionalidad), sino – antes aún – para que los conforme a su contenido. Conformación que, no obstante, y en último término, ha de cohonestarse en todo caso con el obligado respeto al contenido esencial del derecho en cuestión […]".REQUEJO (2011), p.74 *Vid.* STC 23/1982, de 13 de mayo; 30/1985, de 1 de marzo; 15/1990, de 1 de febrero, 178/1987, de 11 de noviembre.

LivroPopulos.indb 81 23/10/2015 09:53:08

Una primera lectura permite apreciar el contenido genérico del derecho fundamental de participación política: el *derecho de sufragio activo* del epígrafe 1º y el *derecho de acceso a los cargos y funciones públicas* del epígrafe 2º. Igualmente es fácilmente contrastable la naturaleza de derecho de configuración legal anteriormente puntualizada en el mandato que el constituyente dirige al legislador mediante la expresión "con los requisitos que señalen las leyes".

La configuración jurídica del derecho de participación política ha sido objeto de desigual valoración por parte de la doctrina.[78] En palabras de Santamaría "el derecho que este artículo regula no es, por tanto, un derecho de libertad pública más, sino la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado."[79]Por su parte, el TC lo caracteriza como proyección del principio democrático regulado en el art. 1.1 y 9.2 CE al tiempo que materialización del principio de soberanía popular.[80]

El epígrafe primero del art. 23 CE garantiza el derecho de los *ciudadanos* a participar en los *asuntos públicos* estableciendo con carácter general las dos modalidades participativas homólogas de las dos modelos principales de organización política: la participación directa propia de la democracia directa y la *participación* representativa como elemento nuclear de la democracia representativa.

Dado que el concepto constitucional de ciudadano ya fue analizado en el apartado III y para evitar tautologías se comenzará el análisis exegético del artículo 23.1 CE por el concepto de *asuntos públicos*. La fijación del contenido, límites y garantías jurídicas del concepto *asuntos públicos* ha sido y es objeto de intenso debate doctrinal[81] intensificado como consecuencia de la interpretación restrictiva que de tal concepto realizó el TC quien, en su Sentencia 51/1984, de 25 de abril, FJ 2 dijo así

> Por ello, no se trata como es manifiesto, de un derecho a que los ciudadanos participen en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición, pues, para participar en los asuntos concretos se requiere un especial llamamiento o una especial competencia si se trata de órganos públicos o una especial legitimación si

[78] SANTAMARÍA expresa sus dudas sobre la corrección técnica del art. 23 en los siguientes términos: "El derecho que este artículo regula no es, por tanto, un derecho o libertad pública más, sino la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado. Es precisamente esta característica la que permite formular dudas sobre la corrección técnica de este apartado; esto es, en qué medida es exacta la subjetivación, la reducción a un puro derecho público subjetivo de parámetros básicos y estructurales" SANTAMARÍA (2001), p. 293.

[79] SANTAMARÍA (2001), p. 93.

[80] El TC así lo entendió en su Sentencia 71/1989, de 20 de abril: "[…] encaman la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el arto 1 de la Constitución."

[81] Vid. IBÁÑEZ (2007), pp.73-74.

LivroPopulos.indb 82 23/10/2015 09:53:08

> se trata de entidades o sujetos de Derecho privado que la Ley puede, en tal caso, organizar […].

Posteriormente, el TC reforzará su línea jurisprudencial restrictiva con ocasión de la Sentencia 119/1995, de 17 de julio, en los siguientes términos:

> […] el hecho de que el art. 23.1 CE garantice un derecho cuyo ejercicio requiere la intervención del legislador no puede significar obviamente que cualquier forma de participación en asuntos de interés social, económico, profesional etc prevista en la Ley pase a integrarse en el ámbito constitucionalmente protegido por el mencionado precepto. La forma de razonar debe ser más bien la contraria: sólo cuando estamos en el ámbito de la participación política a que se refiere el art. 23.1 C.E. la violación de una concreta forma de participación legalmente prevista puede traducirse en una violación del derecho fundamental. […] el art. 23.1 C.E. no garantiza «un derecho a que los ciudadanos participen en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición pues para participar en los asuntos concretos se requiere un especial llamamiento o una especial competencia si se trata de órganos públicos o una especial legitimación si se trata de Entidades o sujetos de Derecho privado que la Ley puede en tal caso. organizar» (STC 51/1984, de 25 de abril, fundamento jurídico 2.1).

En consecuencia, la participación será derecho fundamental y contará con las garantías propias del régimen de los derechos fundamentales ya vistos en el apartado I cuando sea *participación política*, participación que corresponde a los ciudadanos (*uti cives*) como titulares subjetivos de tal derecho y cuyo contenido objetivo está ceñido a los asuntos públicos, es decir, a aquellos que requieren de un *especial llamamiento* (el ejercicio de la soberanía popular mediante el sufragio universal) y de acuerdo a las modalidades determinadas en el propio artículo (directa o por medio de representantes). Quedan fuera del contenido de la participación política entendida como derecho fundamental las demás modalidades de participación del art. 9.2CE.

Una vez desentrañado sucintamente el concepto de *asuntos públicos*, delimitador del contenido de la participación política como derecho fundamental, corresponde realizar un sucinto análisis de las diversas modalidades participativas contempladas en el artículo 23.1CE. La primera modalidad de participación ciudadana citada es la participación directa, cuyo contenido como derecho fundamental ha sido fijado jurisprudencialmente por el TC. Los mecanismos de participación directa que forman parte del 23.1CE serán

LivroPopulos.indb 83 23/10/2015 09:53:08

únicamente el Concejo Abierto[82] (art. 140CE), los referendos en todas sus modalidades incluyendo el de tipo consultivo[83] (art. 92CE) las consultas populares locales (art. 149.1.32 CE) y, en última instancia, la iniciativa legislativa popular.[84] La *ratio decidenci* del TC se basa en que tales mecanismos han de ser expresión de formas de participación política en los cuales se realice un llamamiento directo al titular de la soberanía popular.[85]

Los elementos esenciales de la ILP y el referendo se encuentran regulados en el texto constitucional en los art. 87.3 y 92 CE respectivamente. Sin ánimo conclusivo alguno se entiende adecuado realizar un análisis del contenido constitucional de tales mecanismos participativos. Comenzando por la ILP, el art. 87.3 dice así

> Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.

El parágrafo comienza haciendo una remisión al legislador orgánico para que regule las diversas formas de ejercicio y los requisitos de la misma.[86] A renglón seguido establece un límite cuantitativo a la activación de dicho mecanismo ya que este requerirá, en todo caso, no menos de 500.000 firmas. Concluye el mandato constitucional excluyendo la ILP de materias que el constituyente entiende de especial sensibilidad y que requerirá en todo caso de la actuación de los representantes públicos: leyes orgánicas, leyes en materia tributaria e internacionales así como la prerrogativa de gracia. De la configuración constitucional se extrae una conclusión obvia: la ILP como instrumento de democracia directa tiene un carácter subsidiario como instrumento de iniciación del procedimiento legislativo por su regulación extremamente restrictiva. Biglinio afirma que "Causa del mismo fue la desconfianza que los constituyentes manifestaron ante las instituciones de participación directa, en general, y ante la iniciativa legislativa popular en particular, por el temor de que, en una democracia aún no consolidada, fuesen manipuladas por grupos minoritarios en perjuicio de unos partidos políticos aún en proceso de fortalecimiento."[87]

Diferente reconocimiento tiene la institución del referéndum como instrumento de democracia directa en nuestro sistema constitucional. En este sentido,

[82] *Vid*. STC 76/1994, de 14 de abril, FJ 2 y 3.

[83] *Vid*. STC 63/1987, de 20 de mayo, FJ 5.

[84] *Vid*. STC 119/1995, de 22 de agosto, FJ 3.

[85] *Vid*. STC 119/95, de 22 de agosto, FJ 3.

[86] *Vid*. Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, de la iniciativa legislativa popular modificada por Ley orgánica 4/2006, de 26 de mayo. Un estudio detallado de esta última puede verse en ARANDA (2006), pp. 187-218.

[87] BIGLINIO (1987), p. 97.

LivroPopulos.indb 84 23/10/2015 09:53:08

Pérez opina que "Realmente cuando se plantea el problema de la relación entre la democracia directa y la representativa es en el referéndum en lo que se piensa de manera inmediata y casi exclusiva."[88] Su regulación constitucional es la siguiente:

> 1. Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos.
> 2. El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados.
> 3. Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución.

De las diversas modalidades de referéndum contempladas en el texto constitucional[89] el de naturaleza consultiva *iba* a representar un modelo alternativo a la indubitada prevalencia de la democracia representativa en el Estado constitucional español.[90] Pero, una vez más, la preocupación por otorgar un papel central a los partidos políticos y la necesariedad de consolidar el mecanismo parlamentario relegarán al referéndum a una posición de mecanismo subsidiario y excepcional de participación ciudadana.[91] Y ello se refleja en la configuración constitucional definitiva del artículo. La fórmula <<decisiones políticas de especial trascendencia>> imprime marcada ambigüedad a la funcionalidad del referéndum consultivo. En efecto, su objeto alude a decisiones gubernamentales lo cual excluye en principio consultas legislativas, decisiones que además han de tener notoria trascendencia y carácter básico. Su *obligatoriedad* es en principio política por tener naturaleza jurídica consultiva. En definitiva, la trascendencia del referéndum como medio de participación ciudadana dependerá de la voluntad de los órganos de dirección política (Gobierno, Congreso de los Diputados y Rey) en dos momentos diferentes: uno inicial, ya que la iniciativa refrendaria es prerrogativa de estos; y otro final, en el cual *podrán* dotarse de virtualidad jurídica los resultados alcanzados en la consulta popular.[92]

La segunda de las modalidades participativas del art. 23.1 CE es la participación por medio de representantes que, de acuerdo a los parámetros

88 PÉREZ (2010), p. 505.

89 *Vid*. AGUIAR DE LUQUE *(*2011), p. 155.

90 Cf. PÉREZ (2010), p.504.

91 *Vid*. STC 76/1994, 14 de abril, FJ 3 y STC 103/2008, 10 de octubre, FJ 2.

92 Cf. con AGUIAR DE LUQUE (2001), p.151 y PÉREZ (2010), p.504.

LivroPopulos.indb 85 23/10/2015 09:53:08

axiológicos de cualquier Estado democrático, debe contar *apriorísticamente* con tres requisitos: libertad, periodicidad y universalidad en el sufragio.

El concepto de representante será fijado jurisprudencialmente por el TC en su Sentencia 10/1983 de 23 de Marzo, FJ2 en los siguientes términos:

> Es obvio que el sentido democrático que en nuestra Constitución (art. 1.2) reviste el principio de origen popular del poder obliga a entender que la titularidad de los cargos y oficios públicos solo es legítima cuando puede ser referida, de manera mediata o inmediata, a un acto concreto de expresión de la voluntad popular. Es obvio, sin embargo, que pese a esta identidad de legitimación de todos los titulares de cargos y funciones públicas solo se denominan representantes aquellos cuya designación resulta directamente de la elección popular, esto es, aquellos cuya legitimación resulta inmediatamente de la elección de los ciudadanos.

En el modelo constitucional español prevalece, sin lugar a dudas, la noción de democracia representativa sobre los cauces participativos de democracia directa. A este *status quo* contribuyó decisivamente la jurisprudencia constitucional en diversos pronunciamientos. Buena muestra de ello fue la STC 76/94, de 14 de abril, FJ3

> […] Nuestra Constitución en su art. 1.3 proclama la Monarquía parlamentaria como forma de gobierno o forma política del Estado español y, acorde con esa premisa, diseña un sistema de participación política de los ciudadanos en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa.

Posteriormente, el TC fijará nuevos criterios aún más restrictivos en relación a los mecanismos de democracia directa en su Sentencia 119/95, de 17 de julio, FJ3

> […] la participación directa que en los asuntos públicos ha de corresponder a los ciudadanos es la que se alcanza a través de las consultas populares previstas en la propia Constitución (arts. 92. 149.1.32. 151.1.152.2.167.3 Y 168.3)>> (STC 63/1987. Fundamento jurídico 5.° y ATC 399/1990 fundamento jurídico 2.°). Todos los preceptos enumerados se refieren a distintas modalidades de referéndum y en última instancia a lo que tradicionalmente se vienen considerando como formas de democracia directa. es decir, a aquellos supuestos en los que la toma de decisiones políticas se realiza mediante un

LivroPopulos.indb 86 23/10/2015 09:53:08

> llamamiento directo al titular de la soberanía. Dentro de ellas habría que encuadrar también el denominado régimen de concejo abierto al que se refiere el arto 140 C.E. y asimismo este Tribunal ha vinculado con el art. 23.1 C.E. la iniciativa legislativa popular que establece el art. 87.3 C.E. (STC 76/1994 Y ATC 570/1989 y 140/1992). Y aún si se admitiera que la Ley puede ampliar los casos de participación directa los supuestos habrían de ser en todo caso excepcionales en un régimen de democracia representativa como el instaurado por nuestra Constitución en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa»

En definitiva, de la redacción del art. 23.1 CE podría deducirse que el constituyente español tenía en mente la configuración un modelo democrático mixto donde las instituciones de democracia representativa y directa mantuvieran un cierto equilibrio práctico. Pero del análisis de la jurisprudencia constitucional aquí realizado no cabe sino extraer la conclusión contraria ya anticipada: la democracia representativa prima indudablemente sobre los mecanismos configuradores de la democracia directa tanto por la configuración jurídica restrictiva que el constituyente les dio a referéndum[93] e ILP[94] cuanto por el análisis hermenéutico del art. 23.1 CE llevado a cabo por el TC. No puede concluirse este análisis sin hacer mención a la existencia de posiciones doctrinales contrarias a la restricción de los elementos de participación directa basadas en el siguiente razonamiento: si el derecho de participación directa en los asuntos públicos es un derecho fundamental, la interpretación de este debe ser favorable a su ejercicio y no restrictiva del mismo.[95] En sentido similar se expresa Ibáñez para quien "Esta conclusión del Tribunal Constitucional no nos parece correcta: de la primacía de la democracia representativa no deriva necesariamente la necesidad de restringir los supuestos de democracia directa. Dicho de otro modo, el reconocimiento de un amplio número de institutos de democracia directa no pone en peligro la democracia representativa, siempre que tales institutos se utilicen de modo esporádico."[96]

En el modelo constitucional brasileño los mecanismos de participación popular se encuentran regulados en el art. 14 CF en los siguientes términos:

> A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
> I - plebiscito;

[93] *Vid.* art. 92 CE. Para un análisis de los requisitos y límites del referéndum, vid. PÉREZ (2010), p. 503-505.

[94] *Vid* art. 87CE. Un análisis detallado de la ILP puede verse en CUESTA, (2008), p. 209 y ss.

[95] AGUIAR DE LUQUE (2000), p. 87.

[96] IBÁÑEZ (2007), p.110.

LivroPopulos.indb 87 23/10/2015 09:53:08

II - referendo;
III - iniciativa popular.

Sobre la trascendencia material del art. 14 CF en el sostenimiento del sistema democrático, Bonavides afirma lo siguiente: "El art. 14 de la Constitución de 1988 constituye parte de la espina dorsal de nuestro sistema de organización política, que se asienta sobre dos dimensiones: una representativa, la única de funcionamiento normal desde la promulgación de la ley Mayor, hace cerca de una década; otra, democrática directa; ambas positivamente previstas y expresas en el art. 1º del Estatuto Fundamental de la República Federativa de Brasil."[97]

El constituyente brasileño dotó a la ciudadanía, con las particularidades que serán puestas de manifiesto posteriormente, de diversos mecanismos participativos a través de los cuales materializar la soberanía popular consagrada como principio fundamental en el art. 1 parágrafo único CF.[98] En consecuencia, el art. 14 CF regula mecanismos participativos propios tanto de la democracia representativa (el sufragio) así como de la democracia participativa (el plebiscito, el referendo y la iniciativa popular) de acuerdo a la naturaleza de democracia participativa del Estado brasileño consagrado como principio estructurante del mismo.[99] Sobre la *relación simbiótica* entre democracia representativa y participativa, Espindola afirma lo siguiente "A su vez, la democracia participativa no niega ni debilita la democracia representativa. Ella la complementa y legitima. Se realiza por diversos instrumentos de manifestación semidirecta de la voluntad popular, en la producción de decisiones políticas generales en pro de la comunidad, a través de mecanismos decisorios como son, e.g, la iniciativa popular de leyes, de enmiendas constitucionales populares, el referendo, el plebiscito, la revocación de mandatos, el veto legislativo popular, entre los más conocidos y utilizados instrumentos de su práctica, registrados en la historia del constitucionalismo."[100]

En palabras de Romanelli "[…] constituyen la condición de la existencia y del funcionamiento de la democracia en Brasil". La reserva de ley que opera en materia de derechos fundamentales es igualmente contrastable por la remisión que el constituyente hace al legislador mediante la expresión "nos termos da lei".[101] El derecho de sufragio es entendido como expresión material

[97] BONAVIDES (2008), p. 117.

[98] *Vid*. art. 1, parágrafo 1 CF de 1988. BONAVIDES sobre el contenido del art. 1º CF afirma: "La norma [...] de ese art.1º, incorporo, por consiguiente, a nuestra democracia los medios de una participación popular concebida en su más vasto tenor de legitimidad." BONAVIDES (2008), p. 126.

[99] Cf. DE MELO (2001), pp. 93-95. Sobre la trascendencia de la democracia participativa para la materialización efectiva de la soberanía popular, BONAVIDES afirma: "La llave constitucional de nuestro futuro reside, pues, en la democracia participativa, que hace soberano el ciudadano-pueblo, el ciudadano gobernante, el ciudadano nación, el ciudadano titular efectivo de un poder invariablemente superior y, no raramente, supremo y decisivo." BONAVIDES (2008), p.34.

[100] ESPINDOLA (2011), p. 341.

[101] ROMANELLI (2005), p. 239. "Cuando el legislador constituyente se refiere a "aos termos da lei" para el ejercicio

LivroPopulos.indb 88 23/10/2015 09:53:08

del principio democrático mediante el cual la ciudadanía ostenta la titularidad del derecho a elegir a los representantes públicos que actuarán mediante el mandato representativo por periodos determinados en la ley (vertiente activa) así como el derecho a acceder a los cargos públicos (vertiente pasiva).[102]El reconocimiento y la garantía de este derecho posibilita a la ciudadanía adecuar la voluntad general a la voluntad estatal condicionando el funcionamiento del Estado. De acuerdo a la lógica inherente al Estado democrático el sufragio se ejercerá en condiciones de igualdad, garantizando el carácter secreto del mismo que impida coacciones indeseadas y con carácter directo.

La vertiente representativa de la democracia brasileña se cristaliza a través del voto, considerado como derecho político en sí y no como medio de materialización de un derecho.[103] A través de él los ciudadanos podrán manifestar periódicamente sus preferencias en relación a la conformación de los cuerpos legislativos incidiendo, de esta forma, en la conformación de los órganos representativos de la voluntad general. La transcendencia del voto para el sostenimiento del sistema político democrático brasileño se materializa en la configuración de este como clausula pétrea en el art. 60, § 4º, prohibiendo toda propuesta de enmienda constitucional tendente a abolir el voto con las características configuradoras que le son esenciales: directo, secreto, universal y periódico.

Pero el contenido jurídico del sufragio universal no se agota en la elección de los representantes. El sufragio universal es configurado por el constituyente brasileño en un sentido más ambicioso que el de otorgar meramente el derecho de voto para la elección de los representantes al posibilitar nuevas dimensiones participativas como el plebiscito, el referendo y la iniciativa legislativa popular a la ciudadanía. A diferencia del modelo español, el constituyente brasileño otorga *a priori* una mayor importancia a los instrumentos de participación directa en la materialización de la soberanía popular al reconocer como expresión de la misma al plebiscito, no reconocido como tal en aquel.

Un apunte introductorio debe hacerse. Consecuencia de la reserva legal del art. 14 *caput*, el régimen jurídico del referendo y el plebiscito se encuentran regulados en la Lei 9.709, de 18 de Noviembre de 1998. Respetando la ordenación sistemática dada por el constituyente se comenzará el análisis de los mecanismos de participación directa por el plebiscito.

---

de la soberanía popular mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular, no está impidiendo que, desde luego, tales derechos sean ejercidos, sino tan solo previendo que una ley ordinaria podrá ser editada para restringirles la eficacia, estableciendo requisitos, condiciones y circunstancias específicas para su aplicación. Aun cuando no hubiera ley, la aplicabilidad es directa e inmediata, dentro de los límites establecidos por la propia Constitución" DE MELO (2001), p. 98.

[102] Cf, con MENDES (2011), p. 743.

[103] Para ROMANELLI la atribución de la categoría de derecho al voto por la CF de 1988 es equivoca por cuanto el voto es simplemente mera condición de ejercicio de un derecho. ROMANELLI (2005), p. 335. En sentido similar, SILVA afirma: "Sufragio no equivale a voto y tampoco se identifica con escrutinio. Claramente, sufragio es el derecho, voto es el ejercicio […]." SILVA (2009), p.783.

LivroPopulos.indb 89 23/10/2015 09:53:08

El plebiscito es definido por el art. 2º de la citada ley como "consultas formuladas al pueblo para que delibere sobre materia de acentuada relevancia de naturaleza constitucional, legal y administrativa."

El art. 49, XV de la CF de 1988[104] atribuye la competencia exclusiva para convocar el plebiscito al Congreso Nacional. De la redacción dada por el constituyente puede extraerse la conclusión de que, en principio, no hay restricción constitucional alguna a que el Congreso Nacional convoque a la ciudadanía a expresar su voluntad a través de la consulta popular[105]. Esta amplia libertad de convocatoria es obligatoria en tres circunstancias: cuando su objeto afecte a la configuración territorial de un Estado (art. 18, § 3º), al ser materia que afecte a la configuración de los municipios[106] (art. 18, § 4); y un último contemplado en el artículo 2º de las disposiciones constitucionales transitorias que tuvo por objeto someter a plebiscito la forma y sistema de gobierno de Brasil. No obstante, esa amplitud material no se traduce en una utilización recurrente y efectiva del plebiscito como mecanismo de participación ciudadana directa.[107]

Sobre la naturaleza del plebiscito[108], Romanelli considera que "Es uno de los modos de ejercicio de la soberanía popular, en los términos del art. 14 de la CF. Se trata de una de las formas por las cuales el pueblo ejerce el poder de modo directo, haciendo prevalecer su voluntad dentro de los límites de la Constitución y de modo independiente y disociado de la voluntad de los representantes." [109]

La regulación constitucional del referendo es ciertamente deficitaria al hallarse simplemente mencionada en el art.49 CF. [110] A diferencia del plebiscito,

[104] Art. 49. É da competencia exclusiva do Congreso Nacional: XV. autorizar referendo e convocar plebiscito.

[105] Cf. con ROMANELLI (2005), p. 349; Cf. LORA (2000), p.167.

[106] El STF (ADI 1.373-MC, Rel. Min. Francisco Rezek, julgamento em 30-11-1995, Plenário, *DJ* de 31-5-1996) se pronunció sobre los efectos del plebiscito en los siguientes términos: "La realización de plebiscito, […], no genera consecuencias irreversibles en el proceso de institución del municipio […]."

[107] "El plebiscito, como instituto que contribuye a la legitimación, podría ser mejor aprovechado. Ofrece las ventajas de dirigirse a temas concretos y puede ser de gran utilidad para definir cuestiones tan complejas como las decisiones económicas y sociales que se reflejen en el nivel y calidad de vida de las personas. Los grandes proyectos sociales y económicos, que actualmente son colocados en práctica y decididos en muchas ocasiones a espaldas a los intereses reales del pueblo brasileño. Préstamos internacionales y hechos concretos, de esta categoría, bien podría ser objeto de previa consulta." LORA (2000), p. 167.

[108] LEMBO y CAGGIANO relativizan la idoneidad del plebiscito de la siguiente forma: "Los regímenes autoritarios y totalitarios, comúnmente, se sirven del plebiscito para enmascarar y mistificar sus verdaderas intenciones. El "si" y el "no" indican situaciones subjetivamente antagónicas e inducen al elector a ofrecer la opción más acorde con los designios del régimen." LEMBO y CAGGIANO (2010) p. 878.

[109] ROMANELLI (2005), p.350.

[110] Sobre la presencia del referendo en la CF, LEMBO y CAGGIANO afirman lo siguiente: "Nuestra Constitución ciudadana, de 1988, no inauguró este peculiar instrumento de intervención directa de la ciudadanía en el polo de producción de las decisiones políticas. Lo estableció y ló hizo de forma pionera, ofreciéndole *contenido de manifestación del cuerpo electoral sobre textos normativos*. Esa línea es identificada, otrosi, em el tratamiento otorgado por la Lei Federal n.9.709/98 que lo preconiza como *consulta a la población acerca de norma- sea producida por el Legislativo, sea por el Ejecutivo* (art.2º) LEMBO y CAGGIANO (2010), p. 880.

LivroPopulos.indb 90 23/10/2015 09:53:08

la CF de 1988 otorga la competencia exclusiva al Congreso Nacional omitiendo la regulación de las materias y las ocasiones en que cabrá la participación ciudadana directa mediante este medio participativo. Igualmente el texto constitucional no regula la obligatoriedad de este mecanismo en determinados supuestos de especial relevancia. Ante semejante laguna constitucional es obligatorio visitar el texto de la Lei 9.709 para entender el régimen jurídico del referéndum. Comenzando por el objeto, el art. 2º lo define como "consulta popular al pueblo para que delibere sobre materias de acentuada importancia de carácter legislativo o administrativo". El *momento procesal* es definido en el § 2º del mismo artículo: con posterioridad a la promulgación de la ley o la edición del acto administrativo.

Sobre el referéndum, Romanelli llega a la siguiente conclusión: "El referendo es derecho político originario por que permite que los ciudadanos imponer su voluntad al Estado y limitar su funcionamiento. Los ciudadanos manifiestan su voluntad al Estado cuando participan de referéndums porque, o endosan una ley y autorizan a que ella produzca efectos o la rechazan, evitando que los genere. Así, en lo que se refiere al acto normativo objeto de referéndum, la voluntad de los ciudadanos se sobrepone a la de los poderes Legislativo y Ejecutivo y por tanto, los condiciona."[111]

Cierra el art. 14 CF la iniciativa popular (inciso III). El art 61 CF[112] atribuye la ILP a los ciudadanos en la forma y casos previstos en la misma. En relación a las materias objeto de iniciativa legislativa popular del silencio legislativo se entiende no hay restricción alguna salvo aquellas que, como el propio art. 61, § 1º, incisos I y II, la CF establezca como competencia exclusiva de algún órgano. Podrán ser objeto de ILP todas aquellas materias que sean competencias privativas de la Unión y el Congreso Nacional reguladas en los art. 22 a 48 así como las establecidas en el art. 68, § 1º CF no susceptibles de delegación por el Congreso al Presidente de la República.

Las condiciones de ejercicio por esta se encuentran reguladas en el § 2º en los siguientes términos:

> A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmarados Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

[111] ROMANELLI (2005), p. 360.

[112] A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador- Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

LivroPopulos.indb 91 23/10/2015 09:53:08

La ILP es regulada constitucionalmente con carácter ciertamente restrictivo ya que tan solo es susceptible de ser planteada ante la Cámara de Diputados. Una primera consecuencia a extraer es la imposibilidad de ser la iniciativa legislativa popular un modo alternativo de legislar, restricción coherente con la propia regulación constitucional del art. 44 que otorga la titularidad del Poder Legislativo al Congreso Nacional.[113] Como requisitos complementarios, el proyecto de ley a someter a la Cámara de Diputados deberá superar la barrera electoral del 1% del electorado nacional, ser materia con repercusión nacional mediante la distribución por un mínimo de 5 Estados y superar un requisito numérico fijado en un mínimo de 3 décimos de los electores de cada uno de esos Estados. Nuevas restricciones cuantitativas que, como se verá posteriormente, suponen gravosas restricciones a este mecanismo de participación.

La Lei 9.709/98 completa la regulación constitucional configurando en los artículos 13 y 14 el régimen de ejercicio, límites y garantías. Tras definir en términos similares a la CF la figura de la iniciativa en el art. 13[114], el § 1º establece un primer límite: la unidad de materia al caber tratar tan solo un asunto por proyecto. Subsecuentemente, el § 2º establece una garantía: la imposibilidad de rechazar el proyecto de ley por vicios de forma, que, caso de existir, tendrán que ser subsanados por la Cámara de Diputados. Concluye la regulación el art. 14 encomendando las cuestiones relativas a tramitación a la propia Cámara en función de las normas de su Reglamento Interno.

Analizada la regulación constitucional y el desarrollo legislativo de los diversos mecanismos de participación directa corresponde en las siguientes líneas realizar unas observaciones sobre su eficacia real. Es oportuno recordar que tales mecanismos tien en por finalidad materializar el principio de soberanía popular contenido en el art. 1 CF. Comenzando por el referéndum y el plebiscito, la atribución de la competencia exclusiva al Congreso Nacional para su convocatoria limita gravemente su virtualidad práctica como mecanismo de participación. En este sentido, de Melo opina que "Lamentablemente, la redacción del artículo 3 de la Ley 9.709/98 no deja mucha duda de que es el Congreso Nacional, con carácter exclusivo, quien ejercerá esa competencia, contrariando la finalidad del propio instituto que es el aumento de la participación directa en el poder. Es decir, son los electores los que deberían ejercer ese juicio, que sería expresado por un determinado número de firmas que demostraría la relevancia o no de la materia para la población."[115]

[113] ROMANELLI (2005), p. 365.

[114] A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

[115] DE MELO (2001), p. 133.

LivroPopulos.indb 92 23/10/2015 09:53:08

Paradójicamente, el referéndum y el plebiscito, instrumentos llamados a fortalecer la democracia participativa, consagran una contradicción manifiesta con el principio representativo al corresponder la convocatoria exclusiva de aquellos a los miembros del Congreso Nacional. La contradicción radica en exigir a aquellos que ostentan la legitimidad representativa el autocuestionamiento de la misma mediante la convocatoria de tales medios.[116]

Otro perjuicio derivado de la atribución de la competencia exclusiva al Congreso Nacional es la imposibilidad por la ciudadanía de decidir cuándo procede convocar tales mecanismos y consecuentemente, como apunta Romanelli da Silva "influenciarse el resultado de la votación."[117]

La ILP es un mecanismo de participación con una virtualidad práctica igualmente limitada. La ciudadanía, a través de aquel, puede *obligar* al Poder Legislativo a incorporar a la agenda legislativa sobre los asuntos que le son planteados por aquella. Sin embargo, tal imposición adolece de una triple limitación: a) los representantes pueden introducir cambios sustanciales al proyecto original en el supuesto de aceptar la tramitación de la iniciativa propuesta por el electorado; b) no hay posibilidad de introducir enmiendas al texto aprobado por aquellos; c) no cabe la posibilidad de referéndum sobre proyecto de ley tramitado como ILP. Si bien puede obligarse al Parlamento a considerar el sentir de la ciudadanía, poco más aporta el mecanismo de la ILP en este sentido al carecer la ciudadanía de mecanismos de control y respuesta a la voluntad de los representantes.[118]

Complementariamente, los *requisitos cuantitativos* de la ILP empobrecen aun más su consideración como mecanismo de participación ciudadana al establecer severos límites. Tomando como referencia el censo electoral correspondiente a las elecciones presidenciales de 2010, un 1% del electorado nacional equivale a 1.358.044 electores[119], una cifra ciertamente mayor

[116] ESPINDOLA (2011), p. 342.

[117] ROMANELLI (2005), p.356

[118] Sobre la funcionalidad práctica de la ILP, LEMBO y CAGGIANO afirman diversos factores restrictivos de esta en los siguientes términos: "Imaginaron los idealizadores del nuevo instituto que, con su inserción en el mundo constitucional patrio, pudiese ocurrir un distanciamiento de la eventual concepción elitista de la legislación, abriendo la posibilidad a todos los sectores sociales para contribuir en el campo legislativo, defendiendo intereses específicos. Ocurre que, contemporáneamente, hay una tendencia a la *delegificazione*. Esto es, se presenta un fenómeno de progresiva reducción del área de presencia propiamente legislativa y, por voluntad del legislador, un incremento de las áreas disciplinadas por la Administración. Hay, todavía, contrariamente al desarrollo de la iniciativa popular, situaciones inherentes a la sociedad contemporánea, donde el inmediatismo se coloca en confrontación con el moroso proceso legislativo y, más incluso, el exceso de informaciones que conducen a las personas a la despolitización. Más aún, el fenómeno de judicialización de la política o de politización de la justicia conlleva la toma por el Poder Judicial de un nuevo status, ofreciéndose este en la categoría de nuevo polo productor de la norma jurídica, siempre con la meta de preservar y concretizar la democracia plasmada en la Constitución." LEMBO y CAGGIANO (2010), p. 881

[119] El número de electores que conforman el cuerpo electoral brasileño está disponible en: http://eleicoes.uol.com.br/2010/ultimas-noticias/2010/07/20/eleitorado-brasileiro-cresceu-85-em-relacao-a-ultima-eleicao.jhtm. (fecha de consulta: 26/06/2012)

LivroPopulos.indb 93 23/10/2015 09:53:08

en comparación a la precisa para la elección de un diputado federal que dispone de la capacidad para presentar proyectos de ley.[120]

Cabe pues afirmar que el constituyente brasileño, de manera análoga al español, optó por privilegiar desmedidamente la democracia representativa y sus principales protagonistas, los partidos políticos, convirtiéndolos en protagonistas casi exclusivos del juego democrático y relegando a un segundo plano los mecanismos de participación directa ciudadana al reducir su aplicabilidad práctica notablemente.[121]

Si la ciudadanía es por expreso reconocimiento de la CF de 1988 fundamento del Estado democrático de Derecho brasileño[122] no puede calificarse sino de *contradictoria* con tal principio constitucional la regulación constitucional y desarrollo legislativo actualmente vigente en materia de participación ciudadana directa. En línea con tal principio constitucional cuya finalidad no es otra que otorgar al pueblo mecanismos de auto regulación normativa a través de la participación directa no cabe otra actitud que introducir reformas constitucionales y legislativas a través de las cuales privilegiar realmente los instrumentos de participación directa.[123] Una mayor participación en la toma de decisiones que afecten al funcionamiento del Estado democrático ha de comportar paralelamente un mayor desarrollo de la ciudadanía y un fortalecimiento de las instituciones que conforman el modelo de democracia participativa consagrado en el art. 1 de la CF de 1988.[124]

[120] "[…] De difícil operacionalización y aniquilado por otras fórmulas aptas para producir nuevo derecho, de acción más rápida y de mayor potencial político de integración en el ordenamiento, el instituto de la iniciativa popular aún no alcanzó su finalidad de elevar al ciudadano a legislador, por intermediación de la oportunidad con que le otorga de poder tener intervención directa en la fase de iniciativa legislativa." LEMBO y CAGGIANO, (2010), p. 881.

121 Frente al dominio injustificable e inoperante de la democracia representativa, FREITAS propone la Neodemocracia, propuesta cuya originalidad y validez resume en los siguientes términos: "Neodemocracia, en qué sentido es nueva? La novedad está en considerar la democracia directa de forma preferente, esto es, todo lo que pudiera ser puesto en debate y decidido por la propia sociedad es preferible como ideal regulador. En la imposibilidad que resulta de la democracia representativa funcionar plenamente, en una inversión histórica altamente transformadora. Es nueva, porque no ignora pautas macroeconómicas complejas, pero confía que, por ejemplo, los gastos prioritarios en inversiones tengan mayores opciones si hubiese participación decisiva amplia, con mayor provecho del obtenido si las materias fuesen reservadas exclusivamente a voluntaristas de ocasión. Nueva, en el sentido de apostar en la racionalidad social (a pesar de los innegables riesgos de manipulación), acompañada de reeducación para decidir sobre las prioridades de envergadura, desde el primer momento. Nueva, finalmente por que da importancia la toma de decisiones colectiva, por cuanto las grandes cuestiones (tales como la carga tributaria, por ejemplo) no son retiradas del escrutinio del pueblo, de forma que serán corregidas las irracionalidades crónicas, los desfases temporales tornando las políticas realmente públicas." FREITAS (2011), p. 12

122 *Vid*. art. 1 CF de 1988.

123 Una propuesta acertada es la planteada por ESPINDOLA que aboga por la reforma derogatoria del inciso XV del art. 49 CF así como la inclusión en esta de nueva fórmula electoral menos gravosa en relación al porcentaje electoral requerido para la ILP de ley ordinaria. Tal fórmula electoral debe tomar en consideración el total de la población brasileña para plebiscitos y referendos nacionales y debería hacer referencia a un requisito cuantitativo fijo equilibrado, que impide la práctica abusiva así como la imposibilidad de accionar el mecanismo. En relación al referéndum, el autor aboga por la vinculatoriedad del mismo frente a su actual carácter consultivo. ESPINDOLA (2011), p. 350

124 "En efecto, se muestra crítico el adoptar una nueva agenda democrática, apta a consolidar – con sentido de inno-

LivroPopulos.indb 94 23/10/2015 09:53:08

4 CONCLUSIÓN

Los derechos políticos son *normas de fin* en la legitimación del Estado democrático de Derecho. Su centralidad sistemática les otorga la condición de derechos fundamentales en ambos textos constitucionales. En el ordenamiento jurídico español, los derechos políticos se encuentran regulados en el Título I, Capítulo II, Sección I siendo su núcleo central el artículo 23. Paralelamente, el constituyente brasileño los situó de manera análoga en el Título II "Dos direitos e garantías fundamentais" atribuyéndoles, a diferencia del constituyente español un capítulo específico, el IV, bajo el título "Dos direitos políticos". Sin embargo, su centralidad sistemática no viene siendo acompañada de numerosos estudios innovadores en relación a sus parámetros conformadores. No es excesivamente arriesgado afirmar que hoy día en un tema secundario para la doctrina científica en España y Brasil. Se echa en falta la existencia de una mayor atención doctrinal que tenga por objetivo, más allá de su carácter descriptivo, repensar el papel de los derechos políticos en el contexto de la post-modernidad y las consecuencias que ello tiene en los Estados ¿democráticos? de derecho.

En efecto, la nacionalidad y la ciudadanía como parámetros referenciales de la titularidad de derechos políticos responden a un modelo de Estado nacional de corte decimonónico claramente superado hoy día. Las transformaciones sociales operadas en las últimas décadas consecuencia de la globalización y los movimientos migratorios subsecuentes precisan de una respuesta jurídica innovadora coherente con un concepto de democracia inclusiva que se replantee el estatuto jurídico de los extranjeros como posibles titulares de derechos políticos. Tanto la regulación constitucional vigente como los mecanismos legislativos complementarios responden a un modelo de democracia excluyente y negadora tanto de los derechos políticos de los extranjeros cuanto de las demandas de mayor y más eficaz participación por parte de la ciudadanía.

El actual modelo de democracia representativa imperante en ambos Estados democráticos viene mostrándose claramente insuficiente para satisfacer las demandas ciudadanas de mayor y más eficaz participación en las decisiones comunitarias. La consolidación de los partidos políticos como elementos centrales del juego democrático conllevó paralelamente, como se ha comprobado, el empobrecimiento de los mecanismos de participación directa

vación estructural e sin pusilanimidad – en proceso jurídicamente organizado, la libertad digna, solidaria y cooperante, opuesta as demagogias de costumbre, con la opción preferente reguladora por la democracia directa. Por tres motivos centrales. Primero, porque la democracia representativa no queda perjudicada en esa propuesta, ni siquiera debilitada, sino, al contrario, tiende a ser renovada y fortalecida por la participación activa de la ciudadanía. Segundo, porque la democracia representativa, como todo indica, sola, no llevará a término una reforma política seria, tarea que demanda la presión vigorosa del poder participativo. Tercero, porque el poder precisa ser reecuacionado de manera responsable y la responsabilidad se muestra inversamente proporcional a la delegación exacerbada." FREITAS (2011), p. 12.

LivroPopulos.indb 95 23/10/2015 09:53:08

ciudadana. Queda así en entredicho el modelo de democracia participativa reconocido en ambos textos constitucionales (artículos 9.2 CE de 1978 y 1 CF de 1988). Es, pues, momento de que la doctrina científica se replantee la temática de los derechos políticos con un triple objetivo: a) dar respuesta jurídica adecuada a las transformaciones sociales con innegable repercusión en el actual modelo de Estado democrático de derecho; b) fortalecer el modelo de democracia participativa constitucionalmente analizado en este trabajo; c) para, de esta forma, resituar los derechos políticos como *normas de fin* del Estado democrático de derecho en ambos países. La razón es tan sencilla como trascendental: fortalecer la legitimidad del Estado democrático de derecho. Un Estado de, por y para la *ciudadanía del siglo XXI*.

5 REFERENCIAS

AGUIAR DE LUQUE, Luis y GONZALEZ ANAYA**,** Mª Dolores (1996)**. "**Artículo 23.1- El derecho a participar en los asuntos públicos", en *Comentarios a la Constitución Española de 1978, (coord.*Villaamil, Oscar Alzaga)**.** (Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas) pp. 649-663.

AGUIAR DE LUQUE**,** Luis (2005). "Los Derechos Políticos; aproximación a su estudio", en *Constitución, estado de las autonomias y justicia constitucional: (libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo)*. *(*Madrid, Tirant lo Blanch) pp. 449-477.

AGUIAR DE LUQUE, Luis (2011). "Referéndum", en ARAGON REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, Cesar. *Temas básicos de derecho constitucional Derechos fundamentales y su protección***.** (Pamplona, Thomson Reuters) pp.148-155.

ALAEZ CORRAL*,* Benito *(*2005)*. "*Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional**"** en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, (Nº.6), pp 29-76.

ALEXY, Robert (2011): *Teoria dos direitos fundamentais* (Traducc. Virgilio AFONSO DA SILVA, São Paulo, Malheiro Editores).

ÁLVAREZ-RODRÍGUEZ-DRINCOURT, Juan (1999)**. "**La Nacionalidad como vía de integración de los inmigrantes extranjeros" en *Revista Estudios Políticos (Nueva Época)***,** (Nº. 103), pp.171-185.

ARANDA ALVAREZ, Elviro (2006). "La nueva ley de la iniciativa legislativa popular" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, (Nº. 78), pp. 187-218.

BALAGUER CALLEJÓN**,** Francisco (2011)**:** *Manual de Derecho Constitucional.* **(**Madrid, Tecnos) Volumen II.

LivroPopulos.indb 96 23/10/2015 09:53:08

BASTIDA, Francisco J. *et. al* (2005): *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978* (Madrid, Tecnos)

BAUMAN, Zigmunt (2001): *Modernidade Liquida* (Traducc. Plínio DENTZIEN, Rio de Janeiro, Zahar)

BIGLINIO CAMPOS, Paloma (1987). "La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal" en *Revista Española de Derecho Constitucional***,** (Nº. 19) pp. 75-130.

BONAVIDES, Paulo (2008): *Teoria Constitucional da Democracia Participativa* (São Paulo, Malheiros Editores)

CUESTA LOPEZ, Víctor M. (2008): *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional* (Navarra, Aranzadi-Thomson Civitas)

DA CUNHA JUNIOR, Dirley (2012): *Curso de Direito Constitucional* (Salvador, *Jus* PODIUM)

DA SILVA, José A. (2005): Curso de Direito Constitucional Positivo (São Paulo, Malheiro Editores)

DALLARI, Dalmo de Abreu (2010): "A gramática da ficha suja" en Reis, Marlon Jacinto *et al*. *Ficha Limpa – LC nº 135/2010*. (São Paulo, Edipro,) pp. 15-17.

DE MELO, Monica (2001): *Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular. Mecanismos Constitucionais de Participação Popular* (Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor).

DE MORAES, Alexandre (2012): *Curso de Direito Constitucional*. (São Paulo, Atlas)

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2010): *Pela Mao de Alice.* (São Paulo, Cortez).

DIEZ-PICAZO, Luis María (2008): *Sistema de Derechos Fundamentales.* (Madrid, Thomson-Civitas)

ESPINDOLA, Ruy Samuel (2011): "Autoconvocação de referendos e plebiscitos pela população (analise do caso brasileiro)" en *Revista de Direito Constitucional e Internacional* (Nº. 75) pp. 335-355.

FREITAS, Juarez (2011): "Direito constitucional à democracia*"* en FREITAS, Juarez y TEIXEIRA, Anderson. *Direito a democracia. Ensaios Transdisciplinares*. (São Paulo, Grupo Conceito) pp.11-40.

FURTADO COELHO, Marcus Vinicius (2010): "A mudança de paradigmas decorrente da lei complementar nº 135" en Reis, Marlon Jacinto *et al*. *Ficha Limpa – LC nº 135/2010* (São Paulo, Edipro) pp. 56-66.

LivroPopulos.indb 97 23/10/2015 09:53:08

GARRORENA MORALES, Ángel (2011): "Estado democrático" e*n* ARAGÓN REYES, M. y AGUADO RENEDO, C. *Temas básicos de derecho constitucional. Derechos Fundamentales y su protección* (*Pamplona*, Thomson Reuters) pp. 125-131.

GOMES CANOTILHO, Jose Joaquin (2012): *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (Coimbra, Almedina)

IBAÑEZ MACIAS, Antonio (2007): *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local* (Madrid, Difusión jurídica y temas de actualidad).

LEMBO, Claudio y CAGGIANO, Monica H (2010): "Direitos políticos. O partido político, Canal de comunicação entre governantes e governados", en GANDRA DA SILVA, IVES *et al*. *Tratado de Direito Constitucional*. (São Paulo, Saraiva) Tomo I, pp. 861-882.

LÓPEZ ZILIO, Rodrigo (2012): *Direito eleitoral* (Porto Alegre, Verbo Jurídico)

LORA ALARCON, Pietro de J. (2000): "A democracia semidireta na Constituição de 1988" en *Revista de Direito Constitucional e Internacional***,** (Nº. 33) pp. 141-173.

MENDES, Gilmar F (2011): "Os direitos políticos na Constituição" en MENDES F, Gilmar y GONET BRANCO, Paulo G. *Curso de Direito Constitucional*. (São Paulo, Saraiva) pp. 743-811.

MIRANDA, Jorge (2008): *Manual de Direito Constitucional* (Coimbra, Coimbra Editora), Vol. IV.

NAVA GOMAR, Salvador O. "Ciudadanía, participación política y justicia electoral: la experiencia en México", en *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática* (Dir. Francisco Javier Matia Portilla). (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 3-14.

NERY MACEDO, Regina Maria (2004): "O voto: direito ou dever?" en *Revista de Direito Constitucional e Internacional* (Nº 48) pp. 91-101.

PEREZ LUÑO, A. Enrique (1993): *Los derechos fundamentales* (Madrid, Tecnos)

PÉREZ ROYO**,** Javier (2010): *Curso de Derecho Constitucional*. (Madrid, Marcial Pons)

REIS, Márlon Jacinto (2010): "O principio constitucional da proteção e a definição legal das inelegibilidades" en REIS, Marlon Jacinto *et al*. *Ficha Limpa – LC nº 135/2010*. (São Paulo, Edipro) pp. 24-54.

REQUEJO PAGÉS, J.L (2011): "Derechos de configuración legal" en ARAGON REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, Cesar. *Temas básicos de Derecho Constitucional. Derechos fundamentales y su protección* (Pamplona, Thomson Reuters) pp. 73-76.

LivroPopulos.indb 98 23/10/2015 09:53:08

ROMANELLI DE SILVA**,** Daniela (2005)**:** *Democracia e direitos políticos.* (Sao Paulo, Instituto de Direitos Politicos)

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1979): "El principio de participación en la Constitución Española" en *Revista de administración pública* **(**Nº. 89) pp. 171-206.

SANTAMARIA, Juan A (2001): "Artículo 23.1 CE" en *Comentarios a la Constitución Española de 1978 (coord. Fernando Garrido Falla)*, (Madrid, Civitas) pp.292-297.

SARLET, Ingo (2011): *A eficácia dos direitos fundamentais***.** (Porto Alegre, Livraria do Advogado)

SCHNEIDER, Hans-peter (1979): "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*"* en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), (Nº. 7,) pp.7-35.

SILVA NETO, Manuel Jorge (2009): *Curso de direito constitucional*. (Rio de Janeiro, Lumen Juris).

SOLANES CORELLA, Angeles (2007): "La participación política de las personas inmigrantes en *Derechos e Integración política y social de los inmigrantes* (Valencia, Ministerio de Educación y Cultura)

SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J.J (2011): "Límites de los derechos fundamentales" en ARAGON REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, Cesar. *Temas básicos de Derecho Constitucional. Derechos fundamentales y su protección.* (Pamplona, Thomson Reuters) pp.30-35.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos (2004): *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976* (Coimbra, Almedina)

6 NORMAS JURIDICAS CITADAS

Constitución Española de 1978, Boletín Oficial del Estado, núm. 311 de 29 de diciembre de *1978*.

Constituição Federal de 1988, Diário Oficial da União nº 191A - 05 de Outubro de 1988.

Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), Roma 04/11/1950. Disponible en http://www.echr.coe.int/ (consultado el 03/11/2012)

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), San José 22/11/69. Disponible en www.oas.org/ (consultado el 03/11/2012)

LivroPopulos.indb 99 23/10/2015 09:53:08

Tratado de amizade, cooperação e consulta entre Brasil e Portugal – Estatuto da Igualdade (arts. 12 a 17). Decreto Lei nº 154/2003, de 15 de julho.

"Lei da Ficha Limpa", modificadora de la Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm (acceso en 12/10/12).

Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, de la iniciativa legislativa popular modificada por Ley orgánica 4/2006, de 26 de mayo, Boletín Oficial del Estado, núm. 126 de 27 de mayo de 2006.

Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum. Boletín Oficial del Estado, núm. 20 de 23 de enero de 1980.

Lei nº 9.709, de 18 de Novembro de 1998. Diário Oficial da União - Seção 1 - 19/11/1998.

7 JURISPRUDENCIA CITADA

A. B. C. con Junta de Clasificación y Revisión Jurisdiccional de la Zona Marítima del Estrecho (1982): Tribunal Constitucional, Sala Primera. Recurso de amparo número 253/1981. Sentencia número 23/1982, de 13 de mayo. Boletín Oficial del Estado: miércoles 9 de junio de 1982, Núm. 137.

Unión Provincial de Baleares de 1& Unión Sindical Obrera con Instituto Nacional de Empleo dé Baleares (1982): Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Recurso de amparo número 56/1982. Sentencia número 53/1982, de 22 de julio. Boletín Oficial del Estado: miércoles 18 de agosto de 1982, Núm. 197.

Miguel Ángel Bellido del Pino con Ayuntamiento de Andújar (1983): Tribunal Constitucional, Pleno. Recurso de amparo número 374/1981. Sentencia número 5/1983, de 4 de febrero. Boletín Oficial del Estado: miércoles 9 de marzo de 1983, Núm. 58.

Dª. María Cristina Almeida Castro y otros con Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid (1983): Tribunal Constitucional, Pleno. Recurso de amparo número 144/1982. Sentencia número 10/1983, de 21 de febrero, y voto particular. Boletín Oficial del Estado: miércoles 23 de marzo de 1983, Núm. 70.

Confederación Nacional del Trabajo (CNT) con Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (lMAC) (1983): Tribunal Constitucional, Sala Primera. Recurso de amparo número 88/1982. Sentencia número 23/1983, de 25 de marzo. Boletín Oficial del Estado: miércoles 27 de abril de 1983, Núm. 100.

LivroPopulos.indb 100 23/10/2015 09:53:08

Sindicato Libre de Farmacéuticos de Valencia con Instituto Nacional de la Seguridad Social y del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos (1984): Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Recurso de amparo número 520/1983. Sentencia número 51/1984, de 5 de abril. Boletín Oficial del Estado: martes 29 de mayo de 1984, Núm. 128.

Manuel Utrera Borrego y otros con del Juzgado de Instrucción núm. 7 de Sevilla (1985): Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Recurso de amparo núm. 413/1984. Sentencia núm. 30/1985, de 1 de marzo. Boletín Oficial del Estado: miércoles 27 de marzo de 1985, Núm. 74.

Mesa para la Unidad de los Comunistas con Junta Electoral Central (1987): Tribunal Constitucional, Sala Primera. Recurso de amparo número 238/1986. Sentencia número 63/1987, de 20 de mayo. Boletín Oficial del Estado: viernes 5 de junio de 1987, Núm. 134.

Defensor del Pueblo, con Magistratura de Trabajo de Huelva (1987): Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Recurso de amparo número 1.256/1986 y acumulados. Sentencia número 178/1987, de 11 de noviembre. Boletín Oficial del Estado: jueves 10 de diciembre de 1987, Núm. 295.

Dº. Miguel Angel Andrés Martínez con Junta Electoral de Zona de Burgos (1989): Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Sentencia 71/1989, de 20 de abril. Recurso de amparo 1.096/1987. Boletín Oficial del Estado: lunes 22 de mayo de 1989, Núm. 121.

Dº. José Luis Granizo Cuenca con Cortes de Castilla-La Mancha (1989): Tribunal Constitucional, Sección Primera. AUTO 570/1989, de 27 de noviembre de 1989. Recurso de amparo 1543-1989.

Dª. María Sola Rubira con Magistratura de Trabajo núm. 12 de Barcelona (1990): Tribunal Constitucional, Sala Primera. Sentencia 15/1990, de 1 de febrero. Recurso de amparo 1.592/1987. Boletín Oficial del Estado: jueves 1 de marzo de 1990, Núm. 52.

Amadeo Martínez Inglés con Ministerio de Defensa (1990): Tribunal Constitucional, Sección Tercera. Auto 399/1990, de 12 de noviembre de 1990. Recurso de amparo 1138-1990.

Esther Rodríguez Pérez con Congreso de los Diputados (1992): Tribunal Constitucional, Sección Primera. AUTO 140/1992, de 25 de mayo de 1992. Recurso de amparo 1228-1991.

Gobierno de la Nación con Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1992): Tribunal Constitucional, Pleno. DECLARACIÓN 1/1992, de 1 de julio de 1992. Boletín Oficial del Estado: viernes 24 de julio de 1992. Núm. 177.

LivroPopulos.indb 101 23/10/2015 09:53:08

Dº. Andoni Urrestarazu Landazábal y otros con Parlamento Vasco (1994): Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Sentencia 76/1994, de 14 de marzo de 1994. Recurso de amparo 934/1991. Boletín Oficial del Estado: jueves 14 de abril de 1994, Núm. 89.

Partido do movimento democratico do brasil (pmdb) y otros con Asamblea Legislativa del Estado de Bahia (1994): Supremo Tribunal Federal ADI 1.057-MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 20-4-1994, Plenário, *DJ* de 6-4-2001.).

Dº. Joan Agusti Maragall y otros con Tribunal Supremo (1995): Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Sentencia 119/1995, de 17 de julio de 1995. Recurso de amparo 773/1993. Boletín Oficial del Estado: martes 22 de agosto de 1995, Núm. 200.

Partido Democrático Trabalhista (PDT) e outros con Presidente da Republica e outros (1998): Supremo Tribunal Federal ADI 1.805-MC, Relator Ministro Néri da Silveira, julgamento em 26-3-1998, Plenário, *DJ* de 14-11-2003.

André Henrique dos Santos con José Maria da Cruz (2003): Supremo Tribunal Federal, RE 345.822, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 18-11-2003, Segunda Turma, *DJ* de 12-12-2003.

Presidente del Gobierno con Comunidad Autónoma del País Vasco (2008): Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 103/2008, de 11 de septiembre de 2008. Recurso de inconstitucionalidad 5707-2008. Boletín Oficial del Estado: viernes 10 de octubre de 2008, Núm. 245.

Sebastião Ferreira Lisboa e outros con Antonio Gomes Ferreira e outros (2008): Supremo Tribunal Federal, RE 543.117-AgR, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 24-6-2008, Segunda Turma, *DJE* de 22-8-2008.

Dagmar de Lourdes Barbosa con Edno José de Oliveira (2008): Supremo Tribunal Federal, RE 568.596, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 1º-10-2008, Plenário, *DJE* de 21-11-2008, com repercussão geral.

Partido da Social Democracia do Brasileira (PSDB) con Governador do Estado do Tocantis (2009): Supremo Tribunal Federal, ADI 4.298-MC, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 7-10-2009, Plenário, DJE de 27-11-2009.

Estado do Rio Grande do Sul con Joaldo Afonso Nery (2011): Supremo Tribunal Federal, RE 279.469, Relator. p/ o ac. Ministro Cezar Peluso, julgamento em 16-3-2011, Plenário, *DJE* de 20-6-2011.

Vicente de Paula de Souza Guedes con Ministério público eleitoral (2012): Supremo Tribunal Federal, RE 637.485, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 1-8-2012, Plenário, *Informativo* 673, com repercussão geral.).

LivroPopulos.indb 102 23/10/2015 09:53:08

8 PAGINAS ELECTRONICAS CONSULTADAS

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm (fecha de consulta 09/10/2012)

http://www.fichalimpa.org.br/index.php/main/novidades (fecha de consulta: 09/10/2012)

http://www.acss.minsaude.pt/Portals/0/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20n.83.2000%20%20Tratado%20de%20Amizade%20entre%20Portugal%20e%20Brasil.pdf (fecha de consulta: 09/10/2012)

www.oas.org

http://www.echr.coe.int

LivroPopulos.indb 103 23/10/2015 09:53:08

LivroPopulos.indb 104 23/10/2015 09:53:08

BREVE ENSAIO SOBRE A DEMOCRACIA

Nosso regime político é a democracia e assim se chama porque busca a utilidade do maior número e não a vantagem de alguns. Somos todos iguais perante a lei, e quando a república outorga honrarias o faz para recompensar virtudes e não para consagrar privilégios. Nossa cidade se acha aberta a todos os homens. Nenhuma lei proíbe nela a entrada aos estrangeiros, nem os priva de nossas instituições, nem de nossos espetáculos; nada há em Atenas oculto e permite-se a todos que vejam e aprendam nela o que bem quiserem, sem esconder-lhes sequer aquelas coisas, cujo conhecimento possa ser de proveito para os nossos inimigos, porquanto confiamos para vencer, não em preparativos misteriosos, nem em ardis e estratagemas, senão em nosso valor e em nossa inteligência. (Péricles)

Marta Cristina Jesus Santiago[1]

RESUMO

Apresenta-se neste estudo uma breve visita à noção de democracia representativa, seu surgimento e sua técnica eletiva, a crise em sua representatividade e o consequente crescimento da democracia participativa, tendo como ponto de partida a democracia direta da Grécia Antiga, que ainda atrai a admiração, em especial, pelo alto espírito cívico que movia os cidadãos atenienses. A abordagem visita também as correntes sociológicas e políticas que expressam o declínio da democracia na atualidade e as que, rejeitando-as, acreditam em sua perene metamorfose, por compor a evolução histórica da humanidade. Estas últimas mais se compaginam com as transformações sociais e políticas que consagraram, no último século, a hegemonia do sistema democrático no Globo.

Palavras-chave: Democracia. Atenas. Representação. Crise. Participação.

[1] Mestre e Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Analista Judiciária área-fim do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Assistente de Gabinete do Juiz Federal Carlos D'Ávila Teixeira.

LivroPopulos.indb 105 23/10/2015 09:53:08

ABSTRACT

In this study it is presented a brief view of the representative democracy notion, its appearance and its elective technique, the crisis in its representation and the consequent growth of participatory democracy, taking as its starting point the direct democracy of ancient Greece, which still attracts admiration, especially the high civic spirit that mobilized Athenian citizens. The following study also deals with the sociological and political theories which express the decline of democracy today and the ones that by rejecting them also believe in their perennial metamorphosis, because they compose the historical evolution of humanity. These last ones are in harmony with the social and political transformations that consecrated the hegemony of the world democratic system in the last century.

Keywords: Democracy. Atenas. Representation. Crisis. Participation.

1 INTRODUÇÃO

Declara o francês Damien Theiller, Presidente do Instituto *Coppet*, ser a democracia uma das grandes ilusões políticas de nosso tempo.[2] Seria, então, a democracia uma construção idílica, irrealizável e inalcançável?

Com o desaparecimento do comunismo na Europa Oriental, dos regimes autoritários na Europa Meridional e na América Latina e dos regimes de partido único na África, nos finais do século XX, a democracia passou a reinar com grande visibilidade, o que tem instigado a intelectualidade a lhe observar mais amiúde, lançando dúvidas e propondo reflexões ao seu exercício. É que democracia não pode mais ser definida apenas como o oposto do comunismo ou do autoritarismo, surgindo, assim, a necessidade de fincar sua legitimidade por si mesma.

O sistema econômico globalizado também pôs em causa o papel dos Estados, em especial na União Europeia, cujas decisões, mormente as econômicas, concorrem com a capacidade de decisão e de poder dos Parlamentos e dos Governos nacionais. Questionamentos, então, têm surgido, no seio acadêmico, sobre o sentido da democracia representativa no contexto dos Estados Europeus.[3] E, quanto mais crescem as regulações transnacionais ou o chamado direito administrativo global, mais essa discussão também alcança o resto do mundo. As soberanias não são mais plenas.

Avulta, por outro lado, uma grave crise de legitimidade política global que leva ao desprestígio da democracia representativa, com maior expressão nos países nos quais o voto é facultativo. Mesmo nos Estados em que o voto

[2] KARSTEN, Frank; BECKMAN, Karel. Préfacio. *Dépasser La Démocratie*. Paris: Institut COPPET, 2013. p. 11.

[3] HAGUENAU-MOIZARD. *Les sistèmes politiques européens*. Paris: LGDJ, 2009. p. 154.

LivroPopulos.indb 106 23/10/2015 09:53:08

é obrigatório, altos índices de votos em branco e nulos também instigam à reflexão.

Assim como está a ocorrer em todos os cenários da sociedade hodierna, o fenômeno democrático sofre hoje os influxos de um sistema de comunicação instantânea, nos quais os escândalos políticos descortinam-se, com detalhes, em proporções gigantescas. Isto faz a sociedade responder, de forma imediata, protestando por transparência, honestidade e ética dos que desfrutam do poder. Ganha força cada vez mais, nesse contexto, a concepção participativa da gestão democrática. No mundo, cada vez mais os cidadãos estão nas ruas, clamando por liberdade, igualdade e justiça.

Manuel Castells, em palestra recentemente ministrada nesta Capital, ao abordar o surgimento dos movimentos sociais em rede, afirmou que a humanidade acredita na democracia como a melhor forma de governo, mas não acredita na democracia de seu país, isto é, os cidadãos não se sentem representados pelos políticos que elegem. Em sua perspectiva, quando a sociedade se movimenta nessa proporção, uma profunda mudança social está a caminho.[4]

Há tempos as "ruas" vêm se aburguesando, comenta Sérgio Halimi.[5] A mobilização de 11 de janeiro de 2015, em Paris, em resposta ao atentado ao jornal Charlie Hebdo, revelou grande mobilização da classe média em comparação com a modesta manifestação dos operários e dos jovens dos bairros pobres parisienses. Igualmente se observa na Europa o *aburguesamento* das urnas. *Praticamente a cada eleição, a taxa de participação cai proporcionalmente à renda. E a "representação nacional" não é mais bem distribuída, pois seu rosto se confunde com o das classes superiores.*[6]

Pois bem.

Num momento de turbulências políticas a repercutirem em todas as searas, sobretudo na economia, pretende-se neste breve estudo sobre a teoria democrática pousar o olhar sobre a doutrina sociológica e política. Procura-se visitar aqui, com maior ênfase, a doutrina transnacional. Quando estudamos nessa perspectiva, percebemos que os problemas que nos afetam, afetam quase sempre a todos. Na arena global em que estamos inseridos, cada vez mais as distâncias se encurtam, de maneira que os problemas vividos numa sociedade reverberam em outras. Não resta dúvida de que a crise política hoje é mundial, ainda que, em alguns países, seja em maior proporção do que em outros.

[4] CASTELLS, Manuel. Palestra. *Fronteiras Braskem do Pensamento.* Salvador, 12 maio 2015. Série especial.

[5] HALIMI, Sérgio. *Direitização, modo de usar*. Disponível em: < http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1883>. Acesso em: 23 jun.2015.

[6] Ibidem. Acesso em: 23 jun. 2015.

LivroPopulos.indb 107 23/10/2015 09:53:08

2 A DEMOCRACIA NA GRÉCIA ANTIGA

Com vinte e cinco séculos de história, o termo *demokracia* surgiu pela primeira vez com Sólon, em Atenas, no começo do século XVII a.C. Com Péricles, a democracia encontrou seu apogeu, razão pela qual lhe foi atribuída sua paternidade.

Até o século XVIII a.C., a sociedade grega era governada por uma oligarquia: a aristocracia dominava um povo miserável e insatisfeito. Dracon, com suas medidas draconianas, não conseguiu agradar. Foi Sólon, no começo do século XVII a.C., quem deflagrou a primeira legislação que concedia poderes ao povo. Todavia, após sua gestão, houve um retrocesso com Pisistrate e seus filhos, que instauraram um período de tirania, interrompendo o processo de formação da democracia.[7]

No fim do século XVI a.C., coube a Clístenes dotar a cidade de Atenas de leis democráticas, estabelecendo o governo para o povo e assegurando a liberdade e a igualdade perante a lei. Com Péricles, no século XV a.C., este sistema encontrou seu clímax: *demokratia* era o governo de um grupo de cidadãos e não mais de uma só pessoa (o tirano), nem de uma classe social que se supunha iluminada (a aristocracia).[8]

A democracia grega era mais exclusiva que inclusiva, embora fosse a mais inclusiva de seu tempo. Não apenas as mulheres eram excluídas, como foram até o século XX, como também os estrangeiros residentes permanentes (metecos) e os escravos. A cidadania era hereditária e só existia dentro da Pólis da qual os cidadãos eram membros, não havendo pretensão de universalidade de direitos.[9]

Em Atenas, os mandatos eram breves, de maneira que os membros do Conselho eram escolhidos por sorteio para mandato de um ano, vedada a recondução.[10] Considerada a forma de designação mais justa entre os candidatos, o sorteio conferia igualdade política, dando a todos a mesma oportunidade para o exercício do poder. O acaso era, nessas condições, o melhor critério para distinguir os candidatos a um mandato.[11]

---

[7] Cf. Disponível em: <http://www.la-democratie.fr/idee_de_d.htm>.

[8] Cf. Disponível em: <http://www.la-democratie.fr/idee_de_d.htm>.

[9] (DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 32-33) "Os gregos não reconheciam a existência de pretensões universais à liberdade, à igualdade ou aos direitos, fossem eles direitos políticos ou, de maneira mais ampla, direitos humanos. A liberdade era atributo da participação – não na espécie humana, mas numa cidade particular (ou seja, da cidadania)." (Ibidem, p. 33).

[10] PRZEWORSKI, Adam. *Qué esperar de la democracia. Limites y possibilidades del autogobierno*. Tradução de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2010. p. 71. "[…] al principio de cada año se elegían seis mil jurados, y de entre ellos eran escogidos por soteo aquellos que hicieran falta, un día determinado. Alrededor de 540 magistrados, que se encargaban de preparar las decisiones para el consejo y de implementarlas, se designavan mediante sorteo por un año y no podian ocupar el cargo más de una vez (o, como mucho, unas pocas veces). Los membros del consejo de los 500 eran elegidos entre los que se presentaban por sorteo por un año y podían ocupar el cargo no máximo dos veces en su vida, pero no en años consecutivos." (Ibidem, p. 72).

[11] BOUKERCHE, Amine. *De la fragilité de la democratie. Une lecture de Tocqueville***.** Paris: Editions Apogée, 2015. p. 17.

LivroPopulos.indb 108 23/10/2015 09:53:08

Havia em Atenas, segundo Rousseau, mais cidadãos que eram magistrados do que os que não eram. Todo cidadão que exprimisse sua vontade poderia ascender a um cargo público em igualdade de condições com os outros cidadãos. Aristóteles dizia que a liberdade em democracia igualmente significava que cada um *governaria e seria governado por vez.*[12]

O que tornou a democracia grega especialmente singular não foi apenas a reunião dos cidadãos escolhidos na Ágora – espécie de Parlamento – para decidir sobre os destinos do Estado, mas, sobretudo, o espírito cívico que os dominava, eis que totalmente devotados à administração da coisa pública, sem qualquer retribuição em troca. Embora a escravidão na Grécia Antiga seja alvo de crítica, por não conferir a plena igualdade, era ela que permitia ao homem livre dedicar-se apenas aos assuntos públicos.[13]

Sem embargo, a democracia em Atenas não era uma unanimidade. A maior parte dos filósofos gregos era a favor da aristocracia. Aristóteles não gostava da extensão do poder que a democracia conferia aos pobres. Platão opunha-se à democracia, sendo a aristocracia o regime de sua preferência, por ser um sistema de poder dos mais qualificados. Igualmente considerava perigosa a escolha por sorteio, que punha à margem o critério de competência para governar. A condenação de Sócrates, que a aceitou sem revolta em respeito à decisão da maioria, incitou Platão a se contrapor a esse sistema. Para ele, a morte injusta de Sócrates era a prova de que a cidade democrática era incapaz de reconhecer a qualidade dos seus cidadãos, pois era o homem mais justo de Atenas. Para Platão, então, a democracia trazia mais problemas do que soluções.

A evolução da humanidade com a complexidade social e o crescimento do Estado em território e em população tornou tecnicamente impossível a permanência da democracia direta grega, mas a ideia de alternatividade no exercício do poder, que permitia a grande maioria governar, e o espírito cívico que movia os governantes compreendem hoje a quimera da sociedade de nosso tempo. Se um ateniense surgisse de repente hoje, em nosso meio, acharia o que chamamos de democracia *irreconhecível, despido de atrativos e não democrático.*[14]

3 O CONCEITO DE DEMOCRACIA

Segundo o italiano Sartori, um dos maiores protagonistas do debate político contemporâneo, a definição *irreal* da democracia obsta a que encon-

[12] PRZEWORSKI, op. cit., p. 71.

[13] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 289.

[14] DAHL, op. cit., p. 7.

LivroPopulos.indb 109 23/10/2015 09:53:08

tremos *realidades democráticas*. O ideal democrático não define a realidade democrática. *É um grave erro confundir uma prescrição com uma constatação.*[15]

Nessa perspectiva, cada nação possui uma *realidade* democrática diferente, fruto da história de seu povo. Por isso, impossível o esboço de uma concepção real de democracia que se aplique indistintamente a todos. É que, como pontuou Alexis de Tocqueville, a democracia é muito mais um processo histórico do que um regime político.[16]

No mesmo sentido, a portuguesa Maria Benedita Urbano afirma ser a democracia *um longo processo de aprendizagem e experimentação*. *Democratizar a democracia significa torná-la real e, portanto, combater a democracia fictícia – porque idealizada ou porque ultrapassada nos seus pressupostos.*[17]

Com razão também Bonavides, ao concluir que a democracia passou a ser a *força condutora dos destinos da sociedade contemporânea, não importa a significação que se lhe empreste.*[18]

Contudo, existe um núcleo de características essenciais que permite identificar o quão democrático é um governo.

Quando se expressa o significado etimológico *governo do povo*, proclama-se um conceito, mas se diz muito pouco. E isto porque não é simples definir o que é povo.

Sartori arrola seis vertentes possíveis de significado para *povo*, quais sejam: a) o sentido literal *todos*; b) a pluralidade aproximada, que significa o maior número; c) o proletariado, numa versão marxista; d) a totalidade orgânica e indivisível; e) o que resulta da aplicação do princípio majoritário absoluto; e f) o que resulta da aplicação do princípio majoritário moderado. Dentre estas possibilidades, opta Sartori pela última, porquanto nela a maioria vence, mas respeita a minoria. O povo, então, é considerado no seu todo, sem exclusões. E a moderação se perfaz no respeito aos direitos e às liberdades das minorias.[19]

O respeito às minorias e, sobretudo, às suas opiniões divergentes, sem hostilidades, parece ser o que, sob o ponto de vista político, constitui a pedra angular da democracia. Em certa oportunidade, Lord Acton afirmou: *A prova mais segura para se julgar se um país é verdadeiramente livre está no quantum de segurança gozam as minorias.*[20] E Ferrero, por sua vez, expressou: *nas democracias, a oposição é um órgão da soberania popular tão vital como o governo. Suprimir a oposição significa suprimir a soberania do povo.*[21]

---

[15] SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Tradução de Miguel Ángel González Rodríguez, Maria Cristina Pestellini Laparelli Salomon y Miguel Ángel Ruiz de Azúa. Madrid: Taurus, 2007. p. 18.

[16] FLEURY, Cyntia. *Les Pathologies de la démocratie*. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2005. p. 13.

[17] URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento. Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar*. Coimbra: Almeida, 2009. p. 84.

[18] BONAVIDES, op. cit., p. 287.

[19] SARTORI, op. cit., p. 28-30.

[20] SARTORI, op. cit., p. 31.

[21] SARTORI, op. cit., p. 32.

LivroPopulos.indb 110 23/10/2015 09:53:08

4 OS VALORES DA DEMOCRACIA

> *É porque todos os seres humanos são livres e iguais que devem ser titulares de direitos políticos e, assim, interferir conjuntamente, uns com os outros, na definição dos rumos do Estado e da sociedade em que têm de viver. É porque todos são dotados de razão e de consciência (como proclama, por seu lado, a Declaração Universal) que eles são igualmente chamados à participação cívica, capazes de resolver os seus problemas não pela força, mas pelo confronto de ideias e pelo seu sufrágio pessoal e livre.*[22]

4.1 A IGUALDADE

Democracia e igualdade no exercício do poder são indissociáveis.

A igualdade é a alma do Estado na Democracia, asseverou Montesquieu.[23] O voto de todos tem o mesmo valor: cada cidadão tem uma voz.

A Lei outorga aos cidadãos a igualdade política. Todavia, diz Przeworski que ter igual oportunidade de participar transcende o mero direito de participar e inclui condições materiais e intelectuais.[24] É fato que a democracia ainda se ressente de propiciar uma igualdade social e econômica na maioria dos países, em especial os da América Latina, da África e da Europa Oriental.

Quando o sufrágio se tornou universal e a democracia alcançou os países mais pobres, a discussão em torno da ausência de capacidade efetiva de exercer direitos políticos formais ganhou força, de maneira a se indagar: *Podem as pessoas ser politicamente iguais se são socialmente desiguais?*[25] Seriam a desigualdade social e a intelectual as causas do *aburguesamento* das ruas ou, em países onde o voto é facultativo, do *aburguesamento* das urnas?

[22] MIRANDA, Jorge. *Formas e Sistemas de Governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. IX.

[23] MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Introdução, Tradução e Notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 119. "O princípio da Democracia é corrompido não só quando se perde o espírito de igualdade, mas ainda que se adquira o espírito de extrema igualdade, e cada um quer ser igual ao que escolheu para mandar. […] O verdadeiro espírito de igualdade está longe da extrema igualdade, tanto quanto o ceú da Terra. […] No estado natural, os homens nascem bem na igualdade; mas não poderiam permanecer assim. A sociedade os faz perdê-la, e eles não se tornam de novo iguais senão através das leis." (Ibidem, p. 141-143).

[24] "Estoy cansado del lenguaje de los derechos: una oportunidad efectivamente igual implica no sólo derechos sino también condiciones, algumas condiciones materiales e intelectuales mínimas, "salario decente y lectura". E incluso si todos tienem esas condiciones mínimas, es posible que las condiciones individuales sean desiguales. Por lo tanto, para que la influencia politica sea idéntica en una sociedade desigual, es necessario que la desigualdade de condiciones no pueda transformarse en desigualdade de influencia" (PRZEWORSKI, op. cit., p. 121, 129).

[25] Ibidem, p. 130.

LivroPopulos.indb 111 23/10/2015 09:53:09

As qualidades individuais são irrelevantes para se fruir a condição de cidadão. Todavia, as distinções existem. Pode-se ignorá-las, mas não anulá-las. Przeworski prefere dizer que não existe igualdade e sim ignorância das desigualdades sociais. Para ele, os cidadãos democráticos não são, em verdade, iguais: são anônimos perante a Lei.[26]

4.2 A LIBERDADE

A estreita correlação entre o direito à liberdade e os direitos humanos já vem aclamada desde Rousseau, que, no início do século XVIII, já asseverava: *Renunciar à liberdade é renunciar à sua qualidade de ser humano, aos direitos da humanidade, mesmo aos seus deveres.*[27]

Enquanto os governos autoritários mantêm a ordem pela opressão, a tarefa da democracia é muito mais delicada. Declarou Bolívar que *se a tirania é um peso, a liberdade é uma balança*.[28] O equilíbrio advindo da separação de poderes preconizada por Montesquieu é condição essencial ao resguardo da liberdade na democracia.[29]

A liberdade na democracia se expressa de três maneiras para o cientista político Roberto Dahl: a *liberdade geral*, a *liberdade de autodeterminação* e a *autonomia moral*. Na primeira, estão contempladas a liberdade de expressão, a organização política, a oposição, as eleições justas e livres etc. Na segunda, a possibilidade de as pessoas viverem sob as leis de sua própria escolha numa sociedade, na qual devem também obedecer a decisões coletivas vinculativas. Para Dahl, somente a democracia maximiza a autodeterminação.[30] E, por último, a autonomia moral, que seria a capacidade de alguém decidir de acordo com seus próprios princípios morais, isto é, de *autogovernar-se na esfera das escolhas moralmente pertinentes.*[31]

Segundo Jorge Miranda, distingue-se a liberdade civil da liberdade política. A primeira respeita a relação entre os particulares, enquanto a segunda, a relação dos particulares com o poder político, colimando a rea-

[26] PERZEWORSKI, op. cit., p. 132.

[27] ROSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2013. p. 17.

[28] BOLÍVAR, Simón. *Escritos políticos*. Madrid: Alianza Editorial, 1969.

[29] "Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principes ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares." (MONTESQUIEU, op. cit., p. 165).

[30] Diz Dahl que quem melhor expressa esse argumento é Rousseau, em o *Contrato Social*, e complementa: "[...] a afirmação de que democracia maximizará as oportunidades de liberdade por meio da autodeterminação ainda é válida, uma vez que, sob quaisquer alternativas não democráticas, o número de membros que desfrutam da liberdade de governar a si mesmos seria necessariamente menos que numa democracia." (DAHL, 2012, p. 139).

[31] DAHL, op. cit., p. 136-141.

LivroPopulos.indb 112 23/10/2015 09:53:09

lização da pessoa. E afirma Miranda que a liberdade na democracia pode ser entendida como o enlace entre a liberdade civil e a liberdade política ou, seguindo Benjamin Constant, como o enlace entre a *liberdade-participação* e a *liberdade-autonomia.*[32]

O pluralismo político e a coexistência respeitosa de diversas ideias e correntes de pensamento somente se tornaram possíveis com a liberdade política. Esta e a participação política estão imbricadas. Nas lições de Jorge Miranda, *não há forma de governo favorável à liberdade que seja contrária à participação política dos cidadãos [...]; nem pode haver participação plena sem liberdade política.*[33]

A história da democracia é, sobretudo, a história do combate às censuras. A independência dos meios de comunicação, que representa a liberdade de expressão, é um catalisador do amadurecimento do processo democrático, de sorte que, quase sempre a censura política por razões de Estado, em nome da segurança nacional, dos *ideais da revolução* ou da justiça são abusivas.[34]

Por outro ângulo, ainda no tocante à liberdade de comunicação, o italiano Sartori, ao escrever sobre o que chama fenômeno da *vídeopolítica,* põe em evidência uma transformação cultural com a substituição da palavra escrita pela *imagem*, o que tem convertido os cidadãos em consumidores e os candidatos em produtos, cujo valor de mercado é fixado pelas pesquisas de opinião. Consumidores não são convencidos, mas seduzidos. Isto afeta a democracia e a vida política dos Estados.[35]

5 O GOVERNO DA MAIORIA

Não sendo possível ao homem viver fora da sociedade, em estado de anarquia, não pode usufruir de uma liberdade plena ou natural. E, então, a única maneira de ser livre é vivendo em conformidade com regras. Regras que impedem de fazer o que quiser e que obrigam a fazer o que não se quer. A escolha de um soberano para estabelecer e impor essas regras pode levar ao abuso de poder. Portanto, a melhor forma de exercer a liberdade é governar-se a si mesmo: se somente o povo pode ditar as leis, será sempre governado pelas leis feitas por ele mesmo.[36]

[32] MIRANDA, op. cit., p. 14.

[33] MIRANDA, op. cit., p. 13.

[34] ROCANGIOLO, Rafael. De los medios impresos a la cultura visual. In: DEMOCRACIA en el Siglo XXI. Experiencias y Desafíos de Iberoamérica. Santo Domingo, República Dominicana: Fundacion Global Democracia y Desarrollo, 2002. p. 124.

[35] "Ponía como ejemplo el caso del régimen peruano de Fujimori y Montesinos, para ver como se puede constuir um nuevo tipo de régimen autoritário y dictadorial, cuya característica principal es el control de los medios de comunicación y de la televisión. Pero, además, realizado no por la vía de la censura política, sino en nome de la libertad de expresión. Yo recuerdo las numerosas apariciones de Fujimori durante la campaña electoal de año 2000 diciendo: Yo reconozco que la televisión está sesgada, pero yo no puedo hacer nada, porque yo no puedo atentar contra la libertad de expresión". (Ibidem, p. 125, 129-130).

[36] PERZEWORSKI, op. cit., p. 57-58.

LivroPopulos.indb 113 23/10/2015 09:53:09

Kelsen conecta essa ideia com a liberdade, para dizer, em seu ensaio de 1929, que existe somente uma perspectiva razoável que conduz ao princípio majoritário: a de que, se não são todos os indivíduos, ao menos o maior número possível deles deveria ser livre para escolher as leis que lhe governam, devendo a ordem social estar em contradição com a vontade da menor quantidade de pessoas possível. A isso Kelsen chama de *autonomia*. Diante da possibilidade de mudanças nas preferências dos indivíduos, essa autonomia se maximiza: *o autogoverno deve permitir a alternância dos partidos nos cargos.*[37] Como acentua Jorge Miranda, a maioria, na democracia, *é sempre uma maioria de conjuntura e não uma maioria definitiva, pronta para esmagar os direitos da minoria.*[38]

6 A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Contrariamente ao que se possa imaginar, não é atribuída aos democratas a elaboração da teoria da representação. A sua origem remonta a uma instituição medieval do governo monárquico, presente na Inglaterra e na Suécia, por meio da qual os monarcas ou os nobres convocavam assembleias para tratar de assuntos públicos como impostos, guerras etc. Os convocados se deslocavam dos Estados que representavam até os centros de poder e eram realizadas reuniões separadas para cada um deles, o que levou à formação de duas representações: os lordes e os comuns.[39] O sistema representativo surgiu, em verdade, em contraposição à democracia direta.

A relação entre o representante e o representado àquela época identificava-se com a delegação, de modo que o representante falava em nome do representado que lhe outorgava o mandato, limitando-se aos poderes que lhe fossem conferidos. Foi, no século XVIII, que apareceu, na Inglaterra, com Burke, o conceito moderno de representação, desvinculado da ideia de delegação de poder, a sufragar a independência do representante.[40]

Montesquieu, tratando da Constituição Inglesa, escreveu que, por ser, na prática, inviável, em grandes cidades, deliberações provindas diretamente do povo, era possível a escolha de representantes.[41] Todavia, para Montesquieu, as eleições revestiam-se de caráter aristocrático, pois, diferentemente do sistema de sorteio da democracia direta, importava na escolha do então considerado mais competente para governar, distinguindo-o dos

[37] PERZEWORSKI, op. cit., p. 82-83.

[38] MIRANDA, op. cit., p. X.

[39] DAHL, op. cit., p. 43.

[40] URBANO, op. cit., p. 121.

[41] DAHL, op. cit., p. 43.

LivroPopulos.indb 114 23/10/2015 09:53:09

demais. A república construída a partir de eleições era, para o pensador, uma república aristocrática e não uma república democrática (*o sufrágio por sorteio é da natureza da Democracia; o sufrágio por escolha é da natureza da Aristocracia*).[42]

Em 1789, quando foi a representação estabelecida na França pela primeira vez, Sieyès dizia que, num país democrático, o povo não existe, não deseja e não age a não ser por meio de seus representantes. É a democracia representativa, na perspectiva de Sieyès, uma aristocracia eleita pelo voto universal que reivindica para si a legitimidade para agir em nome da coletividade. Para ela, *fora do período das eleições, o povo não mais existe.*[43] Esta era a concepção *liberal* de representação, segundo a qual os governantes representavam um ente fictício – a nação. É neste momento histórico que surge a *teoria da soberania nacional,* em contraposição à *teoria do mandato imperativo.*[44]

À altura da revolução francesa, as eleições não eram vistas, em verdade, como uma técnica democrática. A eleição era considerada um meio para a escolha de governantes, tendo em vista suas especiais qualidades – intelectualidade e retidão moral – que os destacavam dos demais cidadãos, pondo de lado outros critérios, como o de hereditariedade e o de outorga divina, próprios dos regimes absolutistas aos quais a revolução se opunha. Daí que a massa popular que votava era ignorada após a eleição, pois os notáveis iriam atuar, com independência, em prol da *vontade da nação*, que lhes cumpria conceber. Havia representação, mas não havia representatividade.

Foi nesse cenário que o sistema representativo foi considerado, no início do século XIX, uma grande descoberta.[45]

Nessa conjuntura, a Inglaterra, os Estados Unidos, a Espanha e a França passaram a ser modelo para os países que alcançavam a independência na América Latina após 1810. Todavia, a história das instituições representativas teve revezes, ou porque os governos não quiseram governar de acordo com as regras instituídas, ou porque os que perderam as eleições não se conformaram… Enfim, a ideia de representação não teve uma evolução uniforme nos países.

Enquanto na Europa as monarquias permaneceram, mas transformadas em monarquias constitucionalistas e parlamentárias, e, posteriormente, deram origem ao parlamentarismo, nos Estados Unidos, que se tornaram independentes de monarcas e cujo povo não mais os tolerava, acabaram por fazer nascer algo novo, que hoje chamamos presidencialismo.

[42] MONTESQUIEU, op. cit., p. 88.

[43] PRZEWORSKI, op. cit., p. 115.

[44] URBANO, op. cit., p. 123.

[45] 'Em 1820, James Mill proclamou "o sistema de representação", como "a grande descoberta dos tempos modernos", na qual "talvez se encontrará a solução de todas as dificuldades, especulativas e práticas". "Em poucos anos, o que de Tracy, James Mill e James Madison haviam visto corretamente como uma transformação revolucionária da democracia tornara-se algo estabelecido: era óbvio e indiscutível que a democracia deve ser representativa." (DAHL, op. cit., p. 44).

LivroPopulos.indb 115 23/10/2015 09:53:09

Absorvido rapidamente na América Latina, o presidencialismo teve início com Bolívar, *o libertador*, que se manteve no cargo indefinidamente, desejoso de se tornar monarca vitalício, embora com o nome de presidente. Depois, José Gaspar Francia se proclamou, no Paraguai, em 1816, *Dictador Perpetuo*, numa versão radical do modelo de ditadura romano, cujo poder era delegado, excepcional e de duração limitada. À época, o ato foi visto como um grande paradoxo, mas essa *invenção* criou precedente para outros tantos na história.[46]

Doutro ângulo, somente o Brasil adotou o regime monárquico temperado, que vigeu até a proclamação da república.

Afirma Diniz, segundo Przeworski, que o presidencialismo prevaleceu na América Latina, porque *estaba mucho más cerca de los interesses oligárquicos que de los ideales democráticos.*[47]

Indiscutivelmente a realidade democrática, em evolução nos duzentos anos após a revolução francesa, tornou superada a teoria da soberania nacional, não sendo possível mais se sustentar a total independência dos eleitos em relação aos eleitores, seja no parlamentarismo, seja no presidencialismo.

Embora voltada à análise do Parlamento e, mais precisamente, do mandato parlamentar, discorre Maria Benedita Urbano sobre as duas correntes que se desenvolveram a respeito do *tipo de relação* nascida entre os governantes e os governados após o sufrágio.

A primeira concepção, já aqui tratada, correspondia à *representativa pura* – de *total autonomia do sistema representativo* — acolhida pelo Estado liberal e pelos Federalistas americanos, respeitante à teoria da soberania nacional.[48]

A segunda concepção defendia uma *maior aproximação entre eleitos e eleitores (uma maior aproximação entre a representação e a realidade social)*, de maneira que aos primeiros competia perscrutar a vontade popular, tendo em vista a *articulação do povo real, composto não só por pessoas individualmente consideradas, mas igualmente por grupos, associações, categorias de pessoas etc.*[49] Não se trata aqui de uma vinculação limitante, como o é na concepção de mandato imperativo, mas de uma proximidade, a fim de colher as impressões e os desejos dos eleitores em prol do bem comum, propiciando uma *mediação* entre os interesses que expressam, eis que nem sempre eles coincidem.

Nessa conjuntura, as eleições passaram a ter outro significado, permitindo ao povo dizer de seus interesses, de suas opiniões e de suas expectativas, as quais devem ser levadas em consideração pelos representantes

[46] PRZEWORSKI, op. cit., p. 116-117.

[47] PRZEWORSKI, op. cit., p. 115.

[48] URBANO, op. cit., p. 94.

[49] URBANO, op. cit., p. 95-96 .

LivroPopulos.indb 116 23/10/2015 09:53:09

(*responsividade*). Por outro lado, os governantes têm o dever de prestar contas relativamente à consecução daqueles anseios populares (*accountability*).[50] Há um nítido liame entre representação e responsabilidade política, que se expressa com maior força no parlamentarismo.

6.1 O DIREITO AO SUFRÁGIO E O PLURALISMO POLÍTICO

Em seu nascedouro, o sufrágio era conferido a uma elite. Montesquieu dizia que a fortuna assegurava que seu detentor teria um interesse na coisa pública, daí dizer-se que o sufrágio era censitário. Somente quem pagava certa importância de impostos poderia votar e ser votado.

Foi no transcurso do século XIX, por pressão da burguesia, que o sufrágio foi crescendo em extensão. Somente na segunda metade do século XX, o sufrágio se tornou universal. À guisa de exemplo, assim ocorreu na França, em 1848, na Suécia, em 1909, na Dinamarca, em 1915, e, na Alemanha, na Holanda e na Itália, em 1919. No que tange ao sufrágio das mulheres, exceto na Finlândia, em 1906, e na Suécia, em 1909, um grupo conquistou o direito de voto logo após a Primeira Guerra Mundial, como recompensa por ter mantido a economia estável enquanto os homens se encontravam em confronto. É o caso do Reino Unido, em 1918 (para as mulheres a partir de 30 anos), da Alemanha, em 1919, da Áustria, em 1920, e da Polônia, em 1921. Outro grupo só conquistou o direito ao sufrágio após a Segunda Guerra Mundial. É o caso da França, em 1944, da Itália, em 1945, e da Bélgica, em 1948.[51] No Brasil, a conquista se concretizou com o Código Eleitoral de 1932.

Noutro ângulo, o direito ao sufrágio sempre foi outorgado aos nacionais, por pressupor a nacionalidade um liame mais forte e profundo entre o indivíduo e o Estado. Esta ideia advém da Grécia Antiga. Aristóteles dizia que somente os nascidos em Atenas poderiam ser considerados cidadãos. Para ele, a cidadania era um privilégio ligado à nacionalidade.

Hoje muito se discute sobre o tema na Europa, haja vista a consagração da cidadania europeia no Tratado de Maastricht (TUE). Além disso, o número significativo de abstenção às urnas tem provocado o debate com a finalidade de aumentar o número de eleitores e, assim, conferir maior legitimidade ao resultado das eleições. Contudo, ainda existe muita resistência em romper com aquele dogma, sobretudo, na capacidade eleitoral passiva. Em princípio, o europeu estrangeiro (*quase-nacional*) pode votar nas eleições europeias e nas eleições municipais do Estado onde reside. Diz Haguenau-Moizard que *a residência permite atestar um liame forte com o Estado de acolhimento e*

[50] URBANO, op. cit., p. 167.

[51] HAGUENAU-MOIZARD. *Les sistèmes politiques européens.* Paris: LGDJ, 2009. p. 46.

LivroPopulos.indb 117 23/10/2015 09:53:09

então o interesse pela eleição.[52] Entretanto, isto ainda não foi agasalhado plenamente e, em alguns países, como na Espanha e na Bélgica, sufraga-se o direito de votar, mas não o de ser votado.

Sob outra perspectiva, o pluralismo de ideias, de religiões, de raças, de sexo e de opiniões, entre outros, está previsto em todas as sociedades democráticas, com previsão expressa em suas Constituições. Em sua dimensão política, o pluralismo volta-se aos partidos políticos, atores chaves da democracia representativa, que desempenham papel não apenas associativo, mas também institucional.

As primeiras divisões partidárias surgiram na Inglaterra entre 1679 e 1680 e na Suécia, em 1740. Na França, houve uma fase de grande hostilidade aos partidos políticos, iniciada com a revolução francesa, que era contrária a qualquer forma de associação, tendo constado esta proibição expressamente do último Decreto da Assembleia Constituinte Francesa de 1791. Os partidos políticos foram também proibidos em alguns principados alemães em 1842, de maneira que, em alguns países, até 1914, era ilegal fazer referência a partidos no Parlamento.[53]

Em sua roupagem moderna, os partidos políticos surgiram nos Estados Unidos, na primeira metade do século XIX. Enquanto nos Estados Unidos foram legalizados sem embaraços, na Europa houve certa resistência ao seu reconhecimento.[54] Já em 1929, Kelsen, favorável à institucionalização dos partidos, afirmava que *a democracia moderna se baseia totalmente nos partidos políticos*. Em sua concepção, os indivíduos só existem politicamente por meio dos partidos políticos.[55]

Entretanto, é após a Segunda Guerra Mundial que se opera, no continente europeu, o pleno reconhecimento dos partidos com a sua constitucionalização. Assim, na Alemanha, em 1949, na França, em 1958, e na Áustria, em 1975. Em outros países, após o fim dos regimes totalitários, como na Grécia, em 1975, em Portugal, em 1976, e na Espanha, em 1978. Mesmo nos países nos quais a Constituição não consagra expressamente o direito de criar partidos políticos, este direito é compreendido dentro da liberdade de associação.[56]

Os partidos políticos são hoje tão relevantes que Przeworski afirma só haver eleições onde existe mais de um partido, isto é, quando se pode escolher dentre várias opções. Se o partido é único, não se elege ninguém. Vota-se, mas não se elege. E se o poder se perpetua, mesmo que com eleições, instaura-se o que a doutrina chama de *autoritarismo eleitoral*. O simples fato de ter eleições não é suficiente para que haja competitividade e

[52] HAGUENAU-MOIZARD, op. cit., p. 47.

[53] PRZEWORSKI, op. cit., p. 63, 66.

[54] URBANO, op. cit., p. 55.

[55] PRZEWORSKI, op. cit., p. 65-66.

[56] HAGUENAU-MOIZARD, op. cit., p. 48-49.

LivroPopulos.indb 118 23/10/2015 09:53:09

isonomia entre os concorrentes. Enfim, *o só fato de o povo votar não significa que tenha o poder de eleger.*[57]

Maria Benedita Urbano realça que os partidos sempre foram *mal-amados*. No surgimento do Estado Constitucional eram vistos como um *mal absoluto*, chamados então de facções. Posteriormente, de forma breve, foram considerados *um bem desejável*, em razão do alargamento do sufrágio. E hoje são tidos como um *mal necessário*. Esta última perspectiva, cunhada por Madison, na sua obra *Federalist*. Sobre esse malquerer, a jurista portuguesa colaciona Avril, para quem, *no que concerne aos partidos, a existência precedeu a essência: eles foram descobertos antes de ser pensados e se acabou por admiti-los, foi com repugnância, como um mal necessário – isto apesar de os partidos estarem associados à democracia.*[58]

6.2 A CRISE NA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Para Rousseau, não havia governo tão sujeito a guerras e a insurreições e tão propenso a deturpar-se como o democrático, a exigir vigilância e coragem dos cidadãos para conservar sua natureza original, pois *se houvesse um povo de deuses, estes se governariam democraticamente. Um governo tão perfeito não convém aos homens.*[59]

Embora denote contradição, o gérmen autoritário está subjacente ao princípio democrático e quando aflora torna pálida a soberania popular.

A fase jacobina da revolução francesa fez revelar que o dogma da *soberania do povo* podia encobrir um regime totalitário. De igual modo, o comunismo mostrou que a igualdade aplicada sem mitigações também podia levar à destruição das liberdades. A ascensão de Hitler em 1933 na Alemanha pôs à mostra que a eleição mediante sufrágio não obstava nem prevenia o autoritarismo e a tirania.[60] Ainda hoje, em alguns países, regimes autoritários são supostamente legitimados pelas urnas.

E, como afirma o francês Haguenau-Moizard, *se a eleição se faz acompanhar da tirania de um partido ou da opressão de minorias, ela não pode ser qualificada de democrática.*[61]

[57] PRZEWORSKI, op. cit., p. 196. "Hay algunas voces que afirman que en la actualidad estamos asistiendo al surgimento de un fenômeno cualitativamente nuevo, el "autoritarismo electoral", pero a largo de la historia los regímenes de esses tipo han sido la forma prevaleciente de organización política. No hay nada nuevo en el "putinismo". Los resultados de las elecciones muestran com elocuencia que históricamente es muy raro que aquellos que están en el poder sean derrotados en elecciones y, más todavia, que haja alternâncias pacíficas." (PRZEWORSKI, op. cit., p. 193).

[58] URBANO, op. cit., p. 55-56.

[59] ROUSSEAU, op. cit., p. 71-72.

[60] BAUDOUIN, op. cit, p. 153.

[61] HAGUENAU-MOIZARD, op. cit., p. 45.

LivroPopulos.indb 119 23/10/2015 09:53:09

Aquelas experiências traumáticas despertaram a atenção para o fato de que a democracia, fulcrada na soberania do povo, nos valores da igualdade e da liberdade e na técnica eletiva exigia que o poder tivesse mecanismos de autocontrole mútuo, sendo distribuído equitativamente. E, então, saiu de cena Rousseau, defensor da democracia direta e avesso à ideia de representação, e ganhou espaço Montesquieu, que, para além de ser adepto da teoria da representação, idealizou a teoria da separação dos poderes, segundo a qual *só o poder detém o poder.*[62]

A Corte Europeia dos Direitos do Homem, com o fim de impedir o retorno dos regimes ditadoriais na Europa, conferiu à democracia contornos que extravasam à realização periódica de eleições, afirmando, em seu Acórdão Handyside, em 07/12/1976, que a sociedade democrática é aquela a que se refere a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, caracterizada pelo pluralismo, pela tolerância e pelo espírito de abertura.[63]

Entretanto, não são poucos os pensadores que expressam um desencanto com a democracia, mostrando suas chagas e defendendo seu declínio.

Na obra *Dépasser la démocratie,* Karsten e Beckman questionam a visão geral de ser a democracia a melhor forma de governo. Argumentam que o processo democrático reduz cada vez mais a liberdade, sendo o voto uma ilusão de influência dada em troca da perda da liberdade. Dentre as críticas que lançam aos governos democráticos, arrolam a insatisfação dos eleitores, a desconfiança nos governos, a defesa de interesses particulares e de lobistas por parte dos partidos, a incapacidade de controlar suas despesas, o excesso de zelo à burocracia e à regulamentação e a dificuldade de manter o respeito à lei e à ordem.[64]

Um expressivo número de intelectuais não hesita em afirmar que categorias filosóficas, como cidadania e nação, e técnicas políticas, como as eleições, tiveram seu tempo. Para alguns, a concepção de cidadania no contexto europeu, como um elo entre o indivíduo e o Estado, sofreu significativa alteração com o surgimento da União Europeia, e, os mais radicais, como o cientista político Gui Herment, analisando exemplos entre franceses, britânicos e escandinavos, afirma que a palavra democracia é ainda usada, mas o fenômeno não existe mais, tendo sido substituída pela *governance* e pelo populismo.[65]

Em um debate realizado no Ateneu de Madri, em dezembro de 2011, promovido pela Fundação Anastasio de Gracia, fomentadora de pesquisas e reflexões em temas sociais, políticos e econômicos, sob o título *¿Está oxidada la democracia?*, Mayor Zaragoza, Presidente da Fundação Cultura e Paz, expressou que a oxidação provém de a democracia estar aos pés do

[62] BAUDOUIN, Jean. *Introdução à Sociologia Política.* Tradução de Ana Moura. Sueil, 2008. p. 153.

[63] HAGUENAU-MOIZARD, op. cit., p. 45.

[64] KARSTEN; BECKMAN, op. cit., p. 21-22, 31.

[65] HAGUENAU-MOIZARD, op. cit., p. 158-160.

LivroPopulos.indb 120 23/10/2015 09:53:09

mercado. Após o desmoronamento do bloco soviético, ao invés de se optar por um modelo regido pela justiça social, pela liberdade e pela igualdade, optou-se por um modelo guiado por leis mercantis, de modo que hoje os mercados interferem nos governos dos grandes países europeus. Por outro lado, realçou Zaragoza que a participação popular tem sido intensa e que a voz das ruas tem sido ouvida.[66] Durante o debate, também não deixou de ser observada a existência de uma grande distância entre os cidadãos e os partidos políticos, sendo grande a falta de confiança dos cidadãos europeus na classe política, nos partidos e no Parlamento.

Malgrado a existência de perspectivas desoladoras, prevalecem as que, a despeito de reconhecerem uma crise nas instituições democráticas e a necessidade de extirpar os males que as afligem – quer nos países desenvolvidos, quer nos países em desenvolvimento – ainda se acredita que não há outro caminho que não o democrático e que, embora de saúde frágil, a democracia ainda respira e pulsa no seio da humanidade.

Em sua obra *Les Pathologies de la démocratie*, Cintya Fleury, ao dizer que as teorias do declínio democrático não a convencem mais, afirma, contudo, terem sido importantes para sua tomada de consciência de que o exaurimento do modelo democrático francês a estimula a realçar a urgência de uma reflexão sobre a democracia, seus esquemas, seus valores e seus princípios. Proclama que as democracias ocidentais, como a francesa, estão saindo da infância e entrando na fase adulta, sendo o papel da contemporaneidade contribuir nessa transição, que passa *pela reforma dos indivíduos, de suas consciências, de seus comportamentos e de suas práticas* a partir, necessariamente, de uma análise de *pequenas perversões individuais*. E conclui que, na França, a democracia está em desenvolvimento na senda de um desenvolvimento durável.[67]

Norberto Bobbio, de seu turno, prefere falar em transformação da democracia. Crise pressupõe um colapso iminente e a democracia, embora não esteja em seu vigor pleno, não está agonizando. Alude que *para um regime democrático, estar em transformação é sua condição natural; a democracia é dinâmica, o despotismo é estático [...]*[68]

Considera John Keane um erro pensar que as democracias representativas estão se enfraquecendo ou desaparecendo, afirmando que sobrevivem e em muitos países florescem, pela primeira vez, como na Mongólia, em Taiwan e na África do Sul. O que se passa é um movimento de metamorfose da democracia representativa em *democracia monitória.*[69]

[66] ZARAGOZA, Federico Mayor. Entrevista. In: ESTÁ oxidada a democracia? (áudio-libro). Participantes: Fernando Berlin, Iñaki Gabilondo Pujol, Federico Mayor Zaragoza, Lucía Méndez, Fernando Vallespin Oña e José Antonio Zarzalejos Nieto. Madrid: EDICOM, 2012. (Colección Debates).

[67] FLEURY, op. cit., p. 11-14.

[68] BOBBIO, Norberto. *El future de la democracia*. México, Fondo del cultura económica, 2001. p. 15.

[69] KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. Tradução Clara Colloto. São Paulo: Almedina Brasil, 2010. p. 26.

LivroPopulos.indb 121 23/10/2015 09:53:09

Nas últimas seis décadas, têm surgido diversos instrumentos para monitorar e controlar publicamente o exercício do poder político que se estendem *para os lados e para baixo através de toda a ordem política. Eles penetram nos corredores do governo e ocupam os esconderijos e as fissuras da sociedade civil e ao fazerem isso complicam enormemente e, algumas vezes, embaraçam as vidas de políticos, partidos, legislaturas e governos*. São eles, segundo Keane, num contexto global, *comissões de integridade pública, ativismo judiciário, tribunais locais, tribunais no lugar de trabalho, conferências de consenso, parlamentos para minorias, litígios de interesse público, júris de cidadãos, assembleia de cidadãos, inquéritos públicos independentes [...]*[70]

O monitoramento não recai apenas sobre a política interna dos Estados, mas também sobre as organizações internacionais, como o Fundo Monetário Internacional, as Nações Unidas, a Organização Mundial do Comércio, a União Europeia, o Comitê Olímpico Internacional, a FIFA etc. E os meios de comunicação, incluindo a televisão por satélite, os celulares e a *internet*, conferem-lhes uma visibilidade tal, que os expõem a um escrutínio permanente. Daí se ouvir falar em *democracia global.*[71]

Essa concepção de controle do governo compreende a pedra de toque do conceito proposto por Karl Popper para a democracia. Sustenta Popper que, modernamente, a democracia deveria ser definida não sob a perspectiva de quem deve governar (governo do povo), mas a partir da resposta à seguinte indagação: *qual a melhor maneira de evitar situações em que um mau governante causa demasiados danos?* Sua teoria democrática agasalha a ideia de um *Estado de Direito que postula a demissão não-violenta dos governos através do voto da maioria.*[72]

Ora, de ver-se que, a despeito do crescimento da discussão sociológica sobre a crise ou o declínio da democracia e ainda que não se consiga retratá-la com alguma uniformidade entre os pensadores, o seu prestígio ainda avulta significativo na contemporaneidade.

7 A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

O desencanto para com a representatividade propiciou o descortinar da democracia participativa, cuja noção surgiu a partir dos movimentos radicais em 1960 nos Estados Unidos, constando expressamente do famoso Manifesto dos Estudantes por sua Sociedade Democrática (SDS), e, na França, entre 1960 e 1970, onde a participação era uma forma de contestação do sistema político, num panorama chamado de *lutas urbanas.*[73]

---

[70] Ibidem, p. 27.

[71] Ibidem, p. 28.

[72] URBANO, op. cit., p. 50.

[73] BLONDIAUX, Loic. *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*. Seuil: Éditions du Seuil et La République des Idées, mar. 2008. p. 15.

LivroPopulos.indb 122 23/10/2015 09:53:09

É a democracia participativa uma forma contemporânea de institucionalização do espaço público.

Organizações transnacionais e nacionais tiveram um papel relevante no desenvolvimento da democracia participativa, como o Banco Mundial, os programas da Organização das Nações Unidas e da União Europeia, os fóruns sociais, as ONGs, as associações etc.

Com repercussão internacional, destacou-se igualmente nos fins dos anos 80 a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre, no Brasil, que culminou com o Fórum Social Mundial de 2001. Foi a partir de Porto Alegre que a expressão *democracia participativa* ressurgiu como uma ferramenta concreta. Assim como *a democracia participativa norte-americana dos anos 70 e a socialista democrática do último Poulantzas, a democracia participativa de Porto Alegre é considerada como fazendo parte de um movimento social global de mobilização de camadas populares em prol de uma transformação profunda da sociedade.*[74]

Em escala global, a participação democrática é vista sob uma ótica de gestão, justificada pela retração cada vez maior do Estado a permitir uma partilha de poder, concitando os cidadãos não eleitos a engajarem-se, mediante formas de cogestão, na escolha de políticas públicas. Forma-se, assim, uma amostra representativa da população, em diversos domínios, como nas ciências, na tecnologia, no urbanismo, no meio ambiente e na gestão local, além de outros contextos sociais e culturais.[75]

Em todas as partes do mundo, é crescente a participação dos cidadãos, não apenas na gestão pública. Sob o ângulo social, promovem-se transformações nas relações, na medida em que as diversidades de classe, gênero, raça e geração ganham, cada vez, maior visibilidade. No contexto ambiental, em prol do desenvolvimento sustentável, defende-se um consumo sustentável da energia, conscientiza-se sobre a necessidade da reciclagem ou, ainda, são promovidas conferências mundiais sobre mudanças climáticas. E, no viés econômico, colima-se a redução da pobreza em diversos rincões do planeta.[76]

No jogo político, em resposta à crise vivenciada, busca-se a adesão dos cidadãos. Passa-se a *valorizar uma cultura cívica ou a politização dos habitantes, a criar novos espaços públicos, a relegitimar o sistema político, a aproximar os cidadãos dos eleitos e, até mesmo, de repartir o poder com os cidadãos não eleitos e de apoiar sua participação para transformar em profundidade o sistema político institucionalizado.*[77] Eduardo Frei Ruiz-Tagle, a propósito da democracia na América Latina, aponta que sua consolidação

[74] SINTOMER, Yves. Démocratie participative, démocratie délibérative: l'histoire contratée de deux catégories emergentes. In: LA DÉMOCRATIE participative. Paris: Éditions La Découverte, 2001. p. 119.

[75] BACQUER, Marie-Hélène. SINTOMER, Yves. Le temps long de la participation. In: LA DÉMOCRATIE participative. Historie et généalogie. Paris: Éditions La Découverte, 2011. p. 12.

[76] Ibidem, p. 14.

[77] Ibidem, p. 14.

LivroPopulos.indb 123 23/10/2015 09:53:09

passa pela *transparência na política* a exigir um debate público da relação entre o dinheiro privado e a atividade pública, sobretudo no que tange ao financiamento das campanhas políticas.[78]

Encerra, pois, a democracia participativa um mosaico de vertentes e de possibilidades.

De outro tanto, diversos instrumentos jurídicos concitam os cidadãos à participação nas decisões políticas do Estado, como, por exemplo, as audiências e consultas públicas, procurando, ao oportunizar às organizações e aos cidadãos, de um modo geral, o direito de livremente se manifestar, conferir maior legitimidade às decisões políticas. A consulta aos cidadãos ganha força nas democracias como *uma figura obrigatória de ação pública e como uma nova arte de governar, como se doravante não fosse mais possível tomar decisões sem ter que consultar o público previamente.*[79] Neste mês de julho, a Grécia foi protagonista disso, tendo o governo promovido uma consulta popular sobre o acolhimento ou não das propostas formuladas pelos credores internacionais em troca de crédito para tentar lhe livrar da ruína. Os gregos, séculos depois, em um momento crucial para a República, voltaram a dar um exemplo de democracia ao mundo.

Se a discussão sobre democracia sempre transitou no espaço público entre representação e deliberação, o surgimento de novos espaços públicos virtuais e cibernéticos, como blogs, fóruns, redes sociais etc, propiciaram o agigantamento do universo público de debate, redesenhando o contexto democrático mundial. A democracia não cessa de se reinventar, justamente por ser o fenômeno social ultradinâmico.[80] [81]

Seja para opor-se a um projeto que afete o meio ambiente ou a um projeto de lei que malfira direitos dos trabalhadores, os cidadãos se reúnem em grupos, mais ou menos efêmeros, quase sempre convocados por redes sociais, e expressam suas opiniões e seus desejos, constrangendo os eleitos a fazer com que sejam levados em consideração por ocasião da emissão de suas decisões políticas.

Segundo Loic Blondiaux, na maior parte das democracias ocidentais,

[78] RUIZ-TAGLE, Eduardo Frei. La governabilidad democrática. In: DEMOCRACIA en el Siglo XXI. Experiencias y Desafios de Iberoamérica. Santo Domingo, República Dominicana: Fundacion Global Democracia y Desarrollo, 2002. p. 24.

[79] BLONDIAUX, op. cit., p. 6.

[80] Em recente entrevista, lembrando que os governos olvidam-se de que a comunicação com a população tem de ser contínua e não apenas na iminência das eleições, disse Castell: "Não é que pela *internet* se faça toda a política e que todo mundo vá à *internet* fazer política. Somente 18% dos cidadãos utilizam a *internet* para temas políticos, a maioria faz o que fazem todos. Mas o importante é que formas não-institucionais de política têm uma força que antes não tinham através da *internet*, porque permite fazer o essencial da política: comunicar" (CASTELLS, Manuel. *Entrevista concedida ao Bahia Notícias em 11 de maio de 2015*. Disponível em: <http://www.bahianoticias.com>. Acesso em: 12 maio 2015.

[81] Sobre o papel da *internet* no desenvolvimento da democracia participativa, foi lançado, em 2007, pela União Europeia, o "Livro Branco sobre a Democracia Participativa e o Debate Público utilizando a Internet", sob a coordenação da Sopinspace (Sociedade por Espaços Públicos de Informação). Disponível em: <http://www.sopinspace.com/wp-content/uploads/2010/08/livre_blanc_sopinspace.pdf>. Acesso em: 12 maio 2015.

LivroPopulos.indb 124 23/10/2015 09:53:09

cresce em poder a palavra do cidadão no espaço público. E prossegue, afirmando que antes a democracia representativa se contentava plenamente com o povo em silêncio no intervalo entre as eleições, ao passo que hoje, nas democracias contemporâneas, os cidadãos não mais se calam: reivindicam direito ao *reconhecimento* e à *crítica.* Diz Blondiaux que *há um progresso irresistível do sentimento de igualdade*.[82]

É claro que, para os que estão no poder, *a participação ativa dos cidadãos fora das eleições não é desejada, apenas tolerada.*[83] Sem embargo, a democracia participativa, embora ainda com contornos fluidos, pode ser uma alternativa política à revitalização das democracias contemporâneas, em especial porque não se vincula a candidatos, nem a partidos políticos. Pulsa no seio da sociedade.

Conquanto exista um descrédito generalizado nos partidos políticos na atualidade, não parece existir outro canal de comunicação, entre a sociedade civil e os governos, capaz de assegurar a consecução dos valores clamados nas ruas. *A médio prazo, não se vislumbra seu desaparecimento – eles são instrumentos ineliminâveis da democracia contemporânea.*[84] Por isso, *indispensável que os partidos assumam com urgência o desafio de impulsionar, promover e acolher novas modalidades de participação social, que lhes permitam cumprir cabalmente seu papel de mediador, intérprete e representante da sociedade civil.*[85] Em suma, parece ser a democracia participativa a força motriz que resgatará a democracia representativa de seu ocaso, propiciando uma revolução ética em suas entranhas.

Afinal, como realça Maria Benedita Urbano, *a democracia representativo-partidária constitui a alternativa global mais credível no confronto com outros modelos globais [...] Ela foi e ainda é vista como a melhor forma de assegurar a relação dialética entre os eleitores e o poder.*[86]

8 CONCLUSÃO

A democracia direta dos gregos foi a mais bela lição moral de civismo que a civilização clássica legou aos povos ocidentais.[87]

O governo do povo ateniense não era eleito pelo povo. Era escolhido por sorteio, considerada a mais real prática de igualdade. A devoção à causa pública com ardor, sem esperar nada em troca, era a rotina do cidadão. O homem ateniense vivia para fazer política em prol do bem comum.

Malgrado seja impossível transpor a organização política ateniense

[82] BLONDIAUX, op. cit., p. 6

[83] MANIN, Bernard. *Principes du gouvernament representatif*. Paris: Calmann-Lévy, 1995.

[84] URBANO, op. cit., p. 82.

[85] RUIZ-TAGLE, op. cit., p.39.

[86] URBANO, op. cit., p. 66.

[87] BONAVIDES, op. cit., p. 292.

LivroPopulos.indb 125 23/10/2015 09:53:09

clássica para os dias atuais, o que já vem sendo dito há séculos, é fato que há um hiato colossal entre o *homem público* de Atenas e o *homem público* de hoje e quanto mais esse hiato se revela, no Estado contemporâneo, mais se pretende reduzi-lo, se não com o convencimento de uma mudança de atitude, ao menos com as obrigações de transparência dos atos e de prestação de contas da gestão pública.

Discorrer sobre os valores da democracia – igualdade e liberdade - expõe o paradoxo entre o que em tese ela diz representar e o que de fato ocorre. Como pode a democracia ser hoje quase uma unanimidade no mundo e convivermos no Planeta com enormes índices de exclusão social? E como falar em liberdade, sobretudo de opinião, se ainda existem presos políticos no mundo e manipulação da opinião pública? Se ainda existem países onde se restringe os poderes do Legislativo e do Judiciário e onde as reformas constitucionais garantem a perpetuação do Poder?

As inúmeras discussões filosóficas e sociológicas que se travam sobre a democracia, mormente as que respeitam à sua crise e ao seu declínio, encerram, no íntimo, uma crítica sobre a qualidade da democracia contemporânea.

Todavia, olhando o passado, a Alemanha de Hitler, o fascismo de Mussolini, as ditaduras do Chile, da Argentina, do Uruguai, do Brasil, de Portugal e da Espanha, o colossal pilar de pedra que se ergueu na Alemanha e a barbárie que os acompanhou em maior ou menor grau, não podemos deixar de constatar que o mundo melhorou muito com a onda democrática que se espraiou a partir do fim do século XX, *apesar dos pesares*, isto é, das desigualdades sociais e econômicas, da pobreza, do fanatismo religioso, do terrorismo, enfim, das graves conturbações que ainda assombram. E, dentre as regiões do mundo em desenvolvimento, a América Latina talvez seja a que mais avanços tem consolidado, nas últimas décadas, no fortalecimento das instituições democráticas com o progressivo abandono do uso da força na solução dos conflitos políticos e com a paulatina assimilação de valores ínsitos aos direitos humanos.

A democracia mantém a sociedade num estado de efervescência crítica e de vigilância inquieta. E isto por ser a forma de governo que permite a coexistência de opiniões contraditórias, até as que gravitam sobre sua própria existência. Sua constante instabilidade advém desse universo essencialmente adverso, no qual, contudo, as maiorias governam. Sua estabilidade plena nunca será alcançada, porque a sociedade é mutante. E esse jogo em busca do equilíbrio é o que torna a democracia fascinante. O fato de tolerar e de acolher as divergências e as minorias é que a mantém como a melhor forma de organização do poder.

Por mais críticas que se lancem à democracia, alternativa não nos resta a não ser nos curvarmos a ela, pois não há forma mais legítima de governar para uma coletividade que cresce em maturidade política, em diversidade, em críticas e em reivindicações. A opção autoritária – a história já nos mostrou – é sempre efêmera, por ser, cedo ou tarde, destruídora de opiniões, de

LivroPopulos.indb 126 23/10/2015 09:53:09

liberdade, de igualdade e, em suma, de tudo que representa uma vida digna, à qual todos, sem exceção, anseiam.

Na palestra referida no limiar deste artigo, declarou Manuel Castells que, quando a humanidade vive momentos de grandes manifestações populares, como sói acontecer agora no mundo, desde a Primavera Árabe, passando pela tomada da Praça *Taksim* em Istambul, até os movimentos populares ocorridos no Brasil em junho de 2013, é porque uma grande revolução social se avizinha ou já se processa. Só o tempo dirá em que dimensão e em que sentido.

É certo que essa revolução social que Castells anuncia despontar no horizonte global não desprezará o sistema democrático, antes o reforçará – a despeito do descrédito que paira em algumas de suas instituições – porque é nele que se espera haver a tolerância capaz de tornar esse processo de transformação pacífico.

Disse também Castells que, durante as manifestações de 2013, um jovem em São Paulo, quando indagado por um repórter sobre a razão pela qual estava na rua, respondeu que não estava ali somente em busca da redução da tarifa do transporte público, mas também de ser tratado com *dignidade*. Este parece ser o ponto de identidade entre os movimentos populares dos últimos tempos. *Dignidade,* que representa o respeito a uma infinidade de direitos, do direito à vida, à segurança, à igualdade e à liberdade até o direito a um salário justo, do direito à educação, à saúde e ao transporte público de qualidade até o direito ao meio ambiente saudável para gerações presentes e futuras... Enfim, o direito de ser feliz ou o direito à felicidade. E não há veículo mais seguro e legítimo para agitar essa mudança do que a democracia.

REFERÊNCIAS

BAUDOUIN, Jean. *Introdução à Sociologia Política*. Tradução de Ana Moura. Sueil: Estampa, 2008. p. 153.

BACQUER, Marie-Hélène; SINTOMER, Yves. Le temps long de la participation. In: LA DÉMOCRATIE participative. Historie et génealogie. Paris: Éditions La Découverte, 2011. p. 12, 14.

BLONDIAUX, Loic. *Le nouvel esprit de la démocratie*. Actualité de la démocratie participative. Seuil: Éditions du Seuil et La République des Idées, mar. 2008. p. 6, 15.

BOBBIO, Norberto. *El future de la democracia*. 3. ed. México: Fondo del cultura económica, 2001. p. 15.

LivroPopulos.indb 127 23/10/2015 09:53:09

BOLÍVAR, Simón. *Escritos políticos*. Madrid: Alianza Editorial, 1969.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 287, 289, 292.

BOUKERCHE, Amine. *De la fragilité de la democractie*: une lecture de Tocqueville. Paris: Editions Apogée, 2015. p. 17.

CASTELLS, Manuel. Entrevista. *Bahia Notícias.* 11 maio 2015. Disponível em: <http://www.bahianoticias.com>. Acesso em: 12 maio 2015.

CASTELLS, Manuel. Palestra. *Fronteiras Brasken do Pensamento.* Salvador, 12 maio 2015.

DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 7, 32-33, 43-44, 136-141.

FLEURY, Cyntia. *Les Pathologies de la démocratie*. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2005. p. 11-14.

HAGUENAU-MOIZARD. *Les sistèmes politiques européens*. Paris: LGDJ, 2009. p. 45-49, 154, 158-160.

HALIMI, Sérgio. *Direitização, modo de usar*. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1883>. Acesso em: 23 jun. 2015.

KARSTEN Frank; BECKMAN, Karel. *Dépasser la démocratie*. Paris: Institut Cooppet, 2013. p. 11, 21-22, 31.

KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. Tradução Clara Colloto. São Paulo: Almedina Brasil, 2010. p. 26-28.

MANIN, Bernard. *Principes du gouvernament representatif*. Paris: Calmann-Lévy, 1995.

MIRANDA, Jorge. *Formas e Sistemas de Governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. IX, X, 13-14..

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis.* Introdução, Tradução e Notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 88, 119, 141-143, 165.

PRZEWORSCKI, Adam. *Qué esperar de la democracia:* Limites y possibilidades del autogobierno. Tradução de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010. p. 57-58, 61-63, 65-66, 82-83, 115-117, 121, 129-130, 132, 193.

LivroPopulos.indb 128 23/10/2015 09:53:09

ROCANGIOLO, Rafael. De los medios impresos a la cultura visual. In: DEMOCRACIA en el Siglo XXI. Experiencias y Desafíos de Iberoamérica. Santo Domingo, República Dominicana: Fundacion Global Democracia y Desarrollo, 2002. p. 124-125, 129-130.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Socia*l. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2013. p. 17, 71-72.

RUIZ-TAGLE, Eduardo Frei. La governabilidad democrática. In: DEMOCRACIA en el Siglo XXI. Experiencias y Desafíos de Iberoamérica. Santo Domingo, República Dominicana: Fundacion Global Democracia y Desarrollo, 2002. p. 24, 39.

SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Tradução de Miguel Ángel González Rodríguez, Maria Cristina Pestellini Laparelli Salomon y Miguel Ángel Ruiz de Azúa. Madrid: Taurus, 2007. p. 18, 28-32.

SINTOMER, Yves. Démocratie participative, démocratie délibérative: l'histoire contratée de deux catégories emergentes. In: LA DÉMOCRATIE participative. Paris: Éditions La Découverte, 2001. p. 119.

UNIÃO EUROPEIA. *Livro Branco sobre a Democracia Participativa e o Debate Público utilizando a Internet***.** Coordenação da Sopinspace (Sociedade por Espaços Públicos de Informação). Disponível em: <http://www.sopinspace.com/wp-content/uploads/2010/08/livre_blanc_sopinspace.pdf>. Acesso em: 12 maio 2015.

URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento:* Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar. Coimbra: Almedina, 2009. p. 50, 55-56, 66, 82, 84, 94-96, 121, 123, 167.

ZARAGOZA, Federico Mayor. Entrevista. In: ¿ESTÁ oxidada a democracia? (áudio-libro). Participantes: Fernando Berlin, Iñaki Gabilondo Pujol, Federico Mayor Zaragoza, Lucía Méndez, Fernando Vallespin Oña e José Antonio Zarzalejos Nieto. Madrid: EDICOM, 2012. (Colección Debates).

LivroPopulos.indb 129 23/10/2015 09:53:09

O CONTROLE COMO CATEGORIA DOGMÁTICO-CONSTITUCIONAL

Rodolfo Viana Pereira[1]

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a possibilidade de promoção de estudos relativos ao fenômeno do controle no seio do constitucionalismo democrático, de forma a propor a construção de uma teoria relacionada ao tema.

Palavras-chave: Controle. Democracia. Direito Constitucional. Teoria geral.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the ability to promote studies related to the control of the phenomenon within the democratic constitutionalism in order to propose the construction of a theory related to the topic.

Keywords: Control. Democracy. Constitutional law. General theory.

1 INTRODUÇÃO

A redefinição dos pressupostos teóricos do acontecer do *controle* no âmbito da democracia constitucional[2] deve fomentar, igualmente, a revisão das características a ele associadas no quadro da *dogmática constitucional*. Já que a existência de padrões, procedimentos e limites ao exercício do poder consubstancia um dos fatores permanentes da organização jurídica da comunidade política, a noção de controle desafia aquela a criar um discurso analítico e explicativo pertinente. Certo é que as distintas ordens jurídicas adotam modelos, técnicas e padrões diferenciados de sistemas de controle, pelo que se torna inviável e de pouca utilidade, ainda que o fosse possível, construir um modelo integral e derradeiro acerca dos requisitos referentes à positividade jurídica de tais sistemas. Todavia, pode resultar útil investigar

[1] Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade de Paris II. Membro da Comissão Nacional de Direito Eleitoral da OAB. Coordenador Acadêmico do IDDE – Instituto para o Desenvolvimento Democrático. Coordenador-Geral da ABRADEP – Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político. Advogado.

[2] Para a análise da reconfiguração do instituto do controle na democracia constitucional, ver PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático*: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LivroPopulos.indb 131 23/10/2015 09:53:09

possíveis traços comuns, certos elementos fundamentais que sirvam de ponto de referência para um juízo de compatibilidade entre os desenhos normativos do controle, tal qual adotados pelas distintas ordens jurídicas, bem como os pressupostos teóricos legitimadores da noção de controle no seio do constitucionalismo democrático.

O que se pretende ressaltar é a possibilidade de se promover o estudo desse fenômeno no campo específico do Direito Constitucional, dotando-o de uma linguagem própria, tal como empreendido com vários outros temas que, presentes na história e literatura jurídico-política, mereceram nova roupagem a partir do enfoque constitucionalista.[3] De pressuposto da justificação moderna do acontecimento estatal, o tema deve ser examinado, classificado e catalogado como todo e qualquer instituto constitucional, buscando a criação de um espaço dogmático peculiar.

São várias as exigências impostas a qualquer tentativa nesse sentido. Em um plano mais vasto, a definição do controle deve ser ajustada à compreensão do Estado constitucional da qual se parte, o que, muitas vezes, não se realiza de maneira explícita ou de modo adequado. Na origem da sistematização do discurso constitucional acerca do controle, por exemplo, poucas foram as obras que lograram esse intento. Muitas, partindo de uma pré-compreensão monista do controle como ferramenta de contenção, não foram capazes, por exemplo, de atualizar o tema em face das reivindicações postas pelo Estado de Bem-estar Social. Na medida em que se modificaram as expectativas quanto aos processos políticos decisórios e ao uso do poder em contextos de promoção do ideal de justiça social, a identificação absoluta do controle com a ideia de restrição do poder estatal parece pouco adequada. Por isso, se se pretende realmente subscrever uma teoria comprometida com uma compreensão democrática de Estado, constituição e constitucionalismo, a definição concreta dos sistemas, técnicas e institutos constitucionais de controle dogmáticos deve ser capaz de comprovar sua compatibilidade a certos critérios pressupostos.

Em uma perspectiva mais restrita, não se deve descurar do elemento de *tecnicidade* associado ao desenho constitucional desses meios de controle. Os institutos concretos, neste contexto, são ferramentas técnico-jurídicas, aparatos criados no seio das diversas ordens jurídicas, a fim de inaugurarem, para os sujeitos constitucionais, vias pragmáticas de ação (controle orçamentário, controle de contas, controle de constitucionalidade, controle das eleições, controle fiscal etc.). O desafio investigativo aponta, então, para uma engenharia constitucional que preveja o argumento democrático como elemento a ser insculpido no "patrimônio genético" desses instrumentos.

[3] O caso mais típico é o da Hermenêutica Jurídica que passou a ter um tratamento especializado no direito e na doutrina constitucional após a consagração prática do princípio da supremacia da constituição em função da adoção quase universal dos sistemas de controle da constitucionalidade. Ver, nesse sentido, PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 92 et seq.

LivroPopulos.indb 132 23/10/2015 09:53:09

Quer-se, portanto, apresentar uma teoria ao mesmo tempo abrangente e situada do controle. Abrangente porque crê que sua noção possui possibilidades de sentido para além do espectro restrito da limitação e da paralisação e para além do enfoque exclusivo nos poderes estatais. Situada porque pretende ser uma construção teórica adaptada a um determinado modelo de constitucionalismo, o constitucionalismo democrático. Apesar da pouca produção doutrinária específica em sede da Teoria Geral do Controle comparada com outros tópicos de relevância constitucional, tentar-se-á partir do patrimônio teórico porventura existente, para posteriormente readaptá-lo e complementá-lo em face desse duplo desafio.

2 A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DO CONTROLE SOB ENFOQUE CONSTITUCIONAL

A apreciação autônoma da temática sob um enfoque constitucionalista iniciou-se apenas em meados do século XX, o que demonstra o interesse recente da doutrina.[4] Até então, o tema era analisado de maneira incidental no seio de outros tópicos teóricos. O exemplo mais pujante desse tipo prévio de abordagem pode ser encontrado no exame da função de controle como componente essencial do relacionamento entre Parlamento e Governo. Inaugurados no século XVI como medida corretiva correlata à responsabilidade penal e individual do Chefe de Governo, os mecanismos de controle parlamentar evoluíram em meados do século XVIII em direção à responsabilidade governamental de cariz política e coletiva.[5] A inovação implicou o estudo do controle como instituto associado – e não como categoria autônoma – ao processo de racionalização do Poder Legislativo e da conquista de independência e autonomia frente ao Poder Executivo. O *controle*, portanto, como objeto dessa "teoria clássica" (segundo adjetivada por Huerta Ochoa),[6] radicou-se como mecanismo de contrapoder representativo de um dos tradicionais componentes da função legislativa, qual seja, o papel de fiscalização do governo.[7]

Os primeiros autores a tratarem o tema sob uma abordagem constitucional autônoma foram Karl Loewenstein, com a obra *Political power and the governmental process*,[8] e Serio Galeotti, com *Controlli constituzionali* e *Intro-*

[4] Ainda hoje são muito poucas as obras que, de modo exclusivo e sob esse enfoque, se dedicam ao tema.

[5] A descrição apoia-se em BIDÉGARAY, Christian. "Le Principe de Responsabilité, Fondement de la Démocratie: petite promenade dans les allées du 'jardin des délices démocratiques'". *Pouvoirs – La Responsabilité des Gouvernants*, n. 92, p. 6, 2000.

[6] HUERTA OCHOA, Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998. p. 99 et seq.

[7] O direito administrativo representa o outro foro doutrinário original dentro do qual o fenômeno do controle foi amplamente estudado, ainda que vinculado à abordagem e aos institutos peculiares a esse ramo e, por isso, não como categoria constitucional autônoma.

[8] LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. Chicago: The University of Chicago Press,

LivroPopulos.indb 133 23/10/2015 09:53:09

duzione alla teoria dei controlli constituzionali.[9] O primeiro, influenciado pelas tradições político-constitucionais alemã e norte-americana, apesar de tratar o controle como categoria autônoma, situa a questão em um âmbito mais vasto, onde se nota a influência das investigações em Ciência Política, sobretudo por analisar a semântica dos sistemas de controles constitucionais em suas interações com os sistemas políticos democrático e autocrático. O segundo, partindo da crítica ao arcabouço teórico e jurisprudencial construído na seara do direito administrativo italiano quanto ao tema do controle, promoveu um enfoque visivelmente mais pontual que o primeiro, restringindo-se à análise das características essenciais do conceito (natureza jurídica, finalidades, estrutura, objeto etc.) e sob uma perspectiva estritamente jurídico-constitucional.

A abordagem de Loewenstein é internacionalmente reconhecida como a primeira tentativa de justificar um esforço classificatório dos diversos mecanismos constitucionais de controle do poder. Cunhou a expressão "cratologia" como a ciência que se ocupa do estudo do poder, não apenas quanto aos seus aspectos externos, mas quanto a sua essência e substância. Ao tratar das funções exercidas pelo poder e pelos intrumentos de controle no âmbito do processo governamental, classificou os seguintes tipos: a) *controles horizontais*, compostos por *controles intra-orgânicos*, que operam internamente a uma determinada instituição detentora de poder e por *controles interorgânicos*, que se realizam através das distintas interações entre tais instituições; e b) *controles verticais*, que atuam entre a totalidade dos detentores de poder e as demais forças sociopolíticas existentes na sociedade.[10]

A Galeotti corresponde a primeira análise estritamente jurídico-constitucional do fenômeno. Ao reformular o conceito de controle jurídico através de uma crítica pormenorizada às concepções encontradas, sobretudo, nas doutrinas do direito administrativo, o autor almejou desenvolver um conceito de controle que fosse constitucionalmente adequado. Coube a ele sustentar pela primeira vez uma concepção dos mecanismos de controle instrumentalmente orientada, na medida em que definiu a finalidade do controle como a salvaguarda imediata dos princípios, normas, interesses e valores institucionalmente encarnados na atividade controlada.[11] Disso se segue uma definição composta da estrutura do controle, formada pela conjunção de dois momentos distintos: a) o do *juízo*, pertinente à verificação da correspondência ou não entre o objeto controlado e os princípios,

1957. Karl-Ulrich Meyn ressalta Loewenstein como o primeiro autor a se dedicar monograficamente ao tema. MEYN, Karl-Ulrich. *Kontrolle als Verfassungsprinzip:* Problemstudie zu einer legitimationsorientierten Theorie der politischen Kontrolle in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes. Baden-Baden: Nomos, 1982. p. 119.

[9] GALEOTTI, Serio. "Controlli Costituzionali". *Enciclopedia del Diritto*, v. X. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1962. Idem, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963. Ver, ainda, do mesmo autor, "Garanzia Costituzionali". *Enciclopedia del Diritto*, v. XVIII. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1969.

[10] LOEWENSTEIN, *Political power...*, op. cit., especialmente partes II - III.

[11] GALEOTTI, *Introduzione...*, op. cit., p. 43.

LivroPopulos.indb 134 23/10/2015 09:53:09

normas e valores protegidos; e b) o *cominatório*, correspondente à aplicação de medida de correção com vistas à conformação da atividade controlada a tais princípios, normas e valores.[12] Por fim, define a natureza constitucional do controle a partir de um critério objetivo, ou seja, segundo a natureza constitucional das relações sobre as quais, em via principal ou em via incidental, o controle intervém.[13]

Da influência dessa nova vertente de estudo no seio do direito constitucional, outras contribuições foram acrescentadas, a ponto de existir hoje um panorama um pouco mais abrangente sobre o tema. As contribuições posteriores mais sensíveis podem ser encontradas tanto no espaço lingüístico alemão, cujas obras *Kontrolle in Deutschland* de Georg Brunner[14] e *Kontrolle als Verfassungsprinzip* de Karl-Ulrich Meyn[15] representam os exemplos mais arrojados, como no castelhano, cuja obra *Constitución y control del poder* de Miguel Aragón[16] pode ser citada como marco de influência de novas investigações, de que são exemplos o livro de Carla Huerta Ochoa, denominado *Mecanismos constitucionales para el control de poder político*[17] e o de Diogo Valadés, intitulado *El control del poder*.[18] [19]

[12] Ibidem, p. 45 et seq.

[13] GALEOTTI, *Introduzione...*, op. cit., p. 121. O conceito de "rapporti constituzionali" é posteriormente explicitado por Galeotti como sendo "[…] tutti quei rapporti che includono, anche soltanto *uno latere*, lo svolgimento di situazioni giuridiche create dalle norme del diritto constituzionale, intendendo per tali tutte quelle norme che, per la loro natura o per la fonte formalmente sovraordinata che le prevede o per entrambi questi indici insieme, formano complessivamente l'ordinamento constituzionale". Ibidem, p. 123.

[14] BRUNNER, Georg. *Kontrolle in Deutschland*: eine Untersuchung zur Verfassungsordnung in beiden Teilen Deutschlands. Köln: Marcus Verlag, 1972.

[15] MEYN, *Kontrolle...*, op. cit.

[16] ARAGÓN, Manuel. *Constitución y control del poder:* introducción a una teoría constitucional del control. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995. Ver, ainda, artigo que antecipou a obra, Idem. El Control como Elemento Inseparable del Concepto de Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 7, n. 19, ene./abr., 1987.

[17] HUERTA OCHOA, *Mecanismos constitucionales...*, op. cit.

[18] VALADÉS, Diogo. *El control del poder*. 2. ed. México: Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

[19] Outras contribuições ao tema podem ser encontradas em AKKERMANS, *Control in...*, op. cit.; BAX, C. e TANG, G. van der. "Theses on Control in Constitutional Law". In: ZOETHOUT, Carla M.; TANG, G. van der e AKKERMANS, Piet (orgs.). Control in constitutional law. Dordrecht; Boston; London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993; EICHENBERGER, Kurt. "Die Kontrolle in der rechtsstaatlichen Demokratie der Gegenwart". In: EICHENBERGER, Kurt. *Der Staat der Gegenwart*. Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1980; FUCHS, Arthur. *Wesen und Wirken der Kontrolle:* Betrachtungen zum staatlichen Kontrollwesen in der Bundesrepublik. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1966; FUENTES VEGA, Santiago. *Realidad y racionalidad en el control del sector público.* Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1986; HARO, Ricardo. *Constitución, poder y control*. México: Universidad Nacional Autónoma, 2002; KÖNIG, Bürokratie..., op. cit.; NOLTE, Martin. "Kontrolle als zentrales Element unseres Verfassungsstaats". In NOLTE, Martin (org.). *Kontrolle im verfassten Rechtsstaat.* Kiel: Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften, 2002; RITTER, Gerhard A. "Die Kontrolle staatlicher Macht in der modernen Demokratie". In: RITTER, Gerhard A. (org.). Vom Wohlfahrtsausschuß zum Wohlfahrtsstaat: der Staat in der modernen Industriegesellschaft. Köl: Markus Verlag, 1973; SARACENO, Divo. *Funzioni dialettica del controlle tra i poteri dello stato:* saggi di diritto amministrativo. Roma: Editrice Ciranna, 1965; SCHÄFFER, Heinz. "Kontrolle gegenüber Planung". In: KHOL, Andreas (org.). *Macht und Kontrolle.* Wien: Vereinigung für politische Bildung – Politische Akademie, 1979; SCHEUNER, Ulrich. "Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung". In: RITTERSPACH, Theo e GEIGER, Willi (orgs.). *Festschrift für Gebhard Müller:* zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1970; TAUS, Josef. "Legitimität der politischen Macht in der Gegenwart". In: KHOL,

LivroPopulos.indb 135 23/10/2015 09:53:09

O grande mérito de tais obras, sobretudo as de Loewenstein e de Galeotti pelo seu pioneirismo, foi a de desenvolver a autonomia teórica da temática do controle. Seja visto como o resultado da fragmentação orgânica e funcional do poder,[20] como conjunto de manifestações de controle jurídico que se realizam no âmbito das relações constitucionais,[21] como instrumento de realização da responsabilidade política no quadro da democracia representativa,[22] como princípio constitucional[23] ou mesmo como elemento indispensável do conceito de constituição,[24] o *controle*, enquanto objeto de análise científica, emigrou dos estudos incidentais próprios de temáticas particulares (controle parlamentar de governo, controle jurisdicional da administração pública, controle de constitucionalidade dos atos normativos etc.) para se tornar foco de investigações autônomas e independentes.

O que se pretende aqui é dialogar com essa recente e pouco divulgada "tradição" de estudos constitucionais, na intenção de construir alguns traços basilares que, adequados à delineada pré-compreensão democrático-constitucional da legitimidade do controle, possam servir de padrão a eventuais juízos de compatibilidade entre teoria e dogmática, servindo-se, enfim, de premissas para abordagens críticas acerca dos desenhos dos mecanismos de controle tal qual positivados pelas variadas ordens jurídicas.

Além desse requisito mais amplo de coerência teórica, a abordagem deve também enfrentar as perguntas acerca das funcionalidades do controle, da sua estrutura, dos seus limites e das possíveis tipologias. O transpasse de um plano de indagações mais abstrato a um patamar mais concreto e pragmático não é isento de risco e de dificuldade, mas impõe-se como condição obrigatória. O motivo é óbvio: os sistemas de controle-*garantia* foram desenhados para garantir o cumprimento da ordem constitucional. Logo, sua importância como *instituto* e *técnica* não deve ser desprezada, como

Andreas (org.). *Macht und Kontrolle.* Wien: Vereinigung für politische Bildung – Politische Akademie, 1979; WELAN, Manfried. "Demokratisierung und Kontrolle". In: KHOL, Andreas (org.). *Macht und Kontrolle.* Wien: Vereinigung für politische Bildung – Politische Akademie, 1979. Em português, a única obra a tratar exclusivamente do tema, de um modo mais inte¬gral e sob a perspectiva em tela, refere-se a um trabalho de Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos (VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Edições Cosmos, 1996), muito embora haja alguma aproximação ao assunto em livro de Cristina Queiroz (QUEIROZ, *Os actos políticos...*, op. cit.). Para uma tipologia acerca dos meios de supervisão estatal no contexto das alterações funcionais da moderna Administração Pública, ver SCHUPPERT, Gunnar Folke. "Staatsaufsicht im Wandel". *Die* Öffentliche *Verwaltung* (DÖV), an. 51, v. 19, Oktober 1998. Para exemplos de trabalhos em que são retrata¬dos de maneira sistemática diversos mecanismos de controle em ordens constitucionais específicas, ver BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph. *Estado de derecho y control judicial:* justicia constitucional, contencioso administrativo y derecho de amparo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987 e GORDILLO, Augustín. "El Nuevo Sistema Constitucional de Control". *Lecciones y Ensayos,* n. 62, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

[20] LOEWENSTEIN, *Political power...*, op. cit.

[21] GALEOTTI, *Controlli...*, op. cit. Idem, *Introduzione...*, op. cit.

[22] SCHEUNER, *Verantwortung und...*, op. cit.

[23] MEYN, *Kontrolle...*, op. cit.

[24] ARAGÓN, *Constitución...*, op. cit.

LivroPopulos.indb 136 23/10/2015 09:53:09

já se teve oportunidade de mencionar. Isso significa que a preocupação pragmática em delimitar o dever ser do controle em sua tecnicidade não deve ser preterida pela doutrina constitucional em favor de uma abordagem exclusivamente teorética, na qual a análise do controle se restrinja às tentativas de justificação de sua pertinência em relação a conceitos pressupostos de constituição e de ordem constitucional.[25]

Cumpre igualmente investigar mais a fundo as noções adstritas ao conceito de controle, a partir do instrumentário fornecido pela própria doutrina pertinente ao tema. Esse propósito pode parecer, à primeira vista, de pouca utilidade, dada a assunção automática, pelas obras tradicionalmente dedicadas ao tema, de que sua semântica se totaliza em um princípio negativo, mais propriamente nas noções de *contenção*, *limitação*, *paralisação* e *restrição*. Controlar o exercício do poder seria equivalente a impedir que o mesmo extrapolasse as margens da legalidade, limitando as capacidades de ação dos seus agentes e a sua redução ao espectro de atividades autorizadas pela ordem jurídica. Como visto, essa pré-compreensão, digamos, natural do objeto em foco se afirma como corrente majoritária mesmo entre os autores que mais de perto analisaram as relações entre constituição e controle. Não nos esqueçamos que o fato de o controle servir como elemento catalisador de consenso teórico nos estudos de direito constitucional se faz, sobretudo, através da presunção de que sua funcionalidade se apresenta melhor sob tal enfoque negativo. O que se pretende, em seguida, é apresentar um modelo geral que dê conta dessas especificidades, começando por ressaltar a fundamentalidade do controle como princípio constitucional.

3 O CONTROLE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

A associação necessária entre os termos *controle* e *constituição* decorre da essencialidade do primeiro como mecanismo de garantia da viabilidade do segundo. Os sistemas de controle representam uma via de adequação da realização da constituição, um segundo olhar sobre a própria concretização da sua força normativa. Trata-se aqui de destacar, com o auxílio da terminologia de Kurt Eichenberger, a existência de duas grandezas contrapostas que interagem através de papéis complementares e de procedimentos dialógicos: uma que realiza atividades de poder – instância ou parte controlada (*der Kontrollierte*) – e outra que observa e direciona – instância ou parte controladora (*der Kontrollierende*).[26] O controle apresenta-se, pois, como a imagem refletida do poder, a possibilidade constitucionalmente instaurada de

[25] Para uma abordagem exemplar sobre um dos principais sistemas de controle-garantia (a jurisdição constitucional), onde se conjugam aspectos tanto teoréticos como dogmático, ver SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reiventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

[26] EICHENBERGER, *Die Kontrolle...*, op. cit., p. 130.

LivroPopulos.indb 137 23/10/2015 09:53:09

submeter o exercício desse à apreciação crítica de um agente que, também exercendo a sua parcela de poder normativo (poder de controle), transpõe a atividade originária a um patamar de legitimidade duplicada.[27]

Disso decorre o *status* do controle como elemento central do Estado constitucional,[28] como elemento inseparável do próprio conceito de constituição,[29] já que "quando não há controle, não ocorre apenas o fato de a Constituição ver debilitadas ou anuladas suas garantias constitucionais, ou que se faça difícil ou impossível sua 'realização'; ocorre, simplesmente, que não há Constituição".[30] Como já ressaltado, essa associação não se dá apenas em termos teóricos, mas igualmente no plano da dogmática, uma vez que a criação de arranjos institucionais, de instâncias de fiscalização, de procedimentos de inspeção e de mecanismos de prevenção e de reparação ocupam um lugar de destaque junto ao patrimônio constitucional.

Antes mesmo de se construir um consenso teórico acerca da natureza principiológica do controle, alguns trabalhos trilhavam esse caminho, na maior parte detectando o controle como função estatal primária. É o caso, por exemplo, de Arthur Fuchs que, em fins da década de sessenta, resumiu do seguinte modo a polêmica acerca da sua essência: "O controle é hoje uma função estatal autônoma e independente no interior da estrutura constitucional […]".[31] Criticando os estudos que definiam o controle seja como um quarto Poder, seja como uma função interna a todos os três poderes,[32] Fuchs contribuiu para situá-lo como uma função constitucionalmente independente.

Faz sentido, portanto, o esforço de Karl-Ulrich Meyn em tentar justificar o controle como princípio constitucional, derivando-o de outros princípios fundamentais, tais como o da soberania popular, o democrático, o da sepa-

[27] É nesse sentido que certos autores dão conta da ambigüidade da relação entre controle e poder, destacando que ambos os conceitos se interagem como grandezas ao mesmo tempo opostas e equivalentes. Diego Valadés, por exemplo, afirma que "Por definición, controlar al poder es un acto de poder. No se controla al poder desde fuera del poder, ni sin poder, ni contra el poder. Controlar al poder es una manifestación de poder." (VALADÉS, *El control...*, op. cit., p. 17). Veja-se ainda dois trechos do trabalho de Bacelar de Vasconcelos: "Adquirida a sua intrínseca e fundamental relacionalidade, 'controle' e 'poder' opõem-se como termos simétricos ou equivalem-se como momentos distintos ou pulsões antitéticas de um mesmo fenómeno ou substância: imagem e objecto, direita e esquerda, superior e inferior, verso e reverso, *role* e *contre-role*, real e virtual" (VASCONCELOS, *Teoria geral...*, op. cit., p. 45) e, mais sinteticamente, "Portanto, o controlo é também poder, outro poder – ou o poder 'outro'". (Ibidem, p. 86).

[28] "Kontrolle ist aber nicht nur besser, sondern verkörpert ein unverzichtbares Element moderner Staatsmodelle, die aus Misstrauen gegen den Machthaber geboren wurden und ethische Minderwertigkeiten einkalkulierten. Dies gilt nicht zuletzt für unseren Verfassungsstaat, der Kontrollen als zentrale Instrumentarien zur Realisierung seiner höchsten Prinzipien einsetzt. […]
Staatliche Kontrolle ist zentrales Instrument zur Realisierung des modernen Verfassungsstaats". NOLTE, *Kontrolle...*, op. cit., p. 12, 30.

[29] Segundo a expressão de Manuel Aragón (ARAGÓN, *Constitución...*, op. cit., p. 12, 15 et seq.,41, entre outras).

[30] Ibidem, p. 65. Tradução livre de: "cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su 'realización'; ocurre, simplemente, que no hay Constitución".

[31] FUCHS, *Wesen und...*, op. cit., p. 42. Tradução livre de: "Die Kontrolle ist heute eine selbständige, unabhängige Staatsfunktion innerhalb des Verfassungsgefüges [...]".

[32] Ibidem, p. 27, 41.

LivroPopulos.indb 138 23/10/2015 09:53:09

ração de poderes e o do Estado de Direito.[33] Segundo sua própria definição, "A presente proposição se fundamenta, ao contrário, na tese de que a ideia do controle é, ao lado de outros princípios constitucionais fundamentais, imanente à Constituição e que o controle como princípio constitucional se apresenta como um instituto dogmático fundamental […]".[34]O grande mérito de sua abordagem foi, assim, o de retirar a noção de controle da abrangência teórica exclusiva do princípio da separação de poderes e dos estudos de certos tipos específicos de controle e colocá-la em um patamar simultaneamente mais vasto e mais coerente.

Desenvolvendo um pouco mais o argumento de Meyn , não há dúvidas de que a esfera da *constitucionalidade* representa o lugar mais adequado para situar a teoria do controle. Ser considerado princípio significa, antes de tudo, ser dotado de força normativa, ser portador de uma dimensão de validade e obrigação de aplicabilidade[35] hábil a dirigir a ação política e integrar os diversos discursos jurídicos, sejam eles de justificação ou de aplicação.[36] Essa reposição do *locus* do controle transforma seu próprio *status*, pois, de mera ideia reguladora do constitucionalismo passa à norma constitucional específica, destacando-se, assim, não apenas a sua relação visceral com o Estado, mas igualmente o fato de ser um dos elementos formadores da ordem constitucional e, portanto, incidente sobre a própria ordem social.

Se se parte desse pressuposto, não faz sentido a afirmação de Martin Nolte de que o controle não teria qualidade de princípio constitucional, uma vez que não configuraria objetivo da ação estatal, mas apenas um meio voltado à conquista de tais objetivos.[37] A raiz da divergência de Nolte está claramente associada a dois pressupostos equivocados. O primeiro deles aflora-se de maneira expressa na assertiva do autor: apesar de o Estado não ter como objetivo principal a promoção do controle, não é certo afastar totalmente essa atividade de sua esfera de ação. O Estado, sendo Estado de Direito, deve integrar o domínio da legalidade e o faz, também, através de mecanismos

[33] Ideia sustentada na sua já mencionada tese de habilitação acadêmica. Ver MEYN, *Kontrolle...*, op. cit., p. 363.

[34] Ibidem, p. 19. Tradução livre de: "Der vorliegenden Darstellung liegt dagegen die These zugrunde, daß der Gedanke der Kontrolle dem Grundgesetz als eines unter anderen grundlegenden Verfassungsprinzipien immanent ist, und daß Kontrole als Verfassungsprinzip eine dogmatische Grundfigur darstellt […]".

[35] A conquista da normatividade dos princípios constitucionais e a questão de sua aplicabilidade ainda é um dos temas de predileção no quadro da Teoria da Constituição.

[36] Klaus Günther desenvolve as terminologias *discursos de justifica*ção e *de aplica*ção para demonstrar a existência de dois níveis discursivos no Direito Tributário de dois tipos distintos de racionalidade. Os primeiros, próprios da função legislativa, fundam sua pretensão de validade a partir da sua capacidade de universalização em face da abstração artificial das diferentes situações de aplicação ("under unchanging circumstances" – "others things being equal"). Os segundos, pertinentes à função jurisdicional e executiva, postulam uma pretensão de adequabilidade em função da possibilidade de sua individualização em face da consideração de todas as circunstâncias concretas envolvidas no momento de aplicação ("considering all the circumstances" – "all things considered") (GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*: application discourses in morality and law. Trad. John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993. p. 219 et seq.).

[37] "Kontrolle ist damit nicht selbst Verfassungsprinzip, wie der Titel der Habilitationsschrift von *Meyn*, Kontrolle als Verfassunsprinzip (1982), nahe legen könnte." (NOLTE, *Kontrolle...*, op. cit., p. 30, nota 54).

LivroPopulos.indb 139 23/10/2015 09:53:09

de autocontrole, de controles internos voltados à sujeição funcional de seus diversos órgãos e agentes. Por isso, não é correto retirar da esfera de ação estatal toda referência a funções controladoras. O segundo equívoco advém da equiparação tácita que o autor faz entre constituição e Estado. Segundo sua definição, a habilitação de um princípio como *constitucional* dependeria de sua capacidade de perfazer um objetivo estatal. Logo, toda normatividade constitucional que não se reduzisse a uma função estatal estaria excluída do catálogo de princípios. O argumento não prospera na medida em que ambos os conceitos não são passíveis de identificação absoluta: princípios constitucionais e finalidades estatais não são conceitos fungíveis. Há, como é óbvio, princípios constitucionais que não realizam objetivos estatais e, por isso, ainda que o controle não compusesse uma finalidade do Estado poderia ser definido como norma constitucional.

O controle dogmático é *princípio constitucional*, enfim, porque se apresenta essencialmente como um mecanismo de *realização diferida da constitucionalidade*. Ou melhor, é um mecanismo de realização constitucional de segunda ordem, pois, muito embora não atue na fundação dos pressupostos normativos de uma determinada comunidade, age, posteriormente, para garantir a observação desse momento fundacional no tempo. Como tal, integra o conjunto de pressupostos basilares de autoproteção e de auto-reprodução da ordem constitucional. Por esse motivo, termos como *estatalidade*, *limita*ção e *responsividade governamental*, representam apenas parcialmente seu *locus*, seu *modus operandi* e sua *finalidade*. É na fecundidade e na complexidade da *constitucionalidade* que o controle-*garantia* encontra sua fonte original e seu patamar de referência.

4 TAXONOMIA

4.1 OBJETO

No âmbito deste trabalho, compõem o objeto privilegiado do controle, enquanto categoria dogmática, as *ações ou omissões praticadas por agentes públicos ou privados, afetas a interesses públicos e que se encontram em dissonância com o marco constitucional*. A definição designa, assim, quatro núcleos fundamentais: a) ressalta-se a incidência do controle sobre comportamentos não apenas *comissivos*, mas também *omissivos*, já que os mesmos podem igualmente dar origem a situações de normatividade constitucional mitigada; b) recorda que a prática dos comportamentos visados não se insere apenas no raio de ação do Estado, mas também pode advir dos próprios sujeitos constitucionais privados (individuais ou coletivos) ou de agentes que

LivroPopulos.indb 140 23/10/2015 09:53:10

se situam em zonas intermédias; c) restringe a análise apenas aos temas qualificados de interesse público, excluindo do campo de investigação aqui trilhado temas que dizem respeito tão-somente à esfera privada;[38] e d) destaca a *incompatibilidade constitucional* como fator decisivo.

A doutrina clássica detecta na categoria do *poder* o objeto central do controle. Sendo ele um elemento indissociável da existência humana, a constituição assumiu, originariamente, o propósito de sua regulamentação através da definição de uma esfera compreensiva de sentidos e de modos legitimados de seu exercício, pelo que o sistema de controles dogmáticos tornou-se originariamente o instrumentário concreto através do qual a ordem constitucional pôde tentar garantir o cumprimento diferido de sua própria normatividade. Ainda hoje o controle serve ao propósito de correção e de relegitimação do poder, já que, tendo-o por objeto, incide sobre sua manifestação ou inação irregulares, a fim de restaurar a regularidade constitucional comprometida.

Tradicionalmente, a imagem do poder controlado assume a face de um poder estatal desviado, excessivo, abusivo. Muito embora o direito de liberdade não esgote o espectro normativo dos direitos fundamentais, a presença simbólica das experiências absolutistas dos séculos XVII e XVIII e totalitaristas do século XX no imaginário constitucional marcou indubitavelmente o discurso do constitucionalismo, a ponto de ainda se conceder a tal direito de liberdade uma posição de privilégio no seio da temática em tela. O estudo do poder como objeto do controle está impregnado dessa visão. Aliás, a centralidade do controle nos regimes constitucionais é aferida normalmente pela doutrina em razão da sua capacidade de conter um poder concebido sempre como um fenômeno *potencialmente danoso*.

Essa é a perspectiva que domina os estudos clássicos no quadro da Teoria Geral do Controle desde que Loewenstein, sublinhando a tendência do poder a se degenerar, caracterizou a função de controle como essência do Estado Constitucional.[39] Carla Huerta Ochoa pode ser citada como um bom exemplo, dentre vários, de autora que define explicitamente o *poder estatal* como objeto do controle, justificando sua posição através da constatação clássica de sua "naturaleza demoniaca". Ou seja, a característica atávica da arbitrariedade torna-se a justificativa fundamental para o fato de o poder ser o objeto privilegiado do controle. Segundo suas palavras: "É em função da tendência por parte de quem ostenta o poder político de aumentá-lo que surge a necessidade de restringi-lo, de limitar os detentores do poder e de sujeitá-los aos meios de controle, pois o

[38] A expressão "interesse público" serve aqui como *ideia-parâmetro* para designar uma categoria de interesses que não são reportáveis à esfera íntima, pessoal; esfera essa que, apesar de fluida e variável consoante a ordem constitucional concreta e também sujeita à proteção por parte de instrumentos controladores, se apresenta como um território oponível ao *controle democrático*. O corte epistemológico se justifica como exigência imprescindível para manter a coerência e a viabilidade do argumento já desenvolvido. Dispensável insistir na temática da importância da atualização conceitual das fronteiras entre *público* e *privado*, eis que já se definiu o modelo compreensivo do qual se parte.

[39] LOEWENSTEIN, op. cit., p. 7.

LivroPopulos.indb 141 23/10/2015 09:53:10

poder político que não é controlado degenera, não só os homens, como também as formas de governo".[40]

Não obstante ser o poder abusivo o objeto mais comum dos processos de controle, as hipóteses de poder ineficiente, insuficiente ou ausente devem também ocupar as preocupações da dogmática. Se a finalidade mediata do controle traduz-se na garantia da normatividade constitucional, então, toda ausência, insuficiência ou ineficiência de atividade de poder constitucionalmente exigida torna-se, consequentemente, objeto de ajustamento, tornando claro que, para além do poder *em ação*, também o poder *em omissão* integra o objeto do controle.

A dogmática tem, no entanto, concedido pouca atenção aos mecanismos especificamente voltados a regularizar a situação de poder omisso, sendo raros os exemplos concretos criados exclusivamente para essa finalidade. O caso mais típico se refere às ações de controle de constitucionalidade por omissão, tais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão[41] e o Mandado de Injunção[42] brasileiros. Em ambos os exemplos, faz-se alusão a técnicas de controle que visam resgatar a normalidade constitucional comprometida pela ausência irregular da manifestação de feixe de competência, de ato de poder ou, simplesmente, de comportamento exigido.

Dá-se também muito pouca atenção a técnicas que, apesar de vocacionadas normalmente para a contenção do poder abusivo, poderiam ser utilizadas como ferramentas de ajustamento de carências de poder. É o caso, por exemplo, tanto do *recall* como da *ação popular*. Como se sabe, os dois instrumentos servem, via de regra, para a reposição da normalidade jurídico-constitucional perturbada pela *prática* de atos inadequados de poder. No primeiro caso, pretende-se através de um controle político o retorno a uma situação de compatibilidade representativa, ou seja, de aproximação entre agente político e eleitor, prejudicada em função de uma atuação parlamentar, governamental ou administrativa irregular. No segundo caso, visa-se, mediante o controle jurisdicional, ao retorno à situação de legalidade prejudicada em função de ação danosa ao patrimônio público. Apesar de em sua descrição os dois instrumentos de controle terem como objeto *manifesta*ções inadequadas de poder, ambos podem servir como técnicas de controle de *omissões* de poder que comprometam a normatividade constitucional. No caso do *recall*, poderia o mesmo ser usado, por exemplo, para a destituição de mandato governamental marcado por inação ou ineficiência. O mesmo raciocínio se aplica à *ação popular*, já que ela poderia também ser usada para determinar

[40] HUERTA OCHOA, *Mecanismos constitucionales*..., ob. cit., p. 20 (Tradução livre de: "Es debido a la tendencia de quien ostenta el poder político a aumentarlo que surge la necesidad de restringirlo, de limitar a los detentadores de poder y sujetarlos a medios de control, pues el poder político que no es controlado degenera, no solo a los hombres, sino también a las formas de gobierno."). Ver, no mesmo sentido, VASCONCELOS, op. cit., p. 87.

[41] Arts. 102, I, *a* e 103 da Constituição da República e Lei n. 9869/99.

[42] Art. 5º, LXXI da Constituição da República.

LivroPopulos.indb 142 23/10/2015 09:53:10

obrigação de fazer, cuja ausência tornou-se a causa geradora de danos ao patrimônio público.

Na prática, é certo que a maioria das intervenções de controle incide sobre *ações* e não sobre *omissões*. Nesses casos, a manifestação de poder se traduz em uma enorme variedade de formas, procedimentos e atos que podem ser designados como os objetos imediatos do controle. Atos administrativos com abuso de poder, atos normativos inconstitucionais, atos jurisdicionais em desrespeito a procedimentos são só alguns exemplos de uma vasta lista de práticas que se localizam no foco dos meios de controle. Além disso, não se pode esquecer que o agente danoso não se resume aos órgãos e atores estatais. Atos privados ou coletivos, cuja fonte se localiza na sociedade civil, também podem ocasionar prejuízos a interesses públicos, como, por exemplo, práticas de abuso de poder econômico em campanhas eleitorais, danos ao meio ambiente, entre outros, pelo que, também o poder que poderia se qualificar de *privado*, integra o objeto das ferramentas de controle.

4.2 PLURALIDADE FUNCIONAL

Todo instituto, técnica e mecanismo dogmático de controle a que este estudo se refere tem por finalidade central garantir a *adequa*ção cons*titucional* dos comportamentos comissivos ou omissivos a que se fez alusão. É assim uma garantia da constitucionalidade em sentido lato que visa incrementar o desempenho da *gestão dos interesses públicos* (ou *do poder em sentido lato*), promovendo momentos de compatibilização constitucional de comportamentos, através da prevenção ou da reparação de situações de irregularidade. São dois, portanto, os objetivos mais comuns: a racionalização e a relegitimação do poder público irregular.

A racionalização implica o resgate de uma determinada metodologia do poder que havia sido previamente abandonada. A Constituição se apresenta, pois, como o lugar privilegiado da racionalidade da ordem de domínio, na medida em que, sustentada pelos princípios da legalidade, da democracia e dos direitos fundamentais, impõe uma disciplina racional do poder. Por conseqüência, todo poder desviante é também poder com déficit de racionalidade, tornando-se, segundo expressão de Diego Valadés, incompreensível e inaceitável.[43]

O controle também implica a pós-legitimação do poder, a relegitimação posterior ao momento fundante. A conquista da legitimidade de origem por meio de um processo constituinte que se presume democrático – já que não há mais como dissociar ordem constitucional e democracia – não esgota para o poder todas as exigências de legitimidade. Ultrapassado tal momento originário, exsurge para o mesmo a necessidade de constante adequação

[43] VALADÉS, op. cit., p. 28.

LivroPopulos.indb 143 23/10/2015 09:53:10

constitucional, pelo que toda correção de sua exteriorização e/ou inação significa a retomada de parcelas de legitimidade perdida. Os processos de controle são, assim, processos de legitimação tardia que implicam o resgate da normalidade constitucional.

Vale dizer que essa *Richtigkeitsgewähr* ("garantia de corretude")[44] pressupõe uma clara dissociação entre os momentos do *exercício* e do *controle*. Em um primeiro instante, a Constituição disciplina uma determinada manifestação de poder que implicará, por exemplo, a coibição de abuso de poder nas campanhas eleitorais, a sujeição da autoridade parental ao princípio da proteção especial da criança e do adolescente, a obrigação de eficiência da Administração Pública, a promoção da função social da propriedade, a sujeição do poder econômico ao respeito ao meio ambiente etc. Por sua vez, as normas constitucionais afetas à função de controle habilitam sistemas paralelos de ação que previnem ou repõem a compatibilidade normativa de tais comportamentos findos ou a realizar, com vistas à garantia do estado de regularidade constitucional.

A relação entre esses dois momentos constitucionais é assim uma relação ao mesmo tempo de diferenciação e de convergência. São momentos diferentes, na medida em que possuem lógicas imediatas distintas e se realizam em lapsos temporais diversos. Ao exercício do poder cabe a realização primeira de objetivos constitucionais específicos, representados, em geral, por intermédio da semântica dos direitos fundamentais. Ao controle do poder, por sua vez, cabe a inspeção, a fiscalização da adequabilidade dessa manifestação de poder com o previsto no cânone constitucional. Contudo, convergem em virtude de um objetivo mediato partilhado, qual seja, a realização da força normativa da Constituição.

Tal força normativa, resgatada através da compatibilização da situação de poder, apresenta-se como finalidade última dos sistemas de controle. São esses, portanto, instrumentos criados pelo Direito que, ao corrigirem situações de irregularidade, relegitimam o uso do poder e devolvem à constituição sua normatividade perdida, independentemente da fonte causadora. Tais considerações ultrapassam a associação do controle com a clássica abordagem liberal que identificava, como sua função peculiar, a garantia da intangibilidade das relações privadas, em uma esfera autônoma e livre de manifestações abusivas de poder que jazem domesticadas.

Os sistemas de controle são, assim, uma forma de *realiza*ção *constitucional* diferida no tempo. Sua atuação tem como objetivo recompensar falhas nas atividades correlatas à gestão de interesses públicos, cuja ocorrência deve ceder lugar à reposição do *status quo* normativo mediante a intervenção de um agente exterior que tenha a ordem constitucional por parâmetro. Em última instância, tais sistemas reatualizam o poder constituinte, na medida

[44] Expressão de Heinz Schäffer (SCHÄFFER, *Kontrolle gegenüber...*, op. cit., p. 83).

LivroPopulos.indb 144 23/10/2015 09:53:10

em que, reavivando a constitucionalidade, revitalizam as decisões políticas fundamentais em um momento temporal *a posteriori*: se a Constituição é um meio para a realização das decisões constituintes, os sistemas de controle-*garantia* são, por conseqüência, o resultado duplicado desse esforço.

Em certo sentido, essa perspectiva implica uma aproximação da concepção instrumental do controle originariamente sustentada por Serio Galeotti, segundo a qual: "A função de controle é, portanto, correlativamente ao *fim* que lhe é próprio, aquela de garantir, em face da operatividade do objeto sobre o qual incide, a integridade da esfera de valores que este fim tutela, julgando o próprio objeto na sua conformidade ou desconformidade em relação àqueles valores e consentindo-lhe ou inibindo-lhe, correspondentemente, a operatividade".[45]

Em comum, está o fato de o controle ser compreendido como uma instância mediadora, uma ponte entre o exercício de parcelas de poder e a realização de normas constitucionais,[46] ainda que, por vezes, Galeotti pareça confundir norma e valor. Reelaborando a assertiva, pode-se afirmar que o controle é instrumento de ação, ou melhor dito, de re-ação constitucional que visa à afirmação última da constitucionalidade.

Ainda como ponto compartilhado figura a afirmativa de que o controle se desenvolve autonomamente através de dois momentos: um momento de *inspe*ção e um momento de *ajustamento*. No primeiro caso, o agente realiza um juízo acerca da fatispécie controlada que, em caso de confirmação da desconformidade, resultará na aplicação de uma medida. O momento cominatório é, pois, um momento *constitutivo* da atividade do controle, caracterizando-a não como atividade secundária ou dependente do objeto controlado, mas como atividade autônoma, cujo objetivo, segundo a terminologia de Galeotti, é a salvaguarda de princípios, normas, valores ou interesses.[47] Analisemos mais de perto quais as consequências decorrentes da detecção desses dois momentos formadores da lógica atuacional do controle.

Em primeiro lugar, o fato de se ressaltar a autonomia da função constitucional de controle evita o erro de interpretá-la como dependente

[45] GALEOTTI, *Introduzione...*, op. cit., p. 45 (Tradução livre de: "La funzione del controllo è quindi, correlativamente al *fine* che gli è proprio, quella di garantire, di fronte all'operatività dell'oggetto su cui cade, l'integrità della sfera di valori ch'esso tutela, valutando l'oggetto stesso nella sua conformità o difformità rispetto a quei valori e consentendone od inibendone, in corrispondenza, l'operatività."). Essa função instrumental condiciona a estrutura *teleológica* do controle. Segundo o autor: "Non par dubbio allora […] che ciò da cui bisogna muovere per definire il fenomeno del controllo giuridico sia (così come per ogni caso di controllo) essenzialmente un dato teleologico." Ibidem, p. 40.

[46] Essa perspectiva instrumental é adotada posteriormente na obra de outros autores. É o caso de Santiago Fuentes Vega que afirma caber ao controle "[…] comprobar que las actuaciones realizadas por el órgano controlado han sido llevadas a cabo con sujeción estricta al ordenamiento jurídico o que se han ajustado a lo que con anterioridad se hubiere programado, alcanzando los objetivos previamente fijados." (FUENTES VEGA, *Realidad y racionalidad...*, op. cit., p. 15). Martin Nolte também perfilha esse entendimento, sustentando que "Kontrolle ist für arbeitsteilige Systeme unverzichtbar und dient unserem modernen Verfasungsstaat zur Realisierung der Ziele, die er sich zu Eigen gemacht hat und in deren Dienst er sich planmäßig stellt." (NOLTE, *Kontrolle...*, op. cit., p. 14).

[47] GALEOTTI, *Introduzione...*, op. cit., p. 43.

LivroPopulos.indb 145 23/10/2015 09:53:10

da função controlada. O controle não é uma grandeza que se defina em virtude de dependência funcional ao objeto controlado, mas em razão da finalidade visada, qual seja, a salvaguarda da própria normatividade constitucional ameaçada pela prática distoante de atividades de poder. O sistema constitucional de controle é, assim, um *instrumentário autônomo* e *teleologicamente orientado*. Essa insistência na autonomia converge, de certo modo, com algumas doutrinas já mencionadas que acentuam a posição de centralidade do controle no constitucionalismo atual, tais como a perspectiva original de Karl-Ulrich Meyn que o descreve como *princípio constitucional*[48] ou a de Manuel Aragón que o define como elemento formador do conceito de constituição.[49] Em todos os casos, a afirmação da autonomia, da principialidade e da essencialidade faz com que a compreensão da atividade de controle-*garantia* se emancipe de doutrinas reducionistas que, a exemplo das doutrinas administrativistas analisadas por Galeotti[50] e da tese de Georg Brunner,[51] qualificam-na como função acessória, secundária.[52]

Em segundo lugar, em uma passagem representativa, Galeotti ressalta que "Aquilo que o controlador pode e pretende primeiramente assegurar não é tanto a *correspondência* do objeto controlado aos princípios, normas e valores por ele tutelados […]. O *primus movens* do sujeito controlador deve ser, pois, outro: esse é precisamente a *salvaguarda* dos princípios, normas, interesses ou, mais compreensivamente, dos valores nestes institucionalmente encarnados ou por eles naturalmente empenhados, *em face* da realização de uma atividade ou da produção de um fato que poderia infringi-los."[53] O acento no critério de *salvaguarda* de princípios, normas, interesses ou valores, segundo a expressão do teórico italiano, reforça a característica da instrumentalidade do controle, associando-o a uma finalidade garantista. Por outras palavras,

[48] MEYN, *Kontrolle...*, op. cit., p. 19.

[49] ARAGÓN, *Constitución...*, op. cit., p. 12, 15 et seq., 41, entre outras.

[50] GALEOTTI, *Introduzione...*, op. cit., capítulo primeiro.

[51] Para Brunner, a função de controle serve para assegurar a concordância entre decisão e execução políticas, o que significa, no quadro da democracia representativa, velar pelo ajuste da função executiva às decisões parlamentares (BRUNNER, Georg. *Kontrolle...*, op. cit., p. 66 et seq.). Essa concepção é problemática por duas razões inter-relacionadas: primeiro, por vislumbrar no controle apenas uma *Nebenfunktion*, uma função que se insere na ordem constitucional não como *princípio*, mas como atividade secundária. Segundo, por reduzir drasticamente o campo operacional do controle à lógica de enfrentamento entre os poderes executivo e legislativo.

[52] Galeotti não deixa de incidir em certa contradição quanto à questão. Por um lado, afirma que a finalidade do controle é a salvaguarda de tais princípios, normas, valores e interesses, retirando-o de uma relação de dependência com o objeto e a atividade controlada (GALEOTTI, *Introduzione...*, ob. cit., p. 43). Por outro lado, escreve, de maneira surpreendente, que "Quì la fondamentale accessorietà caratteristica del controllo si riscontra infatti nel grado più accentuato, poichè l'atto di controllo si struttura in tal caso come attività ancillare e satellite, rispetto a quella principale che ne è oggetto […]." (Ibidem, p. 122).

[53] Ibidem, p. 43. Tradução livre de: "Ciò che il controllante può ed intende primamente assicurare non è tanto la *rispondeza* dell'oggetto controllato ai principi, norme, valori, da lui tutelati. […] Il *primus movens* del soggetto controllante dev'essere dunque un altro: esso è precisamente la *salvaguardia* dei principi, norme, interessi o, più comprensivamente, dei valori in esso istituzionalmente incardinati o dallo stesso natturalmente portati, *di fronti* al dispiegarsi di un'attività o al prodursi di uno stato di fatto che potrebbero infrangerli."

LivroPopulos.indb 146 23/10/2015 09:53:10

o foco de atenção primordial do órgão controlador não é tanto a correção da atividade controlada, mas a garantia da norma constitucional, muito embora ambas estejam, ao final, inter-relacionadas.

Por isso, envolve sempre um momento de *ajustamento* ou, no mínimo, da *possibilidade de ajustamento*. Esse ponto toca diretamente a polêmica acerca da relação entre controle e sanção, a saber, se essa última representa obrigatoriamente um momento constitutivo daquele. A questão que em geral se coloca é a de saber se pode haver controle sem sanção e, consequentemente, atividades e agentes controlados imunes à pretensão de correção por parte dos agentes controladores ou se todo controle demanda sanção, implicando, assim, a exclusão de tipos clássicos, como são os controles políticos. A doutrina se divide em relação a certos aspectos, apesar de convergir quanto ao ponto central.

Trata-se, em verdade, de uma falsa polêmica. Os poucos autores que trabalharam explicitamente o tema no quadro da teoria geral do controle partem do mesmo princípio, segundo o qual toda operação controladora impõe uma pretensão de ajustamento que se traduz em uma sanção, seja ela jurídica ou política. A divergência surgiu a partir de uma crítica de Manuel Aragón à teoria de Galeotti, em que aquele reprova a assertiva deste de que só haveria controle se a ele fosse associada uma sanção (leia-se aqui, sanção *jurídica*).[54] Certo é que o próprio Galeotti já havia sublinhado a redução de sua teoria à análise do que denomina *controle jurídico*, excluindo portanto as figuras do controle pela opinião pública e pelos grupos de pressão.[55] Nesse caso, sua tese estaria justificada, na medida em que não se reportaria a uma teoria geral dos controles, mas apenas a um de seus tipos particulares. O problema se originou, no entanto, a partir da decisão posterior do autor italiano de fundar o controle constitucional e, contraditoriamente, o próprio controle parlamentar segundo tal modelo jurídico do controle. Advém daí a divergência de Aragón que, ao pretender salvar a categoria do controle político (e mesmo constitucional), discorda da existência obrigatória de sanção *jurídica* para a configuração do instituto do controle, contestando a imprescindibilidade desse momento cominatório,[56] no que é seguido por Valadés[57] e Huerta Ochoa.[58]

Todavia, superando-se certas contradições e alguma divergência, há suficientes traços comuns nos argumentos dos autores para delinear uma posição partilhada quanto à estrutura do controle. De fato, não se pode atribuir a todo controle o objetivo de imposição de sanção jurídica, compreendida esta

[54] ARAGÓN, *Constitución...*, op. cit., p. 79.

[55] GALEOTTI, *Introduzione...*, op. cit., p. 2.

[56] ARAGÓN, *Constitución...*, op. cit., p. 79.

[57] VALADÉS, op. cit., p. 134.

[58] HUERTA OCHOA, *Mecanismos constitucionales...*, op. cit., p. 38.

LivroPopulos.indb 147 23/10/2015 09:53:10

como imposição de obrigação exigível judicialmente. Ainda que se observe há vários anos uma tendência em prol da jurisdicionalização dos instrumentos de controle, várias de suas técnicas, sobretudo as denominadas "políticas", resolvem-se em momento cominatórios cuja exequibilidade jurisdicional não compõe a essência do procedimento. A moção de censura, a fiscalização por parte das comissões parlamentares, o veto presidencial, a atuação da oposição são instrumentos que, muito embora destituídos de sanção jurídica, compõem o largo espectro da categoria dos controles constitucionais.

A ausência de dita sanção não significa que tais controles sejam privados de todo e qualquer momento cominatório. Em todos eles, o momento do *juízo*, ou seja, da inspeção, da análise, da aferição da atividade controlada antecipa, caso constatada a inadequação, o momento de *ajustamento* em que deverá ser proposto o retorno à compatibilidade constitucional do comportamento. Todo controle pressupõe, assim, no mínimo, a *pretensão* de ajustamento, a ser aplicada nos casos em que se constata uma incompatibilidade. A diferença, que não deixa de ser uma razoável diferença, está no fato de os controles jurídicos suscitarem uma sanção dotada da capacidade de ser jurisdicionalmente exequível, ao passo que os controles políticos contam apenas com sanções políticas carentes, portanto, dessas características. De todo modo, ainda que *políticas*, serão sempre *san*ções e sempre *passíveis de aplica*ção, representando em todos os casos um critério de ajustamento, de correção, sendo, enfim, um momento cominatório. Por outras palavras: em todas as hipóteses há um juízo que, verificada a incompatibilidade, desvela a possibilidade da imposição de mudança, de ajuste.

Interessante é que mesmo Aragón, apesar de expressamente discordar da existência dessa fase cominatória no interior de sua crítica a Galeotti,[59] reconhece a presença do que chama de sanções indiretas ou posteriores, dando como exemplo os casos de perda da maioria política, de crítica da opinião pública, de atuação do corpo eleitoral.[60] Posteriormente, chega mesmo a afirmar que "Estou de acordo com os que sustentam (Santaolalla, por exemplo) que o controle jurídico não é mera constatação ou mero exame, senão que a reparação ou a sanção constitui parte (inseparável) dele. [...]. Por consequência, não compartilho as posturas contrárias (por exemplo, na Espanha, de García Morillo) que limitam o controle jurídico à mera constatação: creio que sem o

[59] As exatas palavras do autor são as que se seguem: "Quizá puede citarse también la tesis, parcialmente asumida por el mismo Galeotti (aunque no coincidente, en realidad, con su concepción global de los controles constitucionales) de que sólo hay control cuando, como resultado de él (del juicio negativo) hay sanción. Esta tesis (acogida entre nosotros por Sataolalla López), resolvería, en sí misma, poco, ya que equipararía figuras completamente heterogéneas de control (el realizado por el cuerpo electoral, el llevado a cabo por los tribunales y el que se verifica a través de la responsabilidad política del Gobierno, por ejemplo) y desconocería que el 'momento conminatorio' ni siempre es imprescindible en el control, ni siempre que existe acompaña, directa o inmediatamente, a éste." (ARAGÓN, *Constitución...*, op. cit., p. 79).

[60] Ibidem, p. 154, 167.

LivroPopulos.indb 148 23/10/2015 09:53:10

'momento cominatório' não se pode conceber o controle (e menos ainda o controle jurídico) como também já se disse mais atrás".[61]

Dentre tais autores, o tratamento mais adequado da questão pode ser encontrado no trabalho de Valadés. Com vistas a solucionar o problema, o autor mexicano cria uma classificação dual dos instrumentos de controle, caracterizados sob as rubricas "control garantía" e "control verificación". Na primeira categoria, encontram-se todos os tipos de controle que pressupõem a aplicação de sanção jurídica ou, em outras palavras, em que esta seja parte indelével do seu procedimento. A segunda categoria engloba todos os demais controles que, correspondendo a processos declaratórios ou indagatórios, muito embora não tenham como resultado aplicação direta de sanção jurídica, pressupõem sempre sanção.[62] De maneira sintética, sustenta que "[...] o controle, para o ser, pode ir ou não acompanhado de sanção jurídica; mas sempre irá acompanhado de sanção política".[63]

No seio da teoria do controle parlamentar, a questão já vem sendo discutida há bastante tempo e ajuda a esclarecer o ponto.[64] A doutrina majoritária mais recente baseia-se sobre uma nítida distinção entre *aplica*ção obri*gatória de san*ção e *possibilidade de sancionar*. Por um lado, foi derrubado o pressuposto, sustentado pela chamada "doutrina clássica", de que a primeira categoria (*aplica*ção obri*gatória de san*ção) forma o núcleo definidor da natureza do controle parlamentar. Por outro lado, isso não significou o abandono *tout court* da noção de sanção como elemento inafastável do conceito de controle político. O momento cominatório continua fazendo parte de sua definição: ele afirma-se como *possibilidade*, o que não implica nem a *obrigatoriedade de sua imposi*ção, em razão do princípio da discricionariedade ínsita ao juízo político, nem a sua *inexistência*, já que os mecanismos sancionadores não deixam de poder ser aplicados.

O instituto que melhor exemplifica a polêmica é o da sanção de destituição parlamentar do governo nos sistemas parlamentaristas. O simples fato dela deixar de ser aplicada ao final de um processo de fiscalização política não a descaracteriza como seu elemento formador. Giuseppe de Vergotti,

[61] ARAGÓN, *Constitución...*, op. cit., p. 162. Tradução livre de: "Estoy de acuerdo con los que sostienen (Santaolalla, por ejemplo) que el control jurídico no es la mera constatación o el mero examen, sino que de él forma parte (inseparable) la reparación o sanción. […] En consecuencia, no comparto las posturas contrarias (por ejemplo, en España, García Morillo) que limitan el control jurídico a la mera constatación: creo que sin el 'momento conminatorio' no puede concebirse el control (y menos el control jurídico) como ya también he dicho más atrás."

[62] VALADÉS, *El control...*, op. cit., p. 127-129. Há certa dubiedade no argumento do autor quando incorpora a essa categoria meros procedimentos de recolha de informação que, não necessariamente, importarão qualquer tipo de ajustamento. É o caso, por exemplo, das perguntas parlamentares que, isoladamente, não caraterizam procedimentos de controle (Ibidem, p. 127).

[63] Ibidem, p. 125-126. Tradução livre de: "[…] el control, para serlo, puede ir o no acompañado de sanción jurídica; pero siempre irá acompañado de sanción política."

[64] Sobre a distinção entre doutrina clássica e atual, ver LÓPEZ GUERRA, Luis. "El Titular del Control Parlamentario". In: ESPANHA. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. *Problemas actuales del control parlamentario*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1995, p. 157 et seq.

LivroPopulos.indb 149 23/10/2015 09:53:10

por exemplo, apesar de afirmar que o controle parlamentar se substancia em uma valoração crítica da atuação do governo, não elimina do conceito a possibilidade de aplicação da sanção de destituição.[65] Correta, portanto, a afirmação de que "O controle não possui qualquer sentido quando o seu destinatário não pode ser forçado à responsabilização e à prestação de contas, quando os comportamentos restam não sancionados".[66]

A insistência em demonstrar a inafastabilidade do momento de ajustamento (ou de sanção conforme a terminologia tradicional) do âmbito conceitual do controle tem como justificativa reforçar seu cariz teleológico. A importância dos objetivos visados pelos sistemas de controle, seja imediatamente através da racionalização e da relegitimação do poder, seja mediatamente através da realização constitucional, devem excluir sua interpretação, e mesmo regulamentação, como meros procedimentos de inspeção, simples técnicas de avaliação e recolha de informações. Para que sua pretensão instrumental se viabilize, será sempre necessário sublinhar sua capacidade de desprender efeitos sancionadores.

De retorno à análise da abordagem instrumental de Serio Galeotti, algumas distinções teóricas devem, no entanto, ser feitas a fim de destacar alguns pontos de divergência. Primeiramente, deve-se ter o cuidado de não confundir a função garantista do controle com atividade meramente limitadora. O tema dos conteúdos negativo e positivo voltam aqui a ter incidência sobre a análise, na medida em que a salvaguarda da normatividade constitucional implica atividades de controle que não apenas contenham o poder, mas que também o promovam, que lhe franquiem eficiência, que o ajustem em face de imperativos positivos.

Galeotti, no entanto, adota uma interpretação restritiva ao afirmar que "o fim do controle é essencialmente um fim negativo ou de garantia".[67] A raiz desse entendimento se encontra em uma distinção por vezes confusa que o autor faz entre atividade de *dire*ção e atividade de *controle*. Por *"direzione"* entende Galeotti toda relação entre duas organizações que, não sendo uma relação de hierarquia, confere ao órgão dirigente uma posição de influência, expressada através de uma ampla série de poderes incidentes sobre a estrutura e o funcionamento do outro ente e que resulta na tendência de conformação da atividade do "sujeito dirigido" à diretiva, instrução e, mais

[65] VERGOTTINI, Giuseppe de. "La Función de Control en los Parlamentos". In ESPANHA. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. *Problemas actuales del control parlamentario*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1995. p. 36.

[66] BOETTICHER, Christian von. *Parlamentverwaltung und parlamentarische Kontrolle*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002. p. 251. Tradução livre de: "Kontrolle hat keinen Sinn, wenn nicht der Kontrolladressat zur Verantwortung und Rechenschaft gezogen werden kann, wenn Verhalten also unsanktioniert bliebe".

[67] GALEOTTI, *Introduzione...*, op. cit., p. 91 (Tradução livre de: "il fine del controllo è essenzialmente un fine negativo o di garanzia"). No que é seguido, por exemplo, por Manuel Aragón ao afirmar que a única finalidade do controle é "hacer efectivo el principio de la limitación del poder – fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos" (ARAGÓN, *Constitución...*, op. cit., p. 71).

LivroPopulos.indb 150 23/10/2015 09:53:10

genericamente, ao mandamento proveniente da autoridade dirigente.[68] Sendo a *dire*ção, em sua teoria, uma atividade distinta e autônoma, a função de *controle* afastar-se-ia de todo conteúdo positivo.

Procedendo deste modo, o autor acaba por prejudicar a posição de *neutralidade axiológica* (ou de *adaptabilidade axiológica*) do conceito de controle-*garantia*, definindo seu conteúdo de modo apriorístico e vinculado a uma vertente liberal do constitucionalismo. O mais surpreendente é que tal proceder entra inclusive em contradição com a própria definição de sistema constitucional da qual parte o autor. Se por um lado o autor sustenta uma definição tautológica da *natureza constitucional* do controle por correspondência à *natureza constitucional* das normas a que visa garantir (seu denominado *critério objetivo*),[69] a redução absoluta do controle a uma *fun*ção nega*tiva* implicaria igualmente na redução *tout court* da norma constitucional a uma mera *fun*ção nega*tiva*. O sistema constitucional seria compreendido como um mero aparato de limitação jurídica do poder, seguindo a tradição liberal do constitucionalismo.

Sem embargo, o próprio reconhecimento da *dire*ção como função normativa já obriga ao reconhecimento de normas com conteúdo *positivo*. Galeotti é surpreendentemente explícito quanto a isso, eis que para o autor, as relações de direção possuem conteúdo positivo exatamente por buscarem reconduzir a atividade dos órgãos ou sujeitos controlados aos escopos normativos prefixados.[70] Em verdade, as finalidades mediatas do que ele qualifica como *controle* e *dire*ção são coincidentes. Ambos têm por objetivo salvaguardar (em sentido lato) determinadas normas constitucionais e sua diferença está apenas no modo pelo qual se realiza tal desiderato: no caso do *controle*, através da *limita*ção; no caso da *dire*ção, através da *promo*ção. Nesse ponto, sua teoria torna-se cativa de um dilema insolúvel, já que, se ambos possuem a mesma finalidade, será preciso decidir: ou se reconhece também à atividade de direção um momento cominatório, o que tornaria inútil qualquer intento de diferenciação, ou se sustentaria sua ausência, o que retiraria da atividade de direção todo efeito normativo, deixando a descoberto as normas, princípios, valores e interesses que a incorporam.[71]

Dada sua instrumentalidade e sua função de garantia da constitucionalidade, o controle não se reduz a determinismos materiais prévios, mas

[68] GALEOTTI, *Introduzione...*, op. cit., p. 91.

[69] O conceito de "rapporti constituzionali" é posteriormente explicitado por Galeotti como sendo "[…] tutti quei rapporti che includono, anche soltanto *uno latere*, lo svolgimento di situazioni giuridiche create dalle norme del diritto constituzionale, intendendo per tali tutte quelle norme che, per la loro natura o per la fonte formalmente sovraordinata che le prevede o per entrambi questi indici insieme, formano complessivamente l'ordinamento constituzionale." (Ibidem, p. 121-123).

[70] GALEOTTI, *Introduzione...*, op. cit., p. 91-92.

[71] A raiz dessa obscuridade conceitual entre os conceitos de controle e direção se encontra já no texto de *Introduzione alla Teoria dei Controlli Costituzionali*. Será o próprio Galeotti a reconhecer que "senza dubbio il *controllo* può cocostituire (sic) uno degli strumenti più frequenti che valgono ad assicurare il normale svolgersi dei rapporti di direzione […]" (Ibidem, p. 91).

LivroPopulos.indb 151 23/10/2015 09:53:10

se abre a funcionalidades e a conteúdos diversos que variam de acordo com a atividade controlada e a norma a ser garantida. Seu leque atuacional compreende desde ações de obrigação de cumprimento que sujeitam o polo controlado à prática de ato – como, por exemplo, no caso das técnicas de controle de constitucionalidade por omissão – a ações obstativas que impõem àquele uma obrigação de não fazer – como, por exemplo, nas ações populares impetradas com objetivo de fazer cessar danos ao patrimônio público. Em suma, sendo um mecanismo *a priori* neutro de salvaguarda da normatividade constitucional, o controle pode englobar vários conteúdos e perfazer diversas funções, pelo que a noção de *dire*ção também compõe a sua semântica.

Essa multifuncionalidade foi vislumbrada porKurt Eichenberger ao detectar quatro objetivos cardeais do controle no Estado democrático. O primeiro deles consubstancia-se na ideia de contenção, bloqueio do poder (*Hemmung der Macht*) que caracteriza a atividade de controle também como atividade de poder sujeita a mecanismos de freios e contrapesos. A realização de responsabilidade (*Realisation von Verantwortlichkeiten*) caracteriza o segundo objetivo, na medida em que os processos de controle incorporam procedimentos de responsabilização política dos governantes em face dos governados, impedindo a arrogância dos representantes e, em especial, da maioria parlamentar. A terceira finalidade está na promoção de integração (*Kontrolle als Integrationsmittel*), já que os mecanismos de controle configuram meios de produção consenso entre autoridades e povo, bem como criam fundamentos de participação dos cidadãos no Estado, através da qual se afastam as irregularidades, evitam-se as práticas incorretas e asseguram-se as sanções, a fim de que se possa reconstituir o consentimento legitimado. Por fim, o último objetivo perfaz-se na promoção da correta ação estatal (*Kontrolle als Instrument für richtiges Staatshandeln*), para evitar que a Administração Pública não perca o cuidado, a precaução e a fidelidade jurídica em suas atuações.[72]

O sistema constitucional de controle é dotado, assim, de uma multifuncionalidade particular que não se reduz a determinismos prévios, mas se constrói de acordo com a norma a ser garantida. Os próximos itens pretendem aprofundar tais observações, a partir da criação de duas categorias que, apesar de redutoras, têm a vantagem de criar campos conceituais adequados ao enquadramento das duas funcionalidades originais do controle. Reduzindo o espectro de funções às categorias da *conten*ção e da *promo*ção, tal classificação cria uma moldura teórica competente, na medida em que detecta os dois gêneros basilares da funcionalidade analisada, bem como habilita a inclusão de subfuncionalidades dos controles nesses campos, tais como a *limita*ção e a *fiscaliza*ção, no primeiro caso, e a *dire*ção e a *integra*ção, no segundo.

[72] EICHENBERGER, *Die Kontrolle...*, op. cit., p. 132-133.

LivroPopulos.indb 152 23/10/2015 09:53:10

4.3 DIVERSIDADE DOS MEIOS DE CONTROLE

O controle parlamentar do governo, o direito de dissolução parlamentar, a fiscalização da administração eleitoral, os institutos de direito econômico para o combate ao monopólio de setores da economia, as ações constitucionais de defesa de direitos fundamentais, os sistemas de controle da constitucionalidade dos atos normativos e da legalidade dos atos administrativos, os traçados constitucionais das formas de Estado – dos quais o federalismo sempre foi elogiado como exemplo mais adequado de controle vertical[73] –, as instâncias de controladoria especiais – dos quais o *ombudsman* é o modelo mais em voga[74] –, os tribunais de contas[75] e o *recall* são só alguns exemplos da diversidade e da fecundidade das interações entre controle e técnica constitucional.

Nos dias atuais, a centralidade do controle foi conquistada pela prevalência dos *writs* constitucionais, levando a crer que a balança pende para o reforço direto das pretensões jurídicas fundadas em direitos fundamentais. Da prevalência do princípio de separação de poderes passou-se à primazia do princípio do acesso à justiça como versão preferida da arte constitucional do controle. Nem poderia ser diferente, dado o intenso fortalecimento do Poder Judiciário no seio do Estado democrático de direito. A associação entre os binômios *constitucionalismo liberal* e *predominância do Poder Legislativo*, *constitucionalismo social* e *predominância do Poder Executivo* e *constitucionalismo democrático* e *predominância do Poder Judiciário* pode basear-se em uma análise superficial, uma vez que é por demais abstrata para corresponder às distintas experiências históricas existentes, mas, de qualquer modo, sinaliza o pano de fundo teórico atualmente pressuposto. A razão mais provável desse fenômeno aponta para o fato de o Poder Judiciário ter representado a solução histórica acerca do impasse quanto ao melhor guardião da Constituição.[76] Por ter assumido o protagonismo na proteção da supremacia da constitucionalidade, é natural que o desenho constitucional dos instrumentos de controle passe a incluir, cada vez mais, vias de apelo ao Judiciário.[77]

[73] Ver, por todos, LOEWENSTEIN, *Political power...*, op. cit., p. 285 et seq.

[74] Ver, por exemplo, GIL DELGADO, Alvaro Gil Robles y. *El control parlamentario de la administración*: el ombudsman. 2. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Publica, 1981.

[75] Para uma excelente coletânea de artigos sobre a função garantística da instituição, ver SOUSA JUNIOR, José Geraldo (org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Produção do Curso de Especialização em Direito Público e Controle Externo para Analistas de Controle Externo do Tribunal de Contas da União. Brasília: Tribunal de Contas da União e Universidade de Brasília, 2006.

[76] Sobre o tema, ver o clássico debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, ainda que o modelo kelseniano não advogasse a primazia do Poder Judiciário ordinário e sim a fórmula particular do *Tribunal Constitucional* (KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Berlin: Rothschild, 1931 e SCHMITT Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen: Mohr, 1931).

[77] Cristina Queiroz ressalta a proeminência do Poder Judiciário através de uma interessante associação entre modelos de constitucionalismo e modelos hermenêuticos: o constitucionalismo liberal representa o modelo de *Júpiter*, o social funda o modelo de *Hércules* e o democrático equivale ao modelo de *Hermes*. (QUEIROZ, Cristina M. *Interpretação*

LivroPopulos.indb 153 23/10/2015 09:53:10

Não se quer com isso afirmar que os arranjos institucionais inspirados pelo princípio da separação de poderes careçam de importância. Tais institutos seguem realizando suas pretensões de correção e seu papel de garante do Estado de Direito, na medida em que o arcabouço institucional é uma condição necessária para a adequada regulação da convivência política. O que muda, no entanto, é a interpretação de sua posição como principal teoria justificativa do controle constitucional. Também não se pretende negar a perspectiva segundo a qual apenas a existência de diversos tipos de controle consegue forjar um sistema controlador efetivo à altura das pretensões normativas em tempos tão complexos como os atuais. Assiste, portanto, razão à Manuel Aragón quando sublinha a heterogeneidade dos meios de controle, já que "a pluralidade de meios através dos quais esse controle se articula, a diversidade de objetos sobre os quais pode recair e o caráter muito particular dos instrumentos e institutos em que se manifesta impedem sustentar um conceito único de controle".[78] Passemos, então, a título informativo, à descrição de um breve repertório acerca das quatro dimensões tipológicas mais importantes do controle.[79]

4.3.1 Quanto à natureza

A grande questão posta pelas discussões em torno da natureza dos controles depende, por assim dizer, de um problema de delimitação conceitual prévia. Isso porque a definição de que todo processo de controle se decompõe necessariamente em um momento de *juízo* e outro de *ajustamento* importa o estabelecimento de um critério mais rigoroso e seletivo quanto ao que se pode denominar realmente uma *técnica de controle*. Sendo assim, a distinção entre controles *institucionalizados* e *não institucionalizados*,[80] apesar de útil, pode se revelar enganosa. A explicação é simples: a fim de assegurar a força vinculante das decisões tomadas em sede de processos de controle, será sempre imprescindível a institucionalização de um núcleo procedimental (ainda que mínimo) e das próprias características definidoras da sanção passível de ser aplicada (seja ela *jurídica* ou *política*). Por isso, a classificação tradicional que sustenta a subdivisão dos controles, quanto a sua natureza, em controles *jurídicos*, *políticos* e *sociais* não é de todo correta.

Como se sabe, os denominados "controles sociais" são aqueles que se realizam de modo difuso e fora dos processos oficiais de fiscalização,[81]

constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 335-336).

[78] ARAGÓN, *Constitución...*, op. cit., p. 72. Tradução livre de: "la pluralidad de medios a través de los cuales ese control se articula, la diversidad de objetos sobre los que puede recaer y el muy distinto carácter de los instrumentos e institutos en que se manifiesta impiden sostener un concepto único de control".

[79] Para outras tipologias, ver LOEWENSTEIN, *Political...*, op. cit., p. 45 et seq.; EICHENBERGER, *Die Kontrolle...*, op. cit., p. 134 et seq.; ARAGÓN, *Constitución...*, op. cit., p. 81 et seq. e VALADÉS, *El control...*, op. cit., p. 435 et seq.

[80] Nesse sentido, por exemplo, ARAGÓN, *Constitución...*, op. cit., p. 72.

[81] No mesmo sentido, Ibidem, p. 82.

LivroPopulos.indb 154 23/10/2015 09:53:10

cujos principais atores são os meios de comunicação social e os chamados movimentos sociais. Ou seja, são marcados pela imprevisibilidade de suas manifestações e carecem de força vinculante, na medida em que sua ação não se pauta necessariamente por fórmulas e critérios procedimentais cuja correção e adequabilidade tenham sido legitimados por decisões políticas prévias. Sabe-se, portanto, que sua estratégia prioritária de ação se traduz na conquista da opinião pública a fim de que esta possa mobilizar seus recursos em prol da alteração do *status quo*. Em seu processo de atuação, da conclusão afirmativa de incompatibilidade entre comportamento e norma não decorre necessariamente uma *faculté d'empêcher*, o momento cominatório de que nos fala Galeotti.[82] Nesses casos, sua lógica operacional gira em torno da tentativa de *influenciar* as instâncias competentes através de processos informais não vinculantes, a fim de que elas possam, se convencidas, realizar o devido momento de *ajustamento* de condutas.

Isso não significa dizer, de modo algum, que sejam pouco relevantes. Pelo contrário. Os controles sociais de tipo não institucionalizado servem não só ao propósito de agregar transparência e responsabilidade às condutas estatais e privadas que, de um modo ou de outro, interferem em assuntos de interesse público, como também contribuem ao próprio direcionamento da agenda política. Ainda que os processos através dos quais eles se desenvolvem não resultem em decisões vinculantes, a consequência de suas ações e táticas pode também se beneficiar de altos níveis de eficiência, desde que consigam conquistar visibilidade e convencer a opinião pública e/ou as instâncias decisórias. A sua inexistência implicaria, em grande parte, a falência do princípio do controle na sociedade democrática.

Por isso, em *sentido técnico*, *dogmático*, tendo como parâmetros os vetores da *institucionaliza*ção e da *capacidade de imposi*ção de ajus*tamento*, só possuem natureza de controle as variantes que se subsumem sob o manto dos chamados *controles institucionalizados*. Apenas através desses processos é que se pode fazer jus à integralidade do conceito. Isso não elimina, porém, a dificuldade em produzir uma lista classificatória clara e inequívoca acerca de quais as espécies concretas que compõem tal categoria.[83] A classificação mais conhecida é a que vislumbra uma divisão entre controles *jurídicos* e *políticos*.

O único inconveniente dessa classificação está no risco de que seja compreendida segundo um critério orgânico e não funcional, isto é, segundo uma compreensão estrita da separação de poderes, aonde o controle dito *jurídico* seja reputado com exclusividade ao Poder Judiciário e o *político*, ao Poder Legislativo. Como é notório, a época atual presencia a relativa

[82] GALEOTTI, *Introduzione...*, op. cit., p. 48.

[83] Nesse sentido, CAVERO, Manuel. "Control Parlamentario y Poder Judicial". In: ESPANHA. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. *Problemas actuales del control parlamentario*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1995. p. 65.

LivroPopulos.indb 155 23/10/2015 09:53:10

fluidez com que esses Poderes se intercambiam, a relativa facilidade com que exercem funções alheias, a mudança na estrutura de muitos processos de controle e a presença de controles também exercidos pela Administração Pública. Um bom exemplo desses rearranjos pode ser encontrado na tendência doutrinária em rever a dinâmica *Poder Legislativo vs. Poder Executivo* como categoria nuclear do controle parlamentar, substituindo-a pela dinâmica *Oposição vs. Situação*.[84]

Afigura-se oportuno, portanto, insistir, no âmbito da Teoria Geral do Controle, na relevância da escolha do critério *funcional* como orientador de toda distinção analítica afeta à natureza do controle. Desse modo, a tipologia mais adequada é aquela que se refere, de um lado, a *controles* de *natureza objetiva* e de *exercício obrigatório* e, de outro, a *controles* de *caráter subjetivo* e de *exercício voluntário*.[85] A vantagem dessa classificação está não apenas em sublinhar que tais controles não são monopólio de um poder específico – apesar de com eles se identificarem com *predominância* –, mas também de inserir no universo dos controles dogmáticos aqueles exercidos pela Administração Pública. Além disso, evita o equívoco de basear o intento classificatório na polêmica sobre se a possibilidade do ajustamento da conduta controlada configura ou não um dos elementos definidores da atividade de controle, uma vez que essa se qualifica como momento inafastável.

4.3.2 Quanto aos agentes

Os agentes *in casu* são aqueles cuja legitimidade se assenta em um título juridicamente imputado e cuja competência se traduz no manejo das técnicas de controle. São, portanto, os legitimados a movimentarem a engrenagem político-normativa com vistas à provocação das instâncias decisórias. Por esse motivo, os agentes de controle devem ser os mais diversos possíveis. Todos aqueles que, de um modo ou de outro, encontrassem motivação suficiente para trilhar estratégias que conduzissem à inspeção e ajuste de atos e omissões irregulares quanto à gestão de temas de interesse público – nomeadamente quanto à gestão do poder institucional – deveriam ser habilitados a movimentar algum tipo de técnica institucionalizada. Como se verá, os instrumentos de controle *stricto sensu* podem e devem se abrir à força do princípio democrático com proveito tanto para os índices de eficiência controladora, quanto para o próprio reforço da democracia.

Contudo, a tradição jurídico-constitucional condiciona normalmente a legitimidade à existência, seja de interesse institucional, seja de interesse

[84] Sobre as alterações pelas quais passou a "Teoria do Dualismo" no contexto do controle parlamentar, ver BOETTICHER, *Parlamentsverwaltung...*, op. cit., p. 218 et seq.; GERLICH, Peter. *Parlamentarische Kontrolle im politischen System*. Wien; New York: Springer, 1973, p. 6 et seq. e NÖDL, Andreas. *Parlamentarische Kontrolle*: das Interpellations-, Resolutions- und Untersuchungsrecht. Eine rechtsdogmatische Darstellung mit historischem Abriß und empirischer Analyse. Wien; Köln, Graz: Böhlau, 1995, p. 26 et. seq.

[85] ARAGÓN, *Constitución...*, op. cit., p. 82.

LivroPopulos.indb 156 23/10/2015 09:53:10

particular. A primeira hipótese representa a tratativa clássica sujeita ao *modus operandi* do princípio da separação de poderes. Os agentes vinculam-se, direta ou indiretamente, aos órgãos de soberania e agem em virtude de um *imperativo funcional*. A diferença está em que alguns agentes de controle usufruem de certos graus de autonomia em relação aos órgãos de soberania. Cite-se, como exemplo, o *Ombudsman*, o Ministério Público e os Partidos Políticos. Para além desses, os mais significativos são os próprios parlamentares, os representantes governamentais e certas entidades coletivas dotadas de capacidade processual, tais como as comissões parlamentares.

O reconhecimento de agentes de controle fora dessa esfera institucional é, por demais, precário. Apesar de avanços significativos terem sido notados nas últimas décadas, a atribuição da legitimidade ativa a particulares para o exercício da função controladora em temas de domínio público é extremamente circunscrita e praticamente inexistente no caso das associações civis, entidades de classe e sindicatos. Além do mais, na grande maioria dos casos, a legitimidade ativa depende da comprovação da existência de *interesse particular* que sustente a demanda. Um exemplo típico é o caso previsto no artigo 103, inciso IX, da Constituição Brasileira. O artigo estabelece que confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional podem propor as ações diretas de inconstitucionalidade. A norma tem importância fulcral, pois se trata de um caso nítido de evolução quanto ao reconhecimento de outros agentes de controle fora do círculo oficial. De todo modo, o raio de ação do controle em concreto passou a ser circunstanciado em virtude da obrigatoriedade de comprovação da existência de interesse particular que o justifique, já que, segundo a interpretação do Supremo Tribunal Federal, tais associações e sindicatos devem comprovar o que se chamou de *pertinência temática*, ou seja, a pertinência entre o objeto da norma impugnada com os interesses e objetivos da entidade.[86]

Mesmo nos casos em que se reconhece a *cidadania* como requisito processual para a impetração de instrumentos de controle, a justificativa normalmente gira em torno do fato de se tratar de um direito adstrito a um interesse particular e individualizável. É o caso, por exemplo, das *ações populares*. A noção de soberania popular *fracionável* exsurge como o pano-de-fundo explicativo de tal concepção. Nesse contexto, a legitimidade ativa do *cidadão* para promover o controle de ações irregulares do poder não se

[86] São bastantes elucidativas as seguintes decisões: "A legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional […], para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. Precedentes do STF: ADI 305 (RTJ 153/428); ADI 1.151 (DJ de 19/05/95); ADI 1.096 (*LEX-JSTF*, 211/54); ADI 1.519, julg. em 06/11/96; ADI 1.464, DJ 13/12/96. Inocorrência, no caso, de pertinência das normas impugnadas com os objetivos da entidade de classe autora da ação direta." (ADI 1.507-MC-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06/06/97) e "Legitimação: entidade nacional de classe: conceito. Não constitui entidade de classe, para legitimar-se a ação direta de inconstitucionalidade (cf, art. 103, IX), associação civil (Associação Brasileira de Defesa do Cidadão), votada à finalidade altruísta de promoção e defesa de aspirações cívicas de toda a cidadania." (ADI 61-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28/09/90).

LivroPopulos.indb 157 23/10/2015 09:53:10

justifica necessariamente em função da *finalidade* buscada – promoção do interesse público através do ajustamento do poder desviante –, mas em virtude do seu *direito pessoal individualizável*, a ele atribuído pelo fato de deter uma quota-parte da soberania.

4.3.3 Quanto ao momento

Quanto ao momento de incidência, os controles podem ser *prévios*, *concomitantes* ou *posteriores* ao objeto controlado.[87] Os primeiros ocorrem, normalmente, em estágios preparatórios à atividade principal e viabilizam ao órgão controlador oportunidades de influência em momentos nos quais as decisões ainda se mantêm abertas, pelo que lhe proporciona possibilidades reais de participação na determinação da conformidade do objeto visado. Tais controles podem ser encontrados, por exemplo, no âmbito da aprovação de projetos orçamentários, em procedimentos preparatórios à instauração do processo legislativo, nas técnicas incidentes sobre planejamentos estatais, nas atividades de administração eleitoral voltadas à conformação das condições gerais do exercício do sufrágio, nos mecanismos de controle prévio da constitucionalidade dos atos normativos etc. Em outras áreas de interesse público não estatal podem ser citados, entre outros, as constrições derivadas dos processos de análise de impacto ambiental e das ações coletivas preventivas contra danos ao consumidor.

Os controles *concomitantes* são aqueles exercitados *em tempo real* e *em simultâneo* às atividades controladas. No contexto do controle parlamentar, por exemplo, agem normalmente por meio das técnicas de "interação recíproca", a fim de fortalecer a posição estratégica do Parlamento em face do Executivo com o redirecionamento das atividades deste. As *reclama*ções elei*torais* propostas *in loco* durante a votação nas eleições políticas representam outro exemplo típico. Nesses casos, condutas ou omissões que turbem o exercício do direito de voto praticadas por parte das autoridades ou de terceiro são sujeitas a procedimentos de controle concomitante.

Por último, os controles *posteriores* são todos aqueles de natureza profilática cuja incidência se dá após a constatação da irregularidade de comportamento comissivo ou omissivo. São igualmente os mais comuns e são normalmente exercidos através de vias *jurisdicionais*. Por isso, os controles realizados *a posteriori* pelo Poder Judiciário são seus exemplos quotidianos e se ramificam em uma enorme variedade de mecanismos concretos, contabilizando-se, entre os mais conhecidos, as ações de controle da constitucionalidade das espécies normativas, as ações de defesa de interesses difusos, os instrumentos de controle da legalidade dos atos administrativos etc.

[87] Classificação e descrição inspiradas em EICHENBERGER, *Die Kontrolle...*, op. cit., p. 134.

LivroPopulos.indb 158 23/10/2015 09:53:10

4.3.4 Quanto aos efeitos

O espectro dos efeitos dos instrumentos controladores se resume a duas grandes categorias: controles *constritivos* e controles *promotores*. Trata-se, portanto, de dimensões *negativa* e *positiva* que variam consoante o tipo de atividade controlada, independentemente do momento em que ocorrem. Os primeiros são os mais conhecidos e os que tradicionalmente se identificam com o discurso constitucional, como já se teve oportunidade de descrever. Em verdade, dada a clássica associação entre *controle* e *limita*ção, é sabido que largas porções da doutrina afeta ao tema sofrem de miopia analítica, uma vez que os considera as únicas categorias existentes na dogmática pertinente. Inserem-se nessa hipótese todas as técnicas incidentes sobre comportamentos *comissivos*, cujos efeitos são os de *limitar*, *paralisar*, *constranger* tais atividades, com vistas a resgatar a normalidade jurídico-constitucional atacada.

No segundo caso, os controles *promotores* são aqueles que visam corrigir situações de *negligência* e atuam, portanto, sobre comportamentos *omissivos*. Apesar da sua importância para a proteção global da constitucionalidade no Estado democrático, esse tipo de controle sofre não só de problemas de institucionalização, como também de eficiência. Basta focalizar o domínio para o qual estão tradicionalmente vocacionados para se relembrar as razões de sua baixa aplicação e de seus dilemas de desempenho. Tais espécies de controle se originaram ao longo do chamado constitucionalismo de segunda fase e se resumiam majoritariamente a garantir a aplicação da *cláusula social*, isto é, das normas constitucionais dotadas de imperativos *prestacionais* a serem cumpridos pelo Estado. Como tal, viveram, desde sempre, o paradoxo da "volatilidade normativa", na medida em que, mesmo se revestindo do código jurídico da *vinculatividade*, sua aplicação sujeitava-se a padrões fluidos de referência (as famosas categorias da *reserva do possível*[88] e da *eficácia limitada e aplicabilidade indireta, mediata e reduzida*).[89] Não se pode, no entanto, descartar a relevância fulcral de tais tipos de controle, sobretudo porque, atualmente, a viragem democrática do constitucionalismo implica prestações positivas outras que não apenas, nem necessariamente, no campo do suprimento de carências materiais. Em jogo está o *enforcement* das normas constitucionais voltadas ao *aprofundamento democrático*, como é o caso das que prevêem a criação de procedimentos próprios de democracia direta, em especial os referentes aos canais e arenas participativos.

[88] Incorporado, de certo modo, pelo artigo 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Humanos, Sociais e Culturais das Nações Unidas de 1966: "Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures".

[89] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 117 et seq.

LivroPopulos.indb 159 23/10/2015 09:53:10

5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O objetivo central deste artigo é esquadrinhar o fenômeno do controle-garantia na tentativa de criar quadros classificatórios que auxiliem a sua adequada compreensão.

Se colocarmos a questão no seio do constitucionalismo contemporâneo, o enfoque permite sustentar a inadequação da clássica vinculação entre controle e função limitadora, constritiva. Em regimes democráticos, instrumentos de controle não devem servir apenas à lógica do vigiar e punir, mas devem se abrir a outras perspectivas, sobretudo de caráter promocional e emancipatório.

No contexto brasileiro, essa assertiva deve estimular os órgãos de controle a terem consciência do universo de suas possibilidades funcionais. Em alguns casos específicos (controle de políticas públicas, p. ex.), tais órgãos devem ser capazes de promover a cultura do acompanhamento, da orientação e dos acordos de adequação de comportamentos desviantes e, não necessariamente, a lógica da condenação e da punição *de per se*.

REFERÊNCIAS

ARAGÓN, Manuel. El Control como Elemento Inseparable del Concepto de Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 7, n. 19, ene./abr. 1987.

_____. *Constitución y control del poder*: introducción a una teoría constitucional del control. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

BAX, C.; TANG, G. van der. Theses on Control in Constitutional Law. In: ZOETHOUT, Carla M.; TANG, G. van der; AKKERMANS, Piet (orgs.). *Control in constitutional law*. Dordrecht; Boston; London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

BIDÉGARAY, Christian. Le Principe de Responsabilité, Fondement de la Démocratie: petite promenade dans les allées du 'jardin des délices démocratiques'. *Pouvoirs – La Responsabilité des Gouvernants*, n. 92, 2000.

BOETTICHER, Christian von. *Parlamentverwaltung und parlamentarische Kontrolle*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph. *Estado de derecho y control judicial*: justicia constitucional, contencioso administrativo y derecho de amparo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.

LivroPopulos.indb 160 23/10/2015 09:53:10

BRUNNER, Georg. *Kontrolle in Deutschland*: eine Untersuchung zur Verfassungsordnung in beiden Teilen Deutschlands. Köln: Marcus Verlag, 1972.

CAVERO, Manuel. Control Parlamentario y Poder Judicial. In: ESPANHA. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. *Problemas actuales del control parlamentario*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1995.

EICHENBERGER, Kurt. Die Kontrolle in der rechtsstaatlichen Demokratie der Gegenwart. In: EICHENBERGER, Kurt. *Der Staat der Gegenwart*. Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1980.

_____. *Der Staat der Gegenwart*. Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1980.

ESPANHA. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. *Problemas actuales del control parlamentario*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1995.

FUCHS, Arthur. *Wesen und Wirken der Kontrolle*: Betrachtungen zum staatlichen Kontrollwesen in der Bundesrepublik. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1966.

FUENTES VEGA, Santiago. *Realidad y racionalidad en el control del sector público*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1986.

GALEOTTI, Serio. Controlli Costituzionali. *Enciclopedia del Diritto*, v. X. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1962.

_____. Garanzia Costituzionali. *Enciclopedia del Diritto*, v. XVIII. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1969.

_____. *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963.

GERLICH, Peter. *Parlamentarische Kontrolle im politischen System*. Wien; New York: Springer, 1973.

GIL DELGADO, Alvaro Gil Robles y. *El control parlamentario de la administración*: el ombudsman. 2. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Publica, 1981.

GORDILLO, Augustín. El Nuevo Sistema Constitucional de Control. *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, n. 62, 1995.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*: application discourses in morality and law. Trad. John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993.

LivroPopulos.indb 161 23/10/2015 09:53:10

HARO, Ricardo. *Constitución, poder y control*. México: Universidad Nacional Autónoma, 2002.

HUERTA OCHOA, Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Berlin: Rothschild, 1931.

KHOL, Andreas (org.). *Macht und Kontrolle*. Wien: Vereinigung für politische Bildung – Politische Akademie, 1979.

KÖNIG, Klaus. Bürokratie und Kontrolle. In: KHOL, Andreas (org.). Macht und Kontrolle. Wien: Vereinigung für politische Bildung – Politische Akademie, 1979.

LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

LÓPEZ GUERRA, Luis. El Titular del Control Parlamentario. In: ESPANHA. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. *Problemas actuales del control parlamentario*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1995.

MEYN, Karl-Ulrich. *Kontrolle als Verfassungsprinzip*: Problemstudie zu einer legitimationsorientierten Theorie der politischen Kontrolle in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes. Baden-Baden: Nomos, 1982.

NÖDL, Andreas. *Parlamentarische Kontrolle*: das Interpellations-, Resolutions- und Untersuchungsrecht. Eine rechtsdogmatische Darstellung mit historischem Abriß und empirischer Analyse. Wien; Köln, Graz: Böhlau, 1995.

NOLTE, Martin (org.). *Kontrolle im verfassten Rechtsstaat*. Kiel: Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften, 2002.

NOLTE, Martin. Kontrolle als zentrales Element unseres Verfassungsstaats. In NOLTE, Martin (org.). *Kontrolle im verfassten Rechtsstaat*. Kiel: Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften, 2002.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático*: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LivroPopulos.indb 162 23/10/2015 09:53:10

QUEIROZ, Cristina M. *Interpretação constitucional e poder judicial*: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

QUEIROZ, Cristina M. *Os actos políticos no Estado de Direito*: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990.

RITTER, Gerhard A. (org.). *Vom Wohlfahrtsausschuß zum Wohlfahrtsstaat*: der Staat in der modernen Industriegesellschaft. Köl: Markus Verlag, 1973.

RITTER, Gerhard A. Die Kontrolle staatlicher Macht in der modernen Demokratie. In: RITTER, Gerhard A. (org.). Vom Wohlfahrtsausschuß zum Wohlfahrtsstaat: der Staat in der modernen Industriegesellschaft. Köl: Markus Verlag, 1973.

RITTERSPACH, Theo; GEIGER, Willi (orgs.). *Festschrift für Gebhard* Müller: zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1970.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reiventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARACENO, Divo. *Funzioni dialettica del controlle tra i poteri dello stato*: saggi di diritto amministrativo. Roma: Editrice Ciranna, 1965.

SCHÄFFER, Heinz. Kontrolle gegenüber Planung. In: KHOL, Andreas (org.). *Macht und Kontrolle*. Wien: Vereinigung für politische Bildung – Politische Akademie, 1979.

SCHEUNER, Ulrich. Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung. In: RITTERSPACH, Theo; GEIGER, Willi (orgs.). *Festschrift für Gebhard Müller:* zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1970.

SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen: Mohr, 1931.

SCHUPPERT, Gunnar Folke. Staatsaufsicht im Wandel. *Die* Öffentliche *Verwaltung (DÖV)*, an. 51, v. 19, oktober 1998.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo (org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Produção do Curso de Especialização em Direito Público e Controle Externo para Analistas de Controle Externo do Tribunal de Contas da União. Brasília: Tribunal de Contas da União e Universidade de Brasília, 2006.

LivroPopulos.indb 163 23/10/2015 09:53:10

TAUS, Josef. Legitimität der politischen Macht in der Gegenwarz. In: KHOL, Andreas (org.). *Macht und Kontrolle*. Wien: Vereinigung für politische Bildung - Politische Akademie, 1979.

VALADÉS, Diogo. *El control del poder*. 2. ed. México: Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Edições Cosmos, 1996.

VERGOTTINI, Giuseppe de. La Función de Control en los Parlamentos. In: ESPANHA. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. *Problemas actuales del control parlamentario*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1995.

WELAN, Manfried. Demokratisierung und Kontrolle. In: KHOL, Andreas (org.). *Macht und Kontrolle*. Wien: Vereinigung für politische Bildung – Politische Akademie, 1979.

ZOETHOUT, Carla M.; TANG, G. van der; AKKERMANS, Piet (orgs.). *Control in constitutional law*. Dordrecht; Boston; London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

LivroPopulos.indb 164 23/10/2015 09:53:10

ESFERA PÚBLICA E PROCEDIMENTALISMO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO DE DEMOCRACIA DE JÜRGEN HABERMAS E SUA ADERÊNCIA AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988[1]

Jaime Barreiros Neto[2]

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar, em linhas gerais, a aderência da concepção deliberativa de democracia de Jürgen Habermas aos preceitos constitucionais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, destacando a importância do seu modelo para a elevação da qualidade da democracia brasileira.

Palavras-chave: Democracia deliberativa. Esfera pública. Habermas. Procedimentalismo.

ABSTRACT

This article aims to show, in general, the adhesion of the deliberative conception of democracy of Jürgen Habermas to constitutional principles established by the Federal Constitution of 1988, highlighting the importance of his model for raising the quality of Brazilian democracy.

Keywords: Deliberative democracy. Public sphere. Habermas. Proceduralism.

1 INTRODUÇÃO

O debate acerca de uma suposta crise de representatividade da democracia nas sociedades contemporâneas apresenta-se como um dos mais férteis na Ciência Política, na atualidade. Uma redução cada vez mais crescente do espaço público, aliada a um domínio cada vez mais amplo da política pelos interesses socioeconômicos privados e pelo saber burocrático, apresenta-se, na visão de diversos pensadores sociais, a exemplo de Hannah

[1] Trabalho apresentado como requisito parcial para aprovação na disciplina "Teoria Crítica, Democracia e Esfera Pública", ministrada pela Profª. Dra. Denise Vitale, no curso de Doutorado em Ciências Sociais da Universidade Federal da Bahia, durante o semestre letivo 2013.2.

[2] Doutorando em Ciências Sociais (UFBA). Mestre em Direito Público (UFBA). Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, professor da Universidade Católica do Salvador e da Faculdade Baiana de Direito.

LivroPopulos.indb 165 23/10/2015 09:53:10

Arendt, como diagnóstico desta suposta crise de representatividade, que, na concepção da ilustre filósofa política citada, "transforma o homem em um animal que trabalha apenas para consumir, abdicando da ação política e da sua própria liberdade".[3]

Neste contexto, Jürgen Habermas, um dos mais notáveis pensadores políticos contemporâneos, desenvolve seu modelo deliberativo de democracia, fundado na busca de viabilização de um ideal emancipatório, inspirado em um modelo de comunicação travado sem coerção entre pessoas livres, no uso público da razão.

Neste breve artigo científico, buscar-se-á traçar as linhas gerais do pensamento político habermasiano, a partir, inicialmente, de uma análise das origens e evolução da sua teoria da esfera pública, tomando-se como base a obra "Mudança Estrutural da Esfera Pública", de autoria do filósofo alemão, publicada no ano de 1961.

Em um segundo momento, será dada ênfase à análise do modelo procedimentalista de democracia, fundado no poder comunicativo e mediado pelo direito, proposto por Habermas a partir do amadurecimento da sua concepção de esfera pública, especialmente após a publicação das obras "Direito e Democracia: entre facticidade e validade" e "Teoria do Agir Comunicativo".

Posteriormente ao estudo das bases teóricas do modelo procedimentalista de democracia proposto por Habermas, uma breve incursão acerca do papel exercido pela sociedade civil no modelo democrático habermasiano será objetivada, com destaque para o diálogo travado entre os atores desta sociedade e as instituições do Estado. Também neste ponto, serão feitas considerações acerca das barreiras e estruturas de poder que surgem no interior das esferas públicas e suas formas de superação, propostas por Jürgen Habermas.

Finalmente, no último tópico do desenvolvimento do presente artigo, será realizada uma abordagem crítica acerca da aderência, ou não, do modelo deliberativo de democracia proposto por Habermas em face dos princípios norteadores da Constituição Federal de 1988.

2 ORIGENS DA TEORIA DA ESFERA PÚBLICA DE JÜRGEN HABERMAS

Em 1961, inspirado na obra "Dialética do Esclarecimento", de Adorno e Horkheimer, na qual os autores denunciam o uso da razão como instrumento de dominação, Jürgen Habermas inicia o desenvolvimento da sua teoria da esfera pública, ao lançar a obra "Mudança Estrutural da Esfera Pública".

Segundo análise de Adorno e Horkheimer, o capitalismo liberal teria cedido lugar ao capitalismo monopolista e o Estado burguês ao Estado autori-

[3] ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 55.

LivroPopulos.indb 166 23/10/2015 09:53:11

tário, desintegrando, assim, a esfera pública, a qual estaria, então, dominada pelo "mundo administrado", fundado em uma razão instrumental.

Frente ao grande pessimismo ao qual se encontravam imbuídos os dois grandes precursores da "teoria crítica", Habermas almeja uma solução a ser encontrada na própria história, que viesse a viabilizar a consecução de um ideal emancipatório, capaz de superar o citado pessimismo. Para isso, Habermas defende a construção de um modelo de comunicação travado sem coerção entre pessoas livres, no uso público da razão. A formação da esfera pública burguesa, neste sentido, estaria no cerne da construção desta nova forma de razão pública, distinta da razão instrumental, a qual o filósofo alemão viria a denominar, em suas obras mais maduras, de razão comunicativa, pautada em um "agir comunicativo".[4] Segundo Habermas:

> A esfera pública burguesa pode ser entendida inicialmente como a esfera das pessoas privadas reunidas em um público; elas reivindicam esta esfera pública regulamentada pela autoridade, mas diretamente contra a própria autoridade, a fim de discutir com ela as leis gerais da troca na esfera fundamentalmente privada, mas publicamente relevante, as leis do intercâmbio de mercadorias e do trabalho social.[5]

Para construir a sua teoria da esfera pública burguesa, Habermas ressalta, inicialmente, a importância histórica da formação de uma esfera pública literária nos salões e cafés da Europa no século XVIII, especialmente na França, a qual, gradativamente, ingressa na esfera da discussão sobre os grandes temas políticos. De acordo com o filósofo alemão:[6]

> O processo ao longo do qual o público constituído pelos indivíduos conscientizados se apropria da esfera pública

[4] Melhor esclarecendo a diferença entre ação instrumental e ação comunicativa, Marcos Nobre (Introdução, In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e Democracia*: um guia de leitura de Habermas. p. 20-21. São Paulo: Malheiros, 2008) leciona que "de um lado, Habermas sustenta que a sociedade moderna se reproduz materialmente porque neutraliza os potenciais de conflito e de dissenso sob a forma de uma ação orientadora para o êxito, para o sucesso de produzir mercadorias, de comprar e vender mercadorias segundo regras, de administrar a aplicação das leis segundo critérios impessoais, de assegurar a infra-estrutura necessária para a circulação de bens e pessoas e muitas outras coisas mais. Na lógica da reprodução material da sociedade, o mundo e os atores sociais são tomados não como sujeitos dotados de opiniões, visões de mundo e crenças, mas como mero objetos, como meios com vistas à consecução de um fim determinado. Essa lógica neutraliza, portanto, os potenciais de conflito e de dissenso, já que está orientada unicamente para a consecução de determinados fins de reprodução material previamente estabelecidos. O tipo de ação social característico desta lógica é, para Habermas, a ação instrumental. De outro lado, entretanto, a estabilização fornecida pela lógica instrumental de algumas ações sociais não elimina os potenciais de conflito e de dissenso próprios das sociedades modernas. Seu papel é unicamente o de limitar o campo em que eles ocorrem, garantindo que não coloque em risco a reprodução material da sociedade. De modo que há ainda uma outra maneira de lidar com o conflito e o dissenso próprios das sociedades modernas que não por meio da neutralização instrumental. Essa outra maneira de lidar com o conflito e o dissenso é a discussão racional, livre de impedimentos, na qual as próprias regras de discussão têm que ser estabelecidas pelos participantes. É o tipo de ação que Habermas chama de comunicativa".

[5] HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 42.

[6] Ibidem, p. 68.

LivroPopulos.indb 167 23/10/2015 09:53:11

> controlada pela autoridade e a transforma numa esfera em que a crítica se exerce contra o poder do Estado realiza-se como refuncionalização (*Umfunktionierung*) da esfera literária, que já era dotada de um público possuidor de suas próprias instituições e plataformas de discussão. Graças à mediatização dela, esse conjunto de experiências da privacidade ligada ao público também ingressa na esfera pública política.

Segundo o jovem Habermas, em sua obra "Mudança Estrutural da Esfera Pública", a reafirmação de uma esfera pública crítica, pautada no resgate de uma razão comunicativa, seria fundamental para o declínio da razão instrumental dominante, a qual estaria reduzindo, em níveis alarmantes, o espaço da política em detrimento da burocracia. Inspirado no princípio kantiano de publicidade, cujo fundamento reside na defesa de uma sociedade de pessoas privadas que façam um uso público da razão, atuando com autonomia e submetendo o poder legislativo a um consenso político, Habermas almeja uma orientação prática que promova uma esfera de emancipação, ante a crescente dominação da razão instrumental, diagnosticada por Adorno e Horkheimer, para quem estaria ocorrendo um declínio da esfera pública, uma transformação da publicidade crítica em publicidade manipuladora, uma mercantilização da cultura e uma perda crescente da autonomia individual. Para isso, Habermas busca construir, inicialmente, um projeto de pragmática universal, a partir do qual o uso da linguagem levaria a uma compreensão mútua, sem qualquer tipo de coerção, entre todos os indivíduos. De acordo com Olivier Voirol:

> essa pragmática pretende ser universal porque seus sistemas de regra estruturam, inevitavelmente, toda a situação de comunicação. Habermas defende, assim, o projeto de uma pragmática forma universal, e isso significa que ele é capaz de transcender de forma apropriada as culturas e as épocas.[7]

A partir desta pragmática universal, acreditava Habermas ser possível a defesa da autonomia individual, a partir da aquisição de competências comunicativas.

3 PROCEDIMENTALISMO E PODER COMUNICATIVO NA FILOSOFIA POLÍTICA HABERMASIANA

A valorização de uma ação comunicativa, em detrimento do predomínio da razão instrumental, aparece, como visto no tópico anterior, no cerne da filosofia política habermasiana, a partir da publicação da obra "Mudança Es-

[7] VOIROL, Olivier. A esfera pública e as lutas por reconhecimento: de Habermas a Honneth. *Cadernos de Filosofia Alemã*: Periódico da USP. São Paulo, n. 11, p. 39, 2008.

LivroPopulos.indb 168 23/10/2015 09:53:11

trutural da Esfera Pública", em 1961. O amadurecimento intelectual, contudo, leva o pensador alemão a aprimorar sua teoria, a partir da valorização da linguagem como médium do entendimento e da formação da esfera pública consubstanciada em um agir comunicativo. A defesa da autonomia individual, a partir da aquisição, pelos indivíduos, de competências comunitivas, na busca do consenso universal, sem exercício da coerção, passa a ser o enfoque da doutrina política de Habermas, especialmente após a publicação da obra "Direito e democracia: entre facticidade e validade", na qual o autor introduz o conceito de poder comunicativo, a partir das estruturas jurídicas do Estado. Neste sentido, leciona Olivier Voirol:

> A mediação entre sociedade e Estado, que no livro Mudança Estrutural da Esfera Pública repousava sobre o uso da razão de pessoas privadas reunidas em público, é assim retraduzida nos termos de um processo de instrumentalização dos processos comunicativos do mundo da vida nas estruturas jurídicas do Estado Democrático de Direito. Segundo esta concepção, o funcionamento do sistema administrativo se beneficia de uma grande autonomia em relação aos processos civis de comunicação, mas ele deve poder ser submetido, a qualquer momento, às redefinições propostas pela cooperação comunicativa que se manifesta no cerne da sociedade civil.[8]

Buscando expurgar, dessa forma, o "derrotismo normativo", concepção que, na sua visão, estaria muito presente na sociologia política, embora fundada no uso de estratégias conceituais falsas,[9] Habermas filia-se a um modelo deliberativo de democracia, cujo pressuposto reside na definição das prioridades e decisões políticas a partir de uma ampla discussão pública, fundamentada sempre na possibilidade de convencimento mútuo entre os participantes do processo político, sem que tal processo, portanto, se caracterize como uma mera disputa entre visões antagônicas em um jogo de vitoriosos e derrotados. Na democracia deliberativa, muito mais do que a competição entre grupos de interesse e opiniões ou preferências individuais, o que prevalece é a possibilidade de uma ampla discussão, por meio da qual o consenso é construído coletivamente, sem que haja a mera imposição da vontade dominante. A grande preocupação dos defensores do modelo deliberativo de democracia reside na defesa da legitimidade do processo democrático, construída a partir da viabilização de um amplo debate público acerca das mais diversas questões de interesse da sociedade, debate este para o qual todos devem estar preparados para buscar convencer e também

[8] VOIROL, op. cit., p. 41.

[9] HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2011. v. 2, p. 58.

LivroPopulos.indb 169 23/10/2015 09:53:11

para ser convencidos, dissociando-se, assim, de uma postura fechada a mudanças de opiniões pré-concebidas. Como bem destacam Denise Vitale e Rúrion Soares Melo:

> […] na proposta deliberativa a participação deve poder ser entendida como um processo de formação, ou ainda, de transformação de preferências. Através de um processo de discussão pública com uma pluralidade de outros diferentes cidadãos, as pessoas podem obter novas informações, aprender a partir de outras experiências diferentes de problemas coletivos, ou mesmo concluir que suas opções iniciais estavam baseadas em pré-concepções, ou mesmo ignorância.[10]

Segundo Jürgen Habermas, o discurso e a deliberação devem ser construídos a partir de uma dimensão procedimental mediada pelo direito, base, desta forma para a construção da democracia. Como bem destaca Delamar José Volpato Dutra,[11] na obra "Direito e Democracia", Habermas constrói um programa de uma teoria discursiva do direito, demonstrando que a teoria do agir comunicativo "não é cega para a realidade das instituições, nem implica anarquia", recuperando, dessa forma, uma "dívida do marxismo com o direito", uma vez que "Marx teria criticado tão duramente o direito que chegara ao desmascaramento dos chamados direitos naturais como sendo mera ideologia, impedindo-o de ver outras liberdades no núcleo da declaração de direitos, como a formulação de uma esfera privada capaz de albergar planos racionais de vida".

Para construir a sua tese, Habermas, inicialmente, desenvolve a concepção de ação comunicativa, tipo de ação social destinada à promoção do entendimento entre os integrantes da sociedade dissociada de impedimentos e pautada na liberdade e na discussão racional. Como bem leciona Marcos Nobre:

> Na ação comunicativa, o objetivo não é o êxito, não é o cálculo dos melhores meios para alcançar fins previamente determinados; a ação comunicativa tem por objetivo o entendimento entre os participantes da discussão. Da perspectiva da ação comunicativa, é essencial que se faça possível ouvir o maior número possível de vozes, de opiniões e de questionamentos, sem restrições.[12]

[10] VITALE, Denise; MELO, Rúrion Soares. Política Deliberativa e o Modelo Procedimental de Democracia. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). *Direito e Democracia*: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 227.

[11] DUTRA, Delamar José Volpato. Habermas. In: OS FILÓSOFOS: Clássicos da Filosofia, de Ortega y Gasset a Vattimo. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. v. 3, p. 311.

[12] NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e Democracia*: um guia de leitura de Habermas. Introdução de: Marcos Nobre. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 21.

LivroPopulos.indb 170 23/10/2015 09:53:11

Difere, como já observado, a ação comunicativa da ação instrumental, espécie de ação social presente nas sociedades modernas voltadas, principalmente, à neutralização de eventuais conflitos sociais, de forma a orientar o êxito da produção, distribuição e circulação de bens e mercadorias e para a qual não são relevantes singularidades de opiniões, crenças ou percepções de mundo. Na visão de Habermas acerca da democracia, é de fundamental importância o estabelecimento de procedimentos confiáveis a partir dos quais a ação comunicativa possa ser exercida. Neste sentido, o Direito se apresenta como instrumento crucial para a garantia dessa procedimentalização do processo deliberativo. É o que destaca Denise Vitale, em artigo sobre o tema, para quem, na visão de Habermas:

> […] discurso, e democracia são duas faces da mesma moeda, mediados pelo direito. Uma vez institucionalizado juridicamente, o princípio do discurso converte-se em princípio da democracia. Ambos, porém, fundamentam-se a partir da mesma fonte, já que todo poder político deve ser extraído do poder comunicativo dos cidadãos. Nesse contexto, o conceito de institucionalização refere-se a um comportamento esperado do ponto de vista normativo e à institucionalização de procedimentos que garantam a equidade dos possíveis compromissos.
>
> Se, pelo princípio do discurso, as normas que pretendem validade precisam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, o princípio da democracia assegura a formação política racional da opinião e da vontade, através da institucionalização de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica.
>
> A importância decisiva do direito reside no seu potencial de institucionalização jurídica de procedimentos que garantam os princípios formadores da teoria discursiva. Nesse sentido, fala-se em uma teoria procedimental através da qual a legitimidade das normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política.[13]

Em "Direito e Democracia: entre facticidade e validade", Habermas tece críticas a algumas das teses propugnadas pela "teoria pluralista da democracia", pela "teoria dos sistemas" e pela "teoria econômica da democracia", todas elas aglutinadoras de grande prestígio e seguidores a partir do último século.

De acordo com a teoria pluralista da democracia, existiria um equilíbrio relativamente equitativo entre os diversos atores constituintes do poder

[13] VITALE, Denise; HABERMAS, Jürgen. Modernidade e democracia deliberativa. *Caderno CRH*, Salvador, v. 19, n. 48, p. 551-561, set./dez. 2006.

LivroPopulos.indb 171 23/10/2015 09:53:11

social, fato estimulado pelo próprio fluxo político, o qual determinaria uma distribuição "mais ou menos igual entre os interesses sociais relevantes". Segundo Habermas:

> A teoria social do pluralismo insere-se no modelo normativo do liberalismo através de uma simples substituição: o lugar dos cidadãos e de seus interesses individuais é ocupado por organizações e interesses organizados. Ela parte do princípio segundo o qual todos os atores coletivos têm aproximadamente as mesmas chances de influenciar os processos de decisão relevantes para eles; que os membros da organização determinam a política das associações e dos partidos; e que estes, por seu turno, são forçados a assumir compromissos e a entrelaçar interesses, levados pelos vários tipos de pertença e associações. A democracia de concorrência forma então um equilíbrio do poder, no nível de distribuição do poder político, de tal modo que a política estatal leve em consideração um amplo leque de interesses simétricos.[14]

Ocorre que, ainda de acordo com Habermas, a teoria pluralista da democracia sofreu um processo de falsificação, a partir do desenvolvimento da constatação de que tal modelo favoreceria a formação de elites, com o azedamento da política e o consequente déficit de legitimação. Dessa forma, os caminhos do desenvolvimento de tal teoria se bifurcam, com a construção da teoria dos sistemas e da teoria econômica da democracia.

De acordo com os pressupostos da teoria dos sistemas, existiria, na sociedade, um sistema político declarado autônomo, ante uma série de sistemas parciais autônomos, fechados em suas próprias linguagens. Conforme, contudo, crítica de Habermas:

> A teoria dos sistemas atribui a formação política da opinião e da vontade, dominada pela concorrência entre os partidos, a um público de cidadãos e de clientes incorporados ao sistema político, porém desligados das raízes que os prendem ao mundo da vida, isto é, a sociedade civil, a cultura política e a socialização.[15]

A consequência negativa da Teoria dos Sistemas, neste sentido, refere-se ao fato de ter a política, como sistema funcional, tornado-se independente, transformando-se num vínculo de comunicação fechado em si mesmo e autolegitimado no aparelho estatal. Assim, o domínio da política pela burocracia

[14] HABERMAS, op. cit., p. 59-60.

[15] Ibidem, p. 63.

LivroPopulos.indb 172 23/10/2015 09:53:11

estatal levaria ao que Habermas denominou de “colonização do mundo da vida pelo sistema”, causador de um enorme déficit democrático.

A teoria econômica da democracia, por sua vez, guarda como enfoque a concepção do individualismo metodológico e da escolha racional dos atores no processo democrático. De acordo com Habermas:

> Ao demonstrar a racionalidade do comportamento dos eleitores e dos políticos, a teoria econômica da democracia tinha tentado capturar empiricamente algumas intuições normativas do liberalismo. Segundo esse modelo, os eleitores traduzem, através de seus votos, um autointeresse mais ou menos esclarecido, que se apresenta na forma de pretensões dirigidas ao sistema político; ao passo que os políticos, que gostariam de adquirir ou manter cargos, trocam esses votos pela oferta de determinadas políticas. Das transações entre eleitores que decidem racionalmente, e elites políticas, resultam decisões racionais na medida em que levam em consideração os interesses particulares agregados e avaliados equitativamente.[16]

Na concepção de Habermas, também a teoria econômica da democracia, assim como a teoria dos sistemas, gera problemas de déficit democrático, uma vez que nega, de certa forma, o próprio processo político de argumentação, distanciando-se, assim, da realidade e da formação democrática do consenso. Segundo o filósofo alemão:

> As preferências que se obtêm através de entrevista individual não refletem de modo confiável as reais preferências dos entrevistados, quando levamos em conta as preferências que poderiam manifestar-se após a avaliação de informações e argumentos. A mudança política de valores e enfoques não é um processo de adaptação cega, porém o resultado de uma formação construtiva da opinião e da vontade. [...] Não é realista a ideia segundo a qual todo comportamento social é concebido como agir estratégico, podendo ser explicado como o resultado de um cálculo egocêntrico de possíveis vantagens.[17]

A partir das críticas desenvolvidas aos déficits democráticos exibidos pela Teoria dos Sistemas e pela Teoria Econômica da Democracia, já revisoras, das suas partes, da Teoria Pluralista de Democracia, Habermas defende o seu modelo de política deliberativa, ressaltando a importância do direito

[16] Ibidem, p. 62.

[17] Ibidem, p. 66.

LivroPopulos.indb 173 23/10/2015 09:53:11

como médium entre a sociedade civil, o mercado e o Estado, bem como o papel fundamental da esfera pública, afirmando que:

> Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los e identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar.[18]

Desta forma, Habermas revela a grande importância exercida pela sociedade civil na construção do modelo deliberativo de democracia, como será destacado no tópico seguinte, deste trabalho.

4 O PAPEL EXERCIDO PELA SOCIEDADE CIVIL NA CONSTRUÇÃO DO MODELO DELIBERATIVO DE DEMOCRACIA DE HABERMAS E A SUPERAÇÃO DAS BARREIRAS E ESTRUTURAS DE PODER QUE SURGEM NO INTERIOR DAS ESFERAS PÚBLICAS

Como observado alhures, Habermas compreende que a construção de um modelo deliberativo de democracia se pauta em uma legitimação dos procedimentos de formação de consensos, de forma a promover o equilíbrio entre o Estado, o mercado e a esfera pública constituída pelos mais diversos atores sociais que compõem o pluralismo político inerente ao regime democrático.

Neste sentido, o papel exercido pela sociedade civil, constituída por associações e organizações livres, na construção desta esfera pública, apresenta-se como fundamental, como afirma o filósofo alemão na sua obra "Direito e Democracia: entre facticidade e validade":

> Hoje em dia, o termo "sociedade civil" não inclui mais a economia constituída através do direito privado e dirigida através do trabalho, do capital e do mercado de bens, como ainda acontecia na época de Marx e do marxismo. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política.

[18] Ibidem, p. 92.

LivroPopulos.indb 174 23/10/2015 09:53:11

> O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro das esferas públicas.[19]

A sociedade civil, conforme o entendimento de Habermas, exerce, portanto, por meio de seus atores, as funções de captação, condensação e transmissão dos anseios e angústias vivenciados na esfera privada da vida, permitindo que tais questões ressoem na esfera pública, trazendo, assim, maior legitimidade para as decisões políticas do Estado. Através da sociedade civil constituída na esfera pública, é possível o exercício de influência nas instâncias decisórias do Estado, em especial nos parlamentos, os quais podem vir a funcionar como "caixa de ressonância" dos anseios desta sociedade civil.

É de se destacar, contudo, que barreiras e estruturas de poder surgem no interior da esfera pública, fato que pode gerar, em determinadas situações, manipulação da sociedade civil, intensificando o déficit democrático e deslegitimando a própria deliberação pública. Assim, por exemplo, o poder da mídia sobre a esfera pública pode constituir-se em uma ameaça, assim como os movimentos sociais populistas mais bem organizados.[20]

A fim de superar as barreiras e estruturas existentes no interior das esferas públicas que possam vir a ameaçar a legitimidade dos processos deliberativos, Habermas defende, como solução, que os atores da sociedade civil tomem o que ele chama de "consciência de crise", passando a exercer maior influência sobre as instâncias deliberativas do Estado, assumindo, assim, um papel ativo na esfera democrática. Para o autor de "Direito e Democracia: entre facticidade e validade":

> Os atores da sociedade civil, até agora negligenciados, podem assumir um papel surpreendentemente ativo e pleno de consequências, quando tomam consciência da situação de crise. Com efeito, apesar da diminuta comple-

[19] Ibidem, p. 100.

[20] Comentando sobre esta questão, Renato Toller Bray (*O Direito Político em Jürgen Habermas:* legitimidade e esfera pública, 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 134-135) afirma que "na esfera pública pugna-se por influência, pois ela é constituída nessa esfera. Nessa luta não se aplica apenas a influência política já auferida – de partidos estabelecidos ou de grupos conhecidos, tais como o Greenpeace, a Anistia Internacional etc. -, mas também se aplica o prestígio dos especialistas e grupos que conquistaram sua influência por intermédio das "esferas públicas especiais", a exemplo das autoridades e membros das igrejas, a notoriedade de artistas e literatos, a reputação dos cientistas, o renome de astros do esporte, do showbusiness etc. A partir do momento em que o espaço público se estende para além do contexto das interações simples, entra em cena uma diferenciação que distingue entre organizadores, oradores e ouvintes, entre arena e galeria, entre palco e espaço reservado ao público expectador. Os papéis de ator, que se multiplicam e se profissionalizam cada vez mais através da complexidade organizacional, e o alcance da mídia, têm diferentes chances de influência. Porém, a influência política que os atores obtêm sobre a comunicação pública tem que apoiar-se, em última instância, na ressonância ou, mais precisamente, no assentimento de um público de leigos que possui os mesmos direitos. O público dos sujeitos privados tem que ser convencido através de contribuições compreensíveis e interessantes sobre temas que eles sentem como relevantes. O público possui esta autoridade, uma vez que é constitutivo para a estrutura interna da esfera pública, na qual atores podem aparecer".

LivroPopulos.indb 175 23/10/2015 09:53:11

> xidade organizacional, da fraca capacidade de ação e das desvantagens estruturais, eles têm a chance de inverter a direção do fluxo convencional da comunicação na esfera pública e no sistema político, transformando destarte o modo de solucionar problemas de todo o sistema político. As estruturas comunicacionais da esfera pública estão muito ligadas aos domínios da vida privada, fazendo com que a periferia, ou seja, a sociedade civil, possua uma sensibilidade maior para os novos problemas, conseguindo captá-los e identificá-los antes que os centros da política.[21]

A superação das barreiras e estruturas de poder ameaçadoras da construção do modelo deliberativo de democracia, dessa forma, encontra, para Habermas, solução endógena, no âmbito da própria esfera pública. Ressalta o pensador alemão o papel exercido pelas chamadas "periferias" formadas pela sociedade civil, pressionando e influenciando os parlamentos e os governos, ou mesmo afirmando uma postura de desobediência civil, a partir de uma reatualização dos sistemas de direitos, consistente em uma nova interpretação desses de forma a institucionalizá-los de modo mais apropriado. Para isso, indica Habermas, é fundamental que exista uma procedimentalização eficaz e legítima do sistema jurídico, de forma a que seja preservada a liberdade de opinião e o equilíbrio entre sociedade civil, mercado e Estado. Afinal:

> o sistema político fracassa em sua função de lugar-tenente da integração social quando suas decisões, não importa o quanto sejam efetivas, se distanciam do direito legítimo. O fluxo do poder regulado pelo Estado de direito é anulado quando o sistema administrativo se torna independente em relação ao poder produzido comunicativamente, quando o poder social de sistemas de funções de grandes organizações, inclusive dos meios de comunicação de massa, se transforma em poder ilegítimo ou quando as fontes do mundo da vida, que alimentam comunicações públicas espontâneas, não são mais suficientes para garantir uma articulação livre de interesses sociais. A emancipação do poder ilegítimo e a fraqueza da sociedade civil e da esfera pública política podem configurar um "dilema legitimatório", o qual pode combinar-se eventualmente com o trilema da regulação, formando um grande círculo vicioso. A partir daí, o sistema político é absorvido por déficits de legitimidade e de regulação que se reforçam mutuamente.[22]

[21] HABERMAS, op. cit., p. 115-116.

[22] Ibidem, p. 121-122.

LivroPopulos.indb 176 23/10/2015 09:53:11

5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADERÊNCIA DO MODELO DELIBERATIVO DE DEMOCRACIA DE HABERMAS AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 estabelece como princípios fundamentais, em seu artigo 1º, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. O parágrafo único do mesmo artigo, por sua vez, dispõe que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Uma leitura apressada deste primeiro artigo da Carta Magna poderia levar à conclusão de que o Brasil adota, tão somente, o modelo de democracia participativa, ao estabelecer que o povo é o titular da soberania, exercida, por sua vez, através da escolha de representantes eleitos periodicamente ou de forma direta, através, por exemplo, de plebiscitos, referendos ou iniciativas populares de lei.

Da análise, no entanto, dos conceitos de democracia participativa e de democracia deliberativa é possível se depreender que muito mais do que um modelo de democracia participativa, o legislador constituinte de 1988 firmou, na Lei Maior, os princípios de uma democracia deliberativa, fundamentada, como já destacado, na ampla possibilidade de discussão pública acerca das mais diversas questões de interesse coletivo. Uma breve digressão sobre os modelos de democracia surgidos a partir da modernidade, neste sentido, faz-se relevante, para uma melhor compreensão desta afirmação.

Com o advento das democracias modernas, a partir da ascensão da burguesia ao poder político, especialmente após a Revolução Francesa de 1789, variantes teóricas relativas a modelos de regime político popular foram desenvolvidas em todo o mundo.

Primeiramente, o modelo do Elitismo Competitivo pode ser apontado como o mais difundido nos primórdios da democracia moderna, tendo como fundamento maior a idéia de que o processo democrático se estabelece a partir da competição entre grupos de interesse, sendo o processo eleitoral o instrumento a partir do qual o povo, periodicamente, elege os seus líderes. Neste modelo, portanto, o papel do eleitor se restringe à escolha dos seus representantes, fato que, por conseguinte, termina por gerar um distanciamento entre o exercício da soberania popular e o teórico titular do poder político, ou seja, o povo.

Curiosamente, o advento das revoluções burguesas, apontado como fator decisivo para o surgimento das democracias modernas, também serviu de palco para grandes desconfianças e oposições ao regime democrático, apontado por muitos como ameaçador da estabilidade política. A irracionalidade das massas e o risco do deferimento de uma ampla participação política prevaleceram, como discurso, nos primórdios da Era Contemporânea, fundamentando uma perspectiva ideológica de contenção do poder popular.

LivroPopulos.indb 177 23/10/2015 09:53:11

O desenvolvimento da representação política, contudo, terminou por fazer com que a democracia viesse a ser consagrada como modelo político mais adequado, eliminando, aos poucos, as contradições entre o liberalismo e o regime democrático. O Elitismo Político, entretanto, neste contexto, desenvolveu-se como a principal teoria relacionada ao exercício do poder político, fundamentado, como já observado, em uma grande desconfiança acerca da possibilidade de alargamento do poder de sufrágio, bem como em uma defesa da idéia de que a democracia se resumiria à disputa entre grupos de interesse.[23] Para os teóricos do modelo elitista de democracia, a exemplo de Joseph Schumpeter, a sociedade vive de interesses antagônicos e, muitas vezes, inconciliáveis. A idéia de um bem comum a todos, assim, seria uma falácia, uma vez que a realidade social seria competitiva, sendo a política, tão somente, um jogo a ser disputado por grupos e facções em busca do poder.

A crise do liberalismo, desencadeada a partir de meados do Século XIX, alcançando o seu apogeu com a Crise de 1929 e a II Guerra Mundial, contudo, marcou o início da derrocada do modelo puramente representativo de democracia, identificado com o Elitismo Competitivo. Neste sentido, desenvolve-se um novo modelo de democracia participativa, enfatizando a necessidade de uma participação direta do povo na vida política do Estado como forma de ruptura com as estruturas então vigentes de poder, as quais sacramentavam um distanciamento do povo em relação às instâncias decisórias da sociedade, com privilégios para pequenos grupos dominantes que impunham, através de políticas de exclusão, os seus interesses em face dos anseios da coletividade. Como destaca Frank Cunningham:

> O "problema da democracia" que os participacionistas explicitamente delimitam para tratar é que os procedimentos democráticos facilitam e propiciam encobrimento para regras opressivas baseadas em classe, gênero, raça ou outros domínios de exclusão contínua e subordinação. As razões que eles vêem para isso não são que repre-

[23] Neste sentido, destaca Cristina Buarque de Hollanda (*Teoria das Elites*, p. 09-10, Rio de Janeiro: Zahar, 2011): "As diferenças acentuadas entre as versões originais dos modelos liberal e democrático constituíram as bases de um encontro tenso. Até meados do século XIX, democracia e liberalismo eram noções políticas conflitantes e até mesmo antagônicas. Pouco a pouco, mediados pelo princípio representativo, acomodaram-se na fórmula da democracia liberal, que hoje organiza boa parte da vida política no mundo, sobretudo no Ocidente. Essa nova arquitetura política foi objeto de crítica de Gaetano Mosca (1858-1941), Vilfredo Pareto (1848-1923) e Robert Michels (1876-1936), autores que constituem o cânone do que se convencionou denominar teoria das elites. Apesar das nuances e até importantes distâncias nas visões políticas destes três pensadores, todos convergem na descrição da democracia liberal como regime utópico cuja rotina institucional não guarda vínculos com sua motivação ideal. Nessa perspectiva, as idéias de soberania popular, igualdade política e sufrágio universal compõem um universo abstrato de discurso, sem sustentação real. Na percepção elitista, todo exercício da política, alheio às suas justificativas formais, está fadado à formação de pequenos grupos que subordinam a maior parte da população. [...] Embora não constituam uma escola bem definida, com um corpo rígido e coerente de doutrinas políticas, Mosca, Pareto e Michels compartilhavam o diagnóstico de que toda forma política produz distinção entre minorias dirigentes e maioria dirigida. Nessa perspectiva, a retórica democrática, destituída de vínculos com a realidade social, serviria apenas à legitimação do poder das minorias que mobilizavam um discurso universalista com vistas a garantir seu próprio benefício.

LivroPopulos.indb 178 23/10/2015 09:53:11

> sentantes eleitos podem ser comprados e que a maioria das pessoas tem pouco controle sobre o comportamento dos partidos políticos e agendas legislativas. Nem é exatamente que os arranjos liberais-democráticos deixam estruturas opressivas intactas nos reinos privados. Ainda mais delibitador é que as pessoas, cuja experiência de autodeterminação coletiva é confinada principalmente ao voto, não adquirem nem o conhecimento, nem as habilidades, nem a esperança de tomar conta de suas vidas, aquiescendo assim com sua própria opressão. A participação direta, inicialmente em arenas pequenas e localizadas, é requerida para romper o círculo resultante da passividade política e da continuidade da subordinação.[24]

Em muitos países, o modelo de democracia participativa é festejado, nos ordenamentos jurídicos, como o adequado à valorização do exercício da soberania popular, por permitir uma maior aproximação entre o povo e o poder, distanciando-se do modelo elitista prevalente nos primórdios da chamada "sociedade contemporânea", estabelecida, principalmente, após a Revolução Francesa. As limitações deste modelo, no entanto, vêm sendo cada vez mais apontadas e denunciadas por importantes cientistas políticos, para os quais o mero estabelecimento de novos meios de exercício do sufrágio, a exemplo da promoção de consultas populares como plebiscitos e referendos, não seria suficiente para a realização de uma ruptura com o modelo do Elitismo Competitivo outrora dominante, uma vez que, também neste modelo, prevaleceria a disputa entre grupos e idéias pré-concebidas, pautada no princípio da maioria.

Como alternativa, assim, ao modelo representativo e ao próprio modelo participativo, advém o chamado "modelo deliberativo de democracia", cujo pressuposto, como já observado, é a definição das prioridades e decisões políticas e partir do consenso construído na esfera pública, a partir da ampliação da discussão entre os mais diversos atores sociais, tal como preconiza, dentre outros, Jürgen Habermas.

De acordo com o modelo deliberativo de democracia habermasiano, como visto, almeja-se a construção de consensos racionais entre os mais diversos grupos de interesse, com a valorização do papel da sociedade civil e da esfera pública, tendo como médium o uso da linguagem e, especialmente, do direito, a partir da institucionalização dos procedimentos de decisão.[25]

---

[24] CUNNINGHAM Frank. *Teorias da Democracia:* uma introdução crítica. Tradução: Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009. p. 160.

[25] Como bem leciona Walter Reese-Schäfer (*Compreender Habermas*, p. 93-94, Petrópolis-RJ: Vozes, 2008), "a democracia deliberativa de Habermas ganha seus contornos quando a diferenciamos do modelo de democracia nos termos do Estado de direito liberal dos acordos de interesses privados de uma população despolitizada governada por uma classe política, por um lado, e do modelo civil-republicano de auto-organização política dos cidadãos ativos e politizados, por

LivroPopulos.indb 179 23/10/2015 09:53:11

É possível, desta forma, afirmar-se a plena aderência e coerência do modelo deliberativo de democracia proposto por Habermas com os princípios norteadores da Constituição Federal de 1988. Tal constatação pode ser ratificada a partir da análise dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no artigo 1º da Carta Constitucional, os quais, como será observado doravante, impõem a mais ampla e igualitária participação popular na deliberação das questões públicas.

A cidadania e o pluralismo político, previstos nos incisos II e V do artigo 1º da Carta Constitucional, por exemplo, denotam que o sistema jurídico brasileiro é constituído sob a forma de uma democracia pluralista e participativa, na qual "todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido", conforme redação do parágrafo único do artigo 1º da Carta Constitucional. Ao dispor sobre a cidadania como um dos fundamentos da Constituição Brasileira, está indicada uma concepção de Estado que prima pela participação política do povo em suas questões fundamentais. Como afirma Dalmo de Abreu Dallari.

> A participação política é uma necessidade da natureza humana. Para todos os seres humanos é indispensável a vida em sociedade e para que esta seja possível torna-se necessária uma organização, ou seja, é preciso que exista uma ordem, na qual as pessoas possam viver e conviver.
>
> É necessário ter sempre em conta que a ordem social é ordem humana, ordem de pessoas que têm inteligência e vontade e que se acham em constante movimento. Por esse motivo a ordem social não pode ser confundida com uma simples arrumação de coisas. Assim, portanto, não se pode admitir que nas sociedades humanas se estabeleça distinção entre os que arrumam e o que são arrumados.
>
> Em vista de tais características, todo indivíduo que viva numa sociedade democrática tem várias tarefas importantes a executar. É preciso estabelecer as regras de organização e funcionamento da sociedade; é indispensável que essas regras sejam flexíveis e que sofram

outro lado. A democracia deliberativa defende pretensões normativas mais fortes do que a liberal, mas mais fracas do que a estratégia civil-republicana, que toma essa por uma exigência excessivamente rousseauniana para os cidadãos. Do modelo nos termos do Estado de direito liberal, ela adota a institucionalização de base constitucional do processo de decisão, que não deve depender do fato de os cidadãos serem suficientemente ativos ou coletivamente capazes da ação. Do modelo civil-republicano, é adotada uma orientação mais intensa para os processos reais de formação da opinião e da vontade numa esfera pública que debate. Os parlamentos seriam interpretados falsamente, caso os concebêssemos meramente como grêmios que debatem. Eles são, sobretudo, instâncias de decisão, e seus processos de discussão estão, desde o princípio, sob as premissas da orientação da decisão. No entanto, discussões parlamentares também têm um lado comunicativo, que elas têm em comum com os processos de entendimento da esfera pública democrática, os meios de comunicação e as múltiplas corporações. [...] Ao lado da esfera do mercado e do Estado, Habermas coloca assim a terceira esfera, a da sociedade civil. Essa tríade de Estado, mercado e sociedade civil assume o papel do modelo de Estado, sociedade burguesa e esfera pública, conhecido de *Strukturwandel der Öffentlichkeit.* Ao lado dos recursos dinheiro e poder administrativo, entra em cena assim o terceiro: solidariedade, ou seja, poder comunicativo".

LivroPopulos.indb 180 23/10/2015 09:53:11

> alteração sempre que houver mudanças significativas na realidade social, devendo-se decidir quando e em que sentido mudar; é necessário, ainda, tomar decisões para resolver as situações de conflito, fixando os rumos em que a sociedade deve caminhar e resolvendo os conflitos de acordo com esses rumos. Para que os que vivem numa sociedade não-democrática a tarefa mais importante, como é evidente, é lutar para que ela se torne democrática.[26]

O fundamento da cidadania denota que o princípio da soberania popular é abraçado em nosso país, consistindo esse princípio na realização do ideal maior de igualdade política.

Ao se referir ao pluralismo político como base fundamental do nosso ordenamento jurídico, a Constituição, por sua vez, conforme lição de José Afonso da Silva:

> opta, pois, pela sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engedra as ortodoxias opressivas. O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, de grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos. Optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos.[27]

O pluralismo político, desta forma, fundamenta a democratização do poder e o respeito à diversidade, fato que só reforça a necessidade de construção de espaços deliberativos nos quais seja assegurada a liberdade de opinião e expressão e o debate livre, a coexistência pacífica e a possibilidade de convencimento mútuo entre os mais diversos atores sociais.

Cidadania e pluralismo político, assim, conformam o Estado brasileiro sob o regime político da democracia deliberativa, na qual o povo participa de forma direta e indireta das questões e decisões políticas do Estado e da sociedade a partir da viabilização de um amplo debate público acerca das mais diversas questões de interesse da sociedade. A legitimidade do Estado brasileiro sob a ótica democrática está intrinsecamente vinculada a essa característica deliberativa adotada pelo nosso regime político, estabelecido pela Constituição de 1988.

[26] DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que é participação política*. 15. reimpr. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 89-90. (Coleção primeiros passos).

[27] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 147.

LivroPopulos.indb 181 23/10/2015 09:53:11

Em outras passagens da Carta Constitucional também é possível notar-se a escolha do legislador constituinte pelo estabelecimento de um regime democrático deliberativo no país. O art. 58, § 2º, II, por exemplo, estabelece que cabe às comissões formadas nas casas do Congresso Nacional realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil. Já o art. 89, VII da Constituição, por sua vez, prevê que do Conselho da República deverão participar "seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução".

O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, criados a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, também contam, nas suas composições com cidadãos comuns de reputação ilibada, conforme previsões, respectivamente, dos artigos 103-B, XIII e 130-A, VI. Já no artigo 204, II, é previsto que as ações governamentais na área de assistência social serão formuladas tendo como diretriz a "participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis".

Como se observa, não restam dúvidas acerca da opção do legislador constitucional por um modelo de ampla participação popular nas instâncias da democracia, conformada, portanto, sob a ótica deliberativa. Neste sentido apresenta-se como requisito de legitimidade de toda e qualquer reforma que possa advir no nosso sistema político a convergência dos mais diversos setores da sociedade.

6 CONCLUSÕES

De tudo o exposto neste trabalho, é possível concluir-se pela plena aderência do projeto de democracia deliberativa proposto por Jürgen Habermas aos princípios norteadores da Constituição Federal de 1988.

A busca de uma maior inclusão popular nas instâncias decisórias do poder, o incentivo à participação política e a fundamentação de uma sociedade pautada pelo pluralismo político denotam a opção do povo brasileiro, titular do poder constituinte, por um modelo de democracia que transcenda ao mero formalismo, primando pela deliberação pública, consistente, nas lições de Habermas, no exercício de influência sobre as instâncias de governo, especialmente as parlamentares, a partir de procedimentos institucionalizados, legitimados pelo direito.

As lições de Habermas, portanto, apresentam-se como de grande valia para o aprimoramento democrático brasileiro, especialmente em um momento histórico em que a sociedade civil brasileira se mobiliza na defesa de um Estado mais socialmente justo, eficiente e propugnador das liberdades públicas.

LivroPopulos.indb 182 23/10/2015 09:53:11

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 55.

BRAY, Renato Toller. *O Direito Político em Jürgen Habermas*: legitimidade e esfera pública, 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CUNNINGHAM Frank. *Teorias da Democracia:* uma introdução crítica. Tradução: Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009. p. 160.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que é participação política*. 15. reimpr. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 89-90. (Coleção primeiros passos).

DUTRA, Delamar José Volpato. Habermas. In: *Os Filósofos:* Clássicos da Filosofia, de Ortega y Gasset a Vattimo. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. v. 3. p. 311.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2011. v. 2. p. 58. .

HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Teoria das Elites.* Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e Democracia*: um guia de leitura de Habermas. Introdução de: Marcos Nobre. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 21.

REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas.* Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 147.

VITALE, Denise; HABERMAS, Jürgen. Modernidade e democracia deliberativa. *Caderno CRH*, Salvador, v. 19, n. 48, p. 551-561, set./dez. 2006.

_____; MELO, Rúrion Soares. Política Deliberativa e o Modelo Procedimental de Democracia. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). *Direito e Democracia:* um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 227.

VOIROL, Olivier. A esfera pública e as lutas por reconhecimento: de Habermas a Honneth. *Cadernos de Filosofia Alemã:* Periódico da USP, São Paulo, n. 11, p. 33-56, 2008.

LivroPopulos.indb 183 23/10/2015 09:53:11

A INCONSTITUCIONALIDADE DA UNIFICAÇÃO DAS ELEIÇÕES: A NECESSÁRIA DEFESA SUBSTANCIAL DA DEMOCRACIA

Hermes Hilarião Teixeira Neto[1]

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a proposta de Emenda Constitucional que visa unificar as eleições municipais, estaduais e nacional à luz da defesa substancial da Constituição. O que se examina ao longo do texto são os valores constitucionais colocados em risco caso essa proposta seja aprovada pelo Congresso Nacional. O artigo tem como finalidade, ainda, o questionamento dos fundamentos ensejadores da proposta de unificação das eleições.

Palavras-chave: Reforma política. Unificação das eleições. Democracia. Participação popular.

ABSTRACT

This study intends to analyze the Proposal for Constitutional Amendment that aims to unify the municipal, state and federal elections by the light of substantial defense of the Constitution. What is examined in the text are the constitutional values at risk if this proposal is approved by Congress. The article also aims to question about the fundamentals that gives rise for the proposed elections unification.

Keywords: Political Reform. Unification of the elections. Democracy. Popular participation.

1 INTRODUÇÃO

Como consequência às recorrentes demonstrações da má gestão da coisa pública e, notadamente, aos escândalos de corrupção recentemente trazidos a público pelas autoridades fiscalizadoras e bastante difundidos pela mídia nacional, deflagrou-se considerável efervescência popular com o objetivo de demonstrar irresignação diante dos ocorridos.

[1] Hermes Hilarião Teixeira Neto é Advogado Eleitoralista, Subprocurador-Geral do Município de Alagoinhas/Ba, Especialista em Direito Eleitoral (FUNDACEM – Unibahia), Especializando em Direito Público (Faculdade Baiana de Direito), Diretor de Relacionamento com o Interior do Conselho Consultivo de Jovens Advogados da OAB/BA e Professor de Direito Eleitoral (Escola Superior de Advocacia – ESA).

LivroPopulos.indb 185 23/10/2015 09:53:11

Nesse panorama, como poucas vezes se viu na breve história democrática do país, as recentes manifestações populares clamavam, antes de tudo, pela moralização do seio político, o que conduz necessariamente à atuação do Estado em consonância com o objetivo republicano primordial deste, qual seja atender aos interesses da coletividade.

Essa necessidade, sentida pelo povo, de significativa mudança na forma de atuação da classe política, conduziu à busca de uma solução capaz de fazer frente aos vícios de gestão trazidos à tona. Não foi por outra razão que surgiram os apelos pela chamada reforma política.[2] Trata-se, em verdade, de pedidos de reforma não só do sistema eleitoral, pelo qual o povo escolhe seus representantes, mas especialmente dos próprios políticos e de suas práticas, ou seja, tanto do ponto de vista procedimental quanto substancial.

É de se salientar que uma solução realmente eficaz passa pelo perene engajamento político da população, que possibilita melhores escolhas dos representantes, através do acompanhamento e fiscalização do processo político e dos políticos. Ou seja, mudança nas pessoas e nas condutas, não só no texto normativo. Impossível haver uma melhora substancial sem que o povo assuma sua responsabilidade no ambiente democrático, reivindicando e exercendo o poder que lhe é conferido pela lei e pela Constituição.

A (não) participação popular na vivência política do Município, do Estado e da União é questão cultural, que extrapola às leis e à Carta Republicana, todavia, todos os esforços institucionais devem estar voltados justamente a esta aproximação entre o povo e o Estado. Como prevê a Constituição Federal, no parágrafo único de seu artigo primeiro, "*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*", ao passo que o sistema jurídico eleitoral deve aproximar o povo dos debates políticos, não se admitindo qualquer norma em sentido contrário.

Indubitável que se tem percebido alguns pontos do sistema jurídico eleitoral merecedores de ajuste, a exemplo da possibilidade de reeleição dos chefes do Executivo nas três esferas da Federação, bem como o aprimoramento da transparência nos gastos eleitorais. Porém, é preciso ter cuidado para que em nome de um suposto aperfeiçoamento das normas eleitorais, não se alterem regras que instrumentalizam o exercício da soberania e permitem uma democracia cada vez mais participativa, ou seja, o embate entre o procedimento democrático e o valor democrático (substância). É preciso, portanto, definir entre o procedimentalismo e o substancialismo democrático para preservar o interesse público.

Pois bem. O presente artigo, sem pretender esgotar o tema, tem por objetivo analisar uma das propostas de reforma política, qual seja a unificação das eleições à luz de valores substancialmente defendidos pela Carta

[2] Insta ressaltar, que o clamor por reforma política não é um pleito, ou sequer uma discussão nova, pois desde o primeiro mandato do Ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso que já se fala na sua necessidade.

LivroPopulos.indb 186 23/10/2015 09:53:11

Política de 1988. Para tanto, é necessário construir premissas democráticas e constitucionais que alicerçam o tema, a fim de que, em seguida, se avalie os pontos favoráveis e contrários à proposta apresentada.

2 A PROPOSTA DE UNIFICAÇÃO DAS ELEIÇÕES

O sistema jurídico eleitoral tem por objetivo estabelecer normas que permitam o exercício da soberania popular, a fim de que o povo, detentor desse poder, possa escolher seus representantes. Pela atual organização, a República Federativa Brasileira realiza eleições a cada dois anos para mandatos de quatro anos, sendo uma eleição para a escolha de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador e outra para eleição de Presidente da República, Vice-Presidente, Governador, Vice-Governador, Deputados Federais e Estaduais.[3]

No entanto, em razão da periódica discussão sobre o sistema político e a busca constante do seu aperfeiçoamento, como se disse, surgiram diversas propostas de modificação de regras que regulam o jogo eleitoral, dentre as quais se destaca a unificação das eleições, que visa implantar a coincidência de mandatos nos Municípios, Estados, Distrito Federal e União.

Os defensores da unificação das eleições sustentam, em síntese, quatro argumentos para que a proposta seja aprovada no Congresso Nacional, quais sejam: (i) com a unificação, a Justiça Eleitoral reduziria seus gastos para organizar as eleições; (ii) haveria, de igual sorte, uma redução nos custos das campanhas para os partidos políticos e candidatos; (iii) as agremiações partidárias teriam mais facilidade para demonstrar seu programa e objetivos políticos, havendo, pois, coerência lógica no discurso apresentado aos eleitores, provocando o seu fortalecimento; e (iv) o modelo atual, com eleições intercaladas a cada dois anos, prejudicaria as políticas públicas na esfera municipal, já que justo na metade dos mandatos municipais as eleições estaduais e nacional "paralisariam" a máquina pública.

São, inclusive, três as principais Propostas de Emenda à Constituição neste sentido, as PECs n. 32/2011, 71/2012 e 352/2013, de iniciativa, respectivamente, dos senadores Antônio Carlos Valadares (PSB-SE) e Romero Jucá (PMDB-RR), e do ex-deputado federal Cândido Vaccarezza (à época integrante do PT/SP). Porém, como não poderia ser diferente, há integrantes do Legislativo que têm se mostrado veementemente contrários à coincidência das eleições municipais e gerais (estaduais e nacional). É o caso do presidente do PPS, deputado Roberto Freire (SP), que, em sede de audiência pública da comissão especial da reforma política com

[3] Para tanto, observar o art. 29, incisos I e II, c/c art. 77, *caput* e art. 28, *caput*, todos da CF/88, bem assim o art. 4º da ADCT.

LivroPopulos.indb 187 23/10/2015 09:53:11

presidentes de partidos políticos, afirmou que "nenhum país democrático coincide as eleições".[4]

Sem dúvidas, a principal (e frágil) alegação a favor das eleições conjuntas, em todas as esferas da Federação, é a redução de gastos eleitorais. Foi, inclusive, este o ponto frisado pelo senador Valadares ao defender sua proposta nos debates traçados na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), no dia 26/04/2015, que culminaram na aprovação da PEC 48/2012, da senadora Ana Amélia (PP-RS), que impõe (corretamente) o afastamento prévio do cargo ao Presidente da República, Governador e Prefeito que decidir concorrer à reeleição, aliás, a proposta deveria ir além e proibir a reeleição para os cargos do Executivo.[5]

Nesse sentido, a Comissão Especial de Direito Eleitoral do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pronunciou-se contrária à proposta de unificação das eleições. Norberto Campelo, presidente da referida Comissão, frisou que a questão deve ser votada em breve pelo Congresso, visto que corre paralelamente a esta iniciativa, em suas palavras, "um forte movimento legislativo a seu favor". Destacou também o entendimento da OAB, no sentido de que a "unificação é nefasta para a incipiente democracia brasileira".[6]

O Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Marcus Vinicius Furtado Coelho, foi enfático ao rechaçar a proposta em debate, ao afirmar que "para os males da democracia há apenas um remédio: mais democracia". E mais: "devemos rechaçar qualquer proposta que vise à diminuição da participação popular em nossa incipiente democracia. Os cidadãos precisam exercer o seu direito de voto sempre que for necessário", completou.[7]

Do mesmo modo, pronunciou-se o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Dias Toffoli, dizendo-se contrário à reunião das disputas dos Executivo e Legislativo municipal, estadual e nacional. Afirma o também Ministro do Supremo Tribunal Federal, e eminente conhecedor do direito eleitoral, que "diminuir a frequência das eleições, na minha opinião, vai na contramão da história". A manutenção das eleições a cada dois anos, no seu entender, mantém a "legitimidade aquecida" dos representantes eleitos, e o oposto implicaria em afastar a população e o sistema político, enfraquecendo esta legitimidade.[8]

---

[4] OAB é favorável a eleições a cada dois anos no Brasil. 11 de maio 2015. OAB. Conselho Federal, Brasília. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/28381/oab-e-contra-a-unificacao-de-eleicoes-no-brasil?utm_source=3198&utm_medium=email&utm_campaign=OAB_Informa>. Acesso em: 12/05/2015.

[5] FRANCO, Simone. *Propostas sobre eleiçoes unificadas podem levar a debate sobre fim da reeleição*. Agência Senado, Notícias, 5 mar. 2014. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/03/05/propostas-de-eleicoes-unificadas-podem-levar-a-debate-sobre-fim-da-reeleicao>. Acesso em: 5 maio 2015.

[6] OAB..., op. cit.

[7] FRANCO, op. cit.

[8] FERNANDES, Ana. Para Toffoli, unificar eleições afasta população da política. *O Estado de São Paulo*, 10 mar.

LivroPopulos.indb 188 23/10/2015 09:53:11

Feitos esses breves esclarecimentos, tem-se que não é possível falar em unificação das eleições sem antes compreender os axiomas constitucionais que cercam o tema e estão sendo colocados em risco com essa proposição.

3 A OFENSA AOS VALORES CONSTITUCIONAIS E A DEFESA SUBSTANCIAL DA CONSTITUIÇÃO

3.1 DEMOCRACIA[9]

A moderna democracia germina em resposta aos arbítrios ocorridos na Idade Média e é fruto do iluminismo, que apregoava a igualdade, liberdade e fraternidade, dogmas sem prestígio nos governos absolutistas. José Afonso da Silva[10] divide as dimensões da democracia moderna em: (i) Estado de Direito, período marcado pelo individualismo e liberalismo econômico exacerbado; (ii) Estado Social de Direito, fase em que se buscou sopesar os interesses individuais, liberais e capitalistas com o bem-estar social; e (iii) o Estado Democrático de Direito, por sua vez, tem por fito estabelecer mecanismos para uma efetiva justiça social, em respeito a vida, saúde, educação e, em última análise, a dignidade do ser humano.

O Estado Liberal de Direito caracterizou-se por ser o governo de uma só classe – a burguesia –, bem como pela subordinação à lei, à divisão dos poderes e à tutela dos direitos individuais. A lei, portanto, é considerada o direito do indivíduo frente ao Estado, mais precisamente a garantia de que a autonomia individual e as liberdades seriam respeitadas.

No que concerne à garantia dos direitos fundamentais, pode-se dizer, em linhas gerais, que o Estado Liberal de Direito consagra os direitos de primeira dimensão, uma vez que busca a preservação da liberdade e à propriedade.[11] Contudo, nesse período, os detentores do poder (burguesia), tanto

2015. Disponível em:<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,para-toffoli-unificar-eleicoes-afasta-populacao-da-politica,1648147>. Acesso em: 5 maio 2015.

[9] A democracia teve origem na Grécia, não havia, contudo, um sistema de representantes. O povo deliberava diretamente as questões políticas e sociais. Ou seja, "a democracia grega foi esculpida pelo povo, que decidia tudo diretamente, o que era possível, em consonância com o tamanho de Atenas. A aprovação das medidas tomadas pelo governo, através do voto direto e a participação efetiva dos cidadãos, na busca de soluções para os problemas públicos geravam a tomada de consciência da sua importância no processo decisório político". (ARAS, Augusto. *Fidelidade Partidária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 06).

[10] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

[11] Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet pontua que: "Os direitos fundamentais da primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo o qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reinvindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental". (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56).

LivroPopulos.indb 189 23/10/2015 09:53:11

político quanto econômico, não desejavam abrir mão dos seus interesses, ao passo que, a despeito da consagração formal da igualdade e liberdade, a maioria da população não possuía meios para o seu pleno exercício.

O individualismo exacerbado da classe dominante à época, aliado aos graves problemas sociais e os impactos negativos da industrialização, deflagrou a necessidade de o Estado intervir na economia, através de políticas públicas, caracterizando a mudança das liberdades abstratas para a proteção de direitos sociais, tais como a saúde, educação e trabalho. Disso, resulta a segunda fase da democracia moderna: o Estado Social de Direito.[12]

Ocorre que o Estado Social, com o passar dos anos, revelou-se insuficiente e contraditório, prova disso é que sob a sua égide, em defesa do "social", surgiram regimes políticos autoritários, a exemplo do fascismo e do nazismo. Ou seja, na verdade no período dos Estados Sociais nem sempre se fez presente o princípio democrático.

Assim, as transgressões sofridas pelos seres humanos, especialmente no decorrer da segunda guerra mundial, culminaram uma nova fase da democracia moderna, qual seja o Estado Democrático de Direito. O pós-guerra foi decisivo nesta mudança de paradigma, pois a história revela que o ser humano, principalmente nas duas guerras mundiais, foi dilacerado em sua essência, desconsiderado como um ser individual, sendo relegado ao mais baixo escalão da sociedade, que preconizava valores patrimoniais e individualistas.[13]

Nesse período, as Constituições deixam de ser apenas meras cartas de intenções políticas, normas constitucionais programáticas sem eficácia social, mas que estão dotadas de caráter jurídico imperativo, tendo, por conseguinte, eficácia vinculativa, responsáveis pela tutela dos valores existenciais mínimos, sendo, portanto, suprema em relação às demais normas jurídicas,[14] que devem estar em conformidade com o texto constitucional, sob pena de sofrer controle de constitucionalidade.[15]

No Brasil, tais mudanças, como as demais evoluções, foram tardias, mas em boa hora. Como o país vivenciou, de 1964 a 1985, um regime ditato-

[12] A propósito, cumpre transcrever a seguinte lição: "Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social". (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 186).

[13] Não é objeto deste estudo a evolução histórica dos direitos fundamentais, porém recomenda-se ao leitor a seguinte obra: BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nova Edição. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

[14] BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 162.

[15] HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional.* Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 73.

LivroPopulos.indb 190 23/10/2015 09:53:11

rial, antidemocrático e marcado pela censura, tortura, perseguição e restrição aos direitos políticos, passou por um processo de redemocratização, que se caracterizou por uma ampla participação popular, culminando com a eleição de Tancredo Neves para o cargo de Presidente da República, em votação realizada indiretamente pela Câmara dos Deputados. Em decorrência da morte de Tancredo Neves antes mesmo da sua posse, o Vice-Presidente, José Sarney, assumiu o cargo e, posteriormente, convocou Assembleia Nacional Constituinte.

Composta por 559 congressistas, sob a presidência do Deputado Ulysses Guimarães, a Assembléia foi instalada em 1º de fevereiro de 1987. Em 5 de outubro de 1988, promulgou-se a nova Constituição Federal que leciona, logo no preâmbulo:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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.

Infere-se que houve por parte do poder constituinte originário a precaução de ressaltar logo no preâmbulo da Carta Política de 1988 que o Brasil passara a ser um Estado Democrático de Direito.[16] Mas não é só. O art. 1º da Constituição dispõe expressamente que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito.

Com efeito, todo o sistema político/eleitoral, com vistas a substancializar a égide da democracia, deve estabelecer regras que garantam uma máxima participação popular nas escolhas da República Federativa Brasileira, não sendo possível a adoção de medidas restritivas ou que distanciem o cidadão do debate político, pois somente aproximando o povo do centro de poder tornar-se-á possível diminuir o déficit democrático do país.

Vale dizer, ao debater a unificação das eleições não se pode descurar que a questão perpassa pelos referidos dogmas constitucionais, bem assim que vige na República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito.

[16] Acerca do tema, leciona José Afonso da Silva: "O regime brasileiro da Constituição de 1988 funda-se no princípio democrático. O preâmbulo e o art. 1º o enunciam de maneira insofismável. Só por aí se vê que a Constituição institui um Estado Democrático de Direito, 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, livre, justa e solidária e sem preconceitos (art. 3º, II e IV), com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Trata-se assim de um regime democrático fundado no princípio da soberania popular, segundo o qual todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, ou diretamente (parágrafo único do art. 1º)". (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 125).

LivroPopulos.indb 191 23/10/2015 09:53:11

Desse modo, ante ao exposto, é forçoso convir que a coincidência das eleições, seja a cada quatro ou cinco anos, enfraquece os pilares democráticos, na medida em que haverá um espaço de tempo muito elástico entre uma eleição e outra. O povo ficará cada vez mais distante dos debates políticos e das escolhas do país, especialmente porque somente exercerá o seu direito constitucional ao voto a cada quatro ou cinco anos.

Mas não é apenas esse valor constitucional que está em risco, os próximos tópicos pretendem demonstrar o quão perigosa e antidemocrática é a proposta de coincidir as eleições nas três esferas da federação.

3.2 REPUBLICANISMO

A forma de governo de um estado relaciona-se ao modo de legitimação do poder público. As duas formas de governo mais adotadas são: a monarquia e a república.

A monarquia tem por característica a transmissão hereditária do poder e a vitaliciedade de quem o exerce. Inexiste, portanto, alternância no exercício do poder.

A república, por sua vez, tem por fundamento a alternância, a provisoriedade e a eletividade das pessoas que gerem o Estado. Na república, tanto os representantes do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo, diferentemente da monarquia, são escolhidos pelo povo em eleições periódicas e diretas. Em razão disso, devem ser realizadas eleições para renovação dos mandatos.

O Estado Brasileiro,[17] conforme dispõe o art. 1º, da Constituição Federal, adotou o republicanismo, razão pela qual são realizadas eleições em dois e dois anos para mandatos de quatro anos. Vige, portanto, um sistema representativo, por meio do qual o povo, verdadeiro detentor da soberania popular,[18] escolhe seus representantes.[19]

Evidente que o republicanismo deve ser avaliado do ponto de vista substancial e não apenas procedimental. Ou seja, não basta apenas a Constituição declarar formalmente que o Estado constitui uma república, é preciso que efetivamente seja assegurada a supremacia do interesse público sobre o privado, estabelecendo mecanismos para tanto e, além disso, permitindo que o povo possa, periodicamente, avaliar a gestão dos governantes.

[17] No Brasil, a república foi proclamada em 15 de novembro de 1889 pelo Marechal Deodoro da Fonseca.

[18] Esse tema será oportunamente tratado no ponto 3.4.

[19] "A representação democrática significa, em primeiro lugar, a autorização dada pelo povo a um órgão dirigente, institucionalmente legitimado pela Constituição (criado pelo poder constituinte e inscrito na lei fundamental), para agir autonomamente em nome do povo e para o povo. Esta autorização e legitimação jurídico-formal concedida a um órgão governante (delegação da vontade) para exercer o poder político designa-se representação formal". (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 424).

LivroPopulos.indb 192 23/10/2015 09:53:11

No Brasil, contudo, em decorrência da corrupção endêmica que assola todos os níveis de Poder, aliado aos inúmeros casos de abuso de poder econômico e político nas eleições e de desvio de dinheiro público, a população tem estado cada vez mais desmotivada a participar do processo democrático.

A esse respeito, já se manifestou Paulo Bonavides:

> A falta de ética nas relações públicas de governo faz suspeita a Suprema Magistratura do país, com o seu titular cometendo crimes de responsabilidade, espargindo a descrença e desmobilizando o povo com a perda de fé na classe dominante, da qual todos desconfiam e buscam afastar-se por um sentimento que já se generaliza. A queda moral das lideranças desenha-se a cada passo em virtude da gangrena de corrupção que invade e afeta os principais órgãos e tecidos do corpo administrativo da Nação.[20]

Com efeito, é inegável a crise política e de valores vivenciada pelo país. Pode-se, inclusive, afirmar que o exercício do direito constitucional ao voto se tornou um dever apenas formal ao cidadão.

No entanto, se o momento é de crise, em todas as suas esferas, o povo deve ser chamado para o debate político e não afastado. Sendo assim, as necessidades de reforma política, tanto no plano normativo quanto nas práticas eleitoreiras, não devem servir de justificativa para que a proposta de unificação das eleições seja aprovada no Congresso Nacional, tendo em vista a essência segregadora dessa norma.

Tal medida põe em risco o Republicanismo, no seu aspecto substancial, pois, a despeito de prever eleições periódicas, haverá um distanciamento entre o povo e os seus representantes, já que estes só serão reavaliados apenas em quatro ou cinco anos. A realização de eleições a cada dois anos, frise-se, permite que o cidadão faça um juízo crítico a respeito da sociedade em que vive e promova as mudanças que entender necessárias.

Não há sistema ou sociedade perfeita. Contudo, os mecanismos republicanos devem proporcionar uma máxima participação popular e não sua redução, como pretende a proposta em debate.

Não bastasse isso, a proposta de mudança em análise tende a abolir, do ponto de vista material, a forma federativa do Estado Brasileiro, consoante se passa a demonstrar.

[20] BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta:* temas políticos e constitucionais da atualidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 18.

LivroPopulos.indb 193 23/10/2015 09:53:11

3.3 FEDERALISMO

Historicamente, o federalismo[21] surgiu nos Estados Unidos da América em 1787. Com a Federação, criou-se a união, que passou a ser o elo entre os estados confederados, os quais passaram a se relacionar de maneira duradoura e harmoniosa.

O Brasil, por sua vez, com a proclamação da república em 15 de novembro de 1889, transformou as províncias do Império em estados federados, ou seja, a república brasileira desde a sua criação adotou o federalismo. Inclusive, esse dogma esteve presente em todas as Constituições brasileiras.

A Carta Política de 1988, em seu art. 1º, *caput*, diz expressamente que a federação brasileira é composta pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, sendo todos autônomos, conforme dispõe o art. 18, *caput*, da CF/88.

É de se ressaltar que a Constituição confere aos componentes da federação autonomia e participação no exercício das atribuições administrativas do Estado.[22] Tanto é assim, que os Estados Federados possuem sistema próprio de poder, com jurisdição, governo e legislação, desde que, obviamente, seja respeitada a supremacia da Constituição Federal.

Com isso, em razão da prevalência do ordenamento constitucional federal, pode-se afirmar que há uma superioridade jurídica constitucional do Estado Federal sobre os Estados Federados e os Municípios, já que estes devem respeito à Carta Magna de 1988. Há, inclusive, a possibilidade de a União realizar intervenção nos demais membros da federação, na hipótese de violação de princípios insculpidos nos arts. 34 e 35, da CF/88, a exemplo dos direitos da pessoa humana e da autonomia municipal.

De fato, o federalismo clássico e adotado pelos Estados Unidos da América é formado apenas pelos Estados-membros e a União. Esse padrão, todavia, não foi seguido pelo poder constituinte originário de 1988, uma vez que os Municípios foram elevados à categoria de entes da federação, com competências e atribuições.

Malgrado não se possa negar a relevância teórica do federalismo norte-americano, principalmente por ser o pioneiro nessa forma de governo e administração do poder público, os Estados que implementaram o federalismo não estão vinculados à fórmula original, devendo, pois, prevalecer as peculiaridades de cada nação.

Assim, considerando que um Estado Federado pressupõe a descentralização de poder, bem assim com vistas a atender os interesses coletivos da localidade, a Constituição Federal de 1988 deu autonomia não só aos Estados

[21] O presente texto não visa aprofundar o estudo sobre o Federalismo, muito menos acerca de todas as nuances que o cercam.

[22] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 198.

LivroPopulos.indb 194 23/10/2015 09:53:11

Federados, como no modelo norte-americano, mas também aos Municípios para que estes organizem os seus poderes legislativo e executivo, elaborem suas leis, arrecadem tributos e implementem suas políticas públicas.

Conforme se observa, a autonomia político-administrativa-financeira conferida pela Constituição aos Municípios tem como finalidade permitir que parcela do poder estatal esteja empenhada em atender as necessidades de uma região específica, já que dificilmente os Estados-Membros e a União, até mesmo pela extensão do território brasileiro, teriam condições de supri-las.

Por outro lado, tendo em vista que a Carta Política de 1988 prevê no art. 60, § 4º, a forma federativa do Estado como cláusula pétrea, é inadmissível que o poder constituinte derivado reformador crie normas que excluam o Município da República Federativa Brasileira ou, ainda, que reduzam a sua autonomia.

No tocante ao tema em apreço, tem-se que a coincidência das eleições constitui, em verdade, uma violação ao sistema federativo previsto na Carta de 1988, uma vez que atinge diretamente a autonomia política dos Municípios.

Ora, com a coincidência dos pleitos eleitorais, haverá uma sobreposição das discussões nacionais e regionais em relação aos debates que interessam à comunidade municipal, assim, a eleição municipal perderá sua autonomia, pois ficará atrelada a conjuntura política Estadual e Federal.

Vale ressaltar que no período eleitoral a população é convocada para debater temas de interesse da circunscrição do pleito, com a finalidade de escolher as melhores propostas. Em contrapartida, a unificação das eleições enfraquece esse debate político por desviar a atenção do eleitor sobre os assuntos municipais, uma vez que as questões regionais e nacionais gozam, por natureza, de maior visibilidade, inclusive nos meios de comunicação.

Desse modo, a coincidência das eleições municipais, estaduais e nacional prejudicará substancialmente a discussão acerca das matérias afetas exclusivamente aos municípios. É preciso que o período eleitoral cumpra sua finalidade constitucional e social, que é justamente materializar os princípios republicanos, federativos e democráticos do Estado de Direito.[23] Como vem sendo defendido ao longo do texto, de nada adianta consagrar formalmente uma garantia, é necessário que o sistema normativo esteja pronto para efetivar os valores constitucionais.

3.4 SOBERANIA[24] POPULAR

O poder constitui um dos elementos do Estado, pois é através dele que as políticas públicas, aqui ditas de um modo geral, são adotadas. O poder, assim, legitima a atuação estatal.

[23] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 281.

[24] No dizer de Canotilho: "Soberano é o poder que cria o direito; soberano é o poder que "constitui a constituição"; soberano é o titular do poder constituinte". (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 102).

LivroPopulos.indb 195 23/10/2015 09:53:11

Como demonstrado no item 3.2 deste capítulo, a titularidade do poder político, no absolutismo, decorria de um poder divino oportunamente direcionado para esse ou aquele monarca, transmitindo-se hereditariamente para os seus filhos. Com isso, era o Rei o detentor exclusivo e iluminado do poder.

Todavia, com o desenvolvimento histórico, as transformações sociais e os modelos de governo, principalmente nos fins do século XVIII, muito se debateu sobre a titularidade da soberania, destacando-se a teoria da soberania nacional (titularidade da nação) e a teoria da soberania popular (titularidade do povo).

Para os fins aqui pretendidos, bem como considerando que a Constituição de 1988 logo no seu art. 1º, parágrafo único, dispõe que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", tem-se que a República Federativa do Brasil adota a teoria da soberania popular.

A soberania popular, tal como expressa o art. 1º da Constituição Federal, não se resume à titularidade do poder, mais do que isso, impõe aos entes estatais, primeiro uma submissão à vontade popular e segundo que o povo efetivamente participe das decisões políticas.

Noutros termos, a materialização da soberania popular, se consubstancia "nas exigências do princípio da democracia participativa e pluralista, de implementação de procedimentos para a tomada de decisões públicas que promovam a maior participação popular possível e assegurem a convivência social".[25]

Por essa razão, partindo da premissa de que o poder emana do povo e será exercido através de representantes ou diretamente, o texto constitucional (art. 14) dispõe expressamente que o povo exercerá sua soberania por meio do sufrágio universal, através do voto direto, secreto, referendo, plebiscito e iniciativa popular.

Em outras palavras, a própria Constituição estabelece uma democracia participativa, permitindo, com isso, a possibilidade de o povo exercer diretamente o seu poder, por meio do plebiscito, referendo ou iniciativa popular. Até porque, a adoção de mecanismos de participação popular, sem dúvidas, legitima a atuação do poder estatal e o próprio Estado Democrático de Direito.[26]

Contudo, a despeito dos referidos institutos estarem expressos na Constituição Federal, na prática a sua utilização é ínfima, ou seja, poucas vezes o povo é chamado para tomar decisões diretamente. Há, em verdade, um distanciamento do cidadão com o debate político. Nesse sentido, ponderou Augusto Aras:

> Pode-se afirmar que, conquanto a ordem jurídica pátria disponha de mecanismos próprios e adequados para o

[25] ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. *Entre o substancialismo e procedimentalismo:* elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada. Maceió: Edufal, 2009. p. 162.

[26] GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 36.

LivroPopulos.indb 196 23/10/2015 09:53:11

> exercício da democracia participativa, na realidade os brasileiros pouco vivenciam uma democracia semidireta, pois, apesar de estabelecer o parágrafo único do art. 1° da Constituição Federal, a democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo (art. 14, I a III), as funções de governo e institutos que, entre outros, integram a democracia participativa não são, de fato, acessíveis a todas as camadas da população, mormente através de critérios objetivos.[27]

É inegável que a participação popular no cenário político é mais do que fundamental para o fortalecimento dos institutos democráticos. As recentes manifestações, inclusive, indicam o anseio do povo em participar ativamente das decisões políticas, principalmente, diante da crescente insatisfação com as atitudes adotadas pelos seus representantes.

Dessa forma, as recentes manifestações apontam, também, a necessidade de mudança na política brasileira, e, por essa razão, o debate acerca da reforma política ganhou força.

Ocorre que, de forma velada, existem propostas de alteração da Constituição em curso no Congresso Nacional que diminuem o grau de legitimidade dos atos estatais, pois enfraquecem o diálogo entre o povo e os seus representantes. É o caso, como ressaltado ao longo do texto, das Emendas Constitucionais que visam unificar as eleições municipais, estaduais e nacional.

A unificação vai na contramão da história... O distanciamento do povo com os seus representantes legais, que hoje já é um problema crônico, tende a se agravar. Até porque, na ótica da antropologia, se pode dizer que "nessas condições, exacerba-se o distanciamento social entre as classes dominantes e as subordinadas, e entre estas e as oprimidas, agravando as oposições para acumular, debaixo da uniformidade étnico-cultural e da unidade nacional, tensões sociativas de caráter traumático".[28]

E tudo isso coincide, também sob os olhares antropológicos, com a ausência de verdadeiro espírito democrático no Brasil. Aliás, "a democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas".[29]

O impressionante é a referida proposta, que já ganha ares de patriotismo nacional, passar despercebida por quase toda comunidade acadêmica e institucional. Esse anacronismo é fruto da dificuldade em construir uma teoria

[27] ARAS, Augusto. *Fidelidade Partidária*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 19.

[28] RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro:* a formação e o sentido do Brasil. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 23.

[29] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 18.

LivroPopulos.indb 197 23/10/2015 09:53:11

crítica na modernidade. Há – em diversos pontos deficientes – um pensamento de unidade da transformação social, como se fosse possível conceber a sociedade como uma totalidade, alvo de um conhecimento totalizante da ciência moderna, um não crítico pós-moderno, um regime de verdade etc. Entretanto, como adverte Boaventura de Sousa Santos, "[...] não há um princípio único de transformação social [...], não há agentes históricos únicos nem uma forma única de dominação. São múltiplas as faces da dominação e opressão e muitas delas foram irresponsavelmente negligenciadas pela teoria crítica moderna [...]".[30]

A superação do atual modelo de escolha, com o fim das eleições a cada dois anos, distancia a sociedade do campo decisório adequado, diminuindo, consequentemente, a abrangência da soberania popular. Com um só ferro passa despercebido pelas origens antropológicas do povo brasileiro, de sua democracia, e adota como modelo um sistema baseado na sociologia dos ausentes, como se possível, carente de uma perspectiva da teoria crítica, com a unificação solucionar um problema multicausal.

Por óbvio que formalmente o povo continuará exercendo sua soberania e escolhendo os seus representantes a cada quatro ou cinco anos. No entanto, a soberania não ocupa no cenário constitucional meramente uma posição procedimental para legitimar os desígnios estatais.

Defende-se, frise-se, no presente texto, uma visão substancial dos métodos democráticos e dos pilares constitucionais insculpidos na Carta Magna de 1988.[31] Assim, a adoção de um modelo substancial constitucional exige uma mudança paradigmática da forma como se interpreta e aplica a Constituição.

Ressalte-se que não se está a negar a importância do procedimentalismo,[32] ao revés, deve haver um acoplamento entre os dois modelos (procedimental e substancial). Vale dizer, é salutar e imprescindível que do ponto de vista procedimental o constituinte tenha consagrado na Carta de 1988 que todo o poder emana do povo e que o Brasil constitui uma República Federativa e Democrática de Direito, porém, de igual forma, é indispensável que as demais normas do sistema jurídico promovam a concretização desses axiomas, não apenas pela sua supremacia (art. 60, CF), mas também pelo fortalecimento do tão sonhado Estado Democrático.

Deve-se destacar a esse respeito as lições de Lenio Streck:

> Mais do que assegurar os procedimentos da democracia – que são absolutamente relevantes –, é preciso se enten-

[30] SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente:* contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 27.

[31] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 91.

[32] PEIXOTO, Geovane. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 220.

LivroPopulos.indb 198 23/10/2015 09:53:11

> der a Constituição como algo substantivo, porque contêm valores (direitos sociais, fundamentais, coletivos *latu sensu*) que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Por tudo isso, há que deixar assentado que o constitucionalismo-dirigente-compromissário não está esgotado. A Constituição ainda deve "constituir-a-ação", mormente porque, no Brasil, nunca constituiu. No texto da Constituição de 1988 há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado. O problema é que, em países como o Brasil, formou-se um "silêncio eloquente" acerca do significado da Constituição, naquilo que ela tem de "norma diretiva fundamental". Numa palavra: sob o manto de uma "baixa constitucionalidade", olvidou-se o constituir da Constituição; mas muito pior do que o silêncio é não prestarmos atenção nele.[33]

Lenio Streck propõe uma posição ativa do Estado Democrático de Direito, no sentido de conferir efetividade ao texto constitucional e aos seus axiomas, ou seja, a necessária adoção de um regime substancial.

Logo, por coerência ideológica e metodológica, entende-se que a proposta de coincidir as eleições afronta a soberania popular, na medida em que a enfraquece e diminui o seu alcance, afastando, consequentemente, a sociedade do seio político e institucional.

4 AS FRAGILIDADES DOS FUNDAMENTOS ENSEJADORES DA UNIFICAÇÃO DAS ELEIÇÕES

As premissas constitucionais e democráticas fincadas no decorrer do texto são fundamentais para se concluir pela inconstitucionalidade da proposta de emenda à Constituição com a finalidade de unificar as eleições municipais, estaduais e nacional.

Isto porque, os fundamentos constitucionais não são sugestões, alusões ou insinuações dadas àqueles que elaboram e operam o ordenamento jurídico. Os alicerces constitucionais são, em verdade, as diretrizes, dogmas e os comandos a serem reverenciados a todo instante pelo sistema jurídico, pois "não há norma constitucional de valor meramente formal ou de conselho, avisos ou lições".[34] Não é por outra razão que se afirma que "os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, consequentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizem, formal e materialmente, com o texto supremo".[35]

[33] STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:* uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 144-145.

[34] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 80

[35] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 31.

LivroPopulos.indb 199 23/10/2015 09:53:11

Conforme se defende ao longo do presente estudo, uma defesa substancial da Constituição não se esgota na previsão formal de determinados valores, tais como a democracia, federalismo, republicanismo e a soberania, mas sim na efetiva promoção de atos que os concretizem e demonstrem que, de fato, o Brasil constitui um Estado Democrático de Direito.[36]

Portanto, ao se debater a unificação das eleições e, por conseguinte, a alteração da Constituição, é necessário sempre observar os valores supremos da Constituição Federal, sob pena de se instalar um constitucionalismo simbólico, onde "a práxis dos órgãos estatais é orientada não apenas no sentido de 'sovacar' a Constituição (evasão ou desvio de finalidade), mas também no sentido de violá-la contínua e casuisticamente".[37]

Não obstante, com intuito de ampliar o debate, mesmo considerando que a unificação das eleições é uma medida antidemocrática e inconstitucional, impende expor as fragilidades dos fundamentos que a sustenta, com escopo de demonstrar os poucos avanços ou quase nenhum que essa medida trará para o sistema eleitoral.

Ora, enquanto a Ordem dos Advogados do Brasil e o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral propugnam pelo retrocesso que representaria o êxito desta proposta legislativa de emenda à Constituição, percebe-se, em contraponto, como dito, relevante esforço de integrantes do Legislativo em lograr a implementação dessa mudança.

Portanto, faz-se necessário o questionamento das alegadas vantagens em se unificar os pleitos eleitorais, quais sejam: (i) a redução dos custos estatais na administração das eleições; (ii) a redução dos custos também das campanhas eleitorais, dos candidatos e partidos; (iii) o fortalecimento dos partidos políticos; e (iv) o favorecimento da governabilidade, em prestígio à execução de políticas públicas.

Pois bem. Sobre o argumento da suposta redução dos custos estatais na administração das eleições, ao contrário do que se alega, cumpre demonstrar que a referida proposta, em verdade, pode ocasionar a necessidade de ampliação dos investimentos públicos para melhor aparelhar a Justiça Eleitoral.

[36] "Os bloqueios à concretização normativa da Constituição atingem os procedimentos típicos do Estado Democrático de Direito: o eleitoral, mobilizador das mais diversas forças políticas em luta pelo poder; o legislativo-parlamentar, construído pela discussão livre entre oposição e situação; o jurisdicional, baseado no *due processo of law;* o político-administrativo, orientado por critérios de constitucionalidade e legalidade. Assim sendo, não se pode falar em uma esfera pública pluralista construída com base na intermediação de dissenso conteudístico e consenso procedimental. O Estado Democrático de Direito não se realiza pela simples declaração constitucional dos procedimentos legitimadores. A concretização constitucional deles é imprescindível, mas depende de um conjunto de variáveis complexas, sobretudo de fatores socioeconômicos e culturais que possam viabilizar a desprivatização do Estado e a superação das relações de subintegração e sobreintegração. Impõe-se assim enfrentar consequentemente a conexão paradoxal de legalismo e impunidade, no sentido da construção de um espaço público de legalidade e constitucionalidade, como também na perspectiva da generalização da cidadania". (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 257-258).

[37] NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 94.

LivroPopulos.indb 200 23/10/2015 09:53:11

Sabe-se que, em período eleitoral, a Justiça Eleitoral é encarregada não apenas de prestar tutela jurisdicional no que toca a matéria eleitoral, mas possui também o poder-dever de organizar, operacionalizar e fiscalizar o pleito.[38]

Contudo, o imenso aparato estatal destinado a conferir legitimidade e lisura às eleições ainda é flagrantemente insuficiente para tanto. É patente a permanente necessidade de aumentar a estrutura da Justiça Eleitoral, até porque, para que se tenha ideia, esta possui o dever constitucional de conduzir com eficácia 5.570 eleições municipais (de Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores), 26 eleições estaduais (de Governador, Senadores, Deputados Federais e Deputados Estaduais), uma eleição distrital e a eleição nacional (de Presidente da República).

Pergunta-se, neste contexto, o que ocorreria com a coincidência das eleições? É óbvio: um enorme aumento do trabalho a cargo do Estado, ao menos nos anos de eleição. Assim, se já é complexo atender a seus desígnios institucionais, respondendo às demandas judiciais e administrativas para execução das eleições, não restam dúvidas que a Justiça Eleitoral terá dificuldades para satisfazer a demanda que só tende a aumentar.

A ineficiência causada por esta ausência estrutural acarreta a abertura do campo de possibilidades aos abusos de poder político e econômico na captação ilícita de votos, que, sem dúvidas, é extremamente nociva à política e aos preceitos democráticos. Se, da forma como está, a Justiça possui dificuldades para combater estes ilícitos, o déficit de legalidade que se vislumbra, na possibilidade de eleições unificadas, é muito maior.

A solução neste ambiente de desordem seria rebatê-la com instrumentos que possibilitem conferir, obviamente, ordem e lisura às eleições, e não há segredo, isso demandaria imensos investimentos no aparato do Estado, com mais servidores e uma maior estrutura funcional.

A questão é que esta máquina gigantesca teria utilidade em um espaço de tempo menor. No período entre uma eleição e outra, ela cairia praticamente em completo desuso, malgrado seja completamente equivocado asseverar que a Justiça Eleitoral apenas exerce suas funções no período eleitoral.

Não se está a afirmar isso, o que se pretende demonstrar é que, no denominado período eleitoral, compete à Justiça Eleitoral, dentre outras atribuições, verificar: (i) os pedidos de registros de candidaturas e a elegibilidade de todos os candidatos do pleito; (ii) o número de votos exigido em lei para

[38] "A Justiça Eleitoral, efetivamente, possui características próprias, que a distinguem dos demais ramos do Poder Judiciário. Cumpre consignar, de plano, que a Justiça Eleitoral não possui quadro próprio de magistrados, sendo a função dos juízes eleitorais de primeiro grau exercida por juízes de direito estaduais, por delegação. A par disto, a característica fundamental da Justiça Eleitoral é que apresenta funções múltiplas, não se restringindo a atividade-fim de prestar jurisdição. Com efeito, é reconhecida a atribuição administrativa, normativa, julgadora e consultiva, funções que imprimem à Justiça Eleitoral uma característica extremamente peculiar e diferenciada da Justiça Comum (Estadual e Federal) e da Justiça Militar". (ZILIO, Rodrigo. *Direito eleitoral:* noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 36).

LivroPopulos.indb 201 23/10/2015 09:53:12

que sejam eleitos; (iii) se as operações eleitorais se desenvolveram de acordo com a lei; (iv) se houve algum vício durante o processo; (v) as prestações de contas de todos os candidatos. Trata-se, portanto, de um trabalho hercúleo, a ser realizado em pequeno espaço de tempo. Com a unificação dos pleitos, há a tendência de se ver alargado o campo da ilegalidade neste tocante, cuja prejudicialidade à Democracia é patente.

Afiguram-se, pois, três graves vícios que podem ser causados pela aprovação da proposta de coincidir as eleições, quais sejam: (i) necessidade de grandes investimentos na Justiça Eleitoral; (ii) esses investimentos só seriam aproveitados em curto período de tempo; e (iii) menor efetividade da prestação jurisdicional e administrativa pela justiça eleitoral, em desprestígio aos princípios da autenticidade e lisura das eleições. Logo, não há que se falar em redução dos gastos estatais com a unificação das eleições.

Quem defende a unificação, aduz, ainda, que os partidos políticos e os candidatos diminuiriam os custos de suas campanhas eleitorais. Isso porque, as campanhas direcionadas à municipalidade, estado e União seriam veiculadas conjuntamente, havendo, em alguma medida, rateio de gastos.[39]

O argumento da redução dos gastos eleitorais não deve prevalecer, pois os preços dos produtos utilizados nas campanhas são regulados pelo mercado e regidos pela regra da oferta e da procura, sendo assim, ao aumentar a procura, logicamente, vão se elevar também os preços das mercadorias.

Dessa forma, com a unificação das eleições, há uma tendência natural de mercado que esses produtos e serviços tenham seus preços elevados, pelo aumento da demanda, encarecendo, portanto, as campanhas políticas.

Nesse mesmo sentido, entende-se que a unificação das eleições não tem o condão de fortalecer os partidos políticos, pelo contrário, também os distanciam da fonte legitimadora de todo o poder estatal, qual seja o povo (detentor da soberania), o que, por conseguinte, propicia o seu enfraquecimento.

Observe-se, nessa dimensão, que os partidos políticos possuem um elevado grau de importância na ordem constitucional de 1988, tanto que o constituinte originário dedicou o capítulo V, inserido no título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, da Constituição, para tratar exclusivamente dos partidos políticos.

Essa relevância constitucional tem um significado democrático e republicano, já que no modelo representativo os postulantes a cargos eletivos precisam necessariamente estar filiados a alguma agremiação partidária, sendo, pois, "um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder

[39] A análise econômica do direito pode ser definida como a busca em indicar opções eficientes para os objetivos almejados por um grupo de pessoas, direta ou representados democraticamente. Segundo Richard Posner, "a análise econômica do direito tem exercido grande influência sobre as decisões judiciais e a criação do direito por parte dos tribunais norte-americanos, e também sobre a formação dos profissionais de direito". (POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. XIII).

LivroPopulos.indb 202 23/10/2015 09:53:12

estatal, na exata medida em que o Povo – fonte de que emana a soberania estatal – tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado".[40]

Não se pode olvidar, portanto, que há uma relação simbiótica entre o povo e os partidos políticos, pois, se de um lado, aquele é detentor da soberania popular, do outro, as agremiações representam a concepção ideológica de um determinado grupo da sociedade civil. Ou seja, os partidos políticos constituem não apenas um mecanismo de acesso ao poder, mas, de igual sorte, um dos campos adequados para que a comunidade discuta os temas de relevância para a sociedade em que vivem.

Nessa perspectiva, os prejuízos democráticos com a unificação das eleições não alcançam apenas o povo, mas igualmente as agremiações partidárias. As eleições a cada dois anos têm o papel de oxigenar as prioridades sociais, na medida em que permitem à população e aos partidos discutirem assuntos relacionados à saúde, educação, economia, emprego e renda. Temas que, infelizmente, ganham uma maior visibilidade e relevância com a proximidade das eleições.

Assim sendo, a realização das eleições a cada quatro ou cinco anos, distanciará ainda mais o povo dos partidos políticos e, consequentemente, estes possuiriam menos legitimidade para lutar por suas concepções ideológicas, o que, em última análise, ocasiona um prejuízo irreparável aos dogmas democráticos e republicanos.

A questão se agrava com a real possibilidade de enfraquecimento dos partidos menores, em razão das dificuldades em concorrerem com partidos mais estruturados financeiramente e conhecidos no cenário político.

Como decorrência lógica da exigência do pluralismo político estabelecido como fundamento da República (art. 1º, inciso V, da Constituição Federal), dos próprios princípios republicanos (*caput* deste art. 1º) e da chamada máxima igualdade na disputa eleitoral, Eneida Desiree Salgado propugna pelo princípio constitucional da necessária participação das minorias no debate político e nas instituições políticas.[41] Na esteira do que afirma Orides Mezzaroba,[42] é inaceitável qualquer artifício que reduza o pluralismo político, notadamente que reduza, nas palavras de Wanderley Guilherme dos Santos, a competição e a representação político-partidárias.[43]

Acredita-se que os partidos menores tenderiam, pouco a pouco, a ter suas relevâncias enfraquecidas no cenário político, culminando, enfim, em seu perecimento, em contraposição ao princípio da necessária participação

[40] ZILIO, Rodrigo. *Direito eleitoral:* noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 61.

[41] SALGADO, Eneida Desiree. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta. *Estudos Eleitorais,* Brasília, v. 6, n. 3, p. 115, set./dez. 2011.

[42] MEZZAROBA, Orides. O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea. In:____. *Humanismo latino e Estado do Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 97.

[43] SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Governabilidade e democracia natural*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 68, 86, 109.

LivroPopulos.indb 203 23/10/2015 09:53:12

das minorias. Não se pretende aqui analisar o que seria mais salutar entre o prestígio irrestrito à liberdade de associação e filiação político-partidária, chancelando a imensidão de legendas existentes, ou a redução de partidos políticos.

Não é esta a discussão que se pretende travar nessa breve exposição, contudo, independentemente da opção política quanto à quantidade de partidos, que deve necessariamente ser precedida de profundo debate tanto no Congresso Nacional quanto na sociedade civil, não se pode admitir a possibilidade de que os pequenos partidos sejam extintos por essa via transversa.

Em última medida, o país e o povo sairiam lesados com essa tendência de encastelamento de candidatos e partidos de maioria, já fortalecidos no contexto regional e nacional, considerando o enfraquecimento e, até mesmo, o sumiço de partidos e candidatos menores, os quais possuem papel de extrema relevância para a democracia e para a nação.

Além das justificativas já analisadas, os defensores da unificação aduzem, ainda, que as eleições a cada dois anos prejudicam as administrações municipais. Isso porque, o chefe do executivo local, no início de seu segundo ano de mandato, dedica seus esforços não às políticas públicas a serem implementadas no município, mas ao apoio político ao candidato de sua legenda ou coligação nas eleições estaduais e nacional.

Dentro desse cenário, o que se percebe é a profunda dedicação dos Prefeitos em geral ao apoio de seus candidatos, participando de viagens, comícios, propagandas veiculadas em rádio e TV e outros atos de campanha. Ora, o referido engajamento, infelizmente, prejudica a real atribuição do representante municipal, qual seja, gerir o município.

Entretanto, apesar de sua relevância, esse argumento não justifica a unificação das eleições, pois existem meios mais adequados ao seu enfrentamento. É possível, por exemplo, a imposição de restrições legais e penalidades específicas a este abandono momentâneo dos Municípios pelos seus governantes nas Leis de Regência.

Além disso, com a unificação das eleições, a tendência é que ocorra a marginalização do debate e atenção aos problemas locais e municipais, sobrepondo-se a eles as questões de interesse regional e nacional, pondo em risco o federalismo brasileiro.

Os Municípios, como já demonstrado, são os entes políticos indubitavelmente mais próximos da população, cujo papel é de extrema relevância à qualidade de vida dos administrados.

Neste contexto, o mais provável é que haja o agravamento da verticalização dos votos. Diante de tamanhas considerações e opções a fazer, o eleitor tende a, de seu modo, simplificar a escolha, votando em candidatos, de presidente a vereador, de um mesmo partido ou coligação. O que não deixa de incorrer no mesmo vício supramencionado: o enfraquecimento das minorias e das oposições, sobretudo as locais.

LivroPopulos.indb 204 23/10/2015 09:53:12

Em última medida, há inclusive afronta à legitimidade democrática do pleito e dos representantes eleitos, afinal, as escolhas serão comprometidas pelo contexto no qual forem feitas. Não basta liberdade formal de escolha, esta liberdade tem que ser substancial, estando o eleitor dotado dos meios para devidamente exercê-la. Ou seja, ímpar é a importância de uma escolha motivada, fruto da coleta e análise dos argumentos expostos no certame eleitoral.

Malgrado toda essa discussão a respeito do aumento ou não dos custos para organização das eleições, não se pode olvidar que o debate perpassa pela premissa de que o sistema eleitoral deve aprimorar o grau de legitimidade democrática, promovendo um diálogo cada vez mais próximo entre o povo e os seus representantes.

Diante dessa premissa, reitera-se a adoção de um modelo eleitoral capaz de assegurar o pleno exercício da soberania e os valores republicanos, federalistas e democráticos, os quais, como já demonstrado no decorrer do texto, induzem à conclusão de que a proposta de coincidir as eleições municipais, estaduais e nacional, além de elevar os gastos estatais, revela-se inconstitucional.

Porém, na hipótese de lograr êxito a proposta de unificação das eleições municipais, estaduais e nacional, é fundamental para a saúde da democracia brasileira que os órgãos competentes do Poder Judiciário desempenhem o seu papel constitucional e, por conseguinte, declarem a norma em debate inconstitucional.

5 CONCLUSÃO

Na trilha percorrida, fincaram-se diversas premissas sobre a proposta de emenda à Constituição com o objetivo de unificação das eleições municipais, estaduais e nacional, sendo, pois, em sede de conclusão, oportuno, emitir resposta sobre o tema-problema ora debatido.

Como se disse, as recentes manifestações populares clamavam, antes de tudo, pela moralização do seio político, o que conduz necessariamente à atuação do Estado em consonância com o objetivo republicano primordial deste, qual seja atender aos interesses da coletividade.

Essa necessidade, sentida pelo povo, de significativa mudança na forma de atuação da classe política, conduziu à busca de uma solução capaz de fazer frente aos vícios de gestão trazidos à tona. Não foi por outra razão que surgiram os apelos pela chamada reforma política. Trata-se, em verdade, de pedidos de reforma não só do sistema eleitoral, pelo qual o povo escolhe seus representantes, mas especialmente dos próprios políticos e de suas práticas, ou seja, tanto do ponto de vista procedimental quanto substancial.

LivroPopulos.indb 205 23/10/2015 09:53:12

Com efeito, todo o sistema político/eleitoral, com vistas a substancializar a égide da democracia, deve estabelecer regras que garantam uma máxima participação popular nas escolhas da República Federativa Brasileira, não sendo possível a adoção de medidas restritivas ou que distanciem o cidadão do debate político, pois somente aproximando o povo do centro de poder tornar-se-á possível diminuir o déficit democrático do país.

É forçoso convir que a coincidência das eleições, seja a cada quatro ou cinco anos, enfraquece os pilares democráticos, na medida em que haverá um espaço de tempo muito elástico entre uma eleição e outra. O povo ficará cada vez mais distante dos debates políticos e das escolhas do país, especialmente porque somente exercerá o seu direito constitucional ao voto a cada quatro ou cinco anos.

Tal medida põe em risco o republicanismo, no seu aspecto substancial, pois, a despeito de prever eleições periódicas, haverá um distanciamento entre o povo e os seus representantes, já que estes só serão reavaliados apenas em quatro ou cinco anos. A realização de eleições a cada dois anos, frise-se, permite que o cidadão faça um juízo crítico a respeito da sociedade em que vive e promova as mudanças que entender necessárias.

Além disso, tem-se que a coincidência das eleições constitui, em verdade, uma violação ao sistema federativo previsto na Carta de 1988, uma vez que atinge diretamente a autonomia política dos Municípios. Com efeito, a unificação das eleições enfraquece esse debate político por desviar a atenção do eleitor sobre os assuntos municipais, uma vez que as questões regionais e nacionais gozam, por natureza, de maior visibilidade, inclusive nos meios de comunicação.

Defende-se, no presente texto, uma visão substancial dos métodos democráticos e dos pilares constitucionais insculpidos na Carta Magna de 1988. Assim, a adoção de um modelo substancial constitucional exige uma mudança paradigmática da forma como se interpreta e aplica a Constituição.

Decididamente, entende-se que a proposta de coincidir as eleições afronta a soberania popular, na medida em que a enfraquece e diminui o seu alcance, afastando, consequentemente, a sociedade do seio politico e institucional.

Por fim, mas não menos importante, a unificação das eleições tende: (i) aumentar os custos do Estado para sua realização; (ii) majorar os valores despendidos pelos partidos políticos e candidatos no decorrer das eleições; (iii) fragilizar ou abolir as minorias partidárias; (iv) diminuir a participação popular no debate político; e (v) enfraquecer a importância das questões locais e municipais.

LivroPopulos.indb 206 23/10/2015 09:53:12

REFERÊNCIAS

ARAS, Augusto. *Fidelidade Partidária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 6, 19.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 162.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 91.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Nova Edição. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta:* temas políticos e constitucionais da atualidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 18.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social.* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 186.

_____. *Ciência Política.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 198.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 102, 424.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade.* 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 81.

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. *Entre o substancialismo e procedimentalismo:* elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada. Maceió: Edufal, 2009. p. 162.

FERNANDES, Ana. Para Toffoli, unificar eleições afasta população da política. *O Estado de São Paulo*, 10 mar. 2015. Disponível em:<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,para-toffoli-unificar-eleicoes-afasta-populacao-da-politica,1648147>. Acesso em: 5 maio 2015.

FRANCO, Simone. *Propostas sobre eleiçoes unificadas podem levar a debate sobre fim da reeleição.* Agência Senado, Notícias, 5 mar. 2014. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/03/05/propostas-de-eleicoes-unificadas-podem-levar-a-debate-sobre-fim-da-reeleicao>. Acesso em: 5 maio 2015.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 36.

LivroPopulos.indb 207 23/10/2015 09:53:12

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional:* textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 73.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 18.

MEZZAROBA, Orides. O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea. In:____. *Humanismo latino e Estado do Brasil.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 97.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 257-258.

_____. *A Constitucionalização Simbólica.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 94.

OAB é favorável a eleições a cada dois anos no Brasil. 11 de maio 2015. OAB. Conselho Federal, Brasília. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/28381/oab-e-contra-a-unificacao-de-eleicoes-no-brasil?utm_source=3198&utm_medium=email&utm_campaign=OAB_Informa>. Acesso em: 12/05/2015.

PEIXOTO, Geovane. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.* Salvador: JusPodivm, 2013. p. 220.

POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. XIII.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro:* a formação e o sentido do Brasil. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 26.

SALGADO, Eneida Desiree. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais*:* uma proposta*. Estudos Eleitorais,* Brasília, v. 6, n. 3, set./dez. 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente:* contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 27.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Governabilidade e democracia natural.* Rio de janeiro: FGV, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56, 68, 86,109.

LivroPopulos.indb 208 23/10/2015 09:53:12

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 80, 125.

STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:* uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 144-145.

ZILIO, Rodrigo. *Direito eleitoral:* noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 36, 61.

LivroPopulos.indb 209 23/10/2015 09:53:12

A JUSTIÇA ELEITORAL ENTRE O SUBSTANCIALISMO E O PROCEDIMENTALISMO

Geovane Peixoto[1]

RESUMO

Este trabalho apresenta uma análise crítica acerca do exercício da função jurisdicional pela Justiça Eleitoral, a partir dos referenciais teóricos procedimentalista e substancialista, diante das peculiaridades de nosso sistema constitucional e, especificamente, do subsistema eleitoral.

Palavras-chave: Justiça Eleitoral. Função Jurisdicional. Substancialismo. Procedimentalismo.

ABSTRACT

This paper presents a critical analysis of the exercise of judicial functions by the Electoral Court, from the theoretical proceduralist and substantialist reference, considering the peculiarities of our constitutional system and specifically the electoral subsystem.

Keywords: Electoral Justice. Jurisdictional Function. Substantialism. Proceduralism.

1 INTRODUÇÃO

A Justiça Eleitoral representa uma das estruturas especializadas da estrutura jurisdicional pátria, responsável pela aplicação de ramo especial, portanto, de sorte que possui algumas peculiaridades na sua configuração e, também, na delimitação de suas funções.

Há quem afirme que a sua efetiva função é a de "agência produtora de eleições (gerencia e administra as eleições brasileiras)".[2] Embora essa forma reducionista não retrate perfeitamente a verdadeira conformação da Justiça Eleitoral, ela, por sua vez, transmite um pouco essa natureza complexa

[1] Doutorando em Direito Público (UFBA), Mestre em Direito Público (UFBA), Mestre em Política e Cidadania (UCSAL), Professor de Graduação e Pós-Graduação (UNIFACS e Faculdade Baiana de Direito), aprovado em 1º lugar para Professor Assistente de Direito Constitucional da UFBA (2015), Membro do Instituto Baiano de Direito Constitucional, Advogado e Consultor Jurídico.

[2] CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito eleitoral esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51.

LivroPopulos.indb 211 23/10/2015 09:53:12

assumida por essa importante estrutura especializada do Poder Judiciário brasileiro, sendo todavia, preferível a concepção de que se trata de uma "justiça executiva, no sentido de que, além de julgar os recursos eleitorais, tem o dever de executar as eleições".[3]

Deve-se destacar, ainda, que a Justiça Eleitoral exerce funções administrativa, consultiva e normativa, para a consecução das suas tarefas, constitucionalmente consagradas, e regulamentadas pela legislação infraconstitucional.

Acontece que, embora a Justiça eleitoral exerça todas essas funções, a sua função típica é a jurisdicional. De sorte que, a discussão proposta nesse trabalho irá recair sobre a compreensão de questão atinente a principal atribuição de todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário pátrio: o exercício da jurisdição.

São, assim, diversas e complexas as funções, portanto, assumidas por esse ramo especializado do Judiciário, contudo, a preocupação central deste escrito é provocar a reflexão acerca do papel assumido pela Justiça Eleitoral na concretização do ramo específico do Direito que lhe é atribuída, entre o procedimentalismo e o substancialismo.

A título de introdução, é preciso destacar que, se no período de sedimentação do modelo de Estado Liberal, o papel do Poder Legislativo acentuou-se na formatação do Estado Democrático de Direito, assim como o do Poder Executivo no Estado de Bem-Estar Social (Welfare State), chegou o momento de destaque do Poder Judiciário, no século XXI, como instância garantidora do Estado Democrático de Direito, principalmente através de uma valorização do jurídico.

Surgem diversas teorias, nesse contexto, estabelecendo distintos papéis para a jurisdição, e, também, se estabelece um embate teórico sobre qual seria esse papel entre os doutrinadores brasileiros e estrangeiros, torna-se, então, necessária uma investigação sintética e crítica acerca destas teorias, principalmente acerca da recepção e possibilidade de efetivação delas no Brasil, vez que foram, principalmente, estruturadas inicialmente dentro dos EUA e da Alemanha (autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin).

A pergunta central, portanto, é a seguinte: qual é o melhor modelo ideológico-teórico para a consagração do Poder Judiciário na tarefa de desvelar e efetivar o direito, para consagração do Estado Democrático de Direito no século XXI? Essa investigação recairá sobre os modelos procedimentalista e o substancialista.

Inicialmente, porém, far-se-á uma introdução sobre o exercício da função jurisdicional pela Justiça Eleitoral, e depois uma apresentação preliminar das definições de procedimentalismo e substancialismo, para, enfim, apresentar uma análise crítica.

[3] VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35.

LivroPopulos.indb 212 23/10/2015 09:53:12

2 JUSTIÇA ELEITORAL E O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

A criação de uma Justiça Eleitoral foi fruto da imaginação dos ingleses, ainda no ano de 1868, "exportada" para o Brasil que a introduziu por intermédio do Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932.[4] Desde então passou por diversas alterações (entre retrocessos e avanços) até alcançar a configuração atual que parte da Constituição Federal de 1988, conjuntamente com a legislação infraconstitucional, prioritariamente o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65).

A sua função precípua, como qualquer órgão integrante do Poder Judiciário (vide arts. 92 e 96, III, Constituição Federal de 1988), é a jurisdicional (jurisdição - *jurisdictio* = *juris* (Direito) + *dicere* (dizer) – sentido aplicar o Direito aos casos concretos). Essa concepção sobre jurisdição, todavia, é demasiadamente simplista, necessário, assim, desenvolvê-la.

A jurisdição, desde a sua perspectiva entabulada pela teoria do processo,[5] é uma das maiores manifestações da soberania estatal. Por seu intermédio, o Estado, de forma neutra, conhece e dirime conflitos de interesses existentes, declarando o direito aplicável ao caso concreto, e garante a sua concretização, caso necessário executar a decisão.[6]

> Não há dúvida de que a jurisdição, atualmente, tem a função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais. [...] *O que se deseja evidenciar é que a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo.* Sem ela seria impossível ao estado não apenas dar tutela aos direitos fundamentais e permitir a participação do povo na reinvindicação dos direitos transindividuais e na correção dos desvios na gestão da coisa pública, mas sobretudo garantir a razão de ser do ordenamento

[4] Cf. PINTO, Djalma. *Direito eleitoral:* improbidade administrativa e responsabilidade fiscal. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 42 et seq.

[5] "Da jurisdição [...] podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)." (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *teoria geral do processo***.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.129).
"A jurisdição pode ser vista como *poder, função* e *atividade*. É a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Expressa, ainda, a função que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo." (DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil* – Volume *I.* 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2005. p. 69).

[6] SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 21.

LivroPopulos.indb 213 23/10/2015 09:53:12

> jurídico, dos direitos e das suas próprias formas de tutela ou proteção.[7]

A priori, a jurisdição eleitoral, na perspectiva acima apontada, é uma forma "qualificada" de jurisdição, pois é aquela que tem como matéria direta a incidência das normas referentes ao processo eleitoral (independente de ser material ou formal), com o escopo de apresentar uma "solução imperativa, em caráter definitivo, dos conflitos intersubjetivos submetidos ao Estado-juiz, havendo substituição da vontade estatal pela dos contendores".[8] Assim, a concepção material de jurisdição leva em consideração apenas o fato de lidar com normas de natureza eleitoral.

Em síntese, compete à Justiça Eleitoral a "nobre missão de resguardar a democracia e o Estado Democrático, nos moldes do disposto no art. 1º e incisos da Constituição Federal, efetivando, praticamente, a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político como princípios fundamentais trilhados pelo legislador-constituinte".[9] É, assim, extraída a sua função jurisdicional *a priori* da Carta Política, e de forma complementar da legislação infraconstitucional, definindo os limites do exercício de sua função jurisdicional para os fins especificados.

3 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

A intenção deste tópico é apenas definir conceitualmente as principais características do procedimentalismo e do substancialismo para ulterior análise destes modelos, e da receptividade pelo sistema jurídico pátrio de algum deles (ou de ambos).

A corrente procedimentalista, para fazer a distinção entre política e direito, parte da "ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito",[10] que, por sua vez, tem a função de, por intermédio do discurso, distinguir a interpretação jurídica da política.

A Constituição, como dimensão procedimental, então, define-se sob a perspectiva de três aspectos nucleares: 1) a abertura constitucional; 2) sua natureza processual; 3) concretização constitucional.[11]

---

[7] MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 134.

[8] GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral.* 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 62.

[9] RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 103.

[10] STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica:* uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 155.

[11] ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. *Entre substancialismo e procedimentalismo:* elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada**.** Maceió: EDUFAL, 2009. p. 111 et seq.

LivroPopulos.indb 214 23/10/2015 09:53:12

Com relação à abertura constitucional, destaca-se a necessidade de concretização democrática do Estado. Já a questão processual direciona-se para a delimitação da forma de aplicação e das condições para concretização das normas materiais.

Com relação ao último aspecto, define Danielle Espinoza que:

> [...] a realização, concretização, preenchimento e renovação da ordem constitucional requerem a existência de procedimentos – juridicamente regulados (como, por exemplo, os procedimentos legislativo, administrativo, judicial, eleitoral) ou não. Neste último caso, referimo-nos àqueles procedimentos pelos quais se interpreta e se aplica o direito.[12]

Nessa senda o que passa a interessar, e dominar o debate jurídico, não é o conteúdo do debate, mas a existência de procedimentos, de natureza democrática, que garantam a consecução das tomadas de decisão dentro do Estado (nesse caso independe de ser jurídica ou política, aplica-se a ambas as esferas). Esse é um "modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade".[13]

Para Robert Alexy, por exemplo, o problema é deslocado para o plano da teoria da argumentação, formulando uma "teoria procedimental da argumentação jurídica", que, ainda segundo ele, é uma questão de "racionalidade prática", o que gera uma "teoria da argumentação prática geral".[14]

A corrente procedimental "critica tanto o fato do intervencionismo constitucional na regulamentação dos diversos âmbitos da vida comunitária, como a atuação jurisdicional interventiva",[15] sob a justificativa de que este comportamento distancia a sociedade, e, por óbvio, o Estado, do campo adequado para a tomada destas decisões, qual seja, o espaço político.

Diante desta assertiva, entende-se, pela perspectiva procedimental, que a "tarefa da jurisdição constitucional não pode ir tão longe de forma a ameaçar a própria legitimidade democrática do direito, devendo seu controle estar restrito à garantia dos procedimentos democráticos e dos direitos fundamentais a eles diretamente relacionados".[16]

[12] Ibidem, p. 112.

[13] STRECK, op. cit., 2004. p. 43.

[14] ALEXY, Robert. A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica. In: DIREITO, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 77-86.

[15] ESPINOZA, op. cit., p. 74.

[16] Ibidem, p. 74.

LivroPopulos.indb 215 23/10/2015 09:53:12

Não existe apenas um modelo procedimental, mas sim correntes procedimentalistas[17] assentadas nas ideias centrais acima descritas, todavia constituídas em premissas metodológicas e epistemológicas diversas. Para este estudo, o modelo escolhido foi o da teoria da argumentação jurídica como forma de legitimação procedimental do direito, proposto por Robert Alexy.

Em oposição aos corolários do procedimentalismo, pode-se destacar o substancialismo, que funda-se na ideia central de que:

> [...] o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial. [...] Em síntese a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.[18]

Sobressai, assim, entre os substancialistas, a defesa da democracia e dos direitos fundamentais, estabelecidos através de limites constitucionais impostos contra a regra majoritária – ainda equivocadamente defendida no mundo Ocidental -, corrigindo e prevenindo contra os desvios perpetrados pelo jogo representativo, prevalente nas democracias ocidentais, como é o caso do Brasil. Assume papel destacado o Poder Judiciário na "garantia e concretização dos direitos fundamentais, inclusive daqueles direitos prestacionais básicos".[19]

Destaca-se, nesse contexto, a função de um Tribunal Constitucional em virtude do importante papel que a Constituição assume na corrente substancialista, carecendo, portanto, de um fortalecimento na atuação de tal órgão, no exercício da jurisdição constitucional, como *conditio sine qua non* para a concretização do Estado Democrático e defesa dos direitos fundamentais.

[17] "[...] Antoine Garapon faz duras críticas à invasão da sociedade pelo Judiciário, o que, segundo ele, serviria para o enfraquecimento da democracia representativa. Também J. H. Ely compartilha do paradigma procedimentalista, sustentando que o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais [...]." (STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 44.)

[18] Ibidem, p. 44-45.

[19] ESPINOZA, op. cit., p. 74.

LivroPopulos.indb 216 23/10/2015 09:53:12

Quando da incorporação do modelo constitucionalista dirigente em solo nacional, assumiu ainda maior destaque o modelo substancialista, vez que "é inexorável que, com a positivação dos direitos sócio-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) *passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional*".[20]

Mas não somente deve-se suscitar o papel de destaque da *jurisdição constitucional*, pois torna-se imprescindível a administração de uma *jurisdição eleitoral,* diante do seu papel de concretização do direito substantivo para "realizar a "verdade eleitoral", como forma de efetivar a democracia".[21]

4 UMA ANÁLISE CRÍTICA DA APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTALISMO E DO SUBSTANCIALISMO PELA JUSTIÇA ELEITORAL

Para iniciar a análise entre os modelos substancialista e procedimentalista, faz-se uma síntese conceitual dessas duas correntes, nos seguintes termos:

> [...] os substancialistas defendem a concretização dos <<Direitos Fundamentais>> constituídos e compartilhados pelos sujeitos na via do Poder Judiciário, enquanto os procedimentalistas propugnam uma atuação deste na garantia da participação no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original de soberania popular.[22]

Destaca-se, *prima facie*, que, independente do modelo, há um consenso acerca da identificação do Poder Judiciário enquanto instância estrategicamente privilegiada para a concretização de direitos fundamentais,[23] na configuração institucional contemporânea dos países ocidentais, e, principalmente, democraticamente legitimada.

Acontece, todavia, que no caso brasileiro existe um dado essencial a ser ponderado antes de se tomar uma posição (por mera simpatia) a essa ou aqueloutra corrente, decorrente da identificação do modelo constitucional instaurado após 1988, por intermédio do denominado *constitucionalismo diri-*

[20] STRECK, op. cit., p. 163.

[21] VELLOSO; AGRA, op. cit., p. 30.

[22] ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material:* aportes hermenêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 87.

[23] Deve-se destacar aqui a referência aos direitos fundamentais em decorrência do Direito eleitoral estar ligado diretamente ao exercício dos direitos políticos, categoria integrante do gênero Direito Fundamental. Assim, a aplicação do direito eleitoral assegura a efetivação de direito fundamental.

LivroPopulos.indb 217 23/10/2015 09:53:12

gente. Diante desse dado, há que se concordar que o modelo procedimental é incompatível com o caráter compromissário do *dirigismo*.[24]

Dessa forma, há, pela própria delimitação do modelo constitucional de 1988, uma tendência, que pode até se designar de *natural*, a adoção do *substancialismo*, como forma de resgatar a busca pela implementação dos valores programaticamente dirigidos pela Constituição Federal, para a concretização de um verdadeiro Estado de Bem-Estar Social.[25]

Essa incorporação ideológica dos valores constitucionalmente delimitados, por outro lado, não significa um retrocesso, não caracteriza, tampouco, o "resgate de uma jurisprudência dos valores, mediante a concepção de "valores" sociais capazes de levar ao "justo", "bem" ou "bom", até porque o critério da justiça é externo, mas de implementação hermenêutica da Constituição".[26]

Partindo da ideia de busca de concretização do projeto constitucional dirigente, ainda defendido em território brasileiro, Lenio Streck sustenta a necessidade de se desenvolver uma "Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT)".[27]

A ideia de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Dito de outro modo, uma tal teoria da Constituição dirigente não prescinde da teoria do Estado, apta a explicitar as condições de possibilidade para a implantação das políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição.[28]

A proposta de Lenio Streck, portanto, requer que a teoria constitucional dirigente seja adaptada a um país periférico, como é o caso do Brasil, para a concretização dos direitos constitucionais fundamentais (individuais e sociais-econômicos), impondo a pauta *substancial* da constituição como deveres vinculativos para a concretização de políticas públicas garantidoras destes direitos.

---

[24] Cf. Manifestação de Lenio Streck. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 80-81.

[25] "Mais do que assegurar os procedimentos da democracia – que são absolutamente relevantes -, é preciso entender a Constituição como *algo substantivo*, porque contêm valores (direitos sociais, fundamentais, coletivos *lato sensu*) que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Por tudo isto, há que deixar assentado que o *constitucionalismo-dirigente-compromissário não está esgotado*. A Constituição ainda deve "constituir-a-ação", mormente porque, no Brasil, nunca constituiu. *No texto da Constituição de 1988 há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado*. O problema é que, em países como o Brasil, formou-se um "silêncio eloquente" acerca do significado da Constituição, naquilo que ela tem de "norma diretiva fundamental". Numa palavra: sob o manto de uma "baixa constitucionalidade", olvidou-se o constituir da Constituição; mas muito pior do que o silêncio é não prestarmos atenção nele." (STRECK, op. cit., p. 144-145.)

[26] ROSA, op. cit., p. 91.

[27] Cf. STRECK, op. cit.

[28] Ibidem, p. 135-136.

LivroPopulos.indb 218 23/10/2015 09:53:12

A Constituição deixaria de ter uma posição meramente *negativa*, enquanto *locus* da tutela de direitos fundamentais, para ser um texto *ativo*, delimitador e direcionador do agir estatal. Lembrando da advertência do próprio Canotilho de que essa mudança requer uma abertura para o *Direito Internacional* (fruto de um acoplamento gerado entre os Estados Ocidentais pelo processo de *globalização*).

Do ponto de vista pragmático, porém, as políticas *neoliberais* e as subsequentes reformas,[29] influenciadas por essa doutrina, são completamente antitéticas ao modelo dirigente preconizado, vez que "não é difícil perceber que, enquanto o neoliberalismo aponta para a desregulamentação, a Constituição brasileira nitidamente aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivas".[30]

Em um país no qual a violação do núcleo finalístico do Estado é perpetrada cotidianamente por aqueles que exercem funções políticas (executivo e legislativo), a proteção substancial da Constituição é uma necessidade urgente da sociedade, no intuito de conclusão prática do projeto de um Estado socialmente comprometido. O texto da *Carta Magna*, nessa perspectiva, ainda "assume relevância como um contraponto a essa tempestade globalizante/neoliberal",[31] evitando um verdadeiro estado de barbárie.

Este pode ser o ponto nodal da discussão sobre o papel da Constituição em países periféricos como o Brasil, a partir da necessidade de se entendê-la como explicitação do contrato social, enfim, da refundação do pacto social.

Diante do cenário apresentado, defende-se a tese *substancialista* como a mais apta, em detrimento do *procedimentalismo,*[32] no caso brasileiro,

[29] "Ao longo dos anos 1990, propagou-se na mídia falada e escrita e nos meios políticos e intelectuais brasileiros uma avassaladora campanha em torno de reformas. A era Fernando Henrique Cardoso (FHC) foi marcada por esse mote, que já vinha de Collor, cujas características de *outsider* (ou o que vem de fora) não lhe outorgaram legitimidade política para conduzir esse processo. Tratou-se, como se pôde observar, de "reformas" orientadas para o mercado, num contexto em que os problemas no âmbito do Estado brasileiro eram apontados como causas centrais da profunda crise econômica e social vivida pelo país desde o início dos anos 1980. Reformando-se o Estado, com ênfase especial nas privatizações e na previdência social, e, acima de tudo, desprezando as conquistas de 1988 no terreno da seguridade social e outros – a carta constitucional era vista como perdulária e atrasada -, estaria aberto o caminho para o novo "projeto da modernidade". (BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, E. *Política social: Fundamentos e história.* São Paulo: Cortez, 2006, p. 148).

[30] STRECK, op. cit., p. 139.

[31] STRECK, op. cit., p. 143.

[32] "Os bloqueios à concretização normativa da Constituição atingem os procedimentos típicos do Estado Democrático de Direito: o eleitoral, mobilizador das mais diversas forças políticas em luta pelo poder; o legislativo-parlamentar, construído pela discussão livre entre oposição e situação; o jurisdicional, baseado no *due process of law*; o político-administrativo, orientado por critérios de constitucionalidade e legalidade. Assim sendo, não se pode falar em uma esfera pública pluralista construída com base na intermediação de dissenso conteudístico e consenso procedimental. O Estado Democrático de Direito não se realiza pela simples declaração constitucional dos procedimentos legitimadores. A concretização constitucional deles é imprescindível, mas depende de um conjunto de variáveis complexas, sobretudo de fatores socioeconômicos e culturais que possam viabilizar a desprivatização do Estado e a superação das relações de subintegração e sobreintegração. Impõe-se assim enfrentar consequentemente a conexão paradoxal de legalismo e impunidade, no sentido da construção

LivroPopulos.indb 219 23/10/2015 09:53:12

para sustentar e fundamentar uma mudança paradigmática, no contexto pragmático do Estado, enfrentando os interesses político-econômicos de grupos hegemônicos,[33] em prol de uma sociedade livre.[34]

O *substancialismo,* por sua vez, parte da premissa de que "a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta própria do modelo liberal-individualista-normativista, que permeia a dogmática jurídica brasileira".[35]

Esse intervencionismo, porém, não deve ser confundido com uma atuação pautada no *livre-arbítrio*, a ideia de *ativismo* aqui desenvolvida é da atuação de uma *justiça constitucional*, que atue positivamente na defesa dos direitos e garantias fundamentais, na concretização do projeto dirigente de Estado, mas nos termos e limites delimitados pelo sistema jurídico, principalmente pela Constituição.

Ao delimitar as suas teses de *respostas corretas, integridade e coerência* do sistema jurídico, portanto, Ronald Dworkin conseguiu estabelecer parâmetros, limites, para a atuação da *jurisdição*, de sorte que o seu modelo substancial é totalmente adequado para a defesa de um modelo *substancialista de justiça constitucional*.

A Justiça Eleitoral, também no exercício de sua função jurisdicional, deve se filiar ao mesmo entendimento. Interessante pontuar que, via de regra, a ideia reinante é a de que essa justiça especializada limita-se a uma mera função procedimental, assegurar que as regras de forma serão respeitadas.

Inspirado na metáfora criada por John Hart Ely (*Democracia e Desconfiança*. São Paulo: Martins Fontes, 2010), é como se o juiz eleitoral fosse um árbitro de futebol, ou seja, o seu papel é garantir o respeito às *regras do jogo*, sem, todavia, interferir no *resultado do jogo*, pois são os jogadores que irão definir o *placar*, e, portanto, quem é o vencedor ou perdedor. Ideia completamente procedimentalista.

Acontece que, mesmo na Justiça Eleitoral, existem uma série de valores constitucionais e direitos fundamentais que precisam ser substancialmente salvaguardados, sob pena de ofensa ao texto constitucional, o que requer do juiz que seja mais que um árbitro de futebol, pois ele também faz parte do jogo[36] e como participe deve atuar para concretização dos valores inerentes

de um espaço público de legalidade e constitucionalidade, como também na perspectiva da generalização da cidadania." (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 257-258).

[33] "No lugar da legitimação por procedimentos democráticos, em torno dos quais se estruturaria uma esfera pública pluralista, verifica-se uma tendência à "privatização" do estado. Em ampla medida, ela torna-se palco em que interesses particularistas conflitantes procuram impor-se à margem dos procedimentos constitucionais. Portanto, as relações de dependência e a "privatização" do estado contrapõem-se restritivamente à concretização constitucional dos "direitos humanos" e da "soberania do povo como procedimento"." (Ibidem, p. 247).

[34] "[...] liberdade não é a liberdade de fazer aquilo que se quer; é liberdade de fazer o que se quer na medida em que se respeitem os direitos morais devidamente compreendidos, das outras pessoas." (DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga.* São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 159-160).

[35] STRECK, op. cit., p. 185.

[36] Cf. PEIXOTO, Geovane. *Direitos fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 129-142.

LivroPopulos.indb 220 23/10/2015 09:53:12

ao processo (igualdade, moralidade etc.).

Com o escopo, todavia, de não aceitar respostas pautadas em questões binárias simplistas (substancialismo ou procedimentalismo), que demandam a escolha de uma possibilidade ou de outra, necessariamente, por entender possuir natureza excludente, pergunta-se o seguinte: é possível compatibilizar o *substancialismo* com o *procedimentalismo*?

Se por um lado a valorização do aspecto *substancial* apresenta uma adequação ao propósito de defender e garantir direitos fundamentais e os valores constitucionais, isso não exclui a necessária "observância a procedimentos, como forma de oposição ao poder arbitrário".[37]

Reforçando a vinculação entre estes dois aspectos, tem-se, ainda, que o próprio exercício de procedimentos e competências demanda uma leitura material e valorativa, a partir do momento em que os conceitos para a operacionalização destes elementos somente existem se lidos a partir de algum lugar. Em um tal contexto, a noção de participação política e de representação, por exemplo, assim como a própria noção de democracia, somente pode ser compreendida ou operada se tiverem claros os seus pressupostos. Todos estes elementos a que nos referimos residem, por sua vez, em um âmbito de caráter eminentemente substantivo, o que revela a indissociabilidade de ambos os aspectos, conforme sustentado.[38]

Em termos constitucionais, a materialização do *procedimentalismo* no texto da Carta Política de 1988, se consubstancia "nas exigências do princípio da democracia participativa e pluralista, de implementação de procedimentos para a tomada de decisões públicas que promovam a maior participação popular possível e assegurem a convivência social pacífica".[39] Tarefas explicitamente definidas no âmbito de atuação da Justiça Eleitoral.

Não se esgota, porém, apenas nesse aspecto da democracia participativa, mas também pelo fato de possuir uma "estrutura materialmente aberta, para o que se requer a intermediação de procedimentos [...]. O segundo consiste em que ela também assume uma forma de lei processual, ao estabelecer o estatuto organizativo do Estado".[40]

De sorte que é inegável a existência de uma dimensão *procedimental* na Constituição Federal de 1988, o que, por si só, demanda a sua conformação com o aspecto *substancial*, que, todavia, prevalece, até porque é o responsável pela delimitação do aspecto *procedimental*. No momento em que se entender essa necessidade de acoplamento, se fortalecerá, por sua

[37] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta:* reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 202.

[38] LEAL, op. cit., p. 202.

[39] ESPINOZA, op. cit., p. 162.

[40] Ibidem, p. 163.

LivroPopulos.indb 221 23/10/2015 09:53:12

vez, o fomento de um modelo dialógico.

Deve-se ter cuidado, contudo, com o déficit *procedimental* vivenciado pela realidade brasileira, exemplificado por uma democracia participativa "tímida" (para não dizer inexistente); na estruturação de um desenho institucional pautado em interesses particulares ou particularizados; e, por último, na conformação de decisões judiciais, por vezes, arbitrárias e descompromissadas com os valores morais da Constituição.[41]

5 À GUISA DE CONCLUSÃO

Assumiu o Poder Judiciário papel fundamental, nessa quadra da história, para a garantia e efetivação dos valores constitucionais essenciais para a concretização do Estado Democrático de Direito. A ausência de um agir estratégico estatal para a efetivação do projeto constitucional, por sua vez, gera um déficit democrático, que requer reparo, por meio de uma atuação jurisdicional para concretização dos direitos fundamentais.

Diante desse cenário, o substancialismo, ao garantir a pauta de direitos elencada na constituição como deveres vinculativos para a concretização de políticas públicas, garantidoras daqueles direitos fundamentais, deixaria de ter uma posição meramente *negativa*, enquanto *locus* da tutela de direitos fundamentais, para ser um texto *ativo*, delimitador e direcionador do agir estatal.

Requer, para isso, todavia, o desenvolvimento de uma Teoria Constitucional adequada ao modelo brasileiro, evitando, portanto, a mera transcrição acrítica de teses alienígenas para garantir a efetividade da Carta Política de 1988.

Defende-se, então, a tese *substancialista* como a mais apta, em detrimento do *procedimentalismo*, no caso brasileiro, para sustentar e fundamentar uma mudança paradigmática, enfrentando os interesses político-econômicos de grupos hegemônicos, em prol de uma sociedade livre, justa e democrática.

Não se pode negar, porém, a existência de uma dimensão *procedimental* na própria Constituição Federal de 1988, o que por si só demanda a sua conformação com o aspecto *substancial*, que, todavia, ressalte-se, prevalece, até porque é o responsável pela delimitação do aspecto *procedimental*. No momento em que se entender essa necessidade de acoplamento, entre esses modelos, se fortalecerá o fomento de um modelo dialógico como objetivo maior de um novo sistema jurídico, capaz de promover a concretização dos valores e direitos fundamentais no Brasil.

[41] "Nas situações de constitucionalismo simbólico, ao contrário, a práxis dos órgãos estatais é orientada não apenas no sentido de "socavar" a Constituição (evasão ou desvio de finalidade), mas também no sentido de violá-la contínua e casuisticamente. Dessa maneira, ao texto constitucional includente contrapõe-se uma realidade constitucional excludente do "público", não surgindo, portanto, a respectiva normatividade constitucional; ou, no mínimo, cabe falar de uma normatividade constitucional restrita, não generalizada nas dimensões temporal, social e material." (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 94).

LivroPopulos.indb 222 23/10/2015 09:53:12

Diante de tudo que foi discutido, então, defende-se que a adoção de um modelo *substancialista* irá fortalecer a *Justiça Eleitoral,* com o escopo de promover a efetivação e concretização dos *valores constitucionais*, ao exarar *decisões* que serão direcionadas para os problemas eleitorais concretos do Estado brasileiro. Essa seria, indubitavelmente, uma maneira de se dar efetividade e defender o modelo democrático adotado pela Constituição Federal de 1988, concretizando o tão sonhado *Estado Democrático de Direito* no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica. In: DIREITO, razão, discurso: estudos para a filosofia do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, E. *Política social:* fundamentos e história. São Paulo: Cortez, 2006.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito eleitoral esquematizado.* São Paulo: Saraiva, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil – Volume I.* 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga.* São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. *Entre substancialismo e procedimentalismo:* elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada**.** Maceió: EDUFAL, 2009.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral.* 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta:* reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LivroPopulos.indb 223 23/10/2015 09:53:12

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PEIXOTO, Geovane. *Direitos fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional.* Salvador: Juspodivm, 2013.

PINTO, Djalma. *Direito eleitoral:* improbidade administrativa e responsabilidade fiscal. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral.* 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material:* aportes hermenêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica:* uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LivroPopulos.indb 224 23/10/2015 09:53:12

A INFIDELIDADE DO PARTIDO COMO A MAIS GRAVE TRAIÇÃO À DEMOCRACIA

Tiago Ayres[1]

RESUMO

Este trabalho tem como alvo desvelar uma nova perspectiva de fidelidade partidária, quase sempre restrita à relação mandatário-partido político, avançando rumo ao dever de fidelidade do partido para consigo mesmo, como uma condição para que a fidelidade do mandatário ao partido possa ser exigida, afastando-se a nociva hipótese de aprisionamento partidário. Guardando relação direta com o princípio da democracia partidária, sem dúvida alguma, esta breve provocação busca contribuir com o fortalecimento do sistema partidário e da própria democracia brasileira.

Palavras-chave: Fidelidade partidária. Princípio da democracia partidária. Fidelidade do Partido.

ABSTRACT

This work aims to reveal a new perspective of party loyalty, almost always restricted to the agent – political party relationship, advancing towards the loyalty duty of the party to itself, as a condition for the agent's loyalty to the party may be required, moving away the harmful hypothesis of party imprisonment. Having a direct relationship with the principle of party democracy, with no doubt, this brief provocation intends to contribute to the strengthening of the party system and the Brazilian democracy.

Keywords: Party loyalty. Principle of party democracy.

1 INTRODUÇÃO

É pouco provável que se estude o Direito Eleitoral em dias de hoje sem que se pense, quase que automaticamente, no repisado tema da fidelidade partidária. Alçada à condição de causa autorizadora de perda de cargo eletivo por meio da Resolução n. 22.610/2007, editada pelo Tribunal Superior

[1] Tiago Ayres é Advogado Eleitoralista, sócio do escritório Ayres & Catelino Advogados Associados. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professor da Pós-graduação em Direito Eleitoral e em Direito Público da Faculdade Baiana de Direito. Professor de Direito Eleitoral da Rede LFG/Anhanguera.

LivroPopulos.indb 225 23/10/2015 09:53:12

Eleitoral (TSE), da noite para o dia passou a ser objeto das preocupações de toda a classe política, figurando como tema certo nas discussões partidárias, haja vista a sua extraordinária acolhida pela sociedade, e, especialmente, pela mídia nacional.

A Justiça Eleitoral, seja por meio dos tribunais regionais eleitorais, seja através do Tribunal Superior Eleitoral, debruça-se, com larga frequência, sobre as inúmeras ações que têm como objeto a decretação da perda de cargo eletivo em razão da mudança de partido pelos mandatários.

Como no sistema eleitoral brasileiro não é admitida a chamada candidatura avulsa, sendo imprescindível a filiação do candidato a um partido, a hipótese de mudança injustificada de agremiação partidária pode ensejar graves consequências.

Mas é preciso atentar-se para aspecto que parece ter passado despercebido em meio à empolgante discussão sobre o assunto. Identifica-se, mais do que nunca, um claro recado dirigido aos partidos políticos que pode ser sintetizado da seguinte forma: não basta cobrar-se fidelidade dos mandatários às agremiações partidárias pelas quais foram eleitos, impondo-se, antes de tudo, fidelidade dos partidos a si mesmos.

O desafio deste breve estudo está em evidenciar esse dever de fidelidade dos partidos para consigo mesmos, provocando-se uma nova perspectiva que avança para além da obrigação de fidelidade do mandatário para com o partido, alcançando, e neste aspecto concentrando-se, o dever de auto fidelidade dos grêmios políticos, e, também, em demonstrar que a infidelidade do partido configura justa causa para a migração de grêmio político.

Consoante será esclarecido, o encaminhamento do discurso que ora se propõe alinha-se ao esforço de se racionalizar a investigação do Direito Eleitoral, buscando fundá-lo nos seus princípios constitucionais estruturantes, especialmente no altiplano princípio da democracia partidária.

2 A EMERGÊNCIA DO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA

É fora de dúvida que, ao longo de toda a história da ciência jurídica, a doutrina positivista inclinou-se no sentido de compreender o direito apenas e tão somente como reflexo da lei. Não obstante a dinâmica da vida e a complexidade das ações humanas, entendia-se que na lei estaria disciplinada, à minúcia, toda a pluralidade da vida em sociedade.

Nesse rumo, a atividade interpretativa também não poderia possuir outros contornos, senão aqueles próprios da lei, não passando a interpretação de uma mera e quase mecânica operação lógico-formal (subsunção).

Ocorre que, com o agigantamento da crise da modernidade jurídica, fruto, sobretudo, da incapacidade do modelo vigente de responder às expectativas de uma sociedade plural e de ser avesso aos influxos dos valores

LivroPopulos.indb 226 23/10/2015 09:53:12

sociais, a doutrina passou a dedicar-se com grande afinco ao reexame da concepção positivista do Direito, surgindo daí um novo paradigma na compreensão do fenômeno jurídico, qual seja, o pós-positivismo.

E é precisamente neste contexto que passam a ganhar relevo os princípios de direito, cuja importância passa a ser muito maior, ensejando, inclusive, a noção de sistema jurídico principiológico.

Neste contexto de delineamento de um sistema jurídico principiológico, a obra de Ronald Dworkin destaca-se como um divisor de águas no debate da filosofia pós-moderna do Direito. Isto porque sublinha a importância dos princípios jurídicos como elementos de articulação entre direito e moral, fundamentando uma crítica ao positivismo analítico.

Deveras, no atual estágio de evolução do Direito, não se concebe mais que o fenômeno jurídico se restrinja à pura manifestação da lei, coincidente exclusivamente com a noção de regras, passando a compreender, também, e com contundência, os princípios jurídicos, elementos normativos veiculadores de especial carga valorativa.

Nas pegadas de Ronald Dworking, *in verbis*:

> A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. [...] As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.
> [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.[2]

Contribuindo significativamente para uma melhor compreensão desse novo olhar sobre o fenômeno jurídico, assevera Humberto Ávila que, *in verbis*:

> Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente entre os princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a

[2] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* Tradução de: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39-42.

LivroPopulos.indb 227 23/10/2015 09:53:12

> determinação imediata da prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.[3]

Daí a definição de princípios como *deveres de otimização* aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.

Estudando detalhadamente estes dois institutos, J.J.Canotilho discorre sobre diversas fórmulas que têm sido elaboradas como critério de *descrímen* para regras e princípios:

> Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.
>
> a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.
>
> b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação directa.
>
> c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
>
> d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin)ou na idéia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
>
> e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentais de regras, isto é, são normas que estão na base ou

[3] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. aum. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 28-29.

LivroPopulos.indb 228 23/10/2015 09:53:12

> constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.[4]

Conclusivamente, negar força normativa aos princípios é andar em descompasso com o constitucionalismo contemporâneo, é tripudiar das próprias razões do Estado Democrático de Direito.

3 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Ensina o professor Jorge Miranda, *in verbis*:

> Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas princípios e normas-disposições.[5]

Mais relevante do que a discussão em derredor de eventual disposição escalonada dos princípios e das regras, é a reflexão acerca da normatividade das normas-princípios. Se hoje o discurso jurídico parte da premissa da sua força normativa, em tempos mais recuados essa não era a compreensão, imperando por muito tempo a defesa dos princípios como meras normas programáticas, ou, ainda, como instrumentos de interpretação e integração de normas. Todavia, razões não há mais para insistir no equívoco que vinha cometendo a doutrina tradicional.

Aos princípios não pode ser delegado o papel coadjuvante no cenário jurídico. Tê-los tão-somente como meios de interpretação e integração de normas, é reduzir a sua grandeza, é enxergar apenas uma das suas faces, um dos lados da moeda, é estar aquém do que verdadeiramente são.

Mas, como já dito, por muito tempo, teve guarida a idéia dos princípios como possuidores de caráter meramente programático. Aliás, há estudiosos que negam a força normativa dos princípios, os inadmitindo como normas.

O maior grau de abstração dos princípios, a dificuldade de sua aplicação, em razão do que chamam de insuficiência de pressupostos fáticos, e até mesmo uma suposta insegurança jurídica são algumas ponderações que fazem para descaracterizá-los como espécies de norma jurídica.

Não obstante as opiniões contrárias, negar força normativa aos princípios é cometer inescondível equívoco, é caminhar distanciado da boa lógica, senão veja-se a lição que se extrai de Noberto Bobbio, *verbis*:

---

[4] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 390.

[5] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. p. 198.

LivroPopulos.indb 229 23/10/2015 09:53:12

> Os princípios são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacunas? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?[6]

Assim é que, jogando luzes em meio à escuridão, o mestre italiano aclara a questão, fazendo crer não haver mais razão para negar a normatividade dos princípios. Mas, então, se princípios e normas-disposições (regras) são espécies do gênero norma, qual ou quais traços os distinguem?

Diferençar princípios de regras quer parecer, ao menos à altura do tempo presente, uma tarefa ainda difícil. Entretanto, menos, por óbvio, pelo valor da presente obra, e mais, muito mais, em função de dois grandiosos nomes, Ronald Dworkin e Robert Alexy, é possível contar com critérios que permitem uma distinção com maior segurança. Embora já se tenha feito referência linhas atrás aos autores acima referidos, impõe-se, porque assaz elucidativa, a transcrição da seguinte lição de Humberto Ávila, *verbis*:

> Foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição. A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao positivismo (*general attack on positivism*), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (*principles*). Para ele as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios,

[6] BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UNB, 1989. p. 158-159.

LivroPopulos.indb 230 23/10/2015 09:53:12

> ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm os fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (dimension of weight), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca a sua validade.[7]

A contribuição de Alexy não é menos importante, valendo ressaltar a explicação que segue, *verbis*:

> Segundo a definição de *standard* da teoria dos princípios, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, senão também das jurídicas [...] Bem diferente estão as coisas nas regras. Regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos [...] Elas são, portanto, mandamentos definitivos.[8]

Inegável, portanto, a força normativa dos princípios que de simples e limitados instrumentos de integração do ordenamento jurídico, foram erigidos à condição de normas fundantes, aptas a plasmar comportamentos em sintonia com os valores próprios do Estado Plural de Direitos.

Assim, postas essas considerações sobre a perspectiva pós-positivista dos princípios, e a sua já reconhecida força normativa, calha seja investigado o conteúdo do princípio da democracia partidária.

4 PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA PARTIDÁRIA

Seria mesmo de todo impossível abordar o tema da fidelidade partidária, ou a quebra de tal dever, sem refletir sobre este relevante princípio que reserva especial destaque aos partidos políticos no sistema político nacional.

Por mais que haja justificadas resistências em toda a sociedade brasileira, chegando-se mesmo a falar-se em profunda crise de legitimidade dos partidos, fato é que houve uma clara e consciente opção constitucional pela imprescindibilidade dos partidos na concretização da democracia brasileira.

[7] ÁVILA, op. cit., p. 28.

[8] Ibidem, p.74-75.

LivroPopulos.indb 231 23/10/2015 09:53:12

Do tipo semidireta, a democracia representativa do Brasil é concretizada por intermédio dos grêmios políticos, que devem funcionar como veículos catalizadores das mais variadas parcelas do pensamento nacional. Veja-se que o desenho constitucional dos partidos políticos é traçado no art. 14, § 3º, V, da Lei Maior, que, indene de dúvidas, prevê a filiação partidária como condição de elegibilidade.

É dizer, dentre outras tantas exigências positivas, como é o caso do pleno gozo dos exercícios políticos, domicilio eleitoral na circunscrição, nacionalidade brasileira, alistamento eleitoral e idade mínima, a Constituição Federal impõe ao eleitor o dever de se filiar a um partido político para que possa exercer plenamente os seus direitos políticos, no caso, na perspectiva passiva, o *jus honorum*.

Vê-se, portanto, que a Carta Política de 1988 não admite candidatura desvinculada de partidos, a chamada candidatura avulsa, conferindo às agremiações partidárias o monopólio das candidaturas.

Evidente que, não obstante a opção constitucional, essa concepção de democracia partidária não está livre de críticas, aliás, se bem vistas as coisas, tornou-se rotina para os partidos brasileiros, conviver com uma explícita, e cada vez mais corpulenta, desconfiança dos cidadãos brasileiros em relação à sua atuação no jogo democrático.

Nesse rumo de ideias, aduz José Jairo Gomes, *in verbis*:

> Na verdade, ao se investirem no mandato, os políticos fazem dele o que bem entendem. A experiência tem revelado que alguns o buscam por motivos inconfessáveis, mas sempre sob o manto de um discurso bem urdido, bem lapidado. Na verdade, jamais existiu controle sério e eficaz do exercício do mandato. Os inúmeros escândalos a que se assiste dia após dia fazem com que a população relacione o meio político à corrupção [...] Percebe-se um certo desencantamento pelo atual modelo de democracia representativa [...].[9]

Não sem razão o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no ano de 2007, editou resolução prevendo a hipótese de perda do cargo eletivo para quem tenha migrado do partido originário, pelo qual se elegeu, para outra agremiação, ressalvando as hipóteses que configurariam justas causas para a mudança.

Nota-se que com tal medida, de legalidade e constitucionalidade absolutamente questionáveis, o tribunal superior teve como alvo impor rechaço à desregrada e oportunista migração partidária ao sabor dos interesses circunstanciais dos ocupantes de cargos eletivos, o que enfraquece a própria ideia de democracia partidária, haja vista o descompromisso dos mandatários com o conteúdo programático do partido por meio do qual se elegeram.

[9] GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 36.

LivroPopulos.indb 232 23/10/2015 09:53:12

Apesar da legítima intenção do TSE, consistente no fortalecimento dos partidos políticos, tal resolução é tida, por alguns, a um só tempo, como ilegal e inconstitucional, isso porque não haveria qualquer autorização no ordenamento jurídico pátrio para que o TSE, por meio de resolução, inovasse, criando ou restringindo direitos.

Deveras as normas que tratam das chamadas "resoluções", mais precisamente, "instruções", nos seus termos, são claras quanto ao seu papel, restrito a garantir a "fiel execução da lei eleitoral", atendendo a seu caráter regulamentar, consoante se depreende, por exemplo, dos arts. 105, da Lei n. 9.504/97, e 23, IX, da Lei n. 4.737/65.

Ora, se a legislação eleitoral, nem muito menos a Constituição Federal, preveem a hipótese de infidelidade partidária como causa para a perda do cargo eletivo, forçoso é concluir que jamais uma instrução, com caráter meramente regulamentar, poderia, inovando o ordenamento jurídico, criar esta novel hipótese.

De outro lado, a resolução revela a sua inconstitucionalidade na medida em que, acintosamente, viola o art. 22, da Constituição Federal, pois que legisla sobre direito processual, uma vez que concebe todo o devido processo legal, com previsão do rol dos legitimados ativos, defesa, recurso, instrução processual, dentre outros aspectos dessa natureza.

Não obstante a relevância e seriedade desse juízo de legalidade e constitucionalidade, opta-se, neste estudo acadêmico, por tangenciá-lo, concentrando a sua análise nos esforços do TSE em, por meio dessa questionável resolução, fortalecer o sistema partidário e contribuir para o resgate da credibilidade dos partidos políticos.

De mais a mais, calha gizar que, ainda que alguns sustentem a inconstitucionalidade de tal resolução, a mesma contou com majoritária aceitação nos meios jurídicos e com a larga simpatia da sociedade brasileira, não remanescendo a mais mínima hipótese de expurgá-la do ordenamento jurídico.

O que chama a atenção, e figura como ingresso para o próximo tópico a ser enfrentado neste artigo, é que a apresentação da fidelidade partidária como fundamento do sistema eleitoral brasileiro, parte do equivocado pressuposto de que o voto do eleitor é primeiramente conferido ao partido e depois ao candidato. Esse seria o cenário ideal, mas sabe-se que absolutamente desgarrado da realidade brasileira.

Nesta mesma trilha, é o pensamento de Eneida Desiree Salgado, *in verbis*:

> A mudança partidária, assim, seria uma traição ao eleitor, à sua vontade soberana manifestada nas urnas, à sua participação mais efetiva na formação da vontade do Estado, ao seu acesso ao poder. Nada mais equivocado. Talvez fosse melhor para a democracia brasileira que

LivroPopulos.indb 233 23/10/2015 09:53:12

> assim o fosse. Mas não o é. O eleitor, em geral, vota em nomes, em pessoas.[10]

Celso Castro, um dos grandes publicistas do país, costuma afirmar que grande equivoco é "importar institutos sem submetê-los à alfândega cultural do país importador". Neste particular está em sintonia com o pensamento esposado por Eneida Desiree Salgado quanto à "importação" da fidelidade partidária.

De toda sorte, e apesar de reconhecer que o voto no Brasil ainda hoje é personalista, há de se ver com bons olhos a iniciativa do TSE de, por meio da Resolução n. 22.2610/2007, buscar plasmar comportamentos, no caso, endurecendo as restrições aos movimentos migratórios entre partidos, muitas vezes motivados por razões nada republicanas.

Claro que a defesa da sua ilegalidade, ou mesmo inconstitucionalidade, é um dado a ser seriamente considerado. Todavia, pondo essa questão ao largo, parece não haver razão para não reconhecer a importância dessa resolução para a construção de uma nova cultura na democracia brasileira, em que os partidos sejam cada vez mais prestigiados.

E é sob esse enfoque que passará a ser investigado o próximo tópico deste breve esforço acadêmico, reservando-se algumas linhas para tratar não só do dever do mandatário ser fiel ao partido pelo qual foi eleito, mas, sobretudo, a obrigação do próprio partido ser fiel a si mesmo, sob pena de configuração da chamada infidelidade do partido, causa justificadora para a migração partidária.

5 A INFIDELIDADE DO PARTIDO COMO JUSTA CAUSA PARA A MIGRAÇÃO PARTIDÁRIA: UM ASPECTO POUCO EXPLORADO

Malgrado as dúvidas lançadas quanto à constitucionalidade e legalidade da Resolução n. 22.610/2007, que disciplina o processo de perda do cargo eletivo por infidelidade partidária, a jurisprudência nacional não tem conferido maior importância a tal discussão, sempre realçando a sua relevância para o fortalecimento do sistema partidário para o próprio regime democrático.

Segundo os termos da Resolução n. 22.610/2007, o partido político interessado, entendendo ter havido migração injustificada de seu filiado, ocupante de cargo eletivo, para outro partido, poderá pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de tal cargo em razão do que se convencionou chamar "abandono" do partido.

Consoante já sublinhado linhas atrás, a premissa é a de que o eleitor, antes de mais nada, votaria no partido, devendo o candidato eleito manter-se

[10] SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 139.

LivroPopulos.indb 234 23/10/2015 09:53:12

fiel ao seu conteúdo programático, afinal de contas o eleitor somente teria optado por ele em razão de estar alinhado à cosmovisão do grêmio político.

Sendo assim, o trânsfuga estaria a quebrar a confiança do próprio eleitor que acreditou estivesse elegendo alguém comprometido a seguir a linha doutrinária do partido pelo qual logrou êxito nas eleições.

Acontece que, tendo em mira afastar a transmutação da ideia da fidelidade partidária em nocivo aprisionamento partidário, a própria resolução da Corte Superior Eleitoral previu as chamadas justas causas para a mudança de partido, interditando, nestes casos, a perda do cargo eletivo do trânsfuga.

Conforme os termos da resolução em questão, são consideradas justas causas a incorporação ou fusão do partido, a criação de novo partido, a mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e a grave discriminação pessoal, *in verbis*:

> Art. 1º O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.
> § 1º Considera-se justa causa:
> I) incorporação ou fusão do partido;
> II) criação de novo partido;
> III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
> IV) grave discriminação pessoal.

Assim, caso o partido originário entenda ter havido indevida mudança para outra agremiação partidária, poderá, em até 30 (trinta) dias contados da desfiliação, requerer a perda do cargo eletivo do migrante.

Ademais, quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, poderá fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subsequentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral, este último, como se sabe, com ampla legitimidade em todo o processo eleitoral.

Dentre as mencionadas hipóteses de justa causa, duas são as mais agitadas perante as cortes eleitorais: a criação de novo partido e a grave discriminação pessoal. A primeira, mais recentemente vista na prática eleitoral, se deu pelo surgimento dos novos partidos, o que funcionou como larga porta para os movimentos migratórios, como se deu com a criação do Partido Social Democrático (PSD).

Já a segunda hipótese, grave discriminação pessoal, até por possuir conteúdo cuja densificação é mais variável, é ainda mais ventilada como justificativa para aqueles que migram de partido.

Neste último caso, urge ser dito que a jurisprudência do TSE tem sido bastante rigorosa, não admitindo meras divergências políticas dentro da agremiação como justa causa.

Mas no que interessa ao propósito deste breve estudo, merece destaque o inciso III, da Resolução n. 22.610/2007, que apresenta como justa causa a mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário.

LivroPopulos.indb 235 23/10/2015 09:53:13

Eis aí a porta de entrada para uma nova perspectiva da fidelidade partidária, revelando-se a idéia segundo a qual tão importante quanto se exigir fidelidade dos mandatários aos partidos políticos a que estão enfileirados, é cobrar-se fidelidade dos partidos a si mesmos, ou seja, às suas bandeiras e ideário, sob pena de se viabilizar – e justificar – a mudança de partido.

Da mesma forma que o partido político pode tentar obter o mandato de quem dele se desgarrou sem justa causa (infidelidade partidária), também está autorizado a migrar para outro partido aquele mandatário que detectar, e provar, por meio do devido processo legal de justa causa, a atuação reiterada do seu partido de origem em desconformidade substancial com o programa partidário, caso em que se estará diante de flagrante *infidelidade do partido*.

Essa é uma leitura que deve ser introjetada pelos partidos políticos. É fundamental que, com a mesma energia com que os partidos buscam judicialmente a decretação da perda do cargo eletivo daquele que migra para outra agremiação, também se empenhem na tarefa de implementar verdadeiramente o seu próprio conteúdo programático, concretizando-o diariamente nas suas manifestações nos mais variados espaços de debate público.

A discussão da fidelidade partidária não pode se apequenar, restringindo-se tão somente aos casos em que os ocupantes de cargos eletivos mudam injustificadamente para outros grêmios políticos.

É necessário alargar o espectro para compreender que há uma missão muita mais elevada: os partidos devem figurar, no sistema eleitoral brasileiro, como os principais catalizadores das diversas parcelas do pensamento nacional, e como tal, não podem delas se desviar, sob pena de configuração da infidelidade do partido aos seus próprios princípios, a maior das traições.

A Resolução n. 22.610/2007, ao prever expressamente a mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário como justa causa para a mudança de partido, oportunizou à jurisprudência pátria uma possibilidade de contribuição ainda maior ao fortalecimento do sistema partidário por meio da exigência da fidelidade do partido a si mesmo.

Sendo assim, a partir desta nova dimensão, os tribunais, ao interpretarem a resolução sob análise, devem avaliar com rigor a configuração da eventual hipótese de desvio ou mudança substancial do programa partidário, evitando que partidos, sob o pretexto de cobrar fidelidade partidária, aprisionem mandatários a um grêmio político que sequer observa os seus próprios princípios e conteúdo programático, afinal não é possível confundir-se fidelidade partidária com *aprisionamento partidário*.

Assim, o partido que não observa, com frequência, o seu próprio estatuto, desviando-se dos seus valores, desrespeitando os direitos e garantias dos seus filiados, sustentando posicionamentos claramente incompatíveis com os próprios princípios estruturantes da agremiação, dá ensejo a mais

LivroPopulos.indb 236 23/10/2015 09:53:13

grave das traições, a infidelidade do próprio partido, causa mais do que justa para a migração, afinal de contas não seria razoável exigir-se a manutenção deste "casamento" entre o filiado e o partido originário quando a relação é duramente vulnerada por uma imperdoável traição.

5 CONCLUSÃO

Com o enfrentamento do tema ora proposto, uma nova forma de se pensar o instituto da fidelidade partidária foi evidenciada. Menos pela inovação deste trabalho e muito mais pelo alcance que foi dado ao assunto pela própria jurisprudência pátria, sobretudo em razão da especial contribuição do Tribunal Superior Eleitoral.

Viu-se que o fenômeno jurídico ganhou em complexidade e riqueza com a emergência do paradigma pós-positivista, passando-se a compreender a norma jurídica não apenas como manifestação da legalidade estrita, ganhando especial destaque os princípios e a sua força normativa. Essa nova perspectiva, segundo demonstrado, ensejou ainda maior reforço ao caro princípio da democracia partidária, opção da Constituição Federal de 1988.

Nesse rumo, evidenciando-se o relevante papel dos partidos políticos na concretização do sistema partidário brasileiro, e, por consequência, para a própria democracia, chamou-se atenção para a edição, pelo TSE, da Resolução n. 22.610/2007, que disciplinou o processo de perda de cargo eletivo na hipótese de infidelidade partidária.

Desse modo, consoante explicado, desejou o TSE fortalecer o sistema partidário por meio do reforço à fidelidade partidária, ressaltando, entretanto, as chamadas hipóteses de justa causa para a migração.

E foi exatamente ao apresentar o desvio reiterado e a mudança substancial do programa partidário como hipóteses expressas de justa causa, que o TSE franqueou os instrumentos necessários para esta breve contribuição doutrinária que se esforça em demonstrar que o instituto da fidelidade partidária deve ser investigado sob *duas perspectivas relacionais*: a do mandatário para com o partido e a do partido para consigo mesmo.

Em outras palavras, jogou-se luz, ao longo deste artigo, para o fato de que um partido infiel a si mesmo, aos seus princípios e conteúdo programático, não pode exigir fidelidade de qualquer dos seus mandatários, sob pena de ensejar abominável *aprisionamento partidário*. Assim, ofereceu-se uma nova perspectiva de compreensão do tema, apresentando a infidelidade do partido, cujas formas de manifestações são múltiplas e não taxativas, como uma clara justa causa para a migração partidária.

LivroPopulos.indb 237 23/10/2015 09:53:13

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. aum. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: UNB, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 390.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* Tradução de: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39-42.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 36.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. p.198.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 139.

LivroPopulos.indb 238 23/10/2015 09:53:13

O PROCEDIMENTO DO REGISTRO DE CANDIDATURAS NO PARADIGMA DO PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO: ATIVIDADE ADMINISTRATIVA OU JURISDICIONAL?

Elaine Harzheim Macedo[1]

Rafael Morgental Soares[2]

RESUMO

Este artigo estuda o procedimento de registro de candidaturas no paradigma do processo eleitoral democrático. Seu objetivo é demonstrar o caráter jurisdicional de todo o procedimento, inclusive de sua fase inicial - sem impugnação -, como uma forma vantajosa de realização dos direitos políticos fundamentais, sobretudo do direito constitucional à elegibilidade (cidadania passiva), em comparação ao modelo misto consagrado na doutrina eleitoralista brasileira, para a qual a suposta ausência de contraditório evidenciaria o caráter administrativo dessa fase inicial. Para chegar a tal resultado utiliza-se a experiência do direito processual civil, cuja técnica de sumarização do processo conhecida como "inversão do contraditório" passa a ter lugar no direito eleitoral.

Palavras-chave: Democracia. Processo eleitoral. Direitos políticos. Direito processual eleitoral. Procedimento de registro de candidaturas. Atividade administrativa. Jurisdição.

ABSTRACT

This paper studies the procedure of candidatures' registration in the democratic electoral process paradigm. Its goal is to demonstrate the jurisdictional nature of the entire procedure, including its initial phase - without challenge - as an advantageous embodiment of fundamental political rights, especially the right to constitutional eligibility (passive citizenship), compared to the mixed model embodied in the brazilian electoral doctrine, for which

[1] Doutora em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito e Especialista em direito processual civil pela PUC/RS. Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito junto à PUC/RS. Ex-Desembargadora Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. E-mail: elaine@fhm.adv.br

[2] Mestrando em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Analista Judiciário. Chefe de Gabinete da Presidência do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Coordenador da Escola Judiciária Eleitoral do Rio Grande do Sul. E-mail: rafaelmorgental@hotmail.com

LivroPopulos.indb 239 23/10/2015 09:53:13

the supposed absence of contradictory would evidence the administrative character of this initial phase. To reach this result we use the civil procedural law experience, for which the summarization process known as “inversion adversarial” shall take place in the electoral law.

Keywords: Democracy. Electoral process. Political rights. Procedural law election. Procedure of registration of applications. Administrative activity. Jurisdiction.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho investiga a natureza jurídica do procedimento de registro de candidaturas no paradigma do processo eleitoral democrático, posicionando-se por seu caráter jurisdicional. Partindo de um exame inicial das funções constitucionais da Justiça Eleitoral, com realce sobre as similitudes e diferenças entre suas funções executiva e jurisdicional, o artigo defende a possibilidade de se compreender a homologação direta do registro de candidaturas (sem impugnação) como uma expressão da jurisdição eleitoral, e não da gestão das eleições.

A base de tal posicionamento é a concepção do processo judicial como um espaço democrático para a solução de conflitos efetivos ou potenciais, dentro do qual a ordinariedade - dominante e tradicional - cede espaço à sumariedade, em nome de sua substancialização, para o fim de se concretizar direitos fundamentais.

A partir daí a fase inicial do procedimento de registro de candidaturas (aquela que se desenvolve até antes de eventual impugnação) é concebida como jurisdicional, e não mais administrativa: admitido o caráter potencialmente litigioso dessa fase, considera-se que o contraditório fica postergado para a fase posterior, o que configura o uso da técnica de inversão do contraditório, uma das formas típicas de sumarização processual. Desse modo, o órgão eleitoral julgador permanece posicionado de forma angular, e não linear ao requerente da candidatura, exercendo autêntica jurisdição ainda quando a impugnação não é apresentada.

Assim, reconhece-se a aplicação de uma técnica forjada no direito processual civil para superar uma deficiência dogmática do direito processual eleitoral, bastante influenciado pelos ventos da ordinariedade e pelo tradicional entendimento de que as emanações da Justiça Eleitoral via de regra são administrativas.

Rompendo com esta tradição eleitoralista mediante a inserção das recentes contribuições do processo civil, a pesquisa oferece exemplos e traz questionamentos que buscam demonstrar a maior adequação do tratamento jurisdicional do procedimento de registro de candidaturas desde seu início,

LivroPopulos.indb 240 23/10/2015 09:53:13

e não apenas desde a impugnação, como vem ocorrendo, tudo como forma de garantir a maior eficácia dos direitos políticos fundamentais.

2 A JUSTIÇA ELEITORAL E SUAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS NO MODELO BRASILEIRO

Embora a república brasileira, desde sua primeira Constituição, tenha pautado o tema da organização política pela separação trina dos poderes, o que veio consagrado pela Constituição de 1988 em seu artigo segundo, a construção histórica da Justiça Eleitoral guarda peculiaridades que aqui não serão exploradas, mas apenas mencionadas, até como sustentação da proposta defendida neste trabalho e seu respectivo corte de conhecimento.

Nesse sentido, seja por continuidade histórica, seja pelo ordenamento jurídico vigente, consagrou-se que a realização de eleições no Brasil compete à Justiça Eleitoral, órgão alocado ao Poder Judiciário, cuja composição no texto constitucional estabelece o seu exercício por mandato de dois anos, podendo haver recondução, no primeiro grau, por Juízes de Direito (juízes estaduais, portanto), nos tribunais estaduais e no Tribunal Superior Eleitoral, mediante composição mista, mas que conta, entre os 7 (sete) membros, 5 (cinco) oriundos do Poder Judiciário. Não bastasse isso, no art. 92 da Constituição Republicana, os Juízes e Tribunais Eleitorais integram objetivamente os órgãos do Poder Judiciário.

Porém, diferentemente dos demais órgãos afeitos à atividade jurisdicional, a Justiça Eleitoral engloba atividades múltiplas, e aqui não se está falando em auto-organização, o que é comum nas demais instituições judiciais, voltadas à execução das eleições municipais e gerais em todo o território nacional, afastando-se tal atividade da peculiar função jurisdicional.

Esta fórmula octogenária encontra suas raízes na reação aos descalabros, historicamente conhecidos, dos resultados eleitorais no período da República Velha e, retroagindo no calendário, nas experiências eleitorais brasileiras do tempo do império, quando a parcialidade dos agentes responsáveis pela condução da disputa acabava contaminando a chamada "verdade eleitoral".[3]

Trata-se de construção verde e amarela, que a tradição cuidou de consagrar, constituindo nos dias atuais um paradigma político-jurídico, pois a ideia de um ramo judiciário especializado em eleições praticamente não tem paralelo no mundo.[4] Em matéria de eleições, uma das máximas de Montesquieu é observada à risca pelos povos em geral: as leis devem cor-

[3] ASSIS BRASIL, J. F. de. Manifesto da Aliança Libertadora do Rio Grande do Sul ao País, In: BROSSARD, Paulo (Org.). *Ideias políticas de Assis Brasil*. v. 3. Brasília: Senado Federal, 1989. p. 277-278.

[4] Outro exemplo de sistema similar vem da Nicarágua.

LivroPopulos.indb 241 23/10/2015 09:53:13

responder com exatidão à sociedade que regulam, sendo mero acaso o fato de legislações de povos distintos coincidirem.[5]

Não há dúvidas, porém, que planejar, organizar, fiscalizar, executar eleições num país que conta com mais de 142 milhões de eleitores[6] é tarefa das mais árduas, exigindo uma significativa lista de atividades, das quais aquela especifica de julgar, milenarmente entregue aos órgãos jurisdicionais, é apenas uma parcela, sem embargo de sua importância no processo eleitoral como um todo, ao efeito de manter a isonomia entre os candidatos, a normalidade e a legitimidade das eleições, que, em *ultima ratio,* é um dos principais sustentáculos da democracia e do Estado de Direito.

Nesse sentido, não é demasiado afirmar que, a rigor, a Justiça Eleitoral é "maior" do que um órgão jurisdicional. Na verdade, pode-se tomá-la como um "órgão eleitoral", instância **–** esta sim **–** cujo modelo brasileiro é reconhecido positivamente mundo afora, ainda que das mais variadas formas.[7]

De sorte que, sem embargo das funções de autoadministração, ínsitas às instituições dos Poderes Legislativo e Judiciário, como forma de garantir a sua independência e que para este trabalho desimportam, a Justiça Eleitoral exerce, constitucional e legalmente autorizada, as funções a seguir detalhadas, galgadas à condição de poder, seja por sua natureza (pela eleição se dá a investidura dos agentes dos Poderes Legislativo e Executivo), seja por sua força constitucional, cuja aceitação, de regra, pela comunidade jurídica, não encontra resistência.

Função jurisdicional: há países que sequer reconhecem a possibilidade de controle jurisdicional das eleições, entendendo o processo eleitoral como manifestação intocável de soberania popular, e mesmo em caso de violações às regras do jogo os resultados são estabilizados. No Brasil, não só o Poder Judiciário atua sobre questões eleitorais, inclusive ao efeito de desfazer a vontade popular se julgá-la viciada, como se constitui um ramo judiciário especializado no assunto, contando para tanto órgãos próprios. São inúmeros os processos que vão desde o enfrentamento de controvérsias nas candidaturas até o julgamento das contas eleitorais e partidárias. O diferencial nesta estrutura é que a jurisdição eleitoral, como já registrado acima, é pautada por princípios bastante peculiares, como a pluralidade de origem dos membros dos tribunais e a temporariedade dos mandatos, o que acaba promovendo uma oxigenação desejável nos cargos cuja responsabilidade é

[5] MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis.* Tradução, Introdução e Notas: Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2004. p. 190. (Série Clássicos).

[6] Conforme dados do TSE, de junho de 2014. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/consulta-quantitativo>.

[7] MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático?, Direitos Fundamentais e Democracia II, Coord. de Jonathan Barros Vita e Marcos Augusto Maliska. CONPEDI UFSC, 2014. p. 265-293. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/>.

LivroPopulos.indb 242 23/10/2015 09:53:13

lidar com questões política Não bastasse isso, os processos jurisdicionais percorrem caminho que pode chegar ao Supremo Tribunal Federal via recurso extraordinário, a exemplo de qualquer processo cível ou criminal, ainda que na fase de cognição e respectiva decisão e enfrentamento de questão infraconstitucional se resolva a demanda no âmbito dos órgãos especializados.

Função executiva: foi por meio da função executiva que se deu o nascimento da Justiça Eleitoral.[8] A realização de tarefas administrativas pela Justiça Eleitoral é a maior responsável pelo seu volume de serviço, não se limitando aos anos eleitorais, qualificando-se como um serviço público permanente, ofertado ao eleitor brasileiro em todo o território nacional. Com foco nestas atividades, poder-se-ia bem concluir que a Justiça Eleitoral é uma agência de eleições, zelando pelo cadastro eleitoral (registre-se, o maior cadastro público do Brasil), alistando os eleitores e os distribuindo em seções eleitorais; expedindo os respectivos títulos eleitorais; registrando os partidos políticos que desejam disputar eleições; no período da campanha eleitoral, distribuindo proporcionalmente entre os concorrentes o tempo nas divulgações das campanhas partidárias e eleitorais via rádio e televisão; prestando informações ao público em geral sobre o processo eleitoral, muitas delas com forte conteúdo educativo;[9] planejando e executando toda a votação informatizada, o que significa gerar softwares complexos, distribuir urnas eletrônicas, contar e divulgar os votos, proclamando os resultados.

Função consultiva: confirmando a natureza da Justiça Eleitoral como órgão eleitoral, entre suas competências, está a de responder a questionamentos em tese sobre matéria eleitoral,[10] com o objetivo de evitar disputas decorrentes de má ou duvidosa interpretação, orientando dessa forma não só os agentes promotores do processo eleitoral, mas os próprios órgãos judiciais inferiores, auxiliando-os na aplicação da lei eleitoral à gama de diversidades casuísticas. Trata-se de mecanismo que visa estabilizar o jogo e evitar questionamentos futuros sobre a legitimidade dos resultados. Embora as consultas respondidas sejam tratadas, informalmente, como jurisprudência do tribunal consultado, a tanto não se equiparam, pois a função consultiva não pode ser confundida com exercício antecipado da jurisdição. Suas respostas não vinculam o tribunal consultado e muito menos os demais órgãos de hierarquia inferior. A tarefa consultiva tem muito mais caráter administrativo do que

[8] Conforme o primeiro Código Eleitoral, instituído pelo Decreto n. 21.076, de 24.02.1932, art. 5º.

[9] Exemplo disso é a campanha de conscientização da participação das mulheres no processo político-eleitoral, em atenção à garantia constitucional da isonomia e da democrática inclusão política, que o TSE promoveu no primeiro semestre deste ano (2014), de ampla divulgação nas rádios e TV, com força no art. 93-A da Lei n. 9.504/97 (incluído pela Lei n. 12.891/2013).

[10] Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral), art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:
XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político;
Art. 30. Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais:
VIII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político;

LivroPopulos.indb 243 23/10/2015 09:53:13

jurisdicional, pois tal como as autoridades da administração fiscal esclarecem sobre matéria fiscal, as eleitorais o fazem na sua respectiva área.

Função regulamentar: a Justiça Eleitoral produz regulamentos com o objetivo de instrumentalizar a aplicação da legislação eleitoral. O manejo do poder regulamentar não pode ir de encontro às definições legais, mas apenas definir os meios pelos quais a legislação deve ser cumprida. Trata-se de poder infralegal, porque decorrente da própria legislação eleitoral que o prevê.[11] O principal instrumento de exercício deste poder são as Instruções, também denominadas Resoluções, expedidas pelo TSE. Dada a importância de tais atos normatizadores para o processo eleitoral, uma vez que o TSE normalmente compila a legislação eleitoral e incorpora sua jurisprudência consolidada nesses regulamentos, eles são rotineiramente identificados como "legislação eleitoral". Eventualmente, seja por incluir sua jurisprudência, seja por inovar em relação ao que o legislador previu (ou não previu, no caso de omissão), o TSE avança e produz atos normativos primários, que visivelmente escapam do poder regulamentar, configurando autêntico poder normativo, tema polêmico na doutrina eleitoralista.[12]

Embora tais múltiplas funções até possam ser medidas por sua intensidade estatística, inviável se dimensionar o grau de relevância ou importância para o processo eleitoral como um todo, considerando que é o conjunto dessas funções que responde pelas eleições dos mandatários dos Poderes Legislativo e Executivo, respondendo, pois, pela própria democracia brasileira.

Por outro lado, a construção histórica da Justiça Eleitoral mostra períodos em que determinadas funções, quase que isoladamente, respondiam pelo resultado das urnas. A exemplo, a função executiva. Nos primórdios da Justiça Eleitoral, seus órgãos praticamente só exerciam essa atividade, sendo raros os processos jurisdicionais que questionavam o pleito, no mais das vezes irresignações sobre a contagem de votos, quando ainda eram os mesmos computados manualmente por meio de cédulas de papel, ou perquirição de eventual prática de crime eleitoral.

A Constituição de 1988 instituiu um novo paradigma de Estado brasileiro, consagrando, entre os direitos fundamentais, os direitos políticos, refletindo-se na atuação da Justiça Eleitoral, que teve de se reinventar. Dentre

---

[11] Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral), art. 1º. Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado.
Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução.
Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:
IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;
Lei n. 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), art. 61. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para a fiel execução desta Lei.
Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições), Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, **atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei**, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos. (Redação dada pela Lei n. 12.034, de 2009) (grifamos)

[12] Mais uma vez, remete-se o leitor, para maiores desdobramentos sobre o tema: MACEDO; SOARES, op. cit., p. 265-293.

LivroPopulos.indb 244 23/10/2015 09:53:13

as suas funções, a jurisdicional galgou novos patamares, pois, além do Código Eleitoral (Lei 4.737/65), a Lei 9.504/97 (Lei das Eleições, sucessivamente atualizada) e a Lei Complementar n. 64/90 (Lei das Inelegibilidades, recentemente atualizada pela LC 135/2010, conhecida como "lei da ficha-limpa") previram um significativo rol de ações judiciais com vistas a discutir o registro, o sufrágio, a diplomação e o mandato dos candidatos, tenham ou não sido eleitos porque eventual conduta pode influir na sua condição de elegibilidade futura, refletindo-se a decisão judicial para os próximos pleitos.

Neste cenário, o processo judicial eleitoral, atuando lado a lado às atividades executivas da Justiça Eleitoral, ainda apresenta algumas inconsistências conceituais, a exigir da doutrina uma revisitação das respectivas naturezas jurídicas, competências, princípios norteadores, recursos, consequências jurídicas. Entre essas situações a exigir um olhar mais atento da doutrina e dos operadores do direito está o registro dos candidatos, verdadeira porta de entrada para o desencadeamento da disputa eleitoral.

O percurso para responder a tais questionamentos passa, indubitavelmente, por algumas reflexões que acompanham, desde sempre, a dicotomia entre administração e jurisdição e, mais recentemente desvelado, tema que diz com a substancialização do processo e sumarização (material) da jurisdição.

3 JURISDIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO COMO FUNÇÕES TENDENTES AOS FINS DO ESTADO

Remonta a Aristóteles conceber a atividade estatal, dadas suas múltiplas intervenções, a partir de determinadas categorias, definidas por aproximações das respectivas atuações, concluindo o filósofo por três categorias, identificadas pelo legislar, administrar a coisa pública e julgar os conflitos, o que se cristalizou como um dogma que venceu os tempos e os mundos. O tema foi resgatado por Montesquieu, no célebre Do Espírito das Leis, que previa o desastre para uma nação politicamente organizada se nas mãos de um único governante ou grupo de governantes se concentrasse o exercício das três atividades, configurando tirania.[13]

Em Celso Ribeiro Bastos relembra-se destaque importante, considerando inclusive as regras instituídas pela Constituição de 1988, ao efeito de compreender que o poder é uno (parágrafo único do art. 1º), mas tripartem-se suas funções, funções essas que estão comprometidas com a realização dos fins do Estado. Nesse patamar, o constitucionalista distingue funções de finalidades. Enquanto as funções atuam como "moldes jurídicos dentro dos quais deverão ser cumpridas as finalidades estatais", aparecendo como fixas e perenes, as finalidades podem adquirir nuanças diferentes, de acordo com

[13] MONTESQUIEU, op. cit., p. 190.

LivroPopulos.indb 245 23/10/2015 09:53:13

a prioridade de determinados objetivos, politicamente definidos, adequando-se às necessidades locais e temporais, sempre mutáveis.[14]

Para os limites deste trabalho, importam as funções administrativas, típicas do Poder Executivo, e as funções jurisdicionais, afeitas ao Poder Judiciário, o que de per si já gera outros debates infindáveis. Resgatando lições clássicas, lembra-se Chiovenda, por ser, no tópico, um ícone para a construção da doutrina processual brasileira, guardada a dimensão temporal,[15] já que sua obra remonta há quase um século. O mestre italiano, também se filiando à ideia de que o poder decorre da soberania, o que é inerente ao Estado, distingue as funções legislativa, governamental (ou administrativa) e jurisdicional, nesta identificando a atuação da vontade da lei (lembre-se que suas ideias eram as que vigiam no início do século XX, quando ainda imberbe a noção de Estado, muito voltadas ao formato do Estado Legal ou de Direito e presas ao conceito de juiz como a boca da lei).[16] Seguindo na difícil tarefa de distinguir uma da outra e reconhecendo que nem sempre é possível conceber uma separação absoluta, declina Chiovenda como traço diferencial entre o que é jurisdicional e o que é administração a natureza de atividade de substituição, presente na primeira e ausente nesta última. Nesse sentido explica:

> Utilizando o que de verdade se contém em todos esses modos de ver, a mim se me afigurou que o critério realmente diferencial, correspondente, em outros termos, à essência das coisas, reside em que a atividade jurisdicional é sempre uma atividade de substituição: é – queremos dizer – a substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia. Opera-se essa substituição por dois modos correspondentes aos dois estádios do processo, cognição e execução. a) Na cognição, a jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectiva do juiz à atividade intelectiva, não só das partes mas de todos os cidadãos, no afirmar existente ou não existente uma vontade concreta de lei concernente às partes.[…] b) […] Quando, porém, se trata de uma vontade de lei exequível pela parte em causa, a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida, seja que a atividade pública tenha por fim constranger o obrigado a agir, seja que vise

[14] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1, p. 430-431.

[15] Crítica maior é o lastro ideológico, comum a seu tempo, de ver na jurisdição uma mera declaração da vontade da lei, acusando comprometimento com o paradigma racionalista que geriu a jurisdição e o processo por mais de um século e cujos efeitos ainda se fazem sentir no processo brasileiro. Contudo, para o que aqui se pretende, é possível, sim, trabalhar com seus ensinamentos, sem abrir mão de uma releitura de conceitos.

[16] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil.* (As relações processuais – A relação processual ordinária de cognição). trad. de J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2, p. 4-5.

LivroPopulos.indb 246 23/10/2015 09:53:13

> ao resultado da atividade. Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida em lugar de outrem (não, entendamos, em representação de outros).[17]

Prossegue o professor da Universidade de Roma dizendo que tais características são ausentes na administração, cuja atividade é imposta direta e imediatamente pela lei aos órgãos públicos responsáveis pela condução da *res publica*. O administrador, a partir do reconhecimento do Estado como ente jurídico, age em nome do interesse da própria pessoa jurídica, ao efeito de perseguir certos interesses públicos, concluindo Chiovenda que **"**o juiz age atuando a lei; a administração em conformidade com a lei; o juiz considera a lei em si mesma; o administrador considera-a como norma de sua própria conduta**"**,[18] afirmando que a administração é atividade primária ou originária, enquanto que a jurisdição é sempre secundária ou coordenada.

Mesmo que alguns desses conceitos careçam de uma profunda revisão frente ao Estado Democrático de Direito, formatado no seio de uma Constituição garantidora de direitos fundamentais, a natureza de substitutividade e o manejo dos instrumentos da jurisdição com foco nos contendores, enquanto que os peculiares à administração destinam-se à gestão da coisa pública e à sociedade como um todo, ainda é útil à difícil tarefa de distinguir uma atividade da outra. Juiz e administrador são, por definição, agentes públicos, a serviço do bem comum e da concretização dos valores tutelados pela Constituição. Contudo, atuam em planos diversos e com papéis também diversos.

Alguns aspectos natos a tais atividades auxiliam na sua definição e, o que mais releva, na sua diferenciação. Assim, por exemplo, o juiz se posiciona equidistante aos conflitos de interesses que os litigantes carreiam para o bojo do processo, mantendo-se em relação a eles numa posição de angularidade (evita-se propositadamente o uso da expressão neutralidade); o administrador atua como (re)presentante do ente público, posicionando-se linearmente frente ao outro ente público ou privado com quem se juridicamente relaciona. O juiz é sempre provocado para agir (princípio da demanda); o administrador age por esforço e iniciativa próprios. A decisão proferida em juízo, esgotadas as vias recursais, se cristaliza, inclusive frente ao próprio julgador, na definitividade da coisa julgada, formal ou material; a decisão tomada pelo administrador pode ser levada a juízo com vistas à sua revisão ou desconstituição, ou, ainda, reformulada pelo próprio ente público.

De qualquer sorte, é na própria Constituição e respectivas formas de distribuição de poder que se encontram definidas tarefas e atuações pertinentes a uma ou outra função. E não há dúvida de que tanto os órgãos da jurisdição como os órgãos da administração estão vinculados à Constituição e aos fins e fundamentos do Estado brasileiro, devendo zelar pela concreti-

[17] Ibidem, p. 10-11.

[18] Ibidem, p. 12.

LivroPopulos.indb 247 23/10/2015 09:53:13

zação dos direitos fundamentais, individuais, coletivos e sociais, somando-se na unidade do ordenamento constitucional.

Em apertadas linhas esse material, mais ou menos assimilado pela doutrina, é suficiente para o enfrentamento das questões que se seguem em relação à compreensão do que acontece com o registro das candidaturas, no âmbito do processo eleitoral, até porque o tema **–** conceituar jurisdição e diferenciá-la das demais funções do Estado **–** autorizaria, por si só, trabalho de escopo próprio. Importa, ainda, ter-se presente situação peculiar **–** que por vezes agrava a diferenciação entre as funções estatais **–** que diz com o exercício de outras atividades, na medida em que cada instituição **–** Legislativo, Executivo e Judiciário **–** também atua, especialmente no que diz com sua autodeterminação, exercendo funções não típicas, até para concretizar a cláusula pétrea de que os poderes são independentes e harmônicos. Apenas para exemplificar, o Judiciário administra sua força de serviços e infraestrutura para a boa condução dos processos judiciais (o que também acontece com o Legislativo relativamente aos seus órgãos e serviços), e, por outro lado, emite normas através de provimentos, resoluções, instruções para melhor gerir suas funções precípuas.[19] De outra banda, o Executivo (e assim também o Legislativo) detém competência para processar administrativamente um sem número de situações, desde as hipóteses infracionais de seus servidores como defesas realizadas pelo contribuinte no processo de inscrição de dívida ativa.

4 JURISDIÇÃO E PROCESSO: TÉCNICAS DE SUMARIZAÇÃO COMO SUBSTANCIALIZAÇÃO DO PROCESSO

O processo como espaço democrático de composição de conflitos é um dos temas que mais tem merecido atenção dos juristas como forma de garantir a concretização dos direitos e valores que a ordem jurídica e constitucional contempla. Ao longo das últimas décadas, o Código de Processo Civil[20] tem sido objeto de inúmeras reformas, tendo surgido mais recentemente a proposta legislativa de um novo CPC.[21]

Um dos mais fortes debates diz com a crítica à ordinariedade, que tomou conta do processo civil brasileiro, como um verdadeiro dogma, responsável por estabelecer um paradigma ineficiente e moroso, profundamente distanciado da dialeticidade e historicidade que caracterizam os conflitos humanos.[22]

[19] O Conselho Nacional da Justiça é o exemplo maior de produção de tais atividades regulamentadoras.

[20] O mesmo acontece com o Código de Processo Penal, contudo, trata-se de matéria não pertinente ao tema desenvolvido neste trabalho.

[21] Projeto de Lei n. 8.046-B/2010, em tramitação no Congresso Nacional.

[22] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia:* o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LivroPopulos.indb 248 23/10/2015 09:53:13

Resgatar o compromisso do processo com a substancialidade foi o caminho encontrado pelas vozes que se opõem ao massacre da jurisdição como atividade profundamente hermenêutica e construtiva, encontrando nas técnicas de sumarização uma saída heroica para restabelecer o comprometimento do processo com a vida ou, dizendo de outra forma, com o próprio direito material.

Jânia Maria Lopes Saldanha, a propósito de desvelar uma nova jurisdição, refere a sumariedade material como rumo à efetividade, lembrando que:

> Desde a Roma clássica, a atividade jurisdicional conheceu a sumariedade por meio da atividade pretoriana, antes mesmo da conformação da jurisdição que se deu com o nascer do Estado na modernidade. Esquecida por longo tempo em razão da sua absorção pela actio do período romano tardio, renasceu no medievo para atender às exigências do mercantilismo.[23]

Para, mais adiante, concluir:

> Assim, a jurisdição deve, antes de mais nada, reafirmar seu papel no contexto político-social, só possível quando o direito processual é substancializado. O que isso significa? Quer dizer que a dimensão dialógica do conflito somente terá sentido se os direitos materiais em jogo num dado processo consistirem nos reais valores a serem considerados em primeiro lugar no momento de qualquer decisão, sobretudo quando dispuser respeito à necessidade ou não de sumarizar. Contudo, o atraso das instituições processuais, somado à cegueira paradigmática, tem cores de enfermidade que não cansa de assolar mais vítimas.[24]

Convoca à reflexão a linha tênue que se estabelece entre a sumarização da jurisdição (aqui compreendida como prestação jurisdicional) e a consequente substancialização do processo, retomando o direito material o protagonismo na composição dos conflitos, podendo ser citadas, no caso do direito brasileiro, como exemplo típico e tradicional, as ações possessórias, cuja sumarização é vertical e horizontal, reduzindo as defesas e excluindo de seu âmbito as alegações de propriedade e admitindo antecipações de tutela de plena satisfatividade, alimentadas por comandos executórios e/ou mandamentais, não obstante não estejam imunes à influência da ordinarização da qual o intérprete insiste em se valer.

Com outro enfoque, a sumarização da jurisdição e a substancialização do processo apresentam-se como vias transformadoras da realidade social,

[23] SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil – A sumariedade material da jurisdição:* proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao Projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011. p. 370.

[24] Ibidem, p. 406.

LivroPopulos.indb 249 23/10/2015 09:53:13

daí o impacto que tal compreensão pode fazer na reconstrução de uma sociedade mais democrática, mais equilibrada, papel também atribuído ao Poder Judiciário.

O fato é que lado a lado ao processo comum, alimentado pela ordinariedade de amplas alegações e defesas e por enunciados sentenciais meramente declaratórios e de acertamento (juris + dicere), as formas de sumarização nunca deixaram de ganhar previsão no ordenamento jurídico ou reconhecimento pretoriano, não obstante o olhar desconfiado e resistente tanto do legislador como dos operadores jurídicos, que, na contramão, por vezes reduzem sua incidência, num processo de ordinarizar o que é essencialmente sumário.

De qualquer sorte, para os limites deste artigo, alinham-se aqui as principais técnicas de sumarização material da jurisdição, renovando-se formas procedimentais na busca por um processo substancializado.

Procedimentos interditais: o procedimento interdital, com raízes no direito romano clássico, ganha hodiernamente forma por meio de provimentos antecipatórios, alimentados por comandos mandamentais e executivos. No formato original do Código Buzaid, sua previsão ficava limitada a ações materialmente sumárias, regidas por procedimentos especiais, como as possessórias, ou em leis extravagantes, como a ação de busca e apreensão nos contratos de alienação fiduciária, regulada pelo Decreto-lei n. 911/69, ainda em vigor. Com as reformas pós-Constituição, os artigos 273, 461, § 3º e 461-A, § 3º, introduziram os provimentos antecipatórios no processo comum ordinário, dando o primeiro passo para vencer o dogma da dicotomia entre cognição-execução, tão afeito à ordinariedade. A força executiva e mandamental das antecipações de tutela, no mais das vezes, reflete-se nas respectivas sentenças, quando de procedência, interferindo diretamente no mundo fenomênico, alterando a situação de fato subjacente.

Procedimentos documentais: a técnica de sumarizar o ordinário (conceitualmente plenário) via redução da prova também tem origem remota, mais precisamente na Idade Média, visando a uma jurisdição mais célere e efetiva. Os chamados processos documentais foram contemplados **–** e ainda o são **–** para compor conflitos cuja controvérsia se resolve exclusivamente pela prova documental. A discussão judicial não vai além dos documentos apresentados, por sua força probatória, muitas vezes oriunda da própria lei material, afastando a sempre custosa e morosa dilação probatória. Trata-se de técnica que deu origem ao processo executivo e respectivo título extrajudicial. O exemplo pátrio mais significativo é o mandado de segurança, cuja liquidez e certeza configuram condição, constitucionalmente prevista, de agir pela via mandamental.

Interessante registrar que, em sede de mandado de segurança, há uma combinação entre a interditalidade (previsão expressa de liminar e

LivroPopulos.indb 250 23/10/2015 09:53:13

sentença mandamental) e a redução probatória (liquidez e certeza dos fatos que sustentam a pretensão deduzida), responsáveis pela definição do procedimento do mandado de segurança como procedimento sumário-documental de eficácia mandamental.

Procedimentos cautelares: também sumário é o processo cautelar. Segundo Ovídio A. Baptista da Silva, sua sumariedade se faz sentir tanto formal como materialmente.[25] Sob o aspecto formal, tem seu rito reduzido, simplificado, com prazos mais curtos e atos concentrados. Já a sumarização material se faz presente nos sentidos horizontal e vertical, reduzindo-se a atividade cognitiva à superficialidade do *fumus boni iuri* e *periculum in mora,* decidindo o juiz o conflito da cautelaridade com base apenas na verossimilhança, na aparência do bom direito posto em risco. Agrega, ainda, a força da interditalidade, admitindo provimento liminar e sentença mandamental.

Também para Kazuo Watanabe a sumariedade é flagrante nas ações cautelares, classificando-as como de cognição superficial, porquanto operam corte de conhecimento em razão da urgência tanto no viés da extensão como da profundidade do enfrentamento do conflito.[26]

Procedimentos monitórios ou injuncionais: cuida-se de técnica de sumarização que se realiza, essencialmente, pela cognição eventual, expurgando-a para uma fase posterior, conhecida como técnica de inversão do contraditório, a ser provocada pelo demandado e que, em sua fase inicial, se alimenta por ordem (daí a denominação monir, jungir), expedida com fundamento numa cognição sumária, baseada na verossimilhança. Com origem na Idade Média, ganhou os tempos, e se volta, no mais das vezes, para compor obrigações, que tanto podem ser de prestações de pagar, entregar coisa ou de fazer ou não fazer.

No direito pátrio, pelas reformas da década de noventa, foi introduzida a ação monitória no Código pátrio, pelos artigos 1.102A, 1.102B e 1.102C, mantida no Projeto do novo CPC, ainda que tenha sido, inicialmente, proposta sua exclusão.

Outras tutelas sumárias: não param por aí as técnicas de sumarizar o ordinário, podendo ainda ser acrescentadas algumas medidas que contam com essa função, sempre inspiradas pela necessidade de o processo atender às exigências do direito material, aproximando a forma do conteúdo, com um comprometimento da substancialização do processo como atividade jurisdicional. Nesse sentido, qualquer corte de conhecimento, remetendo parte do conflito, integrante de uma determinada demanda, para outro processo, configura uma prática de sumarização, limitando a lide e a respectiva prestação jurisdicional a uma fatia do conflito, e ficando a remanescente para ser decidida em processo próprio. Outros mecanismos, mais radicais,

[25] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Porto Alegre: Le Jur, 1985. p. 10-18.

[26] WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 100-103.

LivroPopulos.indb 251 23/10/2015 09:53:13

afastam a própria jurisdição na composição dos interesses em jogo, como ocorre com o Decreto-Lei n. 70/66, que autoriza a execução extrajudicial de bens adquiridos pelo sistema financeiro de habitação, fundados os respectivos contratos em cédula hipotecária. Nesses casos, a execução é privada e o devedor que se sentir prejudicado deverá tomar a iniciativa de buscar o Judiciário, via processo ordinário.

Revela-se necessário analisar o quanto tais formas de substancialização do processo podem ou não contribuir para a construção de um processo judicial eleitoral mais célere e efetivo, considerando a especificidade dos conflitos eleitorais, tema, porém, que requer outro espaço para investigação. Na presente empreitada, limitar-se-á a abordagem ao registro de candidaturas.

5 INVERSÃO DO CONTRADITÓRIO E CONTENCIOSIDADE

De tudo o que foi dito, importante destacar que não se confunde a sumarização da jurisdição, a partir de técnicas aplicadas ao processo, com a ausência de contenciosidade. Ao contrário, todas as formas acima estudadas estão voltadas a compor conflitos altamente litigiosos, apenas se valendo, para melhor aderência ao direito material, de procedimentos que refutam o paradigma da ordinariedade, alimentado pela ampla e irrestrita atividade cognitiva, tanto na prova (art. 332, do CPC) como nas alegações (art. 474, do CPC) e que, de regra, leva a sentenças de cunho declaratório de acertamento, dizendo quem tem razão (art. 269, inciso I, do CPC).

A garantia do devido processo legal ampara-se, na via da ordinariedade, no contraditório pleno e na ampla defesa. Contudo, é o mesmo devido processo legal que, para determinados conflitos de interesses, exige, pena de se burlar a efetividade e a tempestividade da jurisdição, formas alternativas, tais como as técnicas interditais, redução probatória, ações com enunciados de ordem, tutelas cautelares etc.

Uma dessas alternativas é a técnica de inversão do contraditório,[27] que ora se pretende abordar com mais detalhamento, face à importância que se empresta frente ao registro de candidaturas, como adiante se verá.

Embora a inversão do contraditório seja atribuída, no mais das vezes, ao procedimento monitório, não se encerra aí sua utilização. Exemplo tão ou mais importante é a ação de embargos no processo de execução.

A regra geral, no processo ordinário, é que o autor instale o contraditório. Não é por outra razão que, na petição inicial, há o expresso requerimento para que o réu seja citado e, querendo, conteste a ação (art. 282, inciso VII, CPC), cujos fatos alegados só serão tidos por verdadeiros na hipótese de revelia (art. 319, CPC) ou no caso de contestação, quando da sentença final

[27] Já mencionada no item anterior, quando se tratou da ação monitória.

LivroPopulos.indb 252 23/10/2015 09:53:13

(art. 269, inciso I, CPC), se procedente o pedido. Ou seja, os fatos alegados pelo autor são maculados pela incerteza, pela dúvida, pela tributada (por força do sistema) inverdade, daí porque cumprir a ele a abertura do contraditório.

Pela técnica de inversão do contraditório, os fatos alegados pelo autor ou são verossímeis (hipótese da ação monitória, art. 1.102A, CPC) ou são tidos como certos, líquidos e exigíveis (hipótese da execução de título, art. 586, CPC). A partir da verossimilhança ou certeza, o processo se alimenta por medidas judiciais interditais ou de pura execução, como ocorre, nas ações mencionadas, com o mandado de pagamento e o mandado de citação e penhora, ambas as medidas passíveis de se consolidarem no tempo, caso não manejada a instauração do contraditório pelo demandado. No caso da ação monitória, não opostos embargos, a ordem de pagamento se transforma em ordem executiva (art. 1.102C, CPC) e, no caso do processo de execução, dá-se início aos atos expropriatórios definitivos.

Tanto os embargos à monitória como os embargos do devedor na execução, têm conteúdo de ação de cognição, instaurando o contraditório que poderá, inclusive, caso bem sucedido o embargante em suas pretensões, desconstituir por completo a ordem de pagamento ou o título executivo extrajudicial.

De sorte que o ato judicial consistente na ordem de pagamento tem carga jurisdicional, proferido em sede de processo litigioso, na medida em que aprecia uma fatia da relação jurídica de direito material *sub judice*, gozando o mandado carga de império, característica também da atividade jurisdicional, que não se limita aos meros acertamentos da relação jurídica conflituosa, indo, além disso, à efetivação do direito material insatisfeito. Como ato decisório, ainda que sujeito à eventual contraditório, deve ser fundamentado, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.[28]

Não é diferente, no direito brasileiro, quanto à ordem de citação e penhora expedida em sede de processo de execução de título executivo extrajudicial, que tem natureza jurisdicional e que representa direta intervenção no patrimônio do executado. Nesse fio, defende Misael Montenegro Filho que a ordem de citação não só é pressuposto de validade do processo de execução, como ainda deve passar pelo crivo das condições da ação, dizendo respeito à legitimidade das partes, ao interesse de agir e à possibilidade jurídica do pedido,[29] a configurar típica atividade jurisdicional. Por outro lado, a contenciosidade no processo de execução já não é mais dúvida na comunidade jurídica, pois nem a certeza, liquidez e exigibilidade do título afasta a possibilidade de controverter o direito material, ainda que tal se faça pela via da inversão do contraditório, opondo o executado os embargos.

[28] MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 96-97.

[29] MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil:* teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2, p. 426-427.

LivroPopulos.indb 253 23/10/2015 09:53:14

O ato de penhora, por sua vez, de natureza executiva, autorizado pelo comando judicial, tem o poder de afetar o bem penhorado, liberando sua futura expropriação e tendo como reflexos a (possível) ineficácia de atos de alienação porventura praticados pelo executado.[30]

Os exemplos citados, por óbvio, não afastam a incidência da técnica ou o seu reconhecimento, expressa ou implicitamente prevista na legislação de regência, de modo a que a jurisdição alcance seus fins, compondo-se o conflito em absoluta aderência ao direito material.[31] Aliás, o Projeto do novo CPC propõe uma concessão de tutela antecipada (em tese, provisória), essencialmente sumária, que pode se estabilizar, caso não haja a provocação do demandado, irresignando-se contra a sua concessão, o que também representa manejo da técnica de inversão do contraditório.[32] Esse contexto, que não esgota as possibilidades, mostra que a inversão do contraditório se presta a otimizar a prestação jurisdicional sempre que o direito material subjacente reclamar atenção diferenciada para sua concretização, não estando engessada nos procedimentos que a regulam expressamente.

6 REGISTRO DE CANDIDATURAS: AGIR ADMINISTRATIVO OU AGIR JURISDICIONAL?

O registro de candidaturas é um momento decisivo do processo eleitoral. Decisivo, aliás, em dois sentidos: primeiro porque define o quadro de partidos políticos, coligações e candidatos que disputarão as eleições, e segundo porque esta definição é resultado de uma decisão da Justiça Eleitoral. Submetendo ao órgão eleitoral competente[33] o pedido de registro

[30] ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil:* do processo de execução, arts. 646 a 735. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 9, p. 146.

[31] Interessante solução é a apresentada pela prática e jurisprudência francesas, que construíram um sistema processual alimentado por ações sumárias, fundadas em juízo de verossimilhança, teoricamente provisórios, dando maior espaço para o direito material, através da *juridiction des référés,* que de jurisdição de urgência passou a constituir jurisdição da aparência, com pronunciamentos provisórios, conforme ensina Jânia Maria Lopes Saldanha, *in* obra citada, p. 371-372, ficando o contraditório por conta de recurso do que sofreu a concessão judicial. Trata-se, em apertada síntese, de adoção da técnica da inversão do contraditório. O juiz decide sobre o que a parte autora propôs e provou, cumprindo ao que sofreu o decaimento provocar a revisão da decisão.

[32] Projeto n. 8046-B/2010, art. 305: A tutela antecipada satisfativa, concedida nos termos do art. 304, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.
§ 1º No caso previsto no *caput,* o processo será extinto.
§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada satisfativa estabilizada nos termos do *caput.*
§ 3º A tutela antecipada satisfativa conservará seus efeitos, enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.
§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela satisfativa foi concedida.
§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

[33] Código Eleitoral, art. 89. Serão registrados:
I – no Tribunal Superior Eleitoral os candidatos a presidente e vice-presidente da República;

LivroPopulos.indb 254 23/10/2015 09:53:14

de candidaturas, os partidos, coligados ou não, desejam uma emanação declaratória que reconheça a sua habilitação e a de seus filiados-candidatos para a competição das urnas.

No caso dos partidos políticos e coligações, a Justiça Eleitoral verifica a regularidade de seus atos constitutivos e a validade da convenção partidária que deliberou sobre coligações e listagem de candidatos. Havendo irregularidade ou nulidade em um desses atos, ou mesmo o descumprimento de uma formalidade essencial ao regular trâmite do processo de registro (ex.: pedido intempestivo, apresentado após o dia 05 de julho),[34] o partido não tem reconhecido o direito de disputar as eleições, e por isso a situação dos respectivos filiados sequer é considerada, eis que a filiação partidária é condição constitucional de elegibilidade.[35] Trata-se, é verdade, de situação excepcional: raramente há impugnação ao registro de partido político ou de coligação para impedir sua participação no processo eleitoral, e ainda mais rara é a hipótese de acolhimento desse tipo de pedido. Mas tal não diminui a importância da hipótese aventada.

Superada a habilitação partidária para o pleito, a Justiça Eleitoral passa a analisar individualmente as condições de elegibilidade e as eventuais inelegibilidades dos candidatos. A imensa maioria preenche os requisitos, e assim vê declarado o seu direito político fundamental à elegibilidade para a eleição que se aproxima, o que ocorre por meio de edital.

Todo esse trâmite se desenvolve de forma rápida, mesmo sumária, no mais das vezes sem qualquer manifestação adicional do partido e do candidato requerente (há apenas parecer prévio do Ministério Público Eleitoral), pois uma das características do agir da Justiça Eleitoral é a celeridade, justificada pelo fato de que o calendário eleitoral é apertado e comprime, em três meses, a habilitação dos candidatos e a propaganda eleitoral.[36] Em termos quantitativos a fase impugnatória, que viabiliza a abertura do contraditório a respeito da elegibilidade, também é de baixa incidência prática, mas nem por isso pouco importante, dada a grandeza do direito discutido.

É a partir desse quadro de sumariedade constante (que engloba todos os pedidos de registro) e contraditório eventual (que se forma em impugnações) que a doutrina eleitoralista divide o procedimento de candidaturas

II – nos Tribunais Regionais Eleitorais os candidatos a senador, deputado federal, governador e vice-governador e deputado estadual;
III – nos Juízos Eleitorais os candidatos a vereador, prefeito e vice-prefeito e juiz de paz.

[34] Lei n. 9.504/97, art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições.

[35] CF, art. 14, § 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: [...] V - a filiação partidária;

[36] A Lei n. 9.504/97 permite a propaganda eleitoral a partir do prazo final para a apresentação do pedido de registro, e não da homologação da candidatura: *"Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição."* Essa permissão "antecipada" da propaganda decorre da presunção de elegibilidade dos pretensos candidatos, uma razão a mais para considerar declaratória a eficácia da decisão judicial que homologa as candidaturas: o direito de concorrer é preexistente.

LivroPopulos.indb 255 23/10/2015 09:53:14

em duas fases distintas. Partindo de um conceito de jurisdição calcado na contenciosidade, afirma-se que apenas o estabelecimento de controvérsia sobre a elegibilidade de algum candidato (ou partido político/coligação) é capaz de desencadear a atuação jurisdicional do órgão eleitoral: antes disso o procedimento seria "meramente" administrativo.[37]

Desse modo, o procedimento de registro de candidaturas, visto como um modelo teórico completo – desde o pedido até a homologação definitiva –, teria um caráter misto: administrativo na ampla maioria dos casos (os não controvertidos, quando a homologação é direta ou quando do indeferimento não há recurso) – e jurisdicional numa minoria controvertida, quando instaurada a controvérsia.[38] A jurisdição, então, seria excepcional.

De fato, na lida cotidiana do direito eleitoral percebe-se uma tendência a "administrativizar" tanto quanto possível os atos eleitorais. Havendo dúvida, a matéria é tratada como administrativa, o que vem ocorrendo inclusive no caso do registro de candidaturas, cujo substrato jurídico - elegibilidade e inelegibilidades - tem forte repercussão no âmbito jurisdicional, havendo ações para reconhecer e também impor inelegibilidade, como o Recurso Contra a Expedição de Diploma (RCED) e a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE).

Seja porque o "administrativo" seria em tese mais célere e simples do que o "jurisdicional",[39] seja porque afinal de contas a Justiça Eleitoral, embora "justiça", seria muito mais um órgão gestor das eleições do que propriamente judicante,[40] a inclinação ao administrativo é patente.

Entretanto, a presunção de que a Justiça Eleitoral é menos justiça e mais administradora desafia algumas considerações. Primeiramente, entende-se que não é possível estabelecer precedência entre atividades que são complementares entre si, voltadas ao mesmo objetivo final. Administração, jurisdição, orientação, regulamentação e eventual normatização, tudo converge igualmente para a promoção de eleições livres e democráticas.

Mais. Empreendendo-se uma releitura da conformação histórica da Justiça Eleitoral, pode-se sustentar que a opção por investir o judiciário no

[37] "O procedimento é de natureza administrativa. Na verdade, o juiz eleitoral ou o tribunal fazem o exame formal dos requisitos para o deferimento do registro, analisando os documentos legais apresentados." [...] "Na prática, ocorrem autuações diversas. O procedimento do registro engloba todos os candidatos a candidatos de um determinado partido político ou coligação, enquanto o processo da ação impugnativa é autônomo [...]." RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 367. Dentre os que reconhecem o caráter jurisdicional do procedimento de registro de candidaturas está Adriano Soares da Costa: "Alguns autores identificam nesse fenômeno uma ação de jurisdição voluntária. [...] Soares da Costa assinala tratar-se de 'uma ação de jurisdição voluntária, sem espaço para o estabelecimento de contraditório'. [...] a relação processual forma-se 'linearmente, entre requerente e juiz eleitoral, sem que haja angularização, ou seja, sem a existência de um polo passivo.'" GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 191, citando COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

[38] "[...] uns entendem que esse processo tem cunho administrativo, ao passo que outros afirmam constituir um misto de administrativo e jurisdicional." GOMES, op. cit., p. 191.

[39] Características desejáveis a um processo eleitoral comprimido no tempo.

[40] Comparadas as grandezas, o volume de trabalho administrativo (que, certamente, existe) é bastante maior do que o jurisdicional.

LivroPopulos.indb 256 23/10/2015 09:53:14

poder de conduzir as eleições não se justifica apenas em virtude da maior imparcialidade de seus membros em comparação aos integrantes dos outros poderes (lembremos que executivo e legislativo são compostos por pessoas eleitas, e que, portanto, seriam suspeitas de dirigir seu próprio processo eletivo); esta opção histórica abre a possibilidade para um processo eleitoral eminentemente jurisdicional, justamente porque é a jurisdição, ao fim e ao cabo, que garante o exercício dos direitos fundamentais, dos quais os direitos políticos são componentes.

Ou seja, a vantagem de se ter uma "justiça" eleitoral não se resume à imparcialidade de seus membros.[41] A ela agrega-se o fato de que seus integrantes são portadores de jurisdição e especialistas na matéria eleitoral, podendo atuar a lei de forma técnica e definitiva. Ora, na medida em que a estabilização do processo eleitoral é um valor fundamental para a afirmação democrática, quer parecer que a opção por um modelo jurisdicional de atuação das autoridades eleitorais é preferível a um modelo administrativo. Neste último, a falta de vocação para a definitividade pode resultar numa indefinição indesejável ao quadro político, além de abrir a possibilidade de discussão jurisdicional, até mesmo em instância alheia à Justiça Eleitoral, daquilo que fora decidido administrativamente na própria Justiça Eleitoral![42]

Em suma, a concentração das atividades eleitorais num órgão jurisdicional (considerada a tópica desse órgão no quadro da separação tripartite dos poderes) revela a preferência por um modelo cujas decisões são tomadas sob o manto da jurisdição, com caráter definitivo e por isso mesmo estabilizador, sendo excepcional o caráter administrativo de suas emanações, mesmo porque a aptidão maior de um magistrado é prestar jurisdição.

Ao discutir os conceitos de jurisdição eleitoral, justiça eleitoral e administração eleitoral, Fernández Rodríguez e Barral[43] esclarecem que a ideia de se criar uma jurisdição eleitoral (ou seja, de se instaurar o exercício da jurisdição sobre as questões do processo eleitoral) parte da necessidade de fortalecer a democracia. A partir disso os autores definem uma tipologia baseada em quatro modelos verificáveis no mundo democrático: a) inexistência de jurisdição eleitoral; b) jurisdição eleitoral exercida pela jurisdição

[41] Embora, evidentemente, haja nítida vantagem ética no fato de que juízes não elegíveis sejam os condutores do processo eletivo, conforme CANELA JUNIOR, Osvaldo. O controle jurisdicional do processo político no Brasil. *Paraná eleitoral:* Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política. Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira - UFPR - v. 1, n. 2. Curitiba: TRE, 2012: "[...] o poder Judiciário passou a ser chamado, no contexto social, ao controle da ética do processo eleitoral." p. 183; "Cabe ao poder Judiciário, especialmente à Justiça Eleitoral, proceder à correta leitura da dimensão ética pretendida pela soberania popular no processo político, ultrapassando, em sua tarefa hermenêutica, o mero silogismo lógico-sistemático, para atingir um grau de comunicação eficiente com a sociedade, fazendo prevalecer suas mais altas aspirações no momento histórico." p. 191.

[42] O fenômeno já é perceptível: com a ampliação das hipóteses de inelegibilidade provocada pela Lei Complementar n. 135/2010, que alterou a LC 64/90 e ficou conhecida como "Lei da Ficha-Limpa", algumas modalidades de inelegibilidade passaram a ser versadas em outras esferas alheias à Justiça Eleitoral, o que rompe com uma tradição de concentração do trato da matéria eleitoral na justiça especializada.

[43] FERNÀNDEZ RODRÍGUEZ, José Júlio; BARRAL, Daniel Nero. Jurisdição Eleitoral: reflexão teórico-pragmática baseada em uma aproximação ao caso europeu. *Estudos Eleitorais*: Revista do Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, v. 1, n. 1, p. 10-28, 2012.

LivroPopulos.indb 257 23/10/2015 09:53:14

ordinária; c) jurisdição eleitoral reservada a tribunais eleitorais especializados; e d) jurisdição eleitoral exercida pela corte constitucional.

No caso brasileiro, temos uma jurisdição eleitoral especializada, fato que, concebido no contexto da tipologia indicada, revela uma predileção pela condução jurisdicional das eleições. A consideração do registro de candidaturas como um ato administrativo estaria melhor lançada nos países que adotam os modelos "a" e "b" - inexistência de jurisdição eleitoral ou jurisdição eleitoral exercida pela jurisdição ordinária -, não no Brasil. Qual o sentido de se considerar administrativo um julgamento proferido por um juiz (ou tribunal) eleitoral brasileiro investido em jurisdição, no âmbito de uma justiça criada exatamente para julgar (e certamente administrar) as eleições, e ainda por cima em matéria diretamente afeta aos direitos fundamentais?

Assim, a confusão entre administração e jurisdição que se estabelece no âmbito da Justiça Eleitoral, quando um juiz-administrador ou tribunal-administrador de eleições atua, como regra deve ser resolvida em favor da jurisdição. Com isso não se está a desmerecer de modo algum o agir administrativo. Pelo contrário: sem ele simplesmente não há processo eleitoral. O que se diz é que, naquelas circunstâncias especiais, nevrálgicas do processo eleitoral, como é o caso registro de candidaturas, é a jurisdição que atua, em defesa dos direitos fundamentais dos candidatos, desde que, por óbvio, este direito esteja presente - e a melhor forma de dizer isso no Estado Democrático de Direito é mediante a jurisdição. Disso resulta a incidência das regras do art. 93 CF sobre os atos assim praticados, com todas as consequências daí advindas: devido processo legal, juiz natural, vedação de prova ilícita, duplo grau de jurisisdição, entre outras, e não as do art. 37 da CF, que orientam o agir administrativo.

Nesse contexto, o espaço da atividade administrativa não seria meramente residual. Ele seria ocupado por todos os atos e decisões sem interferência direta ou que possibilitassem controvérsia sobre o exercício de direitos políticos fundamentais, assim, por exemplo, a fixação dos locais de votação, a convocação de mesários e membros da junta eleitoral, a preparação e a distribuição de urnas eletrônicas, a contratação de serviços terceirizados, a coleta e contagem dos votos e o que mais releva, a manutenção do cadastro de eleitores.

Ainda, o receio de um alongamento indevido do procedimento de registro de candidaturas, provocado por sua natureza jurisdicional, não se confirma. Antes o contrário: visualizar o registro como matéria administrativa pode ensejar a busca por outros mecanismos jurisdicionais de defesa dos direitos políticos, como o mandado de segurança, e isso até mesmo fora da Justiça Eleitoral, conforme dito acima. O suposto alongamento parece se embasar numa visão distorcida de jurisdição como atividade morosa, pesada e ordinária, incompatível com a celeridade eleitoral, e necessariamente contenciosa e triangular. Ora, tais características

LivroPopulos.indb 258 23/10/2015 09:53:14

"negativas", típicas de um modelo de ordinariedade, vêm dando lugar à substancialização da jurisdição, que não é refratária à sumariedade, antes a deseja, na medida em que a efetividade de certos direitos (como os políticos) só é garantida quando não há delonga. Assim, a Justiça Eleitoral, enquanto justiça, é um espaço privilegiado para a condução dessa transição paradigmática, atuando com celeridade, mas nem por isso administrativamente.

Por esses motivos, a relação jurídica que se estabelece entre o requerente do registro e o órgão eleitoral, no caso de homologação direta, não é linear.[44] O julgador não participa do procedimento na posição de Estado-administrador, em situação simétrica e oposta ao peticionário, e na incumbência de defender o interesse público, que pode mesmo ser antagônico ao interesse do particular-candidato; ele é o Estado-juiz, imparcial, e está na mesma posição angular (equidistante) em que estaria caso tivesse de julgar a impugnação. Nesta qualidade ele tanto pode declarar a existência do direito político fundamental à elegibilidade quanto não reconhecê-lo, e mesmo de ofício. Nesta última hipótese, o Estado-juiz não está defendendo o interesse público nos moldes em que o faz um administrador, muito embora o resultado prático possa ser exatamente esse;[45] ele está simplesmente a negar a existência do direito político vindicado, tendo sua decisão eficácia declaratória e aptidão para produzir coisa julgada formal.[46]

Resta dizer que a defesa do caráter jurisdicional do procedimento de registro não é simples capricho teórico. O processo jurisdicional contemporâneo, no Estado democrático de Direito, constitui garantia de direitos fundamentais.[47] Pois é a jurisdição que entregará ao candidato requerente uma decisão técnica e suficientemente fundamentada, como é de rigor, o que lhe será valioso inclusive e especialmente no caso de indeferimento, por possibilitar o manejo do competente recurso com foco exclusivo na matéria controvertida.

Nesse sentido, o procedimento de registro de candidaturas é aqui concebido como jurisdicional desde seu início, sendo incidental o estabelecimento de controvérsia pela via da impugnação, que não origina, mas apenas prolonga a prestação jurisdicional.

---

[44] Registre-se a posição contrária de Zilio: "[...] o pedido de candidatura se configura como uma relação jurídica linear (partido político/candidato - Juiz Eleitoral), distinguindo-se da ação de impugnação ao registro de candidatura - que se caracteriza pela angularização da matéria judicializada." ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral:* noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à diplomação), ações eleitorais. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. p. 270.

[45] Afinal é interesse da coletividade que candidaturas impuras não se desenvolvam.

[46] Contra a eficácia declaratória a posição de Ramayana: "A decisão, no processo administrativo eleitoral, é de natureza constitutiva, pois, a partir do deferimento do registro, o candidato passa a ser considerado juridicamente candidato." RAMAYANA, op. cit., p. 367.

[47] CASTRO, Letícia Lacerda de. Processo constitucional e democracia: ensaio sobre a construção participada da decisão eleitoral no Estado Democrático de Direito. *Estudos Eleitorais*: Revista do Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, v. 1, n. 1, p. 9-27, 2013.

LivroPopulos.indb 259 23/10/2015 09:53:14

Do contrário teríamos dificuldades substanciais: como tratar a homologação de um novo candidato que viesse a substituir outro considerado inelegível pela Justiça Eleitoral no curso do procedimento de registro? Teríamos um novo procedimento administrativo, surgido no contexto de um procedimento jurisdicionalizado? Ou este novo candidato teria um "tratamento jurisdicional" apenas pelo fato de que sua inclusão na listagem do partido, como substituto, se deu na fase judicializada do registro? Se este novo candidato for admitido sem controvérsias, terá havido um procedimento administrativo ou jurisdicional? Como admitir a natureza recursal de uma peça processual que busca desfazer uma decisão homologatória de registro não impugnada? Haveria recurso sem sentença prévia? Se a decisão que indeferir a candidatura não for impugnada por recurso, poderá o requerente renovar o pedido, supondo que tenha perdido o prazo para recurso mas haja prazo hábil para o registro (pedido e decisão antes de 05 de julho)?

Como visto, o caráter administrativo do registro deixa diversas questões em aberto. Assim, embora se reconheça a falta de clareza do ordenamento jurídico, há sobradas razões para afirmar o caráter jurisdicional de todo o procedimento de registro de candidaturas, para o que seria desejável o maior amadurecimento da matéria eleitoral, com o desenvolvimento paulatino de uma teoria geral do processo judicial eleitoral, capaz de absorver as peculiaridades e oferecer uma dogmática apropriada, menos dependente do processo civil.

7 O PROCEDIMENTO DO REGISTRO VERSUS AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AO REGISTRO DE CANDIDATURA: JURISDIÇÃO SUMARIZADA VERSUS PROCESSO SUBSTANCIALIZADO

Por tudo que já foi dito, o requerimento formulado pelo Partido Político ou Coligação visando ao registro da candidatura de seu(s) candidato(s), nos termos do art. 94, c/c art. 87, do CE, e arts. 10, caput e seus parágrafos, e 11 da LE, reveste-se de natureza postulatória, perante o órgão judicial competente (eleições municipais, Juiz Eleitoral da respectiva Zona Eleitoral; eleições gerais, os Tribunais Regionais Eleitorais, eleições presidenciais, o Tribunal Superior Eleitoral), instaurando, a partir de sua distribuição no juízo apropriado, um processo de natureza jurisdicional, cujo procedimento é, essencialmente, documental e cujo iter é estabelecido de forma célere, bastante concentrada, como de resto os procedimentos documentais autorizam (v.g, mandado de segurança), até porque dispensam dilação probatória.[48]

Assim, à petição de registro, devidamente instruída com os documen-

[48] Muito excepcionalmente esta fase poderá levar a alguma dilação probatória, como é o caso do candidato sob o qual recai dúvidas sobre sua condição de alfabetizado.

LivroPopulos.indb 260 23/10/2015 09:53:14

tos exigidos em lei (cópia autêntica da ata da convenção, autorização escrita do candidato, prova de filiação partidária, declaração de bens, cópia do título eleitoral ou certidão equivalente, certidão de quitação eleitoral, certidões criminais, fotografia, entre outros que a legislação de regência estabelecer conforme o cargo eletivo), será de imediato publicado edital para ciência dos interessados, correndo o prazo para eventual impugnação em cartório (arts. 94 e 97, do CE). Com essa providência, abre-se espaço para participação de outros interessados, que poderão intervir no processo em andamento e influenciar a decisão. Sem impugnação por parte dos legitimados, entre os quais se inclui o Ministério Público, o juízo competente deverá decidir pelo registro ou por seu indeferimento, pois se tratando de matéria de ordem pública não está o juiz adstrito a tão somente as alegações dos interessados.[49] A decisão nesses termos proferida submete-se à regra constitucional do art. 93, inciso IX, da CF, e o processo de registro recebe da legislação tratamento prioritário sobre quaisquer outros, na forma do art. 16º, § 2º. Não bastasse isso, as decisões proferidas em sede de processos de registro de candidaturas são passíveis de recurso, irrelevante se o primeiro grau se dá na primeira instância, hipótese regulada pelo art. 265, do CE, genericamente previsto para as decisões judiciais de primeiro grau e que ainda permanece em vigor, ou se de competência originária dos tribunais regionais, quando incidentes os arts. 257 e 258, do CE, mas em ambas os casos instaurando-se a instância recursal, ao efeito de reexaminar a decisão impugnada.

Procedimento assim concebido enquadra-se como uma luva na hipótese de procedimento documental, muito adequado para o direito material de regência, porque aquele que pretende se candidatar a um cargo eletivo no Executivo ou no Legislativo deve desde logo demonstrar que preenche todos os requisitos legais para ser aceito na disputa. Cumpre ao Judiciário viabilizar a publicidade do pedido, o que a publicação de editais atende *quantum satis*, e decidir sobre o (in)deferimento do registro, sem embargo de baixar em diligência se concluir que há vícios capazes de serem sanados antes da decisão final ou ainda determinar alguma diligência mais detalhada que entender pertinente para a formação de sua convicção.[50]

Contudo, uma vez publicizada a pretensão registral, nada impede que qualquer legitimado – Partido Político, Coligação, candidato, Ministério

[49] Aliás, não é diferente com o procedimento civil ordinário, onde a ausência de contestação não assegura a procedência da ação, mas sim terem-se como verdadeiros os fatos alegados, autorizar o julgamento antecipado e permitir a dispensa de intimação do demandado. Nada impede, porém, que em feitos onde ocorra revelia, venha a ser proferida sentença de improcedência, convencendo-se o juiz que o direito pleiteado não se aplica aos fatos alegados. Com mais razão no processo de registro de candidatos a cargos eletivos, onde o mote maior é a democracia representativa, toda a controvérsia versando sobre direitos fundamentais.

[50] Situação que pode gerar essa providência é a preocupação de investigar se há decisões proferidas por órgãos colegiados ainda não trânsitas em julgado que possam macular a candidatura por força de eventual inelegibilidade, nos termos da LC 165/2010, quando cediço que as certidões negativas que versam sobre a vida pregressa do candidato não abrangem tais dados.

LivroPopulos.indb 261 23/10/2015 09:53:14

Público (art. 3º, da LC n. 64/90), ou ainda, de acordo com o art. 97, § 3º, do CE, qualquer eleitor –,[51] que ganha foro de ação incidental de impugnação ao registro de candidatura (AIRC).

Segundo o disposto no art. 3º, *caput*, o prazo para sua interposição se dá em 5 (cinco) dias e sua natureza de ação incidental é acolhida pela doutrina tradicional.[52] Sua incidentalidade é em relação ao processo de registro, disso também não havendo discordância (que recai, como já se viu alhures, sobre a natureza jurídica do processo de registro).

Versa sobre a imputada ausência de condição de elegibilidade e/ou presença de causa de inelegibilidade do candidato, objetivando o afastamento do candidato da disputa eleitoral, e abrindo discussão sobre fatos que dizem respeito ao candidato até a data do registro de candidatura, ou seja, fatos pretéritos ao registro, sobrevindo sua propositura a partir do ajuizamento do pedido de registro e/ou publicação do edital referido no art. 97, do CE.

Uma vez proposta a impugnação, tanto o candidato como o partido ou coligação terão o prazo de 7 (sete) dias para promover a defesa, contestando a impugnação, desdobrando-se eventual dilação probatória, inclusive prova testemunhal se for o caso. Encerrada a instrução, as partes e o Ministério Público, que intervém no feito se não é seu autor, ofertarão as alegações finais no prazo de 5 (cinco) dias, devendo o juiz ou relator, de imediato, proferir sentença ou submeter o processo a julgamento pelo colegiado.

Cuida-se, portanto de ação incidental de cognição plenária, permitindo a mais ampla dilação probatória, com intervenção direta no julgamento do (in)deferimento do registro do candidato, de forma que, provida a ação de impugnação, o registro será indeferido, ou, desprovida a impugnação, o registro será deferido.

A obra está feita: o Código Eleitoral de 1965 e a Lei Complementar das inelegibilidades valeram-se da técnica da inversão do contraditório, permitindo que os interessados diretos (Partido, Coligação, candidato) ou a sociedade, representada pelo Ministério Público, e até o eleitor como cidadão, irrelevante aqui os termos em que essa intervenção possa ocorrer, participem de tão importante momento político, que praticamente dá início aos atos de campanha, divulgação dos projetos, conhecimento pelo povo de quem serão os candidatos e quais suas propostas, ou seja, os atos pré-eleição e que revelam significativa importância para o resultado final do sufrágio. Com essa intervenção, opera-se uma fiscalização mais subjetivamente ampla e democrática sobre os candidatos, contribuindo com o juízo eleitoral para que

[51] A legitimação de eleitor para impugnar candidaturas é tema polêmico, que não cabe aqui explorar, ficando apenas o registro. A orientação jurisprudencial do TSE, a exemplo do AgR-RO n. 4618-161PB, da relatoria do então Min. Arnaldo Versiani, publicado em 14.09.10, é no sentido de apenas autorizar que o cidadão notifique a inelegibilidade da qual tenha conhecimento à autoridade judicial.

[52] COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LivroPopulos.indb 262 23/10/2015 09:53:14

fatos não descritos no processo de registro venham à tona e sejam judicialmente avaliados e sopesados com a pretensão registral.

Vê-se, pois, que esse balanço entre o processo de registro e a ação incidental de impugnação ao registro da candidatura representa importante forma de sumarização da jurisdição e substancialização do processo, legitimando a prestação jurisdicional e aproximando-a da dignidade do direito material posto em causa: a tutela dos direitos fundamentais políticos e a normalidade e legitimidade das eleições, espaço de construção democrática das investiduras nos Poderes Legislativo e Executivo.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na aurora do século XX Hans Kelsen previa o desaparecimento da distinção entre jurisdição e administração, entendendo que a separação só se justificava pela forma de organização dos tribunais.[53] Pois no Brasil do século XXI, que há oito décadas organiza seus tribunais eleitorais atribuindo-lhe tarefas administrativas e jurisdicionais, não se vislumbram os sinais da profecia kelseniana.

A justaposição dessas atividades permanece desafiando a doutrina, que se debate acerca da natureza administrativa ou jurisdicional das emanações da Justiça Eleitoral. E não em vão, pois o que distingue uma de outra atividade não é apenas a organização dos tribunais, mas a natureza das atividades que desenvolvem. É dizer, o traço distintivo não está no órgão, mas no ato.

No ordenamento jurídico brasileiro administração e jurisdição possuem pressupostos e efeitos distintos, e o fato de que uma autoridade judiciária desempenhe, ao mesmo tempo e no contexto do mesmo macroprocesso - o processo eleitoral - atividades distintas constitui um importante desafio intelectual: o que faz um juiz ou tribunal eleitoral quando homologa ou recusa uma candidatura? Administra? Julga?

As linhas desenvolvidas neste trabalho buscaram elucidar a questão. Ao empregar no direito processual eleitoral conceitos e ferramentas forjadas no processual civil, chegou-se a uma solução alternativa ao entendimento majoritário e tradicional, segundo o qual estar-se-ia diante de agir administrativo.

Admitir-se como jurisdicional o registro de candidaturas, em todo o seu desenrolar, não significa somente uma tentativa de eliminar as incon-

[53] "A distinção entre jurisdição e administração reside exclusivamente no modo de organização dos tribunais. A tradicional oposição entre jurisdição e administração, e o dualismo baseado nessa oposição, existente nos aparelhos estatais de execução, só podem ser explicados historicamente, e são fadados a desaparecer se não forem enganadores os sintomas que já indicam uma unificação desses aparelhos." KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 14.

LivroPopulos.indb 263 23/10/2015 09:53:14

sistências geradas pelo tratamento misto do registro (administrativo até a impugnação, e jurisdicional após). Mais do que isso, significa colocar os atos do processo eleitoral e os direitos a ele vinculados no seu devido lugar. Com uma jurisdição vocacionada para a maximização dos direitos políticos e ao mesmo tempo orientada ao desenvolvimento do regime democrático, a Justiça Eleitoral, não apenas como organizadora das eleições, mas como autêntica justiça, passa a ter seus poderes melhor enquadrados, e justamente por isso vê ampliadas as possibilidades de cumprir sua missão institucional.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: do processo de execução, arts. 646 a 735. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 9, p. 146.

ASSIS BRASIL, J. F. de. Manifesto da Aliança Libertadora do Rio Grande do Sul ao País. In: BROSSARD, Paulo (Org.). *Ideias políticas de Assis Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1989. v. 3, p. 277-278.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1, p. 430-431.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O controle jurisdicional do processo político no Brasil. *Paraná Eleitoral:* Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política. Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, Curitiba, v. 1, n. 2, 2012.

CASTRO, Letícia Lacerda de. Processo constitucional e democracia: ensaio sobre a construção participada da decisão eleitoral no Estado Democrático de Direito. *Estudos Eleitorais:* Revista do Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, v. 1, n. 1, p. 9-27, 2013.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral.* 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil:* (As relações processuais – A relação processual ordinária de cognição). Trad. de J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2, p. 4-5.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Júlio; BARRAL, Daniel Neira. Jurisdição Eleitoral: reflexão teórico-pragmática baseada em uma aproximação ao caso europeu. *Estudos Eleitorais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 10-28, 2012.

LivroPopulos.indb 264 23/10/2015 09:53:14

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 191.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 14.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 96-97.

MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. *O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes:* um paradigma democrático? Direitos Fundamentais e Democracia II. Coord. de Jonathan Barros Vita e Marcos Augusto Maliska. CONPEDI UFSC, 2014, p. 265-293. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/>.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil:* teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2, p. 426-427.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. Tradução, Introdução e Notas: Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2004. p. 190. (Série Clássicos).

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral.* 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 367.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do Direito Processual Civil – A sumariedade material da jurisdição:* proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao Projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011. p. 370.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Porto Alegre: Le Jur, 1985. p. 10-18.

_____. *Processo e ideologia*: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 100-103.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral:* noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à diplomação), ações eleitorais. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. p. 270.

LivroPopulos.indb 265 23/10/2015 09:53:14

DIGRESSÕES SOBRE O ART. 26-C DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90

Walber de Moura Agra[1]

RESUMO

O objetivo teleológico do respectivo artigo científico é tentar traçar uma análise doutrinária e fática sobre a incidência do artigo 26-C da Lei n. 64/90, introduzido pela LC n. 135/2010. Analisa-se, também, o papel do processo cautelar no processo eleitoral, mormente no que tange a possibilidade do cidadão obter um instrumento cautelar apto a suspender uma situação de inelegibilidade decretada, permitindo que aqueles cidadãos que indevidamente foram declarados inelegíveis, possam obter um provimento jurisdicional assecuratório que os autorizem a praticar todos os atos de campanha, participando dos certames eleitorais e exercendo a cidadania passiva de forma plena.

Palavras-chave: Inelegibilidade. Ficha Limpa. Processo cautelar. Cidadania passiva.

ABSTRACT

The teleological goal of the scientific article is to try to trace a doctrinal and factual analysis on the impact of Article 26-C of Law n. 64/90, introducing the LC n. 135/2010 . Analyzes also, the role of injunction in the electoral process, especially when it comes the possibility of citizens to get a precautionary instrument able to suspend a decreed ineligibility situation, allowing those citizens who were wrongly declared ineligible , can get a provision court assecuratório entitling them to perform all acts of campaign, participating in electoral contests and exercising the passive citizenship in full.

Keywords: Ineligibility. Clean slate. Injunction. Passive citizenship.

[1] Mestre pela UFPE. Doutor pela Universidade degli Studio di Firenze. Professor da Universidade Católica de Pernambuco e da ASCES. Professor Visitante da Universitá di Studio di Lecce. Membro do Conselho Científico do Doutorado da Universidade de Lecce. Visiting Research Scholar of Cardozo Law School. Diretor do IBEC – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Pós-Doutor pela Université Montesquieu Bordeaux IV. Membro Correspondente do CERDRADI – Centre d'Études et de Recherches dur les Droit Africains et sur Le Développement institutionnel des Pays em Développement. Ex-Vice-Presidente da Escola Judiciária do Tribunal Superior Eleitoral. Procurador de Pernambuco. Advogado. Membro da Comissão Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil de Direito Constitucional.

LivroPopulos.indb 267 23/10/2015 09:53:14

1 INTRODUÇÃO

Uma nova lei representa um descortino diverso no mundo jurídico, principalmente quando ela modifica cânones que foram consagrados e cristalizados ao longo do tempo. A Lei n. 135/2010, denominada Lei da Ficha Limpa, modificou vários standards no direito eleitoral e, consequentemente, na vida política da sociedade brasileira. Indubitavelmente, ela foi considerada como muito alvissareira, pois, seguramente, conseguiu afastar do exercício da cidadania ativa muitos políticos que não preenchiam o essencial jus bonorum para a representação em cargos públicos. A grande mácula não ocorreu em relação a sua existência jurídica, mas concernente a sua aplicação, pois a sua eficácia retroativa infringiu várias garantias constitucionais.

Todavia, dessas modificações alvissareiras, a que mais ressaiu foi a flexibilização do princípio da presunção de inocência, que passou a não ser mais considerada do trânsito em julgado da sentença, mas da decisão de julgamento do mérito de segundo grau, impedindo procrastinações exacerbantes dos feitos processuais. Ocorre que para impedir a perpetração de injustiças, a mencionada lei instituiu a possibilidade de suspensão de eficácia da decisão de segundo grau, através de seu art. 26-C, sempre que houver plausibilidade do deferimento da pretensão recursal.

Dessa forma, a Lei n. 135/2010 ao flexibilizar o princípio da presunção de inocência, que antes exigia o trânsito em julgado da decisão, consubstanciou uma abertura ao seu fechamento sistêmico, possibilitando, com o art. 26-C, em sede de medida cautelar, que o impetrante possa concorrer às eleições até que o seu processo seja reapreciado.

2 DO PROCESSO CAUTELAR

Explana Theodoro Júnior que a ação cautelar consubstancia-se como um insigne direito de cunho subjetivo posto à disposição do cidadão para que este possa provocar o poder jurisdicional, pleiteando uma tutela preventiva ou assecuratória do Estado, impedindo que uma ameaça de lesão se concretize, ou até mesmo cessando, imediatamente, uma violação a direito que esteja sendo suportada pelo autor.[2] Inversamente, ensina Moacyr Amaral que a ação cautelar funciona como um mecanismo de otimização, onde o cidadão pode exigir uma providência jurisdicional urgente e provisória do Estado, tencionando garantir a efetividade da prestação jurisdicional.[3]

Não obstante, em um ambiente marcado pela morosidade processual e pela litigiosidade em massa, em que muitas vezes o apego exacerbado ao

[2] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil.* 36. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2004. v. 2, p. 54.

[3] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1992 v. 3, p. 177.

LivroPopulos.indb 268 23/10/2015 09:53:14

formalismo e ao procedimentalismo extremo dificultam a busca pela celeridade processual e pela justiça constitucional, o processo cautelar configura-se como um verdadeiro instrumento de proteção ao cidadão contra ilegalidades, lesões ou até mesmo ameaças a direitos. Com efeito, a existência do processo cautelar garante que o cidadão possa obter uma prestação jurisdicional imediata, apta a cessar ou afastar lesão ou até mesmo ameaça a direito subjetivo, ostentando um caráter tanto repressivo, quanto inibitório.

Por isso que o processo cautelar apesar de ser autônomo, em regra, é sempre dependente de outro, ou seja, do denominado processo principal. Na realidade, conforme a urgência e a necessidade do pedido, ele pode ostentar feição preparatória ou incidental, sendo instaurado antes ou no curso do processo principal.[4]

Do ponto de vista adjetivo, o processo cautelar apresenta as seguintes características: a) autonomia; b) instrumentalidade; c) urgência; d) sumariedade da cognição; e) provisoriedade; f) revogabilidade; g) inexistência de coisa julgada material; e h) fungibilidade.

A autonomia significa que o processo cautelar tem suas regras e princípios próprios, inerentes às suas peculiaridades e o seu escopo teleológico. Por sua vez, a instrumentalidade indica que o processo cautelar é o procedimento para a efetivação do processo de conhecimento ou de execução, ou seja, mecanismo que assegura a efetividade do processo principal e os cânones da justiça processual. A urgência, com efeito, ressalta que a tutela cautelar só deverá ser utilizada se, inexoravelmente, restar configurada uma situação de risco e de dano suportado pela parte autora. De outra sorte, a sumariedade da cognição indica que os pleitos oriundos do processo cautelar não permitem ao magistrado uma análise prolongada e perfunctória dos autos, limitando-se, apenas, a aferição do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. A provisoriedade exige que o processo cautelar tenha um lapso temporal limitado, impedindo a formação de coisa julgada material das decisões judiciais, podendo ser revogada a qualquer tempo, inclusive *ex ofício* (art. 807, CPC).

Ainda no que tange ao processo cautelar, torna-se imprescindível estabelecer uma distinção ontológica entre a medida liminar e a medida cautelar. Na espécie, a liminar configura-se como uma verdadeira medida de cunho antecipatório dos efeitos fáticos e jurídicos contidos em uma possível sentença favorável. Inversamente, a medida cautelar não se apresenta sempre como um caráter antecipatório. Ovídio Baptista ensina que as medidas cautelares somente podem ser concedidas pelo magistrado dentro de uma respectiva

[4] O processo cautelar preparatório é dependente de um processo principal que ainda não existe e que, talvez, não sobrevenha nunca. Ora, dependência é uma relação entre dois termos e, portanto, não pode existir havendo um só. Dir-se-á que a relação de dependência se estabelece apenas no plano lógico: entre um processo cautelar preparatório já existente e um outro processo que (segundo se espera) virá a existir. (TESHEINER, José Maria. *Medidas Cautelares*: no Código de Processo Civil de 1973. São Paulo: Saraiva. 1974. p. 11).

LivroPopulos.indb 269 23/10/2015 09:53:14

ação cautelar, diferentemente da liminar, que pode ser concedida em vários tipos de ação e procedimentos.[5]

Vicente Greco Filho leciona que o poder geral de cautela funciona como um vetor integrativo de eficácia global da atividade jurisdicional, assegurando direitos subjetivos enquanto estes não estiverem definitivamente julgados e satisfeitos.[6] Por sua vez, o art. 798 do Código de Processo Civil,[7] autoriza que a autoridade judicial possa determinar medidas provisórias que julgar pertinentes ao caso concreto, mesmo não estando previstas de forma típicas no ordenamento processual.[8]

Pontes de Miranda ensina que a medida cautelar objetiva tencionar uma providência assecuratória ou preventiva que atenda aos auspícios fulcrais da segurança do direito, da ação e da própria efetividade processual.[9]

Os requisitos necessários para obtenção de provimento judicial de caráter cautelar cingem-se ao elo cumulativo entre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, assim como a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão (art. 801, inciso IV, do CPC).

O *fumus boni iuris* consubstancia-se no juízo de verossimilhança do direito do autor da respectiva ação cautelar. Ensina Ovídio Baptista da Silva que ele se reporá ao enquadramento da pretensão da parte autora às hipóteses reguladas e não vedadas pelo direito objetivo.[10] Na realidade, o *fumus boni iuris* funciona como vetor autorizador para a concessão da tutela cautelar, uma vez que o processo de cognição exauriente poderá ser deflagrado do direito subjetivo. Por sua vez, o *periculum in mora* é a existência de possibilidade de dano aos interesses das partes de atual ou futura ação principal, que uma vez concretizado, resultaria na ausência de efetividade da prestação jurisdicional. Ensina Pontes de Miranda que o *periculum in mora* é a necessidade de manter e se preservar a situação fática ou jurídica da parte autora, cessando a lesão ou impedindo que a ameaça se concretize.[11]

[5] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9. ed. rev., ampl. e atual. até 1º.3.2006. São Paulo: RT, 2006.

[6] FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3, p.154.

[7] Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

[8] "[...] a tutela cautelar não fica restrita às medidas típicas, podendo o juiz conceder outras medidas atípicas em nome do poder geral cautelar que lhe confere o CPC 798". (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 6. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 1.075).

[9] MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil:* arts. 769-889. t. 12, Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 03.

[10] SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil:* processo cautelar: tutela de urgência. 3. ed. rev. atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3, p. 77.

[11] MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil:* arts. 769-889. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. 12, p. 44.

LivroPopulos.indb 270 23/10/2015 09:53:14

3 DAS INELEGIBILIDADES

Inelegibilidade é a impossibilidade de o cidadão ser eleito para cargo público, em razão de não poder ser votado, ceifando-o de exercer seus direitos políticos na forma passiva. Em decorrência, fica vedado até mesmo o registro de sua candidatura; não obstante, sua cidadania ativa, o direito de votar nas eleições, permanece intacto.[12]

Niess sustenta que a inelegibilidade consiste no obstáculo posto pela Constituição Federal ou por lei complementar ao exercício da cidadania passiva, em razão de sua condição ou em face de certas circunstâncias.[13] Consoante os ensinamentos de Jairo Gomes, a inelegibilidade é um impedimento ao exercício da cidadania passiva que torna o cidadão impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político eletivo.[14]

4 DO ARTIGO 26-C DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/90

Uma das inovações trazidas pela Lei Complementar n. 135/2010 é a possibilidade da configuração da inelegibilidade ao cidadão antes mesmo do trânsito em julgado da decisão judicial. Dessa forma, atendendo aos apanágios moralizantes da sociedade, a LC 135/2010 ceifou o pressuposto do trânsito em julgado para imputação da inelegibilidade na esfera processual, tornando-se necessário apenas que as decisões constitutivas sejam proferidas por órgãos colegiados, inexistindo a necessidade de se aguardar a formação da coisa julgada do respectivo provimento jurisdicional.

Ocorre que, da mesma forma que a LC 135/2010 expurgou o requisito do trânsito em julgado para declaração da inelegibilidade, ela acabou criando o artigo 26-C, que se configura em um instrumento processual, de caráter cautelar, apto a impedir e suspender, de imediato, imputações de inelegibilidades eivadas de ilegalidades e vícios procedimentais do postulante ao registro de candidatura. Esta cominação normativa permite a impugnação da decisão condenatória, obtendo provimento judicial de caráter cautelar, apto a ensejar autorização para que o demandante possa praticar todos os atos de campanha, com fulcro no artigo 16-C da Lei n. 9.504/97.

O artigo 26-C da Lei Complementar n. 64/90 determina que 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

[12] AGRA, Walber de Moura; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de Direito Eleitoral.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.76.

[13] NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos:* elegibilidade, inelegibilidade. São Paulo. Saraiva, 1994. p.5.

[14] GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral.* 6. ed. São Paulo: Atlas. 2010. p. 141.

LivroPopulos.indb 271 23/10/2015 09:53:14

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.

Ocorre que o rol que contém as inelegibilidades a que se refere o respectivo artigo[15] não pode ser considerado como de caráter taxativo, ou seja, *numerus clausus*, uma vez que podem coexistir outras *fattispecie* concretas e vindouras aptas a ameaçar e lesar direitos subjetivos fundamentais do cidadão, as quais merecem a atenção e o mesmo tratamento dado às inelegibilidades das alíneas *d, e, h, j, l* e *n* do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90.

Ademais, frise-se que inexiste hierarquia entre as inelegibilidades, ao passo que todas possuem o mesmo desiderato, ou seja, impedir que o cidadão possa obter o seu registro de candidatura, isto é, impedindo a fruição de seus direitos políticos. Dessa forma, inexiste razão lógica para se criar uma diferenciação ontológica entre as respectivas inelegibilidades. Portanto, melhor interpretação se faz garantindo que a ação cautelar contida no artigo 26-C da LC n. 64/90, possa abarcar qualquer hipótese de inelegibilidade que vier a ser declarada pela via judicial, conferindo ao rol um caráter exemplificativo. Contudo, deve ser dito que o TSE pensa de forma diferente, interpretando o respectivo dispositivo de forma taxativa como se demonstrará a seguir.

O escorço teleológico do artigo 26-C é evitar o abuso de poder nas subsunções das inelegibilidades, impedindo que os cidadãos possam exercer plenamente a sua cidadania passiva, sendo impedidos de participar dos certames eleitorais indevidamente. Com efeito, o presente instrumento assume uma feição garantista no cenário hodierno, em um ambiente em que parcela da população pretende instituir uma feição moralizante pela

[15] 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; 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando; 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 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; 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; 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; 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;

LivroPopulos.indb 272 23/10/2015 09:53:14

via normativa, onde o Judiciário muitas vezes confunde os parâmetros da moralidade e da legalidade, tentando corrigir antinomias morais pela via da prestação jurisdicional.

Portanto, postula-se ao prejudicado, ou seja, ao aspirante ao registro de candidatura que fora declarado inelegível por órgão colegiado, a prerrogativa de recorrer da decisão que decretou sua inelegibilidade, pleiteando, cautelarmente, a suspensão da respectiva inelegibilidade ao tribunal superior. Obviamente que deve ser analisado se a demanda preenche os requisitos inerentes à ação cautelar.

Desde que promulgada a Lei Complementar n. 135/2010, tem-se utilizado de forma corriqueira o artigo 26-C para objetivar a suspensão de inelegibilidades declaradas, impedindo que o cidadão possa ser turbado do exercício de sua cidadania passiva de forma indevida, afigurando-se como um verdadeiro mecanismo acautelatório, de aspecto formal, para proteção aos direitos e liberdades fundamentais do cidadão.

Para o Superior Tribunal de Justiça, a concessão de efeito suspensivo a recurso interposto contra decisão colegiada que importe na decretação de inelegibilidade para qualquer cargo público pressupõe o atendimento dos seguintes requisitos: a) que a aplicabilidade de referido preceito legal tenha sido suscitada no recurso especial o qual, se protocolado em data anterior à referida modificação legislativa, deverá ser aditado (art. 3º, da LC n. 135/2010), sob pena de preclusão; b) que a inelegibilidade encontre-se prevista nas alíneas "d", "e", "h", "j", "l" ou "n", do inciso I, do art. 1º, da LC n. 64/90, alterado pela LC n. 135/2010; e c) que reste demonstrada a plausibilidade da pretensão recursal a que se refira a suspensividade.[16]

O Tribunal Superior Eleitoral tem deferido as medidas cautelares de suspensão de inelegibilidades quando evidenciada a plausibilidade das alegações expostas, demonstrando-se a ausência de alguma causa de inelegibilidade ou alguma violação ao devido processo legal que acarretou na declaração de inelegibilidade do Recorrente.[17] Também já fora decidido que a falta de citação em processo que acarretou a imputação de inelegibilidade ao candidato é causa de suspensão, mediante ação cautelar calcada no artigo 26-C da LC n. 64/90.[18]

O artigo 26-C também serve para se pleitear a concessão de efeito suspensivo em sede de recurso extraordinário, ante a proximidade do término do lapso temporal para obtenção do registro de candidatura, sobrestando

[16] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 17.133/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 14/12/2010. DJe 02 fev. 2011.

[17] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação Cautelar n. 39906, Decisão Monocrática de 31/05/2012, Relator Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. DJE - Diário de Justiça Eletrônico, n. 105, p. 13-14, 05 jun. 2012.

[18] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação Cautelar n. 2383-93.2010.6.00.0000, Decisão Monocrática de 19/08/2010, Relator Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. DJE - Diário de Justiça Eletrônico, n. 164, 25 ago. 2010.

LivroPopulos.indb 273 23/10/2015 09:53:14

os efeitos do respectivo acórdão que declarou a inelegibilidade do autor.[19] Ademais, vale ressaltar que o próprio STF já reconheceu a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade para determinar que a petição intentada nos autos do processo principal, seja convertida em medida cautelar incidental apta a suspender os efeitos da inelegibilidade até o julgamento do respectivo recurso pela Corte Extraordinária, quando a admissibilidade do recurso foi previamente examinada e deliberada em favor da parte.[20]

5 DA POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO MEDIANTE DECISÃO MONOCRÁTICA

Apesar do artigo 26-C da Lei Complementar n. 64/90 exigir de forma expressa que a decisão que suspende a inelegibilidade seja proferida por órgão colegiado, o Tribunal Superior Eleitoral tem entendimento pacífico de que *"o disposto no art. 26-C da LC n. 64/90, inserido pela LC n. 135/2010, não afasta o poder geral de cautela conferido ao juiz pelo art. 798 do CPC* nem transfere ao Plenário a competência para examinar, inicialmente, pedido de concessão de medida liminar, ainda que a questão envolva inelegibilidade".[21] Na mesma esteira, o Tribunal Superior Eleitoral também carrega precedentes no sentido de que a obtenção de liminar ou de tutela antecipada, após o pedido de registro, configura alteração fática e jurídica superveniente de que refere o art. 11, § 10, da Lei n. 9.504/97, apta a afastar a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC 64/90.[22]

Por tal razão substancial, inexiste razão lógica para se exigir que a decisão apta a suspender os efeitos da inelegibilidade declarada seja proveniente de órgão colegiado. Desse modo, exigir que a decisão que enseje a suspensão da inelegibilidade seja proferida por órgão colegiado, estar-se-ia extirpando os cânones e os vetores do ângulo do processo cautelar, assim como suas características de urgência e sumariedade, que ambas lhe são inerentes. Ademais, verifique-se que as injeções dos formalismos do processo comum podem esfolar os vetores estrutantes do processo eleitoral, que não comportam tais digressões. Exigir uma decisão de órgão colegiado pode acarretar danos irreparáveis aos cidadãos, que indevidamente foram declarados inelegíveis, impedindo que os mesmos possam praticar os atos de campanha e a sua cidadania passiva.

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 281012, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/06/2010. DJe, n.141, 2 ago. 2010.

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 709634/GO. Relator: Min. Menezes Direito, Decisão Proferida pelo Min. Dias Toffoli. DJe, n. 141, 2 ago. 2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 281012/PI, Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe, n. 141, 2 ago. 2010.

[21] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe nº 687-67/SP, Rel. Min. Arnaldo Versiani. PSESS em 30.10.2012, grifo nosso. QO-AC 1420-85/RJ, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe, 28 jun. 2010; AgR-AC 2383-93/RO, Rel. Min. Arnaldo Versiani. DJe, 2 out. 2010.

[22] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe nº 297-23/MG, relª. Minª. Nancy Andrighi, PSESS em 8.11.2012

LivroPopulos.indb 274 23/10/2015 09:53:14

Assim, a melhor interpretação conferida ao artigo 26-C da Lei Complementar nº 64/90 é no sentido de aplicação do princípio da unidade da Constituição, de modo a impedir que as normas infraconstitucionais e constitucionais possam ser interpretadas e aplicadas de forma isolada, fazendo com que a interpretação de qualquer ato normativo possa ser de modo sistêmico, observando principalmente os preceitos fundamentais contidos no Texto Constitucional.

Desse modo, deve-se analisar o artigo 26-C da LC n. 64/90, através dos cânones do devido processo legal, do acesso à justiça, do duplo grau de jurisdição e da razoável duração ao processo, para entender que a suspensão da respectiva inelegibilidade declarada, por advir do próprio relator da respectiva ação cautelar, com fulcro em todos os princípios constitucionais informativos do processo.

O pedido de suspensão da inelegibilidade deve ser solicitado expressamente de forma a impedir qualquer embaraço para sua consecução. E o seu telos finalístico se consubstancia na obtenção de um provimento assecuratório que suspenda a inelegibilidade.

A plausibilidade do pedido cautelar deve ser compreendida como a verossimilhança das alegações, ou seja, que a parte autora demonstre os indícios e os fundamentos suficientes para legitimar a desconstituição do provimento judicial que declarou a inelegibilidade, demonstrando as suas ilegalidades e os erros *in procedendo* ou *in judicando* do provimento judicial.

Como se percebe, o escorço do artigo 26-C se configura como um poder geral de cautela, inexistindo qualquer necessidade do mesmo ser regulamentado, ou seja, a instância competente já poderia tomar essas medidas mesmo sem dispositivo legal para evitar a lesão irreparável ou de difícil reparação a bem tutelado judicialmente.

A gravidade da imputação da inelegibilidade, impedindo que o cidadão possa obter o seu registro de candidatura, não comporta digressões aptas a limitar o rol de inelegibilidades que possam ser declaradas suspensas mediante utilização da ação cautelar do artigo 26-C. Dessa forma, o respectivo instrumento pode ser aplicado em todos em que as inelegibilidades declaradas por órgãos colegiados não estejam correlatas em padrões, estando eivadas de ilegalidades, não se limitando ao rol contido no mencionado dispositivo.

6 CONCLUSÃO

A priori, percebe-se que a introdução do artigo 26-C pela Lei Complementar nº 135 de 2010 ostenta uma feição garantista aprazível ao exercício das liberdades políticas e aos direitos políticos dos cidadãos, de modo que impede que aqueles que sejam declarados inelegíveis judicialmente, por órgão colegiado, possam obter provimento cautelar apto a suspender a res-

LivroPopulos.indb 275 23/10/2015 09:53:14

pectiva declaração de inelegibilidade, desde que preenchidos os requisitos legais aptos.

A introdução do novel instituto é importante, uma vez que a própria Lei Complementar 135/2010 aboliu o requisito do trânsito em julgado para declaração das inelegibilidades, permitindo que o cidadão aspirante ao registro de candidatura possa dispor de um mecanismo cautelar apto a suspender a sua situação de inelegibilidade se esta for indevida.

Por derradeiro, frise-se que, como qualquer novel instrumento processual, este precisa ser moldado e aperfeiçoado no sentido de atender aos valores constitucionais, permitindo que o rol contido no artigo 26-C das inelegibilidades possa ser visto de forma exemplificativa, para abranger qualquer situação de declaração de inelegibilidade declarada por órgão judicial colegiado e que a medida cautelar que suspenda a inelegibilidade possa advir do próprio relator da respectiva ação, devendo ser confirmada posteriormente pelo órgão colegiado.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de Direito Eleitoral.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil:* arts. 769-889. tomo XII. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 6. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 1.075.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos*: elegibilidade, inelegibilidade. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil:* processo cautelar*:* tutela de urgência. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

TESHEINER, José Maria. *Medidas Cautelares:* no Código de Processo Civil de 1973. São Paulo: Saraiva, 1974.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil.* 36. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2004. v. 2.

LivroPopulos.indb 276 23/10/2015 09:53:14

COMPRA DE VOTOS E ABUSO DE PODER: UMA ANÁLISE DAS INFRAÇÕES ELEITORAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Fernanda Danielle Cavalcante Nogueira[1]

José Herval Sampaio Junior[2]

RESUMO

Sendo o Brasil uma República Federativa assentada no regime democrático de direito, em que o povo elege seus representantes e, considerando que o Direito Eleitoral, ao regular os direitos políticos e o processo eleitoral, mantém íntima relação com a democracia, é imprescindível compreender o voto como instrumento do exercício da cidadania. Neste sentido, a compra de votos e o abuso de poder ao violarem a liberdade de escolha do eleitor, gerando desequilíbrio do pleito eleitoral, acabam por corromper o processo democrático. Compreender o tratamento dispensado pela Constituição Federal às referidas infrações eleitorais é, pois, o objetivo deste trabalho. A metodologia foi delineada por meio do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, sobressaltando a busca de subsídios com a análise da doutrina, da jurisprudência, da legislação eleitoral infraconstitucional e, sobretudo, da própria Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Democracia. Constituição Federal. Compra de Votos. Abuso de Poder.

ABSTRACT

Since Brazil is a Federative Republic seated in the democratic rule of law, in which the people elect their representatives and, considering that the Electoral Law, the regular political rights and the electoral process, is intimately related to democracy, it is essential to understand the vote as an instrument of citizenship. In this sense, vote buying and abuse of power by violating the freedom of choice of the voter, generating imbalance in the election campaign, eventually corrupt the democratic process. Understanding the treatment by the

[1] Graduada em História (UERN) e graduanda em Direito, pela mesma Universidade.

[2] Mestre e Doutorando em Direito Constitucional, Especialista em Processo Civil e Penal, Professor da UERN, ESMARN, Coordenador Acadêmico do Curso de Especialização de Direitos Humanos da UERN. Autor de várias obras jurídicas, Juiz de Direito e ex-Juiz Eleitoral.

LivroPopulos.indb 277 23/10/2015 09:53:15

Constitution to such electoral offenses is therefore the aim of this work. The methodology was designed by the deductive method and literature, startling the search for grants with the analysis of the doctrine, jurisprudence, the infra electoral legislation and, above all, the very Constitution of 1988.

Keywords: Democracy. Federal Constitutionm. Vote Buying. Abuse of Power.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é uma República Federativa assentada no regime democrático de direito, em que o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos, ou diretamente, nos termos do art. 1º da Constituição Federal. Em sendo o ramo do direito público que regula os direitos políticos e o processo eleitoral, o Direito Eleitoral mantém íntima ligação com a democracia, ao passo em que as eleições são a base do processo político com reflexo na ação governamental.

Na democracia representativa, o povo elege, por meio do voto, seus representantes, para que estes externem a vontade popular, tomando decisões em prol da sociedade, e não com o intuito de qualquer favorecimento pessoal. Mais do que realizar a "vontade da maioria", a democracia moderna tem se voltado para o respeito às minorias, aperfeiçoando-se, sobretudo, com a participação efetiva dos cidadãos, com a igualdade dos votos e com o controle do programa de ação proposto.

Inserido entre os direitos e garantias individuais do cidadão, o voto é o instrumento pelo qual o eleitor materializa e expressa suas opções políticas e, sobretudo, exerce a cidadania. Se violado, tem-se o enfraquecimento de um dos mais poderosos instrumentos de exercício da liberdade política assegurado pela nossa Carta Magna.

Logo, a compra de votos e o abuso de poder constituem práticas eleitorais dolosas e ilícitas, nem sempre explícitas, que se caracterizam pela aquisição de votos em troca de bens ou de qualquer outra vantagem, com potencial de contribuir para gerar desequilíbrio no pleito eleitoral.

A partir deste ponto o artigo está estruturado da seguinte forma: no primeiro, discute-se a Constituição Federal de 1988 e as leis eleitorais brasileiras, bem como os princípios que norteiam o Direito Eleitoral. No segundo capítulo, destacam-se as infrações eleitorais da compra de votos e do abuso de poder à luz da Constituição Federal. E por fim, o terceiro capítulo que trata das consequências das práticas de compra de votos e do abuso de poder para o processo eleitoral brasileiro.

LivroPopulos.indb 278 23/10/2015 09:53:15

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS LEIS ELEITORAIS BRASILEIRAS

O art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, preceitua que "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", o que caracteriza o regime de democracia semidireta. Neste regime, o povo elege seus representantes, sendo-lhe facultada a tomada de decisões em matérias relevantes, sem que para isso tenha que recorrer a intermediários. Nos dizeres de Puccinelli Júnior.

> ao lado da representação eletiva, o constituinte adiciona as técnicas de participação direta elencadas no inciso LXXIII do art. 5º (ação popular) e nos incisos I a III do art. 14 (plebiscito, referendo e iniciativa popular), todos da CF/88.[3]

Não obstante, como sabido, as eleições gerais constituem a base, por excelência, do processo político com reflexo direto na ação governamental. O Direito Eleitoral, em sendo o ramo do direito público que regula os direitos políticos e o processo eleitoral, dialoga diuturnamente com a democracia e com ela se confunde, posto serem, na verdade, indissociáveis. Trata-se, na verdade, do estudo das normas que organizam e disciplinam o alistamento, a convenção partidária, o registro de candidaturas, a propaganda política, a votação, a apuração, a diplomação dos eleitos e as demais garantias constitucionais relacionadas ao exercício do sufrágio.

2.1 OS DIREITOS POLÍTICOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988

No sistema de Democracia Representativa, o Estado exerce seu poder soberano, por meio de pessoas eleitas pelo povo, ou seja, para o exercício das funções típicas e indelegáveis, baseadas em regras previamente definidas. O povo elege seus representantes, outorgando-lhes poderes plenos. Não obstante, essa outorga não é irrevogável, uma vez que o cidadão, detentor do poder político, não mais deve-se contentar em ser mero expectador, mas o próprio agente das propostas, exercendo o controle ético daquele que foi eleito para representá-lo. Ao exercer esse controle o povo contribui, pois, para aprimorar a democracia.

Portanto, que na democracia representativa, o povo elege seus representantes para que estes externem a vontade popular, tomando decisões em prol da sociedade, de tal forma que o próprio povo se sentisse governando, e não com o intuito de favorecimento pessoal.

[3] PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de Direito Constitucional***.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 413.

LivroPopulos.indb 279 23/10/2015 09:53:15

Neste diapasão, os dizeres do professor Dalmo de Abreu Dallari sobre o mandato:

> [...] a) o mandatário, apesar de eleito por uma parte do povo, expressa a vontade de todo o povo, ou, pelo menos, de toda a circunscrição eleitoral onde foi candidato, podendo tomar decisões em nome de todos os cidadãos da circunscrição, ou mesmo de todo o povo do Estado se tiver sido eleito para um órgão de governo do Estado. b) Embora o mandato seja obtido mediante um certo número de votos, ele não está vinculado a determinados eleitores, não se podendo dizer qual o mandato conferido por certos cidadão. c) O mandatário, não obstante decidir em nome do povo, tem absoluta autonomia e independência, não havendo necessidade de ratificação das decisões, além do que as decisões obrigam mesmo os eleitores que se opunham a elas. d) O mandato é de caráter geral, conferindo poderes para a prática de todos os atos compreendidos na esfera de competência do cargo para o qual alguém é eleito. e) O mandatário é irresponsável, não sendo obrigado a explicar os motivos pelos quais optou por uma ou por outra orientação; f) Em regra o mandato é irrevogável, sendo conferido por prazo determinado.[4]

As leis, então, criadas pelos representantes legalmente constituídos, tornam o Estado adstrito ao cumprimento de regras e limites estabelecidos, restando ao Poder Judiciário, dotado de autonomia e autoridade, o dever constitucional de resguardá-las.

Nas linhas mestras de José Afonso da Silva, paulatinamente,

> o regime representativo desenvolveu técnicas destinadas a efetivar a designação dos representantes do povo nos órgãos governamentais. A princípio, essas técnicas aplicavam-se empiricamente nas épocas em que o povo deveria proceder à escolha dos representantes. Aos poucos, porém, certos modos de proceder foram transformando-se em regras, que o direito democrático de participação do povo no governo, por seus representantes, acabara exigindo a formação de um conjunto de normas legais permanentes, que recebera a denominação de direitos políticos.[5]

Assim, os direitos políticos são o conjunto de normas que disciplinam a atuação da soberania popular. Nas palavras de Almeida,[6] "o poder que possui

[4] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 158.

[5] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo***.** 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 233.

[6] ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral***.** 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 83.

LivroPopulos.indb 280 23/10/2015 09:53:15

o nacional de participar ativa e passivamente da estrutura governamental estatal ou de ser ouvido pela representação política".

Neste ínterim, temos que a aquisição dos direitos políticos é um processo gradual, iniciado aos 16 anos e aperfeiçoado aos 35, desde que observados requisitos adicionais previstos pelo constituinte. Dentre os direitos políticos ativos e passivos: a aptidão de votar; de opinar por meio de plebiscito e referendo; de subscrever projeto de lei de iniciativa popular e de propor ação popular, assim como, a capacidade de disputar cargos eletivos por meio de votos.

Ocorre que não basta a capacidade eleitoral ativa, sendo imprescindível o preenchimento das condições de elegibilidade previstas na Carta Magna (art. 14, § 3º), a saber: nacionalidade brasileira; pleno gozo dos direitos políticos; alistamento eleitoral; domicílio eleitoral na circunscrição; filiação partidária, além de ter, na data da posse, a idade mínima de 18 anos para o cargo de vereador; de 21 anos para os cargos de deputado estadual, deputado federal, prefeito e vice-prefeito; de 30 anos para ser governador ou vice e de 35 anos para os cargos de presidente, vice-presidente e senador.

Importa destacar, por outo lado, as inelegibilidades, para muitos consideradas cláusulas impeditivas do pleno exercício da cidadania ante a restrição da capacidade eleitoral passiva. Classificadas em absolutas e em relativas, todas elencadas no art. 14, §§ 4º a 9º da CF/88, as inelegibilidades atingem, em sucinto resumo, os inalistáveis (estrangeiros e militares conscritos) e os analfabetos, além das restrições temporárias para a disputa de determinados pleitos ou cargos específicos, sem privar o cidadão de disputar outras eleições que não estejam vinculadas às causas impeditivas, para citar como exemplo a possibilidade de reeleição limitada a um período subsequente.

2.2 A CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ELEITORAIS BRASILEIRAS

A Constituição Federal, conforme assentado anteriormente, preceitua que o povo é titular do poder soberano e o exerce por meio do sufrágio, universal e direto, materializado por meio do voto secreto e periódico, constituindo cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º, I e II, da nossa Carta Magna.

> Art. 60.
> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> I – a forma federativa de Estado;
> II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
> […]

O sufrágio é o poder que dispõe o povo de participar da vida política do Estado e o voto, o instrumento através do qual o sufrágio é exercido.

LivroPopulos.indb 281 23/10/2015 09:53:15

O voto direto, por sua vez, outorga ao eleitor a condição de responsável imediato pelos resultados eleitorais, rejeitando-se a ideia de eleições em diversos níveis. Secreto, quando adotadas medidas diuturnas para impedir qualquer tipo de acesso ao seu conteúdo, suprimindo o segredo determinado pela Constituição. Daí porque não se permite, sob nenhuma hipótese, o uso de equipamentos capazes de captar imagens nas cabinas de votação.

Inserido entre os direitos e garantias individuais do cidadão, o voto é instrumento do exercício da democracia. Se violado, teremos o enfraquecimento de um dos mais poderosos instrumentos de exercício da liberdade política assegurado pela nossa Carta Magna. Destarte, em que pese ser o voto direto, secreto, universal e periódico, poderá haver eleição indireta ante a excepcional vacância concomitante dos cargos de prefeito e vice-prefeito, governador e vice-governador, presidente e vice-presidente, conquanto que ocorrida nos últimos dois anos do mandato.

O Código Eleitoral Brasileiro foi instituído por meio da Lei n. 4.737 de 15 de Julho de 1965 e constitui, apesar de defasado, uma das principais fontes do Direito Eleitoral. Nele estão disciplinados o alistamento eleitoral, os atos que antecedem as eleições, os recursos e os crimes eleitorais. Além disso, a Lei das Eleições (Lei n. 9.504/97), a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar n. 64/90), a Lei Geral dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/95) e as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, são também fontes do Direito Eleitoral que, somadas às fontes subsidiárias (Código Penal, Código de Processo Penal, Código Civil e Código de Processo Civil), formam o arcabouço da dogmática jurídica eleitoral brasileira.

Destaque-se, por oportuno, que o nosso Código Eleitoral, apesar de ser formalmente uma lei ordinária em seu nascedouro, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com força de Lei Complementar em alguns de seus dispositivos, em especial, aqueles que destacam a composição e competências dos órgãos do Poder Judiciário Eleitoral.

Por fim, vale ressaltar que a competência para legislar acerca do Direito Eleitoral é privativa da União, nos termos do art. 22 da Constituição Federal, muito embora que, conforme assentado no parágrafo único do referido artigo, caberá ao Tribunal Superior Eleitoral expedir instruções para o fiel cumprimento do Código Eleitoral e de toda a legislação eleitoral vigente, desde que não estabeleça restrições a direitos sem qualquer embasamento legal.

Assim sendo, tem-se inequivocamente que as leis eleitorais encontram seu fundamento, por excelência, na Carta Magna de 1988.

LivroPopulos.indb 282 23/10/2015 09:53:15

2.3 O PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO

O Direito Eleitoral enquanto ramo do Direito Público tem por objeto a normatização do processo eleitoral, desde o alistamento do eleitor até a diplomação dos eleitos. É, pois, o estudo das normas e procedimentos que regulamentam as eleições, garantindo que o processo eleitoral transcorra dentro da normalidade, com o intuito precípuo de viabilizar a vontade dos eleitores e fortalecer a democracia.

O sistema eleitoral brasileiro baseia-se no voto direto e secreto, onde o eleitor escolhe diretamente os seus representantes de forma sigilosa, não podendo divulgar suas escolhas a terceiros. Atualmente, somente os membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo são escolhidos por meio do voto direto, sendo as eleições do 1º turno realizadas sempre no primeiro domingo do mês de outubro e as do 2º turno (somente para os cargos de Presidente, Governador e Prefeito em municípios com mais de 200 mil eleitores e quando no 1º turno nenhum deles tiver alcançado a maioria absoluta dos votos), quando houver, no último domingo do mês.

Presidentes, Governadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais, Prefeitos e Vereadores são eleitos para mandatos de quatro anos. Destaque-se que a eleição do Presidente, Governador e Prefeito implicará consequentemente, na do seu vice, companheiro de chapa. No que tange à eleição para o Senado, temos que esta também é majoritária, com legislaturas de oito anos. Representantes dos estados, os senadores são eleitos em número de três para cada unidade da Federação, totalizando 81. Alternadamente, um terço dos senadores é renovado a cada quatro anos e nas eleições seguintes a renovação é de dois terços. Considerando que cada senador escolhe um suplente, caso se afaste durante a legislatura, o suplente assumirá a vaga.

Já para as vagas de deputado federal, deputado estadual e vereadores, a Constituição adotou o sistema proporcional de votos, onde cada estado elegerá no mínimo oito e no máximo setenta deputados, de um total de 513 vagas existentes na Câmara dos Deputados, admitindo-se, inclusive, o voto na legenda ou no partido. O processo eleitoral deve, portanto, conter uma estrutura lógica, cujos atos estejam a ela vinculados, submetendo-se, inclusive, ao ordenamento pré-existente em codificação única ou em diversos diplomas legislativos.

No Brasil, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal são subsidiários do Código Eleitoral, aplicando-se supletivamente ao mesmo. Imperioso destacar que a relação processual eleitoral gera direitos e obrigações para os sujeitos ativos e passivos envolvidos.

Lamentavelmente, nosso sistema eleitoral é acompanhado por uma crescente esterilização dos votos e uma consequente exclusão política de

LivroPopulos.indb 283 23/10/2015 09:53:15

parcela considerável da população que desacredita daqueles que se dispõe a representar o povo. Estima-se que mais de 8 milhões de eleitores votem nulo, evidenciando grande descrédito da classe política.

Isso talvez se justifique pelo monopólio da disputa eleitoral por partidos, além das inúmeras denúncias de corrupção. Não obstante, essa paralisia é prejudicial na medida em que corrompe a democracia e a ideia de representação do próprio povo.

3 COMPRA DE VOTOS E ABUSO DE PODER À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 assegura taxativamente que a soberania popular será exercida por meio do sufrágio universal e do voto direto e secreto, conforme disposto no *caput* do art. 14.

> A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei, mediante:
> […].

O nosso legislador constituinte optou, portanto, pelo sufrágio sem qualquer restrição qualificativa ao exercício do voto, direto, igual e escrutínio. O próprio Código Eleitoral traz uma série de providências para garantir o sigilo do voto. São elas: o uso de cédulas oficiais em todas as eleições, de acordo com modelo aprovado pelo Tribunal Superior; o isolamento do eleitor em cabina indevassável para o efeito de assinalar na cédula o candidato escolhido; a verificação da autenticidade da cédula oficial à vista das rubricas e emprego de urna que assegure a inviolabilidade do sufrágio, nos termos do seu art. 103, incs. I a IV.

Assegurado a todos os cidadãos, o voto é obrigatório para os maiores de dezoito anos e facultativo para os analfabetos, para os maiores de setenta anos e para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, como forma de buscar a inclusão política de toda a sociedade. Instrumento por meio do qual se materializa o direito fundamental do sufrágio, principal meio de tentativa de mudanças tanto perquiridas pela sociedade, o voto constitui direito público subjetivo, não se restringindo à esfera privada do eleitor, mas à dimensão relativa ao seu papel enquanto cidadão.

Enquanto manifestação da soberania popular, o voto é um dos mecanismos mais aprimorados da expressão política dos cidadãos, daí porque a legislação eleitoral prevê diversas garantias para o seu exercício. Neste ínterim, o voto torna-se, nos termos da Constituição Federal, o principal meio de exercício do sufrágio, por se tratar de ato político que viabiliza o direito do cidadão de eleger, ser eleito e, sobretudo, de participar da organização e da

LivroPopulos.indb 284 23/10/2015 09:53:15

atividade do poder estatal. Voto não se confunde, portanto, com o sufrágio. Voto é o exercício do direito de sufrágio.

Não obstante, em que pesem todos os dispositivos legais e constitucionais criados para garantir um processo eleitoral limpo e livre de nódoas, a exemplo do comando externado no art. 234 do Código Eleitoral, onde "ninguém poderá impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio", a captação ilícita, materializada na compra de votos, e o abuso de poder têm se tornado práticas corriqueiras nas eleições.

Daí a necessidade cada vez maior de aprofundarmos os estudos acerca dos dispositivos legais e constitucionais que tratam de matéria eleitoral, com o fito de combater os inúmeros abusos e atos ilícitos, garantindo o equilíbrio da disputa, pois o voto deve ser livre de quaisquer dessas práticas, sob pena de não ter validade.

3.1 CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO

O voto é o meio pelo qual o eleitor materializa e expressa suas opções políticas, aprovando ou reprovando candidatos, políticos, condutas, partidos ou mesmo ideologias. A captação ilícita de sufrágio, materializada na compra de votos, constitui prática eleitoral dolosa e ilícita, nem sempre explícita, e que se caracteriza pelo estímulo mercenário à concessão do voto. É, pois, a aquisição de votos em troca de bens ou de qualquer outra vantagem.

Cumpre destacar por oportuno, não ser necessário que a compra do voto do eleitor seja efetivada, bastando que haja o simples ato de doar, oferecer ou entregar bem ou vantagem pessoal com a intenção de obter o voto no período compreendido entre o registro da candidatura e o dia da eleição. Basta haver, portanto, a tentativa de alienação do direito de opção eleitoral em troca de qualquer valor para caracterização da conduta ilícita. Esse estímulo para o direcionamento do voto em troca de qualquer benesse, movido por interesses espúrios, corrompe a liberdade de escolha do eleitor e enfraquece a democracia.

Assim, marcada por intensa negociação de bens materiais, favores administrativos e promessas de cargos e outras vantagens, a compra de votos deve ser duramente combatida com vistas ao aperfeiçoamento do processo de escolha dos representantes políticos e, via de consequência, ao fortalecimento da democracia.

3.1.1 Conceito

O Tribunal Superior Eleitoral sucintamente conceituou a captação ilícita de sufrágio, como sendo "o oferecimento ou promessa de vantagem ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto".[7]

[7] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 20.531, de 14 de dezembro de 1999, Relator Ministro Maurício Corrêa.

LivroPopulos.indb 285 23/10/2015 09:53:15

3.1.2 Previsão Legal

Prevista no art. 222 do Código Eleitoral, a captação ilícita de sufrágio, também conhecida como compra de votos, não dispunha de definição legal explícita, o que só veio ocorrer com a inserção do art. 41-A na Lei das Eleições. Assim, referindo-se à captação ilícita de sufrágio, o referido artigo se reporta à alienação ou tentativa de alienação do voto em troca de qualquer valor ou vantagem de qualquer natureza. O artigo em comento passou também a considerar captação ilícita de sufrágio a prática de violência ou grave ameaça ao eleitor com a finalidade de obter-lhe o voto.

> 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.

A captação ilícita de sufrágio, na esfera criminal, configura o crime de corrupção eleitoral (art. 299), nas modalidades ativa e passiva. Ativamente, qualquer pessoa poderá ser sujeito do crime. Já a modalidade passiva, é exclusiva do eleitor.

> Lei nº 4.737/65
> Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena – reclusão até quatro anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa.

Verifica-se, por oportuno, que a conduta de dar, oferecer ou prometer vantagem a alguém deve ter a intenção de obter voto ou conseguir abstenção, não depende da ocorrência do resultado. Consuma-se com o simples oferecimento de vantagem a alguém com a finalidade de obter o voto, não sendo necessário que o destinatário da oferta efetivamente vote no candidato. O referido artigo dispõe, inclusive, que a oferta não precisa sequer ser aceita para configurar o crime de corrupção eleitoral ativa.

Percebe-se, no entanto, que em ambos os artigos o que se busca tutelar é a liberdade do eleitor de escolher o seu candidato sem qualquer subterfúgio. Destarte, a captação ilícita de sufrágio constitui modalidade da corrupção eleitoral, configurada tanto na tentativa de comprar o voto do eleitor em troca de

LivroPopulos.indb 286 23/10/2015 09:53:15

alguma benesse, como também na própria execução da conduta, razão pela qual se diz que a consumação da infração é de natureza meramente formal.

Inúmeros julgados têm se debruçado acerca da famigerada compra de votos, que tanto ofende a liberdade do sufrágio. É o que se segue:

> AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL – INICIAL ADEQUADA AOS REQUISITOS DO ART. 282 DO CPC – AUSÊNCIA DE INÉPCIA – AIJE – VIA QUE INDEPENDE DO RESULTADO DE AIME OU RECED – REPRESENTAÇÃO POR CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO – AUSÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA – IMPUTAÇÃO CLARA, DELIMITADA E BEM FUNDADA – PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO – DOAÇÃO DE ESPINGARDA DE SETA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE POTENCIALIDADE LESIVA DO ATO – TRANSPORTE GRATUITO E REITERADO DE ELEITORES – UTILIZAÇÃO DE EMPRESA DE TURISMO COMO FACHADA – ABUSO DO PODER ECONÔMICO E POTENCIALIDADE PARA INFLUIR NO RESULTADO DO PLEITO – CONFIGURAÇÃO – LC 64/2010 – APLICABILIDADE AO PLEITO DE 2010 – JULGAMENTO DA AÇÃO APÓS A DIPLOMAÇÃO – CASSAÇÃO DE REGISTRO – IMPOSSIBILIDADE – EXTINÇÃO DO FEITO NESSE PARTICULAR – INELEGIBILIDADE POR 3 ANOS – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – CONDENAÇÃO – PEDIDO DE CASSAÇÃO DO DIPLOMA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – ARTS. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, E 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO – AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.
> […]
> 7. O exame da potencialidade não se prende ao resultado das eleições. Importam os elementos que podem influir no transcurso normal e legítimo do processo eleitoral, sem necessária vinculação com resultado quantitativo (RCED 703, Acórdão de 28/05/2009, Relator Min. FELIX FISCHER; RO n. 781, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 24.9.2004; RO 752/ES, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 6.8.2004).
> 8. A promoção de viagens gratuitas da capital para distante localidade, base eleitoral do candidato, tem potencialidade para angariar votos ilicitamente, mormente quando efetuada reiteradamente e em diversos veículos, tendo potencial para desequilibrar o resultado do pleito.
> 9. As alterações promovidas pela LC 135/2010 na LC 64/90 não se aplicam às eleições de 2010 (RE 633.703/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, em 23/03/2011).

LivroPopulos.indb 287 23/10/2015 09:53:15

> ELEIÇÕES 2008. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. DISTRIBUIÇÃO DE VALES-CIMENTO A ELEITORES. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA. FUNDAMENTOS NÃO AFASTADOS. DESPROVIMENTO.
> […]
> 3 – Consoante os enunciados 7 do STJ e 279 do STF, a base fática não pode ser alterada em sede de recurso especial: o Tribunal *a quo* no exame crítico da prova – testemunhal e documental – concluiu que houve captação ilícita de sufrágio por meio da distribuição de "vales-cimento" a eleitores em troca de votos.
>
> RECURSO ELEITORAL nº 15267, Acórdão nº 15267 de 11/06/2010, Relator(a) RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS, Publicação: DJE – Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 111, Data 22/6/2010, Página 9/10).
>
> Recurso Criminal. Corrupção Eleitoral Ativa. Art. 299 do Código Eleitoral. Doação de sacos de cimento em troca de votos. Provas. Insuficiência. Recurso provido.
> 1. É necessário para a configuração do crime de corrupção eleitoral a existência do dolo específico, caracterizado pela finalidade de obter ou dar voto ou prometer abstenção;
> 2. Inexistência de provas robustas o suficiente a configurar condutas tipificadas no art. 299 do Código Eleitoral, ausente comprovação de que o fim da referida ação foi a obtenção do voto do eleitor;
> 3. Recurso a que se dá provimento.
> (RECURSO CRIMINAL nº 80, Acórdão de 16/12/2010, Relator(a) CARLOS DAMIÃO PESSOA COSTA LESSA, Publicação: DJE – Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 15, Data 26/01/2011, Página 6).

Conforme assentado pelo professor Herval Sampaio Júnior, ante o flagrante ilícito, sequer há a necessidade de participação direta dos candidatos beneficiados.[8] Ora, se de alguma forma são utilizados mecanismos com potencialidade para influenciar o resultado das eleições, não importa que haja a participação direta dos candidatos para a demonstração aritmética dos efeitos do ilícito, bastando, para tanto, a atuação de terceiros a mando do candidato a ser beneficiado.

É certo que, muitas vezes, terceiros nutrem interesses escusos em que um determinado candidato saia vitorioso das urnas, e para isso praticam condutas vedadas pelas leis eleitorais. O Tribunal Superior Eleitoral, por meio

[8] SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Abuso do Poder nas Eleições:* ensaios. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 367.

LivroPopulos.indb 288 23/10/2015 09:53:15

de sua farta jurisprudência, inclusive, não exige a participação do candidato para fins de aplicação do art. 41-A da Lei das Eleições, bastando tão somente o consentimento, a anuência, o conhecimento ou mesmo a ciência dos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral e o mais importante que esse resultado do ilícito lhe possa ser favorável, conforme se verifica a seguir:

> RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. CASSAÇÃO DE DIPLOMA. CANDIDATA AO CARGO DE DEPUTADO FEDERAL.
> […]
> 2. A atual jurisprudência do Tribunal não exige a prova da participação direta, ou mesmo indireta, do candidato, para fins de aplicação do art. 41-A da Lei das Eleições, bastando o consentimento, a anuência, o conhecimento ou mesmo a ciência dos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral, elementos esses que devem ser aferidos diante do respectivo contexto fático.
> (Recurso contra Expedição de Diploma nº 755, Acórdão de 24/08/2010, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE – Diário da Justiça Eletrônico, Data 28/9/2010, Página 11 e 15).

> [...]. 3. A jurisprudência desta c. Corte Superior não exige a participação direta do candidato, bastando o consentimento, a anuência em relação aos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral. [...]. (Ac. de 22/6/2010 no RESPE n. 30.274, Rel. Min. Marcelo Ribeiro).

> RECURSO ELEITORAL. ELEIÇÕES 2008. REPRESENTAÇÃO ELEITORAL. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DOAÇÃO DE KITS PARA INSTALAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. PROMESSA DE ENTREGA DE CASA, EM TROCA DE VOTO. TESTEMUNHOS QUE CORROBORAM A OCORRÊNCIA DE CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A, DA LEI N.º 9.504/97. CONFIGURAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. CASSAÇÃO DO DIPLOMA E APLICAÇÃO DE MULTA. RECURSO PROVIDO.
> 1 - Nos termos da jurisprudência do colendo Tribunal Superior Eleitoral é suficiente que a peça vestibular descreva fatos que, em tese, configurem ilícitos eleitorais, conforme precedentes.
> *2 - A configuração da captação ilícita de sufrágio se impõe a partir da simples promessa ou entrega de bem ou vantagem a eleitor, em troca de voto, ou seja, com o objetivo de obter-lhe o voto. Busca-se, assim, proteger a livre preferência de voto do eleitor.*

LivroPopulos.indb 289 23/10/2015 09:53:15

> 3 - "Verificado um dos núcleos do artigo 41- A da Lei n.º 9.504/97 - doar, oferecer, prometer ou entregar ao eleitor bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza - no período crítico compreendido do registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, presume-se o objetivo de obter voto, sendo desnecessária a prova visando a demonstrar tal resultado. Presume-se o que normalmente ocorre, sendo excepcional a solidariedade no campo econômico, a filantropia".

Para haver a caracterização da captação ilícita de sufrágio não é necessário que o beneficiário ofereça, diretamente, benesses e vantagens em troca dos votos, bastando, portanto, o seu consentimento com o ato ilegal. Ademais, a conduta ilícita deve partir sempre do candidato interessado ou de terceiro a mando dele que, agindo dolosamente, age com intenção de obter o voto do eleitor.

Exigir a participação ativa e pessoal dos próprios candidatos seria negar a eficácia da lei, uma vez que a conduta ilícita, no mais das vezes, é praticada por terceiros. Todavia, será sempre preciso demonstrar que o candidato tinha conhecimento do ilícito eleitoral, não sendo necessária a sua participação na execução dos atos de corrupção. Ao não exigir a aceitação da oferta pelo eleitor ou que o candidato efetivamente verbalize o pedido do voto em troca do oferecimento de algum bem ou vantagem, o legislador firmou a captação ilícita de sufrágio como conduta lesiva à administração das eleições, não restringindo, sobretudo, sua incidência sobre qualquer das hipóteses da compra de votos.

Notadamente, a captação ilícita de sufrágio pode ser traduzida na conduta ilícita dirigida à obtenção do voto, como também na ação que tem por finalidade conduzir o eleitor a abster-se do exercício do voto, a chamada compra de votos negativa. O Tribunal Superior Eleitoral a esse respeito decidiu que:

> [...] resta configurada a violação ao art. 41- A da Lei nº 9.504/1997 mesmo em caso de pagamento para abstenção do voto, posição que demonstra a preocupação desta Corte com a efetiva repressão do ilícito. [...]. (Ac. de 22/3/2007 nos EARESPE nº 25.878, rel. Min. José Delgado).

A mercantilização do voto revela, assim, os vícios de uma sociedade corrompida e que transforma as eleições numa operação de compra e venda, como num mercado e isso por óbvio não pode ser admitido. São firmes as lições apreendidas trazidas no livro "O Nobre Deputado" por Márlon Reis acerca da rede de corrupção que envolve o voto.

> Não faz sentido imaginar que a compra de votos acontece apenas no dia da eleição. O que se dá aos eleitores na

LivroPopulos.indb 290 23/10/2015 09:53:15

> véspera do pleito é apenas um mimo, um presente. Algo para ele lembrar de votar no candidato indicado pelo líder local. O que decide mesmo a conduta do eleitor é o seguinte: os serviços públicos simplesmente não funcionam se não houver ajuda política.[9]

E ainda,

> [...] Não vende o voto apenas quem recebe R$ 30, um remédio ou uma dentadura. Se você votou num sujeito porque ele prometeu regularizar seu lote irregular no condomínio de luxo, também mercadejou seu voto. Isso não tem nada a ver com classe social.[10]

Os comentários apostos logo confirmam que nossas eleições são caracterizadas por uma intensa negociação de bens materiais, favores e promessas, que resultará em consequências drásticas para toda a coletividade.

3.1.3 Sanções

Nos termos do art. 41-A, incluído na Lei das Eleições, como forma de combater a prática danosa da compra de votos, previu-se, além da responsabilidade penal do infrator, algumas sanções civis ou extrapenais. São elas: multa, cassação de registro ou de diploma e inelegibilidade. Por meio da Lei n. 12.034/2009, foi acrescentado ao art. 41-A o § 1º, estabelecendo que: "para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir".

A inovação legal apenas afirmou o óbvio ao dizer que a conduta capaz de levar à aplicação das sanções previstas no art. 41-A há de ser fundada na intenção de abordar o eleitor, prometendo-lhe vantagens em troca do voto. Ora, não há como comprar votos na modalidade culposa.

Almeida[11] aponta quatro condutas que, cumulativamente apuradas, são indispensáveis à aplicação das sanções em face da prática da captação ilícita de sufrágio, a saber: a prática de alguma conduta punível (doar, oferecer, entregar); a legitimidade da conduta (do candidato ou de alguém a mando dele); a finalidade (dolo de comprar o voto) e ainda, o lapso temporal da prática da conduta ilícita que deverá ocorrer entre o registro da candidatura e o dia da eleição.

Multa - Ante a prática da famigerada compra de votos, a Justiça Eleitoral previu a incidência de multa entre 1.000 (mil) e 50.000 (cinquenta mil) UFIR, a ser arbitrado discricionariamente, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

[9] REIS, Márlon, *O Nobre Deputado*: relato chocante (e verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira. Rio de Janeiro: LeYa, 2014. p. 83

[10] Ibidem, p. 105.

[11] ALMEIDA, op. cit., p. 474-475.

LivroPopulos.indb 291 23/10/2015 09:53:15

Cassação do registro ou do diploma - Dentre as sanções cabíveis, está a cassação do registro ou mesmo do diploma do infrator. Se o candidato não praticou a conduta vedada, será submetido apenas à cassação do registro ou do diploma e não à inelegibilidade. Já os responsáveis diretos pelo ato serão submetidos tão somente à inelegibilidade pelo prazo de oito anos. Destaque-se que, caso o candidato não seja eleito, mas tenha incorrido no crime de compra de votos, poderá ser punido com multa e com eventual decretação de inelegibilidade.

Inelegibilidade - Com o intento de dar resposta aos anseios sociais pela ampliação do rigor acerca das candidaturas e em observância ao disposto no art. 14, § 9º, da Constituição Federal, o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) iniciou a Campanha da Ficha Limpa em 2008, com a coleta de 1,3 milhão de assinaturas que resultou num projeto de iniciativa popular. O referido projeto de lei previa não ser recomendada a candidatura de pessoas contra as quais pairassem condenações criminais.

Após o advento da Lei da Ficha Limpa, sancionada em 4 de junho de 2010, o projeto de lei converteu-se na Lei Complementar n. 135, publicada no *Diário Oficial da União* no dia 7 de junho do mesmo ano; o art. 1º, inc. I, alínea "j", da Lei Complementar nº 64/90 passou a ser redigido da seguinte forma:

> 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".

Ora, se a própria Constituição declara que a inelegibilidade considerará a vida pregressa do candidato, parece sem sentido considerar o contrário.

3.2 ABUSO DE PODER

É indiscutível que o uso do poder econômico, político e dos meios de comunicação influencia, consideravelmente, o resultado das eleições.

O que dizer então do uso abusivo do poder econômico, político e dos meios de comunicação nos pleitos eleitorais?

Determinadas condutas praticadas em excesso e desviadas de suas finalidades precípuas, ao contribuírem para distorcer a vontade do eleitor, são consideradas abuso de poder.

LivroPopulos.indb 292 23/10/2015 09:53:15

Nas lições de Marcus Vinícius Furtado Coelho,

> a democracia pressupõe legitimidade no exercício do poder. O espaço democrático será consolidado e ampliado, em quantidade e qualidade, com um processo eleitoral que permita a livre escolha dos representantes, legitimando os dirigentes dos poderes do Estado, com a criação de mecanismos que garantam ao máximo possível a adaptação abusiva dos que se perpetuam no poder com práticas lesivas e abusivas contra a consciência popular.[12]

O fato é que o abuso de poder enquanto meio para garantir a vitória nas eleições está intimamente ligado ao desequilíbrio de forças entre os que postulam em disputa um cargo eletivo, razão pela qual devem ser implementados mecanismos que limitem tais práticas.

Entender como a Constituição Federal e as leis eleitorais combatem as práticas capazes de desequilibrar o pleito eleitoral é, pois, um dos objetivos deste trabalho.

3.2.1 Conceito

Abuso de Poder é toda e qualquer prática que contribua para gerar desequilíbrio no pleito eleitoral, devendo ser duramente reprimida em prol de um sistema democrático em que todos os candidatos tenham as mesmas chances para conquistar o voto do eleitor. O uso abusivo do poder econômico, político e dos meios de comunicação, infelizmente, tem dado a tônica das eleições no Brasil, constituindo elemento preponderante para a obtenção da vitória nas urnas.

Destaque-se que, diante da prática do abuso de poder, não há mais que se falar em necessidade de provar a influência da conduta no resultado da eleição, posto ser presumida a partir da utilização de recursos administrativos com potencial para influenciar o pleito, contrariando, assim, antigo posicionamento da nossa jurisprudência.

3.2.2 Espécies de Abuso de Poder

3.2.2.1 Abuso de poder político

A regra geral prevista no ordenamento jurídico brasileiro é da absoluta neutralidade dos agentes políticos nas campanhas eleitorais, condicionando o uso da máquina administrativa à finalidade pública, com base no princípio constitucional da impessoalidade, nos termos do art. 37, § 1º, da nossa Carta Magna.

[12] COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. *Direito Eleitoral e Processo Eleitoral:* Direito Penal Eleitoral e Direito Político. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 65,

LivroPopulos.indb 293 23/10/2015 09:53:15

Assim, qualquer conduta singular em benefício de um candidato em detrimento de outro, determina, por si só, o desvio de finalidade.

Abuso do poder político é, pois, o emprego de serviços e bens pertencentes à administração pública para fins meramente partidários ou eleitorais.

Adriano Soares da Costa destaca que

> abuso de poder político é o uso indevido de cargo ou função pública, com a finalidade de obter votos para determinado candidato […]. É a atividade ímproba do administrador, com a finalidade de influenciar o pleito eleitoral de modo ilícito, desequilibrando a disputa. Sem improbidade, não há abuso de poder político […].[13]

É muito comum, inclusive, que os agentes públicos, em período eleitoral, empenhem-se em mostrar eficiência administrativa com o intuito precípuo de alavancar suas candidaturas e convencer os eleitores da necessidade de continuidade daquela gestão. Tais fatos contribuem para desequilibrar o tratamento equânime que deve ser dado a todos os candidatos em observância ao princípio da isonomia do pleito eleitoral.

Desta feita, a Lei das Eleições, por meio de seus artigos 73 a 77, previu regras para coibir o abuso do poder político, proibindo os agentes públicos, servidores ou não, de: 1) utilizar bem móveis ou imóveis em benefício de candidatos, partidos ou coligações; 2) utilizar materiais ou serviços custeados por governos ou casas legislativas; 3) utilizar servidores públicos em horário de expediente; 4) fazer uso promocional de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social; 5) realizar movimentação de pessoal; 6) fazer transferência voluntária de recursos; 7) divulgar publicidade institucional em período eleitoral; 8) fazer pronunciamentos em cadeia de rádio e TV, salvo no horário eleitoral gratuito; 9) realizar despesas excessivas com publicidade; e 10) fazer revisão geral da remuneração dos servidores públicos.

3.2.2.2 Abuso de poder nos meios de comunicação.

Muito se tem dito que o uso dos meios de comunicação social constitui, atualmente, o meio mais eficaz de poder político. Trata-se de interesses de determinados grupos em favorecer ou prejudicar candidatos, partidos ou coligações, por meio do alcance social de suas atividades de comunicação.

A mídia tem, portanto, amplo alcance, contribuindo, sobremaneira, para influenciar o resultado das eleições. Daí porque ser necessário que a legislação eleitoral discipline o acesso, o modo e o tempo de atuação dos

[13] COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral:* teoria da inelegibilidade, Direito Processual Eleitoral, Comentários à Lei Eleitoral**.** 5. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 478-479.

LivroPopulos.indb 294 23/10/2015 09:53:15

veículos de comunicação, evitando sua interferência lesiva seja em benefício de determinado candidato, ao conceder espaço privilegiado, seja criticando abusivamente os demais.

Ressalte-se que não se admite a censura, mas tão somente de estabelecer os meios legais que impeçam os meios de comunicação de desequilibrarem os pleitos eleitorais, conforme disposto na Lei das Eleições.

Neste sentido, tem decidido o Tribunal Superior Eleitoral:

> EMENTA: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL.
> - Ainda que os fatos narrados na inicial da ação de investigação judicial eleitoral tenham sido enquadrados pelo autor como abuso do poder econômico, é permitido ao juiz concluir pela caracterização do uso indevido dos meios de comunicação social, aplicando a sanção legal cabível. Agravo regimental não provido (Ag R - Respe. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 773014 - Acordão de 02/03/2011 - Relator(a): Min. Arnaldo Versiani Leite Soares - Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 87, Data, 10/05/2011, Página 45).

Ante o uso indevido dos meios de comunicação com potencialidade para desequilibrar os pleitos eleitorais resultará em multa, além da cassação do registro ou do diploma e da inelegibilidade do candidato por oito anos, nos termos da Lei Complementar n. 135/2010 e do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90.

3.2.2.3 Abuso de poder econômico

O abuso de poder econômico caracteriza-se pela utilização de bens materiais como meio de desequilibrar as eleições, contribuindo para quebrar a legitimidade e a legalidade do processo eleitoral. Comportamentos baseados na desigualdade de recursos financeiros tem constituído o mecanismo preponderante para a obtenção do voto e dado a tônica das nossas eleições, levando candidatos a gastarem indiscriminadamente e a influírem negativamente na vontade do eleitor, comprometendo, por conseguinte, o pleito.

São inúmeros os casos de abuso de poder econômico Brasil afora, moldurando o desequilíbrio de nossas disputas eleitorais e, consequentemente, enfraquecendo o regime democrático que apregoa as mesmas oportunidades para todos os candidatos.

LivroPopulos.indb 295 23/10/2015 09:53:15

Conforme assentado por Márlon Reis, o abuso do poder econômico é categoria aberta, não sendo razoável considerar que o legislador pretendesse esgotar minuciosamente todas as hipóteses de desvio eleitoral, ante as inúmeras possibilidades fáticas.

> O abuso de poder econômico é uma categoria aberta, cuja presença deve ser considerada em cada caso segundo prudente arbítrio. Com efeito, não seria razoável que o legislador pretendesse descrever minudentemente todas as situações em que se pode verificar tal desvio eleitoral, ante a magnitude atingida pela matéria no plano fático.[14]

A prática do abuso de poder econômico é, sobretudo, dotada de finalidade eleitoral, sem exigir, contudo, a identificação do eleitor. Considerando que determinada vantagem econômica seja direcionada a uma comunidade inteira em benefício de um candidato, tem-se configurado o ato abusivo.

Verificado o desnível entre o agente que promove o ilícito e os eleitores a quem o ato foi destinado, tem-se caracterizado o abuso de poder econômico que serve, antes de tudo, para fraudar as eleições.

Assim, reconhece-se o poder econômico como um elemento de desequilíbrio na disputa, tornando legítima a preocupação do legislador com o financiamento das campanhas eleitorais.

O desafio da legislação eleitoral tem sido, portanto, encontrar e aperfeiçoar mecanismos para reduzir a influência do poderio econômico nos pleitos, já que até pouco tempo o direito aplicado diante do abuso de poder nos pleitos eleitorais era inadequado e, portanto, ineficaz frente aos objetivos institucionais democráticos.

Com o intuito de minimizar os efeitos da influência do poder econômico, a Lei das Eleições, projeto de lei de iniciativa popular, previu regras específicas para a arrecadação e aplicação de recursos nas campanhas eleitorais, que vão desde a limitação de gastos de campanha por cargo em disputa; a obrigatoriedade de se criar comitês financeiros, inscritos no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), para arrecadarem recursos; a indicação de pessoa responsável para administrar financeiramente a campanha; a abertura de contas específicas para transações financeiras da campanha; a limitação do valor das doações feitas por pessoas físicas; a tramitação de todo recurso financeiro pela conta especifica da campanha; a proibição de doações de órgãos ou pessoas jurídicas de direito privado que recebam recursos do Poder Público etc.

[14] REIS, Márlon. *Direito Eleitoral Brasileiro*. Brasília: Alumnus, 2012. p. 257.

LivroPopulos.indb 296 23/10/2015 09:53:15

3.2.2.4 Sanções

A prática do abuso de poder será apurada conforme previsão do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90, mediante procedimento da investigação judicial eleitoral, aliada a uma célere e ampla dilação probatória, que servirá como prova pré-constituída para a propositura do recurso intentado contra a expedição do diploma, desde que ajuizada até a data da diplomação dos eleitos, sob pena de incorrer em decadência.

Não tendo havido revogação expressa do art. 273 e parágrafos do Código Eleitoral, qualquer eleitor poderá denunciar os agentes praticantes do ilícito para que sejam investigadas as condutas desabonadoras.

Ademais, em sendo verificada, resultará na declaração de inelegibilidade do agente que praticou a conduta ilícita e a consequente cassação do registro de candidatura. Se já no exercício do mandato, ocasionará a desconstituição deste, utilizando-se para tanto a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), prevista no art. 14, § 10 da Constituição Federal.

3.3 VEDAÇÕES CONSTITUCIONAIS AOS CRIMES DE COMPRA DE VOTOS E ABUSO DO PODER

Como sabido, o nosso Código Eleitoral datado de 1965 traz em seu art. 273 a previsão de que a interferência do poder econômico e o desvio ou abuso de poder de autoridade serão coibidos e punidos, como forma de tutelar a liberdade de voto.

Por sua vez, a nossa Carta Magna, texto normativo que condiciona e referencia a interpretação de todas as demais normas, funda-se nos valores da probidade administrativa, da moralidade para o exercício do mandato, da normalidade e da legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico, político ou dos meios de comunicação, nos termos que seguem:

> Art. 14. [...]
> § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de *proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato,* considerada a vida pregressa do candidato, e a *normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.* (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)
> § 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da

LivroPopulos.indb 297 23/10/2015 09:53:15

> diplomação, instruída a ação com provas de *abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.*

Assim, em meio a esse arcabouço formado pelo Código Eleitoral Brasileiro e pela Constituição Federal de 1988, reconhecendo-se, inclusive, a existência de normas que limitam o uso e o abuso do poder e que proíbem a compra de votos em obediência aos princípios constitucionais da igualdade e da democracia, bem como a lisura do processo eleitoral como valor a ser preservado, o legislador encontra as bases para estabelecer vedações às condutas que maculam o processo eleitoral.

4 CONSEQUÊNCIAS DOS CRIMES ELEITORAIS DE COMPRA DE VOTOS E ABUSO DO PODER PARA O PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO

A captação ilícita de sufrágio que se confunde com a famigerada compra de votos, conforme prevista no art. 41-A da Lei n. 9.504/97, atinge somente o candidato. É ato personalíssimo, de tal modo que se alguém em nome dele, doa, oferece ou entrega ao eleitor bem ou vantagem com a finalidade de obtenção do voto poderá incorrer na prática do abuso do poder econômico e não na captação ilícita.

Já o abuso de poder propriamente dito, espécie maculada da utilização do poder, caracteriza-se, sobretudo, pela imposição da vontade sobre outrem, em desobediência expressa às leis vigentes. É conduta viciada que fere os pleitos eleitorais e, indistintamente, o processo eleitoral democrático. Trata-se da utilização excessiva de recursos, materiais ou humanos, para benefício de determinado candidato e que fere a normalidade, a isonomia e a legitimação das eleições.

Conforme assevera Walber Agra:

> esse tipo de conduta, que infringe frontalmente o princípio da legalidade, acarreta um acinte aos direitos políticos dos cidadãos, que são externados por meio do voto livre e secreto; e ao princípio republicano, em que a atuação política deve ser pautada no escopo da obtenção do bem comum ao invés de almejar a realização de interesses privados.[15]

O fato é que ambas as condutas, ao viciarem a vontade do eleitor e contribuírem para o desequilíbrio do pleito, maculam a legitimidade das eleições, ferindo, inclusive, a Constituição Federal.

Não se pode olvidar que os danos advindos da prática da compra de votos e do abuso do poder, sobretudo o econômico, são imensuráveis e comprometem, portanto, o exercício da cidadania e o ideal de democracia.

[15] AGRA, Walber de Moura. *Republicanismo***.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18.

LivroPopulos.indb 298 23/10/2015 09:53:15

Em sendo práticas antigas e arraigadas no seio social, a compra de votos e o abuso do poder ocorrem dentro de determinados padrões recorrentes. Notadamente, se deparam com a questão prática de garantir que o eleitor cumpra a contrapartida acordada, o que faz com que o candidato aprimore os meios de controle, aperfeiçoando as redes de clientelismo. No entanto, confiando-se sempre na impunidade, os corruptos imaginam, primeiro, que o que fazem é absolutamente normal; segundo, que jamais serão alcançados, amparados pela conivência dos responsáveis pela aplicação das leis. Daí a exigência de uma postura cada vez mais rígida dos juízes eleitorais.

É inconteste que a conduta contumaz de obter votos em troca do oferecimento de qualquer vantagem influencia no resultado do pleito e corrompe o processo democrático de escolha dos representantes, de tal forma que não é difícil concluir, pois, que aquele que compra mandato não só não se preocupa com os problemas que afligem a população, como também utilizar-se-á de toda sorte para reaver aquilo que investiu para obter votos. Quem compra o voto quebra o compromisso constitucional da isonomia e de eleições limpas. Quem vende o voto parece desconhecer as consequências dessa prática ou ao menos não se preocupa com isso.

Indistintamente, o abuso de poder, seja ele político, dos meios de comunicação ou econômico, compromete o resultado das eleições sem que haja necessidade de se comprovar a potencialidade. Aliás, tal entendimento tem sido superado, inclusive. A potencialidade do ato praticado por quem possa, de alguma forma, se beneficiar com o resultado das eleições é presumida, nem sendo preciso haver pedido expresso do voto. É desarrazoado achar que a contratação de pessoal em ano eleitoral, para ficarmos só nesse exemplo, não contribui para desequilibrar a disputa.

Diante desta realidade, é imprescindível considerar que, para além de cinzelar leis para punir candidatos que se envolvem na corrupção do processo eleitoral, é inafastável a necessidade de fazê-lo sobre os eleitores, uma vez que, sendo corruptores, fortalecem e justificam a atuação dos corruptos. É preciso, pois, extirpar do cenário político brasileiro aqueles que galgam mandatos, valendo-se da carência de milhares de pessoas e isso só será possível em havendo a atuação conjunta das diversas instituições e, sobretudo, da sociedade que não só denuncia, mas que acompanha a punição efetiva dos transgressores.

Por óbvio, em face das garantias constitucionais, não se poderá, sob nenhuma hipótese, julgar procedente qualquer pedido de cassação de registro ou perda de mandato, sem que se tenha provas mínimas da prática de qualquer tipo de abuso. Destarte, em não estando provado nos autos, não há como haver a imposição de qualquer responsabilidade aos infratores.

LivroPopulos.indb 299 23/10/2015 09:53:15

4.1 EFEITOS DANOSOS DA COMPRA DE VOTOS E DO ABUSO DE PODER

O Brasil vive um período histórico de amplo acesso à informação, sobretudo por meio do uso das redes sociais e o que mais se tem visto é o descontentamento social com a corrupção, fato, inclusive, que levou multidões às ruas clamando por mudanças no âmbito político e social. Embora essa indignação seja reflexo da conclusão óbvia de que os recursos desviados que sobram para a captação ilícita de sufrágio são os mesmos que faltam em áreas essenciais como saúde, educação, segurança, muitas vezes não se percebe que por trás de práticas como essas está uma série de consequências igualmente graves.

Apesar de não ser possível precisar numericamente os prejuízos advindos da compra de votos, do abuso de poder e de outras práticas igualmente corruptas, não há como desconsiderar os fatores multiplicadores.

A sensação de impunidade é outra consequência marcante das transgressões eleitorais, seja por conta da possibilidade de interposição de inúmeros recursos permitidos pelo nosso ordenamento jurídico, seja porque eles arrastam a prática até a prescrição, permitindo que os infratores saiam ilesos. Os exemplos degradantes incentivam à delinquência ao passo em que a impunidade serve para "contaminar" os honestos. Ora, se nada acontece ao político corrupto, qual estímulo terá o agente público de exercer sua função honestamente?

Aliado ao que foi posto, o excesso de burocracia que contamina e alimenta a ineficiência, o ciclo vicioso da corrupção. Por fim, talvez, a mais gravosa consequência resida da desmoralização das nossas instituições e, sobretudo, da democracia. O descrédito em relação aos políticos, partidos, instituições e à política, de modo geral, tem se tornado cada vez mais forte, como se a autonomia e o papel social de cada um estivesse corrompido.

Ora, a compra de votos e o abuso de poder são, na verdade, práticas antidemocráticas que contribuem para o fortalecimento da corrupção. Se num passado recente o inimigo era o estado totalitário, atualmente a corrupção figura como o maior mal a ser enfrentado pela sociedade conjuntamente.

A máxima de que "Voto não tem preço, tem consequência" é eivada de sentido lógico e se confirma diuturnamente nos jornais, noticiários e às vistas de cada um. Sob o argumento medíocre de não gostar da política, alguns eleitores, fincados nas raízes apodrecidas de um sistema político caduco, estimulam as candidaturas de inúmeros corruptos que, na certa, causarão prejuízo financeiro, moral, político, cultural e social.

Não há, portanto, qualquer esperteza em receber vantagens ou valor monetário para votar em determinado candidato pelo simples fato de que os prejuízos extrapolarão os mimos. A saúde precária, a educação deficitária, a insegurança são apenas alguns dos exemplos que não podem ser pagos

LivroPopulos.indb 300 23/10/2015 09:53:15

pelos cabos eleitorais e seus mentores. A equação e o entendimento deste problema político-social são de fácil explicação: o político que compra o voto ou que se utiliza de mecanismos para obter qualquer favorecimento quando do exercício do cargo público não tem compromisso nem qualquer satisfação a dar à sociedade depois de eleito. Essa é a lógica que se impõe.

Quem se utiliza do poder para se favorecer de qualquer forma não faz política, ao contrário, a corrompe. O poder político, assim, deve ser visto como instrumento para servir à sociedade e a sanção prevista na legislação deve ser aplicada para todos os infratores, sob pena de não motivar os demais cidadãos a observarem os princípios constitucionais previstos no art. 37 da Constituição Federal, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Assim, os sucessivos exemplos de aproveitamento dos bens públicos para fins de enriquecimento particular, testemunhados ano a ano sem qualquer medida que contenha sua propagação, servem de estímulo à formação de políticos sem qualquer compromisso com o interesse público em detrimento de proveitos individuais. Daí porque o julgador, ao aplicar as sanções previstas na lei, deve ter serenidade, independência e isonomia, não se furtando de garantir a ampla defesa e o contraditório. A omissão do Poder Judiciário diante dos que cometem abuso no exercício do poder e desviam o dinheiro público é, pois, conduta igualmente gravosa, razão pela qual o erro tende a se perpetuar indefinidamente no tempo.

4.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Ante as práticas ilícitas da compra de votos e do abuso de poder, uma vez configurada a subsunção, tem-se a imputação de inelegibilidade por oito anos e a perda do registro ou do mandato se o candidato já tiver vencido as eleições, sem prejuízo da multa cabível.

Com base no princípio da estrita reserva penal, não há qualquer possibilidade de determinar outras sanções, só se permitindo, em consonância com o permissivo legal, a incidência de multa nos casos taxativos de captação ilícita de sufrágio, não se alcançando em nenhuma hipótese diante do abuso de poder.

Por outro lado, quando um partido descumpre as normas de arrecadação e de aplicação dos recursos, configurado ou não o abuso do poder, perderá o direito de auferir a cota do Fundo Partidário do ano seguinte, sem prejuízo de outras sanções caso comprovada a conduta.

O fato é que, antes da Lei da Ficha Limpa, as sanções previstas para os referidos ilícitos eleitorais eram quase sempre inócuas, uma vez que a declaração de inelegibilidade só atingia o limite máximo de três anos, a contar da data das eleições, de tal forma que ao fim de um mandato de quatro anos,

LivroPopulos.indb 301 23/10/2015 09:53:15

aquele que havia perdido o registro ou mandato, poderia voltar a disputar as eleições. Desta feita, a elasticidade temporal advinda da Lei Complementar n. 135/2010, indubitavelmente, modificou a conjuntura do processo eleitoral brasileiro, contribuindo, alvissareiramente, para moralização dos pleitos.

Oportuno por fim destacar que o abuso de poder pode despertar a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), quando for intentada entre o registro da candidatura até a diplomação dos candidatos ou ainda, poderá palmilhar a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), se impetrada até 15 dias da diplomação do sujeito, assumindo processualmente o caminho disposto no art. 3º da Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar n. 64/90). Mas é preciso considerar que a escolha de uma AIJE ou de uma AIME não se reporta ao modo como as condutas típicas ocorreram e sim ao tempo escolhido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se vislumbrou ao longo destas breves linhas, no sistema de Democracia Representativa, o Estado exerce seu poder soberano, por meio de pessoas eleitas pelo povo para o exercício das funções típicas e indelegáveis, baseadas em regras previamente definidas.

As eleições são, portanto, a base do processo político, regulamentado pelo Direito Eleitoral. Em sendo ramo do direito público que regulamenta os direitos políticos e o processo eleitoral, o Direito Eleitoral estabelece forte diálogo com a democracia, de tal forma que não se pode discutir um sem perpassar pelo outro. São grandezas indissociáveis.

Em que pese ser a legislação eleitoral brasileira pendente de adequada codificação, é notório que nos últimos anos, face à mobilização social, uma série de medidas foram tomadas e implementadas, objetivando a moralização da política e, sobretudo, do processo de escolha dos representantes pelo povo.

A Lei da Ficha Limpa, resultado da iniciativa popular, é exemplo de que a sociedade reclama o aumento do rigor nos critérios adotados para as candidaturas daqueles que pretendem exercer cargo eletivo. Ao objetivar aferir a idoneidade dos candidatos a cargos eletivos, a Lei busca, sobretudo, impedir a candidatura de quem tenha sido condenado por decisão judicial transitada em julgado ou mesmo por deliberação de órgão colegiado do Poder Judiciário.

De igual forma, em sendo o voto o meio pelo qual o eleitor materializa e expressa suas opções políticas, aprovando ou reprovando candidatos, políticos, condutas, partidos ou mesmo ideologias, não se pode permitir que a decisão popular e soberana sucumba à privatização da coisa pública, à compra de votos e ao abuso de poder, sob pena de macular os comandos constitucionais.

É certo que as infrações eleitorais, especificamente a compra de votos e o abuso de poder, ao viciarem a vontade do eleitor, ocasionam o desequilíbrio

LivroPopulos.indb 302 23/10/2015 09:53:15

do pleito eleitoral e violam a Constituição Federal de tal forma que os danos advindos comprometem o exercício da cidadania e corrompem a democracia.

Parece-nos óbvio concluir, assim, que a saúde precária, a falta de moradia, a educação combalida, o desemprego, a falta de segurança, para citarmos somente esses exemplos, são reflexos diretos da corrupção que sobra Brasil afora e que atenta contra a moral e às leis. Não há compromisso de candidato que compra mandato para com eleitor que negocia o voto. E não adianta cobrar depois. A conta foi antecipadamente paga. O problema é que as consequências dessas práticas atingem até mesmo quem não as praticou.

Ademais, não pode ser legítimo o resultado eleitoral que afasta a validade da suprema vontade popular. A soberania popular forjada sob o manto da ilicitude não é, pois, outra coisa senão a deterioração das nossas instituições políticas, afastando a democracia do seu real significado.

É neste sentido que uma atuação cada vez mais firme da Justiça Eleitoral na fiscalização, apuração e, sobretudo, na punição das infrações eleitorais, a exemplo da compra de votos e do abuso de poder, é imprescindível para combater a corrupção. Soberania popular viciada não é soberania.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Republicanismo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral.* 8. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 83, 474-475.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 07 de junho de 1994. Altera o § 9º do art. 14 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União,* 9 de junho de 1994.

_____. LEI n. 4. 737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União,* 19 de julho de 1965 e retificado em 30 de julho de 1965.

_____. LEI COMPLEMENTAR n. 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 União,* 21 de maio de 1990.

LivroPopulos.indb 303 23/10/2015 09:53:15

_____. LEI n. 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 União*, 20 de setembro de 1995.

_____. LEI n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União,* 1º out. de 1997.

_____. LEI n. 9.840, de 28 de setembro de 1999. Altera dispositivos da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. *Diário Oficial da União,* 20 set. 1999.

BRASIL. LEI COMPLEMENTAR n. 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, [...]. *Diário Oficial da União,* 7 jun. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 20.531, de 14 de dezembro de 1999. Relator Ministro Maurício Corrêa.

COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. *Direito Eleitoral e Processo Eleitoral:* Direito Penal Eleitoral e Direito Político. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COSTA. Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral:* Teoria da Inelegibilidade, Direito Processual Eleitoral, Comentários à Lei Eleitoral. 5. ed., rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito:* Introdução á problemática científica do Direito. Versão condensada pelo autor. Tradução J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2002.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional.* São Paulo: Atlas, 2005.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral:* anotações e temas polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Ética na Política.* Fortaleza: Edição do Autor: 2014.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de Direito Constitucional.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REIS, Márlon. *Direito Eleitoral Brasileiro.* Brasília: Alumnus, 2012.

LivroPopulos.indb 304 23/10/2015 09:53:15

REIS, Márlon. *O Nobre Deputado:* relato chocante (e verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira. Rio de Janeiro: LeYa, 2014.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Abuso do Poder nas Eleições:* ensaios. Salvador: JusPodivm, 2014.

SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

TRANSPARÊNCIA BRASIL (2004). *Compra de votos nas eleições 2004.* Disponível em: <http://www.transparencia.org.br/docs/compravotos2004.html>. Acesso em: 10 out. 2014.

LivroPopulos.indb 305 23/10/2015 09:53:15

ESTRUTURAÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL E CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE: DESAFIOS NO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE MULTICULTURAL

Lorena Miranda Santos Barreiros[1]

RESUMO

Este artigo enfoca o papel assumido por um sistema de precedentes no contexto de uma sociedade multicultural: o de harmonizar a tendência universalizante decorrente da concretização do princípio da igualdade e a necessidade de respeito à diversidade. Partindo do exame das tradições jurídicas da civil law e da common law e após demonstrar a histórica permeabilidade do direito brasileiro aos institutos desenvolvidos na tradição anglo-saxônica, o trabalho expõe as principais dificuldades e percalços dessa importação no tocante ao sistema de precedentes judiciais e destaca o papel do distinguishing – um dos institutos transplantados – na concretização do desafio de equilibrar as forças contrapostas antes referidas: igualdade e diferença.

Palavras-chave: Tradições Jurídicas. Precedentes judiciais. Brasil. Distinção. Multiculturalismo.

ABSTRACT

This article focuses on the role played by a system of precedent in the context of a multicultural society: to harmonize the universalizing tendency resulting from the implementation of the principle of equality and the need to respect diversity. It examines the civil law and common law legal traditions and further demonstrates historical permeability of Brazilian law to institutes developed in the Anglo-Saxon tradition. Then, the work exposes the main difficulties and mishaps of this import with respect to the system of judicial precedents and highlights distinguishing role – one of transplanted institutions – in achieving the challenge of balancing the opposing forces before mentioned: equality and difference.

Keywords: Legal traditions. Judicial Precedents. Brazil. Distinguishing. Multiculturalism.

[1] Doutoranda e mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Processual Civil pelas Faculdades Jorge Amado (UNIJORGE) em parceria com o curso Juspodivm. Procuradora do Estado da Bahia. Advogada.

LivroPopulos.indb 307 23/10/2015 09:53:15

1 INTRODUÇÃO

A estruturação de um sistema de precedentes capaz de harmonizar as tendências jurídicas universalizante (própria da concretização do princípio da igualdade) e individualizadora (decorrente, sobretudo, do respeito à diversidade no contexto de uma sociedade multicultural) constitui-se em verdadeiro desafio. Some-se a tal escopo a circunstância de que esse sistema de precedentes não nasceu e se desenvolveu no país em que está sendo estruturado, mas, sim, foi tomado de empréstimo de sistemas jurídicos integrantes de outra tradição: *a common law*. Ter-se-á, assim, um breve quadro da tentativa que vem sendo empreendida no Brasil para construir um sistema de precedentes verdadeiramente justo para a sua sociedade.

O presente artigo objetiva contribuir para o debate acerca da teoria dos precedentes no Brasil, especialmente no tocante à organização de um sistema de precedentes capaz de atingir o objetivo harmonizador antes referido. Para tanto, sua exposição foi dividida em três partes.

Inicialmente, na primeira parte, serão examinadas as duas principais tradições jurídicas atualmente existentes no mundo ocidental: a *civil law* e a *common law*, destacando-se a crescente aproximação observada entre elas pelos comparativistas e sobrelevando-se o principal traço que as diferencia: o raciocínio jurídico.

Em seguida, o sistema jurídico brasileiro será analisado, tecendo-se considerações acerca do seu efetivo pertencimento à família jurídica da *civil law* e destacando-se sua histórica permeabilidade a institutos jurídicos desenvolvidos em países integrantes da tradição da *common law*. Tomar-se-á como parâmetro dessa influência a tendência atual de valorização e de crescente atribuição de eficácia aos precedentes judiciais no Brasil.

A segunda parte do artigo volver-se-á à análise da tentativa que vem sendo levada a efeito no sentido de se estruturar um sistema de precedentes no Brasil. Após a delimitação dos conceitos de precedente e de *ratio decidendi* e de serem tecidas considerações acerca do devido processo constitucional de produção da decisão judicial, serão trazidos à baila alguns elementos que compõem a teoria dos precedentes dos países integrantes da tradição da *common law* e que têm sido importados pelo direito brasileiro, assim como explicitados os problemas enfrentados nessa transposição.

A terceira parte do trabalho dedica-se a apresentar um esboço de solução para que o sistema de precedentes em construção no Brasil possa lograr êxito na tarefa de equilibrar o princípio da igualdade e o direito à diferença, verdadeiro desafio a ele posto pela pluralidade cultural da sociedade em que está sendo edificado. Para o alcance de tal finalidade, o artigo examina, inicialmente, o multiculturalismo enquanto arena de debate ideológico, os principais temas por ele tratados, destacando, empós, a formação multicul-

LivroPopulos.indb 308 23/10/2015 09:53:15

tural da psicologia brasileira e a influência positiva dessa herança histórica para que as questões subjacentes ao debate multicultural sejam tratadas de modo mais natural no Brasil.

Em sequência, será cotejada a tendência universalizante própria da concretização do princípio da igualdade com a necessidade de se promover o adequado respeito à diferença, evitando-se a aplicação indiscriminada e arbitrária de precedentes judiciais a casos com os quais não guardam a necessária similitude. Apresentar-se-á o sistema de precedentes como uma soma vetorial capaz de equilibrar essas tendências contrapostas. Em especial, será destacado o papel fundamental do *distinguishing*, tipificado como direito subjetivo da parte, nessa tarefa conciliatória.

O objetivo deste artigo não é o de delinear um sistema de precedentes no Brasil, mas, sim, o de verificar os problemas hauridos do transplante da sistemática de precedentes norte-americana para o Brasil e, em especial, destacar o papel do instituto do *distinguishing* na harmonização entre igualdade e diferença, questão crucial no âmbito da sociedade multicultural pátria.

2 TRADIÇÕES E INSTITUTOS JURÍDICOS: O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E A CRESCENTE IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

2.1 PRINCIPAIS TRADIÇÕES JURÍDICAS DO OCIDENTE: *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

O direito é manifestação cultural, inserindo-se na espécie dos objetos do conhecimento que, sendo criados pelo ser humano, não se reificam, existindo somente se e enquanto produzidos.[2] Sua natureza cultural expõe o direito à influência dos usos e valores correntes em determinado momento em uma dada sociedade. Tais usos e valores concorrerão na definição do sistema jurídico que regulará o tecido social, entendido tal sistema como o "conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes"[3] em um dado grupo humano.

Há de se destacar, no entanto, que, apesar da multiplicidade de sistemas existentes no mundo (os sistemas de cada país, os sistemas dos entes federativos dos países – a exemplo, no Brasil, dos estaduais, municipais e distrital – e os sistemas supranacionais), guardam eles elementos que os aproximam ou distanciam uns dos outros, permitindo que os diferentes sistemas jurídicos possam ser agrupados em um mesmo tronco, ao qual se

[2] Para Calmon de Passos, "o direito somente é enquanto processo de sua criação ou de sua aplicação no concreto da convivência humana" (PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 23).

[3] MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law:* uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009. p. 21.

LivroPopulos.indb 309 23/10/2015 09:53:15

confere a denominação de tradição jurídica.[4] Nas palavras de Merryman e Pérez-Perdomo:

> uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada de organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão.[5]

O direito comparado reconhece a existência de duas tradições prevalecentes no Ocidente: a *civil law* (ou tradição romano-germânica) e a *common law*(ou tradição anglo-saxônica). Abstraídas as características relacionadas ao surgimento histórico dessas tradições (a exemplo da maior ou menor influência do direito romano ou, ainda, do ramo do direito que primeiro se desenvolveu), é especialmente sob o ponto de vista do raciocínio jurídico, do enfoque conferido ao direito por cada uma dessas famílias, que se pode traçar a principal linha distintiva entre elas, útil até os presentes dias para divisá-las, a despeito das constantes influências recíprocas que são sentidas nessa seara pelos comparativistas.

Pietro D´Amico assevera que as tradições da *common law* e da *civil law* são antitéticas, haja vista achar-se a primeira calcada no empirismo e a segunda, no racionalismo.[6] Esta contraposição confere a cada uma das tradições pilares igualmente díspares. À *civil law*, ligam-se, além do racionalismo, o dogma, o apriorismo, o pensamento teórico e o método dedutivo; já a *common law*, de cunho empirista, é antidogmática, valoriza a experiência histórica, o pensamento prático e o método indutivo.[7]

É de se notar que o contraste entre as tradições da *civil law* e da *common law* não tem por objeto principal os conteúdos dos direitos atinentes aos sistemas jurídicos que as compõem, mas, sim, o aspecto formal dessas famílias, ou seja, aquele relacionado aos enfoques, à metodologia, às fontes

[4] Utilizar-se-ão, neste trabalho, como sinônimos, os termos tradição e família. Apenas com o intuito de evitar confusões terminológicas, o termo sistema será invocado em referência a um ordenamento particular (ex.: sistema jurídico brasileiro, sistema jurídico francês) ou a um elemento dele (ex.: sistema processual brasileiro) e não, como o faz René David, como sinônimo de tradição jurídica (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 21-23).

[5] MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. op.cit., p. 22-23.

[6] "*Common law* e *civil law* constituiscono il *binomio antitetico e parallelo di giuridicità che governano tutto il diritto sul nostro pianeta,* riflesso dell´antitesi *empirismo/razionalismo"* (D´AMICO, Pietro. *Common law*. Torino/Italia: G. Giappichelli Editore, 2005. p. 222). Em tradução livre: "*Common law* e *civil law* representam o binômio antitético e paralelo de legalidade que rege todo o direito em nosso planeta, reflexo da antítese empirismo/racionalismo".

[7] D´AMICO, Pietro. *Common law*. Torino/Italia: G. Giappichelli Editore, 2005. p. 222.

LivroPopulos.indb 310 23/10/2015 09:53:15

do direito, à estrutura e ao procedimento.[8] Mesmo segundo tais aspectos, as distinções observadas entre as tradições vêm sendo progressivamente mitigadas, em um movimento que testifica a crescente aproximação e a mútua influência entre ambas.

De um lado, a *civil law*, tradicionalmente racionalista, vem sendo aproximada da realidade histórica e do empirismo, o que é possível de ser observado, por exemplo, com o fenômeno da decodificação, conducente, no Século XX, à proliferação de leis extravagantes e ao surgimento de microssistemas jurídicos, aos quais as codificações oitocentistas tiveram de ceder espaço. Também contribuem decisivamente para essa mudança o papel central assumido pelas Constituições (e a necessidade de concretização dos valores nela inseridos) e a adoção, em larga escala, da técnica de legislar por meio de cláusulas gerais, ampliativa do papel do juiz na construção do direito.

Por outro lado, a *common law* vivencia a crescente influência do direito legislado, ao ponto de a Inglaterra, país no qual teve origem a tradição anglo-saxônica, haver adotado, no final do Século XX, um Código de Processo Civil (as *RCP – Rules of Civil Procedure*, de 1999), a despeito de, sabidamente, as codificações não possuírem, nos sistemas da tradição de *common law*, o sentido totalizante que alcançaram na tradição romano-germânica oitocentista.

Tamanha é a miscigenação entre as famílias que há quem chegue mesmo a afirmar que se vivencia um processo unificatório, de modo que *common law* e *civil Law* representariam, hoje, menos duas tradições contrapostas e mais dois aspectos de "uma mesma e grande tradição jurídica ocidental".[9] [10]

Apresentadas as duas tradições jurídicas ocidentais e destacada a principal distinção entre elas havida, imperioso que se analise, em seguida, o sistema jurídico brasileiro e seu relacionamento com as famílias romano-germânica e anglo-saxônica, como premissa para que seja examinado o modo como se vem tentando construir, no direito pátrio, uma teoria dos precedentes judiciais, com aporte de noções hauridas sobretudo dos direitos inglês e norte-americano.

[8] MACHADO FILHO, Sebastião. O sistema da *common law*. *Notícia do direito brasileiro*, Brasília, Faculdade de Direito, n. 4, p. 21. ago./dez. 1997.

[9] MARINONI, Luiz Guilherme. Apresentação. In: _____ (coord.). *A força dos precedentes*: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 07.

[10] No mesmo sentido, Hermes Zaneti Júnior: "Os ordenamentos jurídicos, em ambas tradições, evoluíram muito, no sentido de diminuir a tensão original, de tal sorte que já *não* émais *legítimo ou realista falar em incompatibilidades paradigmáticas* entre os dois grandes ramos do direito ocidental. Afastada essa incompatibilidade, cresce a olhos vistos o movimento de harmonização entre o *common law* e a tradição romano-germânica" (ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional:* o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 247).

LivroPopulos.indb 311 23/10/2015 09:53:15

2.2 O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E SUA HISTÓRICA PERMEABILIDADE A INSTITUTOS ORIUNDOS DE SISTEMAS DA TRADIÇÃO DA *COMMON LAW:* A TENDÊNCIA DE VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Encontra-se razoavelmente sedimentada, na doutrina pátria, a premissa de que o sistema jurídico brasileiro filia-se à tradição romano-germânica. Tal posição, quando não explicitamente defendida por certos doutrinadores,[11] é extraída à vista da similitude entre algumas características norteadoras do sistema nacional e aquelas atribuídas à *civil law*(a exemplo da influência do direito romano, da lei vista como fonte primordial do direito e do predomínio do raciocínio teórico-dedutivo). Tanto mais se justifica esse enquadramento quando se observa a decisiva influência do direito português na formação do direito brasileiro, fruto do fenômeno colonizatório.[12] [13]

O enquadramento do Brasil na família romano-germânica, sobretudo na atualidade, é, todavia, objeto de questionamento por parte da doutrina.[14] A adoção, no país, de institutos típicos da *common law* (o controle difuso de constitucionalidade, presente no ordenamento brasileiro desde a Constituição Republicana de 1891; a tutela de direitos supra-individuais; a cláusula geral do devido processo legal; a crescente eficácia atribuída aos precedentes judiciais) revela, quando menos, profunda mitigação das características típicas da tradição da *civil law*.

Em verdade, o sistema jurídico brasileiro convive com um paradoxo metodológico: a necessidade de compatibilizar uma tradição constitucional extremamente influenciada pelo direito norte-americano (*common law*) e uma tradição infraconstitucional sustentada em influências oriundas da Europa continental (*civil law*).[15]

De todo modo, os propósitos e limites deste trabalho não permitem que se aprofunde a perquirição acerca da questão de pertencer o Brasil à *civil*

[11] Dentre os defensores dessa posição, por todos: SOARES, Guido Fernandes Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 31; RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 61; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 97.

[12] AGUIAR, Renan; MACIEL, José Fábio Rodrigues. *História do direito.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 120.

[13] Segundo testifica Mário G. Losano, "a assimilação do direito português no Brasil foi total e simultânea, porque Portugal se transferiu para o Brasil, eliminando assim a distinção entre colônia e metrópole" (LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos*: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*.* Tradução: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 252).

[14] Defendendo o modelo brasileiro como integrante de uma tradição peculiar, híbrida, irredutível à romano-germânica ou à *common law*: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil.* 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 1, p. 41-43; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional*: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17.

[15] ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional:* o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17. O autor afirma que a tradição brasileira é híbrida, misturando-se aspectos das tradições romano-germânica e de *common law*.

LivroPopulos.indb 312 23/10/2015 09:53:15

law(com profunda mitigação das características específicas daquela família) ou de constituir ele um ordenamento jurídico *sui generis*, não enquadrável em nenhuma das duas tradições.

O que sobreleva destacar, no particular, é que, num caso ou noutro, o sistema brasileiro sempre se mostrou permeável à recepção de institutos e ideias oriundos da *common law* e, atualmente, tem se conduzido rumo à crescente atribuição de eficácia e importância aos precedentes judiciais. Muito embora não possa o Brasil ser considerado como um país que perfilhe a cultura do *case law*, a produção legislativa recente reflete uma clara intenção de fortalecer o papel dos precedentes no direito pátrio, conferindo-lhes inédita força no país (a exemplo da súmula vinculante, dos precedentes com poder obstativo de recursos ou de remessa necessária e, ainda, de precedentes com carga persuasiva, tais como aqueles que justificam a improcedência *prima facie*).

A rapidez com que foram criadas novas regras conferindo progressiva carga eficacial aos precedentes judiciais no Brasil não se faz acompanhar, no entanto, ao menos no que diz respeito do Código de Processo Civil de 1973, de uma adequada sistematização do instituto recepcionado.[16] Como resultado dessa lacuna, é comum no sistema brasileiro o uso aleatório, improvisado e descontextualizado de precedentes para solução de casos concretos.[17]

O anseio pela uniformização das decisões judiciais (soluções iguais para casos análogos), até mesmo em respeito ao princípio da isonomia, encontra na teoria dos precedentes forte aliado. No entanto, a assistematização do uso desses precedentes e o crescimento vertiginoso do número de processos[18] são fatores que contribuem para subverter a própria lógica do instituto utilizado. O julgamento de causas converte-se em julgamento de teses;[19] sob a justificativa de concretização do princípio da isonomia, julgam-se casos distintos como se iguais fossem; a duração razoável do processo converte-se em luta para o atingimento de metas numéricas de julgamento de processos.[20]

Nesse contexto, a imponderada utilização de precedentes judiciais no Brasil tem resultado, não poucas vezes, em verdadeira denegação de justiça,

[16]A Lei nº 13.105/2015 (NCPC) contempla regramento inovador em relação ao ordenamento vigente na temática dos precedentes judiciais, como se observa, por exemplo, dos seus arts. 926 a 928.

[17] RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 31.

[18] Fruto, principalmente, de uma cultura demandista que floresceu no seio de uma sociedade de consumo massificada e globalizada e à luz de uma substancial explosão legislativa.

[19] STRECK, Lênio Luiz. À guisa de prefácio. In: RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 11-12.

[20] Traçando um panorama dessa "crise numérica dos processos judiciais", ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: RT, 2011, *passim*.

LivroPopulos.indb 313 23/10/2015 09:53:16

sobrelevando-se a força uniformizadora daquele instituto em detrimento da necessária consideração dos aspectos peculiares do caso concreto, sem o que não se logra alcançar o acesso à ordem jurídica justa, vista como aspecto inerente ao acesso à justiça.[21]

É imperioso notar que o conceito jurídico indeterminado "acesso à justiça" é plurissignificativo, representando, de um lado, a igualdade de acesso ao sistema jurídico e, de outro, que esse mesmo sistema seja capaz de produzir resultados justos individual e socialmente.[22]

Um sistema de precedentes eficaz haveria, pois, de garantir a justiça social do resultado da prestação jurisdicional (conferindo, tanto quanto possível, respostas iguais para casos análogos), sem, no entanto, descurar das particularidades do caso concreto (resultado individualmente justo), evitando-se ou minorando-se, ao menos, os deletérios efeitos da equivocada incidência de um precedente a situação jurídica a ele não ajustável.

Dentro desse contexto, sobreleva notar que a existência de um sistema de precedentes bem organizado é fator de extremo relevo para a garantia de justiça em uma sociedade multicultural, munindo-se tal sistema de instrumentos capazes de identificar e conferir tratamento diferenciado a situações cujas particularidades assim o exijam. Em outras palavras, o manejo de um sistema de precedentes não pode se divorciar da realidade cultural no qual é aplicado; sendo ela multifacetária, haverá o sistema de reconhecer essa especificidade e garantir o necessário equilíbrio entre os direitos à igualdade e à diferença.

3 TENTATIVA DE ESTRUTURAÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL E SEUS PERCALÇOS

3.1 DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL DE PRODUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E CONCEITOS DE PRECEDENTE E DE *RATIO DECIDENDI*

Ao tratar do princípio do devido processo legal, Calmon de Passos prefere a ele fazer referência intitulando-o de devido processo constitucional de produção do direito. Com tal expressão, Calmon faz referência não apenas ao processo legislativo de que resultam os textos normativos, base para a extração de normas jurídicas, mas, também, à própria produção judicial da

[21] A questão, porém, não é assim tão simples, na medida em que as ondas de acesso à justiça, mencionadas por Mauro Cappelletti (em especial a primeira – assistência judiciária gratuita aos pobres – e a segunda – garantia de acesso ao representante de interesses difusos e coletivos, para melhor tutela de tais interesses), também são responsáveis pelo agigantamento da função jurisdicional, alimentando o crescimento exacerbado de demandas judiciais e, pois, sendo, por via transversa, também concausas do problema examinado. (CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia come programa di riforma e come método di pensiero. *Rivista di diritto processuale*, Padova, CEDAM, v. 37, p. 241, 1982).

[22] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

LivroPopulos.indb 314 23/10/2015 09:53:16

norma jurídica, sem excluir, obviamente, os processos de produção privada do direito (ex.: contratos) e a atuação administrativa (ex.: atos e decisões administrativas), uma vez que o direito é e somente o é enquanto produzido e aplicado socialmente.[23]

No que tange ao processo jurisdicional, é cediço que o juiz, ao julgar, produz não uma, mas duas distintas normas em sua decisão: uma, de caráter individual, constante do dispositivo do julgado, intitulada norma de decisão, que confere a solução ao caso concreto e se aplica às partes envolvidas na demanda; outra, de caráter geral, que confere fundamento à norma individualizada e se situa na fundamentação do julgado.

Decorre essa última da interpretação de enunciados normativos (por técnicas de subsunção e/ou de concreção) à luz da necessidade de adequá-los à Constituição, de concretizar normas de textura aberta, de efetivar direitos fundamentais.[24] A chamada norma geral do caso concreto (*ratio decidendi*) pode ser, inclusive, utilizada, por indução, para solucionar outros casos concretos.

A construção dessas normas pelo juiz deve, entretanto, ser precedida de um "devido processo constitucional jurisdicional", que consiste em um "complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir". Daí a necessidade de estabelecimento prévio de regras de competência, o respeito ao contraditório (em suas vertentes formal e substancial), a publicidade processual e, sobretudo, a fundamentação das decisões proferidas, com a possibilidade de seu controle endo e exoprocessual.[25]

Partindo-se, pois, das premissas de que o direito é fenômeno cultural; de que ele somente é se e enquanto produzido e aplicado e de que o direito produz-se e aplica-se processualmente, conclui-se que o processo jurisdicional serve à construção da norma jurídica reguladora da situação concreta submetida à apreciação do órgão jurisdicional.

À luz das circunstâncias fático-jurídicas trazidas à sua apreciação pelas partes, em procedimento jungido ao princípio do contraditório, no qual sejam garantidos aos litigantes igualdade material de atuação em juízo e mesmo potencial poder de influenciar o conteúdo da decisão a ser proferida, o magistrado constrói, então, a norma geral do caso concreto, na fundamentação do julgado, pesando, tanto quanto possível, todas as circunstâncias postas e o ordenamento jurídico. E esta norma geral do caso concreto regulará a situação conflituosa judicializada, conferindo lastro para a edição da norma individualizada ou norma de decisão, constante do dispositivo do julgado.

---

[23] PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando o que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 68-69.

[24] MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*: teoria geral do processo. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 1, p. 100-103. No mesmo sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 7. ed. Salvador: Juspodivm. 2012. v. 2, p. 287-289.

[25] PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando o que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 69.

LivroPopulos.indb 315 23/10/2015 09:53:16

Em suma, interessa ponderar que, essencialmente, o processo jurisdicional não difere do processo legislativo, sendo ambos instrumentos de produção do direito, muito embora o primeiro volte-se precipuamente à concretização da norma jurídica, enquanto que o segundo destina-se à produção de textos normativos que servirão de base para a futura construção judicial ou extrajudicial (na esfera privada não contenciosa, por exemplo) de normas jurídicas.

Na perspectiva de análise dos precedentes judiciais, a importância da atividade judicial relaciona-se antes à norma jurídica geral produzida pelo magistrado, encontrável na fundamentação do julgado e capaz de ser utilizada, por indução, a outros casos concretos similares (trata-se da *ratio decidendi*), do que à norma individualizada construída no dispositivo do julgado, adstrita às partes da demanda e cuja possibilidade de criação pelo juiz era já defendida por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito.[26]

O instituto do precedente coaduna-se com uma ideia básica de igualdade, segundo a qual casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*). Embora o presente estudo tenha como foco o precedente jurídico e, mais precisamente, o precedente jurisdicional (ou judiciário), impende destacar a observação feita por Schauer, no sentido de que o precedente é algo natural e faz parte da atividade decisória em geral. Assim, por exemplo, o autor evidencia a postura do irmão mais novo que vindica tratamento igual ao de seus irmãos mais velhos, quando possuíam a sua idade. Trata-se de argumentação vinculada a um precedente, embora não de caráter jurídico.[27]

Francisco Rosito acentua a equivocidade do termo precedente, destacando dois sentidos primordiais para ele: sob o ponto de vista amplo, precedente consiste em "uma ou mais decisões que funcionam como modelos para casos ulteriores", enquanto que no sentido restrito, por ele não adotado, seriam entendidas como precedentes apenas as "decisões vinculantes provindas de cortes superiores de uma mesma jurisdição sobre determinada matéria". Conclui reconhecendo o precedente como "toda decisão anterior com relevância que pode projetar efeitos jurídicos ao futuro, condicionando o comportamento de distintos sujeitos em casos similares, o que denota a sua natureza normativa".[28]

[26] "De certo que existe uma diferença entre estes dois casos [legislador e julgador], mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária". (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 393)

[27] SHAUER, Frederick. *Precedent*. Maio/2011, p. 1. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1836384>. Acesso em: 13 nov. 2013.

[28] ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 91-92.

LivroPopulos.indb 316 23/10/2015 09:53:16

Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira conceituam o precedente judicial como sendo "a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos".[29] Para os autores, sendo o precedente um ato-fato jurídico, existiria ele sempre que se proferisse uma decisão judicial.[30]

Não é pacífica, no entanto, a conclusão de que toda decisão judicial seria precedente. Em primeiro lugar, porque o precedente, em seu sentido estrito, como visto, jungir-se-ia àquela decisão vinculante emanada de uma corte superior sobre dada matéria. Em segundo, porque ainda que se tome o termo precedente em seu sentido amplo, tal como o fazem Francisco Rosito, Fredie Didier Junior, Paula Sarno e Rafael Oliveira, há quem entenda, a exemplo de Rosito, que nem toda decisão constitui um precedente, uma vez que, segundo ele, algumas decisões seriam despidas de transcendência potencial.[31]

A exclusão, *a priori*, da transcendência potencial de um caso, ainda que ele se afigure aparentemente particularizado e pouco afeito à repetição em situações semelhantes não é conclusão albergada neste trabalho. Crê-se, na linha também defendida por Wambaugh, que todo caso pode fornecer um precedente.[32] E, por consectário lógico, se todo caso pode fornecer um precedente, é suficiente uma única decisão judicial para que ele esteja caracterizado.

Deve-se esclarecer, ainda, que a *ratio decidendi* integra o precedente, é o seu núcleo essencial,[33] a parte do precedente à qual, conforme o sistema se estruture, poder-se-á até mesmo conferir eficácia vinculativa (tal como ocorre na *common law*). Trata-se de conceito deveras discutido, elemento cuja identificação é, por vezes, tormentosa tarefa, como o é a fixação sobre quem deve defini-lo, se o órgão que institui o precedente ou o que o analisa.

Para Wambaugh, a *ratio decidendi* seria "uma proposição geral de direito da qual, tomada em conexão com as circunstâncias do caso, a decisão logicamente decorre, e na qual, expressada ou não na fundamentação, a corte baseia a sua decisão".[34] Já para A. L. Goodhart, a *ratio decidendi* constituir-se-ia

[29] DIDIER JUNIOR, Fredie, et al. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 385.

[30] DIDIER JUNIOR, ibidem, p. 386-387, 392.

[31] ROSITO, op. cit., p. 93.

[32] "In other words, every case ought to furnish a precedent for all other cases in which the circumstances, save as to unessential matters, are identical" (WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases*: a course of instruction. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894. p. 14).

[33] ROSITO, op. cit., p. 108.

[34] "Hence the doctrine of a case is a general proposition of law from which, taken in connection with the circumstances of the case, the decision logically follows, and upon which, whether expressed in the opinion or not, the court bases its decision" (WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases*: a course of instruction. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894. p. 29).

LivroPopulos.indb 317 23/10/2015 09:53:16

dos fatos tidos pelo juiz como materiais (relevantes) e da decisão por ele tomada com base em tais fatos.[35]

No direito brasileiro, Francisco Rosito adota o conceito de que a *ratio decidendi* seria "a resolução específica sobre determinada matéria decidida no tribunal, na qual estão contidos três elementos: a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*)".[36]

A progressiva importância conferida aos precedentes judiciais pelo sistema jurídico brasileiro evidenciou a necessidade de se estruturar, no direito pátrio, uma teoria dos precedentes, sistematizando os regimes de sua criação, aplicação e superação. Os institutos desenvolvidos nos sistemas integrantes da *common law*, em especial no direito norte-americano, têm sido largamente analisados e aplicados na processualística do Brasil.

No entanto, a carga racionalista e lógico-dedutiva que acompanha as origens romano-germânicas do direito brasileiro e as suas peculiaridades culturais têm, não raro, desvirtuado os institutos transplantados, favorecendo antes o arbítrio judiciário do que a utilização, consciente e estruturada, de um sistema de precedentes.

3.2 IMPORTAÇÃO DE ELEMENTOS DA TEORIA DOS PRECEDENTES DOS PAÍSES DE TRADIÇÃO ANGLO-SAXÔNICA PELO DIREITO BRASILEIRO

A aproximação verificada entre as tradições romano-germânica e anglo-saxônica contribui, sobremaneira, para o intercâmbio de institutos jurídicos entre sistemas jurídicos pertencentes a famílias jurídicas distintas. A importação desses institutos, no entanto, não pode ser feita sem observância das peculiaridades culturais de cada sistema, o que conduz, não raro, à recepção apenas parcial de institutos ou à sua transfiguração em institutos inteiramente diversos, face à necessidade de adaptação à realidade cultural do grupo social receptor.

Identificar os limites da transposição a ser feita e, por vezes, a transformação cultural demandada pelo instituto transplantado não é, porém, tarefa fácil. Por seu turno, a admissão indiscriminada de institutos alienígenas provoca, não raro, o surgimento de problemas viscerais concernentes à sua aplicação no sistema adotante. Há casos, inclusive, em que a efetivação do

[35] "I suggested that the principle of the case could be found by determining (a) the facts treated by the judge as material, and (b) his decision as based on them." E, mais adiante, o autor complementa: "I placed all my emphasis in the material facts as seen by the judge, and not on the material facts as seen by anyone else" (GOODHART, A. L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, v. 22, n. 2, p. 119, mar. 1959).

[36] ROSITO, op. cit., p.107. E prossegue o autor: "Em outras palavras, constitui-se na razão jurídica ou nos fundamentos determinantes da decisão, o que não representa um preceito abstrato, senão uma regra ou princípio jurídico ditado pela controvérsia concreta. Trata-se, portanto, da norma concretizada em face dos fatos objeto do conflito de interesses, sendo fundamental à extração da *ratio decidendi* interpretar o núcleo fático da decisão sobre o qual incide a norma de direito". (Ibidem, p. 107-108).

LivroPopulos.indb 318 23/10/2015 09:53:16

novel instituto enseja, por evidente desconformidade com princípios e regras inerentes ao sistema, flagrante violação àqueles e a essas.

No tocante à específica realidade brasileira, há de se analisar o impacto – positivo ou negativo – que a crescente eficácia que vem sendo conferida aos precedentes judiciais tem ocasionado na cultura judicial (impondo-se uma mudança do pensar do juiz)[37] e como os institutos de comum utilização no direito alienígena de países da *common law* (em especial os Estados Unidos da América) têm sido transplantados ao direito brasileiro.

Inicialmente, no que diz respeito à elaboração do precedente, há de se considerar que o desenvolvimento de um sistema que confere maior carga eficacial aos precedentes judiciais pressupõe uma reestruturação do conteúdo jurídico da regra da motivação prevista na Constituição Federal, art. 93, IX, da CF/88, que ganha ainda mais relevância nesse cenário. De fato, a fundamentação das decisões judiciais, a par de se constituir em requisito de validade do julgado, assume importância curial no tocante à criação do precedente, já que é dela que ele será extraído.

O juiz, ao decidir, deve estar preocupado não apenas em esclarecer às partes sobre as razões pelas quais proferiu esta ou aquela norma individualizada para o caso concreto; antes, haverá de ter em mente que a sua decisão possui uma inegável função extraprocessual, já que pode servir como precedente para julgamento de casos futuros cuja base fática seja semelhante àquela em que proferido o julgado.

Ainda no que concerne à formação do precedente, há de ser redimensionado o princípio do contraditório, ampliando-se o espectro de participação na construção da norma jurídica geral do caso concreto. Esse redimensionamento conduz, por exemplo, a que se redefina o que se entende por interesse recursal. Este conceito, tradicionalmente vinculado à sucumbência (e, pois, à parte dispositiva do julgado), ganha nova significação diante do entendimento de que ele abrange, também, a possibilidade de discussão da fundamentação do julgado, mesmo por quem tenha se sagrado vitorioso na demanda. Debate-se, aqui, a formação do precedente e não a decisão atribuída ao caso concreto.

Emblemático, nesse sentido, o julgamento havido pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 647651. O caso diz respeito à demissão levada a efeito pela EMBRAER, em 2009, de cerca de 4.200 trabalhadores sem prévia negociação coletiva. O julgamento proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho concluiu que a EMBRAER estaria dispensada de proceder a essa negociação coletiva porquanto a jurisprudência à época consolidada assim a autorizava.

[37] "Lembre-se que a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*. De modo que o *civil law* vive, atualmente, a contradição entre o juiz real e o juiz dos livros ou das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação de poderes" *(*MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Apresentação. In: _____ (coord.). *A força dos precedentes*: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 8).

LivroPopulos.indb 319 23/10/2015 09:53:16

No entanto, o mesmo Tribunal Superior, sinalizando mudança de posicionamento, definiu, no seu julgado, que, dali em diante, para futuras demissões coletivas, a negociação coletiva prévia seria etapa indispensável. A EMBRAER interpôs recurso extraordinário ao STF não para discutir a solução do caso, que lhe foi favorável, mas, sim, para alterar o precedente que se formara. Este recurso extraordinário foi admitido pelo STF e teve sua repercussão geral reconhecida, estando no aguardo do julgamento de seu mérito.

A aplicação de precedentes no Brasil tem recebido forte influência da teoria dos precedentes norte-americana. A aplicação de um precedente a um caso pressupõe, inicialmente, que sejam confrontadas as bases fáticas do julgado paradigma e do caso em julgamento, utilizando-se o método intitulado de *distinguishing* (distinção). Por ele, serão levados em consideração os aspectos fáticos relevantes do feito sob julgamento e do precedente, de modo a se verificar se há entre eles similitude fática que possibilite/justifique a aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso concreto.

Desse confronto, o magistrado poderá concluir pela similitude entre os casos que justifique a aplicação do precedente; poderá, ainda, descartar tal aplicação, por conta de alguma especificidade fática do caso em análise capaz de afastar a tese jurídica exposta no precedente; ou, por fim, poderá conferir uma interpretação extensiva à *ratio* do precedente, aplicando-a ao caso a despeito de suas especificidades fáticas.

O *distinguishing* exerce, pois, papel fundamental no resguardo do direito da parte ao acesso à ordem jurídica justa, refreando os excessos da tendência universalizante que subjaz à aplicação indiscriminada de precedentes judiciais para a solução de casos concretos, sobretudo quando se está diante de precedentes com força vinculante ou dotados de substancial carga persuasiva.

O método comparativo é de aplicação necessária em toda utilização de precedente judicial como diretriz para julgamento de outro caso, a fim de se perquirirem as similitudes e diferenças entre o julgado paradigma e a demanda a ser decidida. Já o *distinguish*-resultado é vislumbrado sempre que do confronto realizado se conclua pela inaplicabilidade do precedente ao caso concreto, face à diversidade de seus suportes fáticos.

O direito brasileiro também tem recepcionado, por influência norte-americana, institutos relacionados à superação de precedentes, em especial o *overruling* (substituição de um precedente por outro, que preferencialmente deverá ser expressa, mas que poderá ser tácita, a exemplo do que ocorre com as leis) e a técnica de sinalização ou aviso (*signaling*), por intermédio da qual o Judiciário, embora decida o caso concreto em conformidade com a *ratio decidendi* dos precedentes já consolidados, noticia a mudança de posicionamento. O ARE 647651, antes referido, é um exemplo de utilização dessa técnica.

A despeito, porém, de haver uma progressiva familiarização dos doutrinadores, julgadores e professores com a terminologia própria à teoria

LivroPopulos.indb 320 23/10/2015 09:53:16

dos precedentes desenvolvida na tradição da *common law*, o fato é que a importação desses institutos não tem sido feita sem deturpações. Ao revés, inúmeros são os problemas hauridos da praxe forense face à utilização acriteriosa e, mesmo, arbitrária de precedentes judiciais. Buscar-se-á apresentar um quadro dessa realidade no tópico seguinte.

3.3 PROBLEMAS ENFRENTADOS NA TRANSPOSIÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES, DE ORIGEM ANGLO-SAXÔNICA, À REALIDADE BRASILEIRA

Já se afirmou anteriormente que o transplante de institutos de um sistema jurídico a outro há de observar a necessidade de aferição da compatibilidade cultural entre os sistemas doador e receptor. As especificidades culturais, sobretudo as do sistema de destino, hão de ser levadas em consideração, sob pena de serem criadas, neste traslado, verdadeiras "aberrações", institutos parcial ou inteiramente desvirtuados de seu sentido originário e, mais grave, que não se amoldam ao regime constitucional do país em que adotados.

Em parte, essa realidade é vivenciada no Brasil de relação à concessão de crescente carga eficacial aos precedentes judiciais. Não se desconhece que a cultura jurídica brasileira é, historicamente, fundada sob uma base racionalista e teórico-dedutiva. Tal afirmação é feita tomando-se em conta que a formação jurídica pátria, de um modo geral, confere importância primordial ao estudo da legislação, à sua interpretação e aplicação a casos concretos; o raciocínio empírico é posto em segundo plano, sobretudo pelos currículos universitários dos cursos de graduação em direito.

Ao lado dessa constatação, outra pode ser acrescida, também de fundamental relevo à análise crítica ora empreendida: o crescimento do número de demandas judiciais propostas nas últimas décadas, fruto, sobretudo, da expansão dos fenômenos de massa (ações envolvendo servidores públicos, consumidores, dentre outras), tornou ainda mais evidenciada a incapacidade do aparelho estatal de dar vazão aos pedidos de prestação de atividade jurisdicional que lhe são dirigidos, criando-se, em consequência, o desmedido culto à "celeridade processual" como meta a ser alcançada a todo custo, ainda que com evidente prejuízo à concretização do direito justo.

A conjugação desses fatores (citados sem pretensão de exaurimento das peculiaridades culturais brasileiras capazes de conduzir a uma deformação da utilização dos precedentes judiciais no país) produz quadro que se pode retratar pelo uso assistemático e indiscriminado de precedentes, inclusive a casos para os quais eles não seriam aplicáveis, acaso se fizesse o correto uso da técnica do *distinguishing*.

Um primeiro sintoma da deformidade encontrável da utilização dos precedentes no Brasil é a sua invocação em um caso concreto apenas pela transcrição de sua ementa. Não raro, decisões judiciais informam estarem

LivroPopulos.indb 321 23/10/2015 09:53:16

aplicando um dado precedente, de cujo teor apenas referem a ementa, sem a preocupação de fazer o cotejo fático necessário para que se afira se o caso a ser julgado se insere ou não na linha argumentativa da *ratio decidendi* do precedente utilizado. Casos distintos são, assim, inseridos em uma "vala comum", como se iguais fossem.

Ora, se a parte, ao invocar, por exemplo, uma divergência jurisprudencial em sede de recurso especial (art. 105, III, "c", da CF/88) está sujeita, para que seu recurso seja admitido, ao cumprimento de uma série de exigências quanto à confrontação fático-jurídica entre o julgado recorrido e o paradigma (art. 1029, §1º, da Lei n. 13.105/2015 – NCPC[38] e art. 255 do Regimento Interno do STJ),[39] o órgão judicial não poderá, simplesmente, ao aplicar um determinado precedente a um caso concreto, limitar-se a indicar o número do processo de onde o precedente foi extraído ou a transcrever a sua ementa. Muito menos imaginar que, ao assim agir, estaria promovendo justiça.[40]

Ainda mais comum é a utilização de enunciado de súmula vinculante (que constitui texto normativo que contempla a especificação da *ratio decidendi* de precedentes reiterados em matéria constitucional) como se de texto de lei se tratasse, olvidando-se que a sua criação não se faz dissociada de casos concretos, detentores de substratos fáticos que hão de ser considerados na aplicação do enunciado sumular.

A "ementocracia" e a excessiva abstrativização da súmula vinculante são indícios de desvirtuamento da utilização dos precedentes, impulsionados pela configuração teórico-dedutiva e racional do pensamento do jurista brasileiro (e, de uma forma geral, dos juristas de países associados à tradição da *civil law*).

Outro fator que obstaculiza a estruturação de um sistema de precedentes no país concerne à importância e ao respeito que se deveriam atribuir aos precedentes emanados dos Tribunais Superiores – e que, na prática, estão muito aquém do que se exige de um sistema que pretenda conferir tamanho grau de eficácia aos seus precedentes.

A constante alteração de posicionamento levada a efeito pelo STJ e pelo STF, por exemplo, testifica a falta de observância aos precedentes da própria Corte por seus integrantes. Mais grave, por vezes as decisões emanadas dos Tribunais Estaduais e Federais afrontam jurisprudência consolidada da(s) Corte(s) Superiores sem a devida fundamentação, que exigiria, logicamente, a demonstração, pela utilização da técnica do *distinguishing*, de que o precedente não deve ser aplicado ao caso concreto.

[38] Art. 541, parágrafo único, do CPC/73.

[39] Dentre elas, destaque-se a apresentação de um cotejo analítico entre o julgado paradigma (precedente) e o julgado recorrido, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

[40] É importante ter em mente que o precedente não deve ser visto como "técnica de aceleração do julgamento dos recursos", mas, sim, como fonte de direito (NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 227).

LivroPopulos.indb 322 23/10/2015 09:53:16

Cria-se, pois, uma situação paradoxal, na medida em que o ordenamento jurídico pátrio, ao mesmo tempo em que confere progressiva eficácia aos precedentes judiciais, convive com a desconsideração desmotivada de precedentes emanados de Cortes às quais a Constituição Federal conferiu os papéis de uniformização da interpretação das normas constitucionais (STF) e infraconstitucionais (STJ, em particular). A teoria do *stare decisis* (vinculatividade horizontal e vertical dos precedentes), arraigado na tradição da *common law*, não encontra no Brasil similar projeção.

Há, decerto, uma razão histórica para essa constatação, profundamente associada às origens coloniais brasileiras. Na visão clássica da tradição da *civil law* (especialmente aquela colhida a partir do direito Francês pós-revolucionário), perpassada ao direito brasileiro por influência portuguesa, o padrão de certeza e de previsibilidade do ordenamento jurídico reside na lei; a igualdade perante as decisões judiciais é tema sem repercussão se comparado à igualdade perante a lei. O juiz era visto como mero aplicador da lei, limitando-se a declarar uma norma preexistente, que se confundia com o texto legal. Logo, não haveria sentido, nessa conjuntura, em se falar acerca de força de precedente ou em precedente vinculante.

É o reconhecimento da tarefa de interpretação judicial a premissa para que a igualdade perante as decisões judiciais passasse a ganhar relevo. Somente quando se dissociou texto de norma jurídica é que se atentou para o papel do juiz na construção do direito. Sendo o texto normativo dotado de uma plurivocidade semântica, o precedente passa a servir de norte para a identificação da norma jurídica aplicável. Daí se falar que há um deslocamento do eixo de previsibilidade do direito da lei para a decisão judicial, sobretudo à vista dos textos abertos, que demandam concretização judicial, e do neoconstitucionalismo, que exige que os textos legais sejam interpretados à luz da Constituição.

A percepção dessa mudança de eixo não é, porém, simples. As bases culturais profundamente arraigadas quanto ao modo de pensar o direito e a segurança jurídica repudiam a constatação de que o juiz pode ser criador do direito e que, portanto, as decisões judiciais são autênticas fontes formais do direito. Sem a consciência dessas circunstâncias, o sistema de precedentes, importado de modo desestruturado, não logra funcionar senão de modo defeituoso. Referidos defeitos conduzem, como consequência, à violação de princípios constitucionais, tais como os do devido processo legal (ou devido processo constitucional de produção das decisões judiciais),da segurança jurídica e da igualdade, além de se constituírem em óbices ao desenvolvimento de uma teoria dos precedentes capaz de se coadunar com a multifacetária e multicultural realidade social brasileira.

LivroPopulos.indb 323 23/10/2015 09:53:16

4 O EQUILÍBRIO ENTRE IGUALDADE E DIFERENÇA: DESAFIO POSTO AO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO NO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE MULTICULTURAL

4.1 O MULTICULTURALISMO COMO REALIDADE

O multiculturalismo é termo cunhado no Século XX, mais precisamente em 1965, no Canadá, "para descrever uma forma específica de se lidar com a questão da diversidade cultural". Cuida-se de uma postura teórica cujo ponto central atrela-se ao apoio à diversidade dentro da unidade social.[41]

Trata-se de termo polissêmico, ao qual são atribuídos diversos significados, tanto descritivos quanto normativo. Andrew Heywood aponta que o termo pode ser descritivamente utilizado como referente à "diversidade cultural que surge da convivência em sociedade de um ou mais grupos cujas crenças e práticas geram um sentimento próprio de identidade coletiva", ou seja, às diferenças de raça, de idiomas e étnicas de uma sociedade. Em outro sentido descritivo, vincula-se às "respostas governamentais a essa diversidade dentro da comunidade", seja sob a forma de políticas públicas, seja sob a forma de projetos institucionais, em que se busca moldar a própria máquina estatal a questões atinentes à diversidade cultural.[42]

Do ponto de vista normativo, o termo multiculturalismo evidencia, para Heywood, uma "aprovação à diversidade dentro da comunidade, até mesmo uma celebração dela, em geral com base no direito de diferentes grupos culturais ao respeito e ao reconhecimento, ou nos supostos benefícios da diversidade moral e cultural para a sociedade como um todo".[43] De todo modo, Heywood ***não caracteriza o multiculturalismo propriamente como uma ideologia, mas como um "espaço ideológico", ou seja, uma arena de discussão sobre a diversidade e seu equilíbrio com a unidade cívica.***[44]

Como temas principais do multiculturalismo, Heywood[45] aponta os seguintes: a) pós-colonialismo; b) cultura e identidade; c) direitos das minorias e; d) diversidade. O cerne do pós-colonialismo consiste na contestação e subversão da visão de mundo eurocêntrica, demonstrando a existência de outras formas de pensar dela distintas. A relação entre cultura e identidade decorre do fato de ser o multiculturalismo uma forma de política identitária. No particular, a cultura é base para o reconhecimento público dessa identidade particular de um determinado grupo social. Busca-se a convivência

[41] HEYWOOD, Andrew. *Ideologias políticas*: do feminismo ao multiculturalismo. Tradução: Janaína Marcoantônio e Mariane Janikian. São Paulo: Ática, 2010. p. 95.

[42] Ibidem, p. 98.

[43] Ibidem, p. 98.

[44] Ibidem, p. 98.

[45] Ibidem, p. 98-106.

LivroPopulos.indb 324 23/10/2015 09:53:16

harmônica entre diferentes grupos sociais, com reconhecimento mútuo e respeito à diversidade.[46]

Os direitos das minorias abrangem os direitos de autogoverno (delegação de poder político a certas minorias nacionais, de que Heywood cita como exemplo os povos aborígenes, na Austrália), direitos poliétnicos (direito de "expressar e preservar suas características culturais") e direitos de representação (discriminação positiva, a exemplo do que ocorre com determinadas políticas públicas de inclusão social, tais como as cotas em universidades).

A diversidade, afirma Heywood, é vista pelo multiculturalismo como elemento que contribui para a higidez do sistema social, à semelhança do que ocorre com o ecossistema, que se beneficia da biodiversidade. Essa diversidade promove o intercâmbio cultural e, assim, estimula a tolerância e o respeito à diferença.

Não serão tratados neste trabalho, porque desbordantes de seus limites, os modelos de multiculturalismo e as críticas a ele dirigidas. Busca-se, ao revés, demonstrar que o Brasil é uma sociedade multicultural e que, nesse contexto, "a diferença é antes de tudo uma realidade concreta, um processo humano e social, que os homens empregam em suas práticas cotidianas e encontra-se inserida no processo histórico".[47]

A diversidade cultural está presente no Brasil desde o momento de seu descobrimento, circunstância que, aliás, é apontada como fator crucial para a formação da psicologia do povo brasileiro. Segundo Emmanoel Fenelon Saraiva, "a psicologia do povo que viria a habitar esse novo mundo era também uma realidade inédita, resultante não apenas do especial contexto histórico, mas também da mistura de etnias. Índios, negros e brancos viriam a formar um povo com psicologia própria e inovadora".[48]

Decerto que as circunstâncias históricas decorrentes desse entrelaçamento cultural[49] contribuíram para que a personalidade do brasileiro esteja fortemente carregada das funções de sentimento e intuição, típicas do "homem cordial" a que se refere Sérgio Buarque de Holanda. Esse "homem cordial", capaz de conciliar as consciências patriarcal e matriarcal, possui um forte senso de alteridade[50] e convive com as diferenças de um modo mais natural do que se verifica em outras civilizações.

---

[46] O alcance desse objetivo correlaciona-se diretamente à sobrelevação da posição dialética de alteridade em detrimento de posições polarizadas matriarcal e patriarcal defensivas. Como afirma Byington, "o sistema político que expressa a posição dialética de alteridade é a democracia" (BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *Psicologia simbólica junguiana*: a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação. São Paulo: Linear B, 2008. p. 267).

[47] SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Tradução Laureano Pelegrin. Bauru, SP: EDUSC, 1999. p. 11.

[48] SARAIVA, Emmanoel Fenelon. *Dom Pedro II e a psicologia da identidade brasileira*. Brasília: Centro Hinterlândia, 2013. p. 16.

[49] Os filhos de pais portugueses e mães indígenas, por exemplo, não eram reconhecidos por seus pais e nem admitidos em sua cultura. Embora acolhidos por suas mães, tampouco eram integralmente inseridos na cultura indígena. Surgiam, pois, como verdadeiros "párias sociais", desenvolvendo, ao longo da história, forte complexo de inferioridade e de menosvalia, a que Nelson Rodrigues intitulou de "complexo de vira-lata" (SARAIVA, Emmanoel Fenelon. *Dom Pedro II e a psicologia da identidade brasileira*. Brasília: Centro Hinterlândia, 2013. p. 16-17).

[50] SARAIVA, o*p. cit*., p. 18, 115.

LivroPopulos.indb 325 23/10/2015 09:53:16

Questiona Emmanoel Fenelon Saraiva se a contribuição do "homem cordial" seria a criação de uma sociedade fundada na alteridade.[51] Trata-se de pergunta à qual o autor não confere resposta. A despeito disso, pode-se afirmar que a diversidade cultural ínsita ao povo brasileiro desde as suas origens é fator que torna menos complexa (embora não elimine essa complexidade) a convivência com a diversidade e a busca de respeito pelas diferenças.

Essa particular psicologia brasileira e a estruturação do Brasil como um Estado Democrático de Direito (sistema político capaz de expressar a posição dialética de alteridade) são fatores que, conjugados, possibilitam o desabrochar de um pensamento multicultural no país, que deve permear, inclusive, a atuação estatal e, pois, do Poder Judiciário.

Volvendo à temática dos precedentes judiciais, o desafio, no particular, é conseguir conciliar a perspectiva multicultural (e seu apreço à diversidade e ao respeito à diferença) com a concretização do princípio da igualdade, que conduz – especialmente se feita de forma indiscriminada – ao caminho oposto: o da universalização. Ou seja: no quadro de um Judiciário que se vê às voltas com a progressiva atribuição de eficácia aos precedentes judiciais pelo sistema pátrio, com o apelo à igualdade e com o exponencial crescimento das demandas de massa, como impedir que esse movimento claramente voltado à uniformização das decisões judiciais aniquile o respeito à diversidade?

4.2 SISTEMA DE PRECEDENTES: SOMA VETORIAL ENTRE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E RESPEITO À DIFERENÇA

Luiz Guilherme Marinoni alude à relação inexorável existente entre precedente e igualdade.[52] Fá-lo destacando que o Judiciário brasileiro, na qualidade de órgão exercente de poder no âmbito de um Estado Democrático de Direito, também sofre a incidência do princípio da igualdade. No entanto, o que se denomina de igualdade perante a jurisdição não é compreendido em sua inteireza por aquela função estatal, na medida em que, não obstante sejam, em geral, respeitadas a igualdade das partes no processo (tratamento igualitário, paridade de armas, dentre outros aspectos) e a igualdade ao processo (igualdade de acesso à jurisdição – de que é exemplo a assistência judiciária gratuita para os que dela dependam –, igualdade procedimental e igualdade de técnicas processuais), pouca importância é dada à igualdade perante as decisões judiciais.[53]

Marinoni salienta que o exercício da jurisdição é legitimado pelo conteúdo da decisão, no sentido de que deve haver, dentro do possível, uma linearidade nas decisões judiciais, tratando-se igualmente os casos similares

[51] Ibidem, p. 120.

[52] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 140-166.

[53] Ibidem, p. 141-144.

LivroPopulos.indb 326 23/10/2015 09:53:16

(*treat like cases alike*) e respeitando-se os posicionamentos precedentes e aqueles emanados de cortes superiores.

Por certo que o respeito aos precedentes há de ser levado a efeito de modo racional e crítico. Um precedente não pode ser tomado em total abstração e em dissonância, pois, com as particularidades do caso no qual se pretende aplicá-lo. Não por outra razão, países integrantes da tradição da *common law* valem-se da técnica do *distinguishing*, fazendo a confrontação entre a base fática do caso concreto e os fatos de relevo que conduziram à criação do precedente, de modo que este somente será aplicável ao feito *sub judice* acaso seja evidenciada uma similitude entre os fatos do caso e os do precedente que justifique tal aplicação. Torna-se possível, assim, a realização da isonomia substancial sem prejuízo do respeito aos precedentes judiciais.[54]

A correlação entre precedente e igualdade, tomando-se o princípio da igualdade como um dos que fundamentam um sistema de respeito aos precedentes, conduz a uma tendência de uniformidade do ordenamento jurídico. A igualdade é um vetor de uniformização das decisões judiciais. A máxima *treat like cases alike*, de fato, determina que casos iguais recebam o mesmo tratamento jurisdicional, a mesma solução. Mas, afinal, quando dois casos podem ser considerados iguais? Referida máxima da *common law* é, em si, tautológica.

Estribando-se o vetor de uniformização das decisões judiciais – a igualdade – em uma tautologia, não lhe sendo preenchido o conteúdo essencial, pouca ou nenhuma utilidade lhe pode ser conferida na estruturação de um sistema de precedentes brasileiro. A invocação da igualdade apenas como a necessidade de se tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual na medida em que se desigualem pouco ou em nada contribui para o alcance de uma decisão judicial justa. É preciso que sejam delimitados os critérios para que situações fáticas possam ser aproximadas ou afastadas; para que se harmonize, enfim, a tendência universalizante e a busca do direito à diferença, do respeito à diversidade, tão prezada pelo pensamento multicultural.

Humberto Ávila define a igualdade como sendo a "relação ente dois ou mais sujeitos, com base em medida(s) ou critério(s) de comparação, aferido(s) por meio de elemento(s) indicativo(s), que serve(m) de instrumento para a realização de determinada finalidade".[55] O autor procura, em sua obra, definir os elementos estruturais da igualdade, afirmando que pressupõe ela uma relação entre sujeitos. A comparação a ser empreendida entre os sujeitos deve objetivar o alcance de uma finalidade, de um estado de fato a ser atingido. Essa finalidade deve estar prevista na Constituição e deve ser indicada de modo claro, coerente e expresso.

[54] Ibidem, p. 195-196.

[55] ÁVILA. Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.42. As considerações que serão a seguir apresentadas estão explicitadas às p. 42-73 da obra do autor.

LivroPopulos.indb 327 23/10/2015 09:53:16

Além disso, Ávila destaca a necessidade de se identificar uma medida de comparação para avaliar essa relação. Referida medida de comparação deve estar vinculada à realidade (não podendo ser contrária à natureza das coisas), deve ser pertinente e relevante à finalidade que justifica a sua utilização e consentânea com a Constituição.

E, por fim, o cotejo a ser realizado tomará por base um elemento indicativo da medida de comparação, o qual deve ter relação fundada e conjugada com a medida de comparação. Dir-se-á que a relação entre ambos é fundada quando há uma correspondência estatística entre o elemento indicativo e a medida de comparação. A relação é, a seu turno, conjugada quando o elemento indicativo for o mais significativo dentre os elementos indicativos existentes e vinculados à medida de comparação. Esta segunda regra veda que um elemento indicativo da medida de comparação seja o escolhido quando houver outro mais próximo nesse sentido (mais significativo).

Ávila apresenta como exemplo o exercício de concretização do princípio da igualdade no que tange ao direito de votar. Tomando-se por base a necessidade de se promover uma diferenciação entre pessoas, a fim de identificar quais dentre elas poderão exercer o direito ao voto, Ávila destaca ser a finalidade subjacente a tal distinção a necessidade de se promover a participação democrática. A medida de comparação identificada, nesse contexto, é a capacidade de discernimento ou julgamento.

Sucede que, para verificar a capacidade de discernimento ou julgamento, vários critérios podem ser utilizados, tais como a idade, a educação e a renda. Todos esses critérios têm relação fundada com a medida de comparação. Dentre eles, porém, a idade é a que tem a melhor relação conjugada (elemento indicativo mais significativo dentre todos, aquele em que a relação é mais próxima – quanto maior a idade, estatisticamente, maior a capacidade de discernimento ou julgamento).

Tais critérios apresentados por Humberto Ávila contribuem, pois, para uma maior objetivação na utilização do princípio da igualdade no julgamento de casos concretos. Ao juiz caberá não apenas justificar a aplicação de uma solução a um caso concreto invocando, de modo lacônico e abstrato, o princípio em comento; antes, deverá, a fim de promover uma motivação adequada de seu julgado, indicar quais foram a finalidade, a medida de comparação e o elemento indicativo da medida de comparação considerados em sua decisão ao relacionar situações vivenciadas por pessoas diferentes, dando concretude à igualação ou desigualação promovida.

O sistema de precedentes em construção no Brasil deve, portanto, servir como uma verdadeira soma vetorial entre a concretização do princípio da igualdade (com tendência universalizante) e o respeito à diferença (com tendência individualizadora), promovendo o equilíbrio entre ambos. Essa soma vetorial deve representar um equilíbrio geral entre as forças contra-

LivroPopulos.indb 328 23/10/2015 09:53:16

postas, muito embora, em cada caso concreto, deva prevalecer a igualdade ou a diversidade, como resultado do confronto entre essas duas realidades.

4.3 ESBOÇO DE SOLUÇÃO PARA O EQUILÍBRIO BUSCADO: DIREITO À DISTINÇÃO (*DISTINGUISHING* COMO DIREITO SUBJETIVO DA PARTE)

A tendência de uniformidade e estabilidade das decisões judiciais, abraçada pela doutrina dos precedentes, configura-se como vetor que, dada a sua pungente força, pode conduzir, se utilizado sem critério, a um aniquilamento, em certos casos, do direito da parte ao acesso à ordem jurídica justa (corolário do acesso à justiça). Diz-se isso na medida em que poderá o demandante ver aplicado ao seu caso concreto um determinado precedente que com ele não se coaduna, simplesmente porque não realizada a confrontação entre o substrato fático que embasou o precedente e aquele que subjaz à sua pretensão.

No sistema de *case law* norte-americano, tomado como paradigma para importação de institutos relacionados à teoria dos precedentes pelo direito brasileiro, adota-se a figura do *distinguish* (ou *distinguishing*), que consiste em uma técnica de confronto do suporte fático precedente com o da demanda a ser julgada, cujo resultado poderá: a) conduzir à aplicação do precedente no caso concreto, se as eventuais dessemelhanças entre os casos confrontados não forem consideradas relevantes o suficiente para o afastamento daquele (*ampliative distinguishing*), ou; b) impedir a aplicação do precedente, acaso as divergências fáticas entre os elementos contrastados apresentem grau de importância capaz de afastar a incidência daquele (*restrictive distinguishing*).[56]

Por *distinguishing* (distinção) se entende não apenas o método de confronto entre o precedente e o caso concreto, como, também, o resultado desse confronto, quando constada diferença entre os elementos comparados.

No Código de Processo Civil de 1973, não há referência expressa ao *distinguishing*. Já a Lei n. 13.105/2015, que veicula o Novo Código de Processo Civil aprovado, prevê, no art. 489, §1º, o dever de motivação das decisões judiciais, reputando não fundamentadas, dentre outras, as que invoquem precedente ou enunciado de súmula sem fazer a demonstração de que o caso concreto se ajusta aos seus fundamentos e, ainda, aquelas que deixem de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso a ser julgado ou superação do entendimento.

[56] Raimo Siltala afirma que "the use of analogy [que, no seu texto, corresponde ao quanto denominado neste trabalho como ampliative distinguishing] and distinguishing are the two sides of a same coin: resort to analogy signifies a disregard of any fact-based dissimilarities between the two cases which, in contrast, would have gained relevance, if the technique of distinguishing had instead been adopted by the court" (SILTALA, Raimo. *A theory of precedent*: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law. Oxford: Portland Orgen, 2000. p. 94.

LivroPopulos.indb 329 23/10/2015 09:53:16

A Constituição Federal de 1988 prevê um direito fundamental à motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/88), intrinsecamente relacionado com o direito de acesso à justiça, haja vista que a fundamentação é garantia contra a atuação arbitrária dos juízes.[57] A motivação que envolva a aplicação/exclusão de um precedente a um caso concreto não pode prescindir, por seu turno, do prévio confronto entre ambos.

É possível, pois, divisar-se, no contexto da teoria dos precedentes no direito brasileiro e à luz da concretização do devido processo constitucional de produção da decisão judicial, um verdadeiro direito subjetivo à distinção, de cunho prestacional, titularizado pela parte e tendo por sujeito passivo o órgão julgador.

O conteúdo jurídico do direito subjetivo ao *distinguishing* contempla a imposição de deveres ao magistrado, dentre eles podendo-se destacar: a) o dever de consulta às partes antes de se definir o precedente a ser utilizado em um dado caso concreto, possibilitando-lhes, à semelhança com o tratamento atualmente dado à fixação dos pontos controvertidos no processo civil pátrio, a discussão quanto aos fatos relevantes ao julgamento da causa e ao precedente escolhido;[58] b) a necessidade de fundamentação quanto à escolha do precedente e à sua aplicação ao caso concreto; c) a necessidade de fundamentação quanto à exclusão da aplicação do precedente no caso concreto.

O reconhecimento do direito à distinção (cujo conteúdo, como visto, não se exaure na motivação das decisões judiciais, embora esteja com esta intrinsecamente relacionado) conduz à imperiosidade de que sejam pensados mecanismos aptos a concretizá-lo de modo razoável (apuro técnico do *distinguishing*-método, com a previsão de incidente processual para a sua realização, por exemplo), sob pena de que seu uso excessivo acabe por "comprometer a autoridade inerente à teoria dos precedentes, comprometendo a sua funcionalidade".[59]

Fixadas as bases do direito à distinção e o seu *modus operandi* no ordenamento jurídico-processual pátrio, ter-se-á formatado um modelo de aplicação de precedentes judiciais adaptado às peculiaridades do processo civil pátrio. A apresentação de proposições para aplicação do direito à distinção pauta-se, primordialmente, na ideia de adaptabilidade do procedimento,[60] sobretudo enquanto ainda em vigor estiver o CPC/1973, sem olvidar, entretanto, o exame crítico do regramento processual previsto no Novo CPC (Lei n. 13.105/2015).

[57] Sobre a profunda relação existente entre a fundamentação das decisões judiciais e o acesso à justiça, ver: SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011. p. 287-313.

[58] Até porque "não é toda distinção que justifica o *distinguishing*. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais" (ROSITO, op. cit., p. 302).

[59] Ibidem, p. 303.

[60] Sobre a ampla possibilidade de adequação e de adaptabilidade procedimentais, ver: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Gênesis*: revista de direito processual civil, Curitiba, n. 21, p. 530-541, jul./set. 2001.

LivroPopulos.indb 330 23/10/2015 09:53:16

Defende-se neste trabalho, portanto, o direito à distinção (e todo o seu conteúdo jurídico) como elemento capaz de compatibilizar duas tendências vetorialmente opostas: a tendência de uniformização das decisões judiciais, abraçada pela atribuição de eficácia aos precedentes judiciais no Brasil, e a tendência individualizadora, extraível do direito de acesso à ordem jurídica justa.

As reflexões hauridas do multiculturalismo deverão servir como parâmetros para a confrontação entre o precedente e o caso concreto, quando as temáticas multiculturaisse fizerem relevantes ao deslinde da questão judicializada. É o que se observa, por exemplo, na definição de conflitos de competência entre juízes de direito e juízes federais que têm como pano de fundo questões envolvendo direitos indígenas.

Ou seja: se um determinado índio é vítima de crime, é preciso verificar se o ato ilícito praticado macula a proteção dispensada genericamente aos seres humanos, seu patrimônio e outros bens jurídicos tutelados pela esfera penal ou se, ao revés, a proteção jurídica dirige-se à comunidade indígena enquanto grupo social que detém o direito de ver a sua diversidade cultural respeitada.

Essa temática foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Conflito de Competência n. 56.438, que buscou definir o juízo competente para processar e julgar pedido de busca e apreensão formulado pelo Ministério Público, em procedimento no qual é investigada a prática de crime de estelionato de que índios foram vítimas. A discussão girou em torno de se definir se a questão afetaria interesse individual ou do grupo indígena. Aplicar-se-ia, ao caso, o enunciado sumular n. 140 do STJ, segundo o qual "compete à justiça comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima" ou os precedentes que deram ensejo a tal enunciado sumular seriam afastados por *distinguishing* diante das peculiaridades do caso concreto?

Valendo-se de análise que levou em consideração argumentos extraídos do pensamento multicultural, o Ministro Relator Felix Fischer reforçou a aplicação do enunciado sumular, reconhecendo como competente o juízo estadual. Por sua pertinência ao tema ora examinado, cumpre trazer à baila trecho da fundamentação da decisão monocrática em exame:

> "Por esgotar a *quaestio*, adoto, com razão de decidir, o parecer do Ministério Público Federal, *in verbis*:
> 'A sua solução precisa ser situada na perspectiva que se instaura com a Constituição de 1988, que nitidamente assume o caráter pluriétnico e multicultural da nação brasileira, ao mesmo tempo em que assegura o respeito e proteção às diferenças daí decorrentes.
> A reconfiguração da idéia de nação – ainda que única, plural – repercute inegavelmente na questão da competência, pois, havendo ameaça a esse modo particular de

LivroPopulos.indb 331 23/10/2015 09:53:16

vida que se assegura aos povosindígenas, há evidente interesse da União em intervir para restabelecer o pacto de convivência entre os diversos segmentos étnicos que formam a sociedade nacional.
Assim, equivocam-se aqueles que supõem que o dispositivo estaria a alcançar apenas direitos territoriais, pois os direitos indígenas não podem ser reduzidos a apenas essa dimensão.
A questão territorial é apenas mais um elemento caracterizador desta identidade diferenciada, que, todavia, àquela não se reduz.
De outro giro, ao estabelecer o art. 231 da CF a competência da União para demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e proteger e fazer respeitar todos os seus bens, resulta inegável que a proteção alcança os bens de natureza imaterial que se encontram dentro dos limites deste território.
Ademais, não parece razoável que a norma de competência esteja restrita às hipóteses de disputas coletivas. A relação indivíduo/grupo dá-se num de nível de complementariedade/polaridade, onde ambos os termos, apesar de não se identificarem e possuírem estatuto próprio, requerem um ao outro para a compreensão de cada qual. Assim, é o indivíduo índio que se compreende como tal porque inserido no seio daquela comunidade específica, e é a comunidade que se distingue das demais a partir dos próprios membros que a constituem.
Não há, portanto, como se pretender hermenêutica da norma de competência que a tenha como incidente apenas na hipótese de direitos coletivos, quando a distinção indivíduo/coletividade postula níveis diversos de compreensão, que não se resolvem em classificações rigorosas do tipo singular/plural.
A centralidade da questão da competência, a nosso ver, está exatamente nessa perspectiva da pluralidade étnica e cultural. Se há ameaça a esse elemento, a competência é da justiça federal. Se não,da justiça estadual.
No caso, ao que tudo indica, trata-se de um estelionato que sequer teve em vista a condição de índio das vítimas, O fato de o possível crime ter sido praticado em área indígena é irrelevante, se não configurada situação de ameaça à existência física e/ou cultural do grupo'".

As questões versadas pela temática multicultural e o enfoque a elas conferido reverberam largamente na atuação jurisdicional, servindo como fundamento para a relativização de direitos e de princípios (a exemplo da ponderação entre liberdade de expressão e práticas discriminatórias anti-semitas,

LivroPopulos.indb 332 23/10/2015 09:53:16

questão versada no julgamento do HC 82424 levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal), para o preenchimento de cláusulas abertas e como elemento integrante do processo de construção das normas jurídicas a partir de textos legais.

O desenvolvimento do direito à distinção no ordenamento jurídico brasileiro é fator que contribuirá substancialmente para promover o equilíbrio entre os vetores de uniformização e de individualização tratados neste artigo, promovendo o respeito à diversidade cultural sem que se perca a necessária unidade social e minorando os efeitos deletérios de igualações e desigualações feitas de modo arbitrário pelo Poder Judiciário, em franco desrespeito ao direito de acesso às decisões judiciais justas, titularizado por todo aquele que se socorre do Poder Judiciário na busca da tutela de seus direitos.

5 CONCLUSÃO

O desafio posto ao direito brasileiro, na estruturação de um sistema de precedentes compatível com a sua realidade cultural, perpassa pela necessidade de reconhecimento da existência de dois fatores contrapostos que devem ser considerados nessa tarefa. O primeiro deles concerne à concretização do direito à igualdade, à vista de ser esse princípio um dos fundamentos do sistema a ser organizado.

O segundo consiste na imperiosidade de respeito à diversidade, à diferença, pressupondo o reconhecimento do Brasil como uma sociedade multicultural e democrática, premissas que impedem qualquer pensamento igualitário que implique em aniquilamento ou desconsideração das particularidades culturais dos diferentes grupos integrantes da sociedade brasileira, especialmente os minoritários.

Sendo inegável a crescente eficácia que vem sendo atribuída aos precedentes no Brasil, o seu uso racional e juridicamente legitimado não pode ser feito com desconsideração à necessidade de sistematização dos institutos a ele referentes, evitando-se a utilização arbitrária e indiscriminada dos precedentes pelo Judiciário. Especialmente, hão de se delinear instrumentos capazes de equilibrar a concretização da igualdade e o respeito à diferença, aplicando ou afastando a aplicação de precedentes conforme o caso.

Um importante vetor de harmonização dessas tendências pode ser desenvolvido a partir da qualificação do *distinguishing* não apenas como um método de confronto e aplicação de precedentes judiciais, mas, sobretudo, como um direito subjetivo da parte, de cunho prestacional e cujo sujeito passivo é o julgador, sendo extraível da cláusula geral do devido processo legal (devido processo constitucional de produção das decisões judiciais). Seu conteúdo deve ser cuidadosamente construído, dele não podendo estar ausentes, no entanto, considerações como a necessidade de o juiz consultar

LivroPopulos.indb 333 23/10/2015 09:53:16

previamente as partes antes de definir o precedente a ser utilizado em um caso concreto, a necessidade de fundamentação específica quanto à escolha do precedente e à sua aplicação ou não ao caso concreto.

A qualificação do *distinguishing* como direito deve se fazer acompanhar da estruturação de mecanismos que permitam concretizá-lo adequadamente (ou seja, que ele se efetive com respeito ao contraditório e à ampla defesa, ao devido processo legal). Corretamente delineado, o instituto servirá como importante instrumento para se enfrentar o desafio de harmonização posto: equilibrar igualdade e diferença no contexto da multicultural sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Renan; MACIEL, José Fábio Rodrigues. *História do direito.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA. Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *Psicologia simbólica junguiana*: a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação. São Paulo: Linear B, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia come programa di riforma e come método di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, v. 37, 1982.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

D´AMICO, Pietro. *Common law*. Torino/Italia: G. Giappichelli Editore, 2005.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil.* 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 1.

_____ et al. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v.2.

_____. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Gênesis*: revista de direito processual civil, Curitiba, n. 21, p. 530-541, jul./set. 2001.

LivroPopulos.indb 334 23/10/2015 09:53:16

GOODHART, A. L. The ratio decidendi of a case. *The modern law review*, v. 22, n. 2, mar. 1959.

HEYWOOD, Andrew. *Ideologias políticas*: do feminismo ao multiculturalismo. Tradução Janaína Marcoantônio e Mariane Janikian. São Paulo: Ática, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos*: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACHADO FILHO, Sebastião. O sistema da *common law*. *Notícia do direito brasileiro*, Brasília, Faculdade de Direito, n. 4, p. 19-84 ago./dez. 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Apresentação. In: _____ (coord.). *A força dos precedentes*: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. *Curso de processo civil*: teoria geral do processo. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 1.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da* civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Staredecisiset non quieta movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

LivroPopulos.indb 335 23/10/2015 09:53:16

SARAIVA,Emmanoel Fenelon. *Dom Pedro II e a psicologia da identidade brasileira*. Brasília: Centro Hinterlâdia, 2013.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Tradução Laureano Pelegrin. Bauru, SP: EDUSC, 1999.

SILTALA, Raimo. *A theory of precedent*: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law. Oxford: Portland Orgen, 2000.

SOARES, Guido Fernandes Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. À guisa de prefácio. In: RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases*: a course of instruction. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional:* o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LivroPopulos.indb 336 23/10/2015 09:53:16

BOA-FÉ OBJETIVA: EFEITOS ENDÓGENOS E EXÓGENOS NO PROCESSO ELEITORAL[1]

Salomão Viana[2]

RESUMO

Neste artigo comentam-se a importância e os reflexos práticos da absorção, pelo Direito Processual, mormente ante a expressa adoção, no CPC-2015, de um modelo cooperativo de processo, do princípio da boa-fé. Além disso, demonstram-se os reflexos do descumprimento de tal norma, sob a ótica das chamadas funções reativas da boa-fé objetiva (v*enire contra factum proprium*, *surrectio, supressio* e *tu quoque*). Na sequência, expõe-se o raciocínio segundo o qual a mesma conduta civilizada que se exige no ambiente endoprocessual (efeitos endógenos da boa-fé objetiva) deve ser exigida fora dos limites externos do processo, cotejando-se as atuações de um mesmo sujeito diante de situações similares em mais de um processo (efeitos exógenos da boa-fé objetiva). Por fim, cuida-se de chamar a atenção para a incidência dos efeitos exógenos do princípio da boa-fé no processo eleitoral, ante as peculiaridades que marcam esse tipo de processo.

Palavras-chave: Boa-fé processual. CPC-2015. Processo cooperativo. Funções reativas. *Venire contra factum proprium. Surrectio. Supressio. Tu quoque.* Efeitos endógenos. Efeitos exógenos. Processo eleitoral.

ABSTRACT

In this article comment on the importance and practical consequences of the absorption by the Procedural Law , especially at the express adoption in the CPC -2015 , a cooperative model of process , the principle of good faith. They also show up reflections from non-compliance with this standard , from the perspective of so-called reactive functions of objective good faith (venire contra factum proprium , surrectio , supressio and tu quoque) . Following the

[1] Artigo escrito com base em trabalho produzido pelo autor em parceria com Pablo Stolze Gagliano: "*Boa-fé Objetiva processual* – reflexões quanto ao atual CPC e ao projeto do novo Código". *Revista Forense*, v. 17. São Paulo: Forense, 2012, pp. 521/532. O aludido trabalho também foi publicado em *Coleção Jornada de Estudos ESMAF, n. 22. III Jornada de Direito Processual Civil.* Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola da Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2014, pp. 179/193 e em *http://jus.com.br/artigos/22382/boa-fe-objetiva-processual-reflexoes-quanto-ao-atual-cpc-e-ao-projeto-do-novo-codigo*.

[2] Juiz Federal (BA) e professor de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia e do Brasil Jurídico – Cursos Online.

LivroPopulos.indb 337 23/10/2015 09:53:16

reasoning is exposed whereby the same civilized behavior that is required in the endoprocessual environment (endogenous effects of objective good faith) should be required outside of the external limits of the process , the performances are comparing them to the same subject before similar situations where more than one process (exogenous effects of objective good faith). Finally, take care to call attention to the impact of exogenous effects of the principle of good faith in the electoral process , compared to the peculiarities that mark this type of process.

Keywords: Good procedural faith. CPC 2015. Cooperative process – reactive functions. *Venire contra factum proprium. Surrectio. Supressio. Tu quoque.* Endogenous effects. Exogenous effects. Electoral process.

1 INTRODUÇÂO

O texto original do CPC-1973 trouxe dispositivos de cujos enunciados já era possível extrair normas que traduzem a repulsa do ordenamento jurídico à linha de raciocínio segundo a qual o procedimento é um campo de batalha que tolera a utilização de todo tipo de arma. Dentre eles, o inciso II do art 14: é dever dos sujeitos processuais proceder com lealdade e boa-fé.[3]

Ao se debruçar, porém, sobre o enunciado do inciso II do art. 14, a doutrina pátria limitou-se a dele extrair interpretações harmônicas com a exigência de que os sujeitos processuais não atuem *de má-fé*, numa clara referência à falta de *boa-fé subjetiva*, como se o ordenamento jurídico se opusesse, apenas, às condutas mal intencionadas.

Com a evolução do pensamento jurídico processual, o que implicou um maior entrelaçamento do conhecimento no campo do processo com a produção do saber em outros ramos do Direito, alcançou-se a conclusão de que do texto do art. 14, II, do CPC-1973 deve ser extraída uma norma geral de conduta que impõe a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo uma atuação em consonância com a *boa-fé objetiva*.

Trata-se de uma evolução interpretativa infensa ao retrocesso, o que conduziu o legislador, no CPC-2015, a adotar, no art. 5º, incluído entre os dispositivos dos quais devem ser extraídas as normas fundamentais do processo, uma redação de clareza solar, de modo a que não mais exista espaço para que o intérprete desavisado, ao lidar com o Direito Processual, limite-se

[3] Fredie Didier Jr., um dos primeiros doutrinadores a demonstrar a ampla incidência do princípio da boa-fé no Direito Processual Civil, já anotava, de há muito, que "Na doutrina brasileira, não é comum a menção a uma 'boa-fé objetiva processual'. Poucos doutrinadores brasileiros aproveitaram essa grande contribuição germânica (*Treu und Glauben*, a proteção objetiva da confiança e da lealdade) em seus estudos sobre o direito processual, que ainda se prendem a uma concepção subjetiva de boa-fé" (*Curso de Direito Processual Civil,* volume 1. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 66-73). O mesmo autor trata do assunto em outra obra sua, cuja leitura recomendamos: *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010. p. 79-103).

LivroPopulos.indb 338 23/10/2015 09:53:16

a raciocinar apenas com a *boa-fé subjetiva*: "Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé".

E esse comportamento, a ser exigido de todos os sujeitos processuais, não se restringe ao campo do Direito Processual Civil, uma vez que a norma que o impõe esparge os seus efeitos sobre todos os ramos do processo.

Bem pensado o assunto, trata-se de norma de conduta que vincula todos os comportamentos humanos, em qualquer situação do cotidiano da vida, e não apenas no âmbito das relações jurídicas. Afinal, a menos que se esteja no campo de competições em que o uso de artifícios como o fingimento e o induzimento ao engano sejam expressamente admissíveis,[4] não mais se tolera, no mundo civilizado, atuações desleais, instáveis, capazes de malferir a eticidade e a confiança razoavelmente depositada.

De qualquer modo, para espancar eventuais dúvidas que ainda possam pairar nos espíritos mais apegados aos textos legais, vale o registro de que, no particular, também ela, a lei, é clara: "Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé" (CPC-2015, art. 5º), tanto no curso de um processo civil, como no decorrer de processos eleitorais, trabalhistas e administrativos (CPC-2015, art. 15).[5]

O nosso objetivo, caro leitor, além de demonstrar a importância e os reflexos práticos da absorção, pelo Direito Processual, de conceitos que já há algum tempo vêm sendo amadurecidos no âmbito das relações jurídicas de natureza privada, é dar um passo a mais: deixar claro que a mesmíssima conduta em consonância com a boa-fé objetiva que se exige no âmbito intra-processual pode – e deve – ser exigida dos diversos sujeitos processuais à luz dos comportamentos por eles adotados em processos distintos. Trata-se dos efeitos endógenos e exógenos da boa-fé objetiva.

E se a existência de tais efeitos deve ser percebida nos processos de um modo geral, com muito mais vigor ela se faz presente no processo eleitoral, em razão das suas peculiaridades.

Acompanhe o nosso raciocínio.

2 BOA-FÉ OBJETIVA E PROCESSO COOPERATIVO

Por meio da expressa adoção, no CPC-2015, de um modelo cooperativo de processo (modelo a ser aplicado a todos os ramos do Direito Processual), o legislador pretendeu absorver as melhores características do modelo publicista (ou inquisitorial), em que há clara concentração de poderes no juiz, e do modelo liberal (ou adversarial), marcado pela atribuição, às partes, de importantes funções, reservando-se ao juiz a tarefa de decidir.

[4] O drible no futebol e o blefe em jogos de carta, como o pôquer, são exemplos de situações em que excepcionalmente se tolera o uso, pelos competidores, de estratégias voltadas para enganar o oponente.

[5] Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

LivroPopulos.indb 339 23/10/2015 09:53:16

No modelo cooperativo, os diversos sujeitos processuais atuam dialogando, em regime de simetria, na construção do panorama no qual será proferida a decisão judicial. O diálogo civilizado exige, por óbvio, lealdade e postura ética. A simetria é quebrada apenas no momento do proferimento da decisão, em que o Estado exercita o poder jurisdicional, manifestação da sua soberania.

Dentre as principais colunas do arcabouço de sustentação do processo cooperativo está a reverência aos direitos fundamentais ao contraditório, à paridade de armas, à duração razoável, à efetividade das decisões judiciais, ao respeito ao autorregramento da vontade, à proteção da confiança e à preservação da dignidade humana, com a aplicação do amplo conjunto normativo que impõe condutas voltadas para que se alcance a eficiência na prestação da atividade jurisdicional, com o julgamento do mérito da causa por meio de um procedimento adequado ao tipo de discussão que nele está sendo travado, tudo isto num ambiente em que impere a lealdade, o respeito recíproco e a eticidade nas diversas relações mantidas entre os vários sujeitos.

Tanto é suficiente para se concluir que o modelo cooperativo de processo busca materializar um processo justo, equitativo, adequado, devido, cônsono com o Estado Democrático de Direito, o que exige de todos os sujeitos processuais uma atuação em consonância com a *boa-fé objetiva*.

E é por isto que a detecção da presença da *boa-fé objetiva*, para além de não estar atrelada apenas a perquirições em torno das boas ou das más intenções do agente, implica manejar conceitos como lealdade, razoabilidade, confiança, estabilidade, eticidade e segurança.

Assim, a partir da expressa proclamação deste princípio norteador das relações humanas, será cada vez mais comum que as questões suscitadas no bojo dos diversos processos – cíveis, criminais, eleitorais, trabalhistas, administrativos e negociais – sejam permeadas por discussões em torno, por exemplo, da proibição do *venire contra factum proprium*, da *surrectio,* da *supressio* e do *tu quoque*, conceitos fundamentais, umbilicalmente ligados à *boa-fé objetiva*.

Por isto, é indispensável passar em revista tais conceitos.

3 BOA-FÉ SUBJETIVA E BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS EM GERAL[6]

Para que se possa dimensionar o alcance da exigência de que todos, no processo, atuem em consonância com a *boa-fé objetiva*, é de todo necessário distingui-la da *boa-fé subjetiva* e demonstrar a relação existente entre elas.

Nesta linha, vale, de logo, o alerta de que a valorização da *boa-fé objetiva* não significa, nem de longe, que a *boa-fé subjetiva* tenha sido

[6] Tópico desenvolvido com base na obra *Novo Curso de Direito Civil*, *vol. 4, tomo I*, 11ª edição, da autoria de Pablo Stolze Gagliano e de Rodolfo Pamplona Filho, na qual você poderá, caro leitor, aprofundar o estudo da matéria.

LivroPopulos.indb 340 23/10/2015 09:53:16

proscrita. Muito pelo contrário. A *boa-fé subjetiva* continua exigível, e mais exigível que antes, já que a cada dia a sociedade moderna se torna menos tolerante com comportamentos baseados na má intenção.

O que se quer destacar é que o ordenamento jurídico não se contenta mais com a só presença da *boa-fé subjetiva*. Ela é insuficiente.

Com efeito, um ato que, sob o ponto de vista *subjetivo*, pode haver sido praticado *com* boa-fé – a atuação, então, teria sido desprovida de má intenção –, quando examinado no plano *objetivo* pode não ser considerado *de* boa-fé, já que na identificação da *boa-fé objetiva* não se questiona a intenção, mas a compatibilidade do comportamento com a confiança razoavelmente depositada no agente, que tem o dever de atuar com a lealdade exigível de um homem médio, num específico momento, à vista dos valores prevalecentes na sociedade.

Apenas a título de exemplo, tomemos o enunciado contido no art. 276 do CPC-2015: "Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa". Perceba-se que a vedação dirigida para a parte que deu causa à invalidade independe de qualquer perquirição em torno da existência de boa ou de má intenção sua ao agir. A proibição resulta, em verdade, da circunstância de que, sob uma ótica *objetiva*, a parte estaria adotando um comportamento contraditório, ao dar causa a uma invalidade e, depois, requerer que a invalidade seja pronunciada.

Feita esta incursão, é importante que identifiquemos os traços básicos que distinguem a *boa-fé subjetiva* da *boa-fé objetiva*.

3.1 BOA-FÉ SUBJETIVA

A *boa-fé subjetiva* – de há muito conhecida, por estar visivelmente presente no Código Civil de 1916 – consiste em uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente que pratica determinado ato ou vivencia dada situação, sem ter ciência do vício que a inquina.

Para que se considere que um ato foi praticado com *boa-fé subjetiva* é imprescindível a presença da *boa intenção* ou, no mínimo, a ausência de má intenção. A má intenção é incompatível com ela e, por isto, a exclui, abrindo espaço para que se identifique um quadro de má-fé, que nada mais é do que o fruto de uma atuação desprovida de *boa-fé subjetiva*.

Por isto, a formação de um juízo de valor quanto a se um determinado agente atuou com boa-fé no plano *subjetivo* exige perquirição a respeito da *intenção* que o moveu a praticar o ato.

Esta investigação é, no mais das vezes, dificílima, mas há situações em que ela é facilitada pelo trabalho do legislador, ao produzir textos com o objetivo de que deles sejam extraídas normas que atribuam, previamente, a certas condutas, a presunção de que o agente atuou movido por boa ou por

LivroPopulos.indb 341 23/10/2015 09:53:16

má intenção, o que leva a que se presuma presente a boa ou a má-fé, tal como acontece quando são interpretados os enunciados dos arts. 1.201, parágrafo único,[7] e 1.256, também parágrafo único,[8] ambos do Código Civil, e dos arts. 80[9] e 774[10] do CPC-2015.

Em geral, o efeito jurídico decorrente dos atos praticados em estado *subjetivo* de boa-fé deriva do reconhecimento da ignorância do agente a respeito de determinada circunstância, como ocorre com o possuidor que desconhece o vício que macula a sua posse. Em casos assim, o legislador elabora enunciados dos quais se possam extrair normas que amparam a conduta do agente.

Entretanto, se a circunstância era do conhecimento do agente, a ordem jurídica nega abrigo à sua conduta. É em razão disto que os atos do possuidor de má-fé não contam com o amparo do sistema jurídico.

As normas extraíveis dos enunciados dos arts. 1.214,[11] 1.216,[12] 1.217,[13] 1.218,[14] 1.219,[15] 1.220[16] e 1.242[17] do Código Civil bem exemplificam o tratamento

[7] Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.
Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

[8] Art. 1.256. Se de ambas as partes houve má-fé, adquirirá o proprietário as sementes, plantas e construções, devendo ressarcir o valor das acessões.
Parágrafo único. Presume-se má-fé no proprietário, quando o trabalho de construção, ou lavoura, se fez em sua presença e sem impugnação sua.

[9] Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
II – alterar a verdade dos fatos;
III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
VI – provocar incidente manifestamente infundado;
VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

[10] Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:
I – frauda a execução;
II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;
III – dificulta ou embaraça a realização da penhora;
IV – resiste injustificadamente às ordens judiciais;
V – intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.
[…]

[11] Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.
Parágrafo único. Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio; devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.

[12] Art. 1.216. O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.

[13] Art. 1.217. O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa.

[14] Art. 1.218. O possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante.

[15] Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

[16] Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

[17] Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.
[…]

LivroPopulos.indb 342 23/10/2015 09:53:16

diferenciado que o ordenamento jurídico dispensa, no âmbito do direito material, às situações em que o estado *subjetivo* do agente é marcado pela *boa* ou pela *má-fé*.

No campo processual civil, os enunciados dos referidos arts. 80 e 774 do CPC-2015 elencam situações em que a certos comportamentos é atribuída a presunção de má-fé processual, enquanto os textos dos arts. 79,[18] 81[19] e 774, parágrafo único,[20] permitem a extração dos efeitos jurídicos decorrentes de tais condutas: as sanções respectivas.

3.2 BOA-FÉ OBJETIVA

A *boa-fé objetiva* tem natureza de princípio jurídico extraído de uma cláusula geral.[21] [22] Trata-se de uma norma de comportamento, de fundo ético,

[18] Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

[19] Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.
§ 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.
§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.
§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

[20] Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:
[…]
Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

[21] DIDIER Jr., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010. p. 80.

[22] A principal fonte de onde são extraídas as normas são os textos produzidos pelo Poder Legislativo (texto constitucional e textos de leis complementares e ordinárias, por exemplo). Ao lado dos textos oriundos do Poder Legislativo, há textos produzidos pelos outros Poderes (regulamentos, resoluções e regimentos são exemplos) e pelas partes que, por exemplo, celebrem um contrato. Na produção de tais textos normativos são utilizadas técnicas de redação. Se imaginarmos uma linha reta, os textos normativos em que é utilizada uma técnica de redação que resulta numa *cláusula geral* estarão numa extremidade dessa linha, ao passo que aqueles nos quais foi utilizada a técnica redacional *casuística* ocuparão o outro extremo. Lembremo-nos de que na estrutura de todo texto normativo é identificável uma hipótese fática (um acontecimento, ou um conjunto de acontecimentos, natural ou humano, como, por exemplo, o ato de comprar um bem) à qual o sistema jurídico atribui um efeito, o efeito jurídico (no caso do ato de compra, o surgimento da obrigação de pagar é exemplo de efeito jurídico). Diz-se, assim, que a hipótese fática é o antecedente e o efeito jurídico é o consequente. O que caracteriza o uso da técnica *casuística* é a circunstância de tanto a hipótese fática quanto o efeito jurídico serem *determinados*. Exemplo de regra casuística, no campo processual, é a que se encontra no enunciado do § 1º do art. 437 do CPC-2015: "Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos" (hipótese fática), "o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte, que disporá do prazo de 15 (quinze) dias para adotar qualquer das posturas indicadas no art. 436" (efeito jurídico). Há situações, porém, em que o texto normativo contém uma hipótese fática composta por termos *vagos* e o efeito jurídico é apenas *determinável*. Nestes casos, diz-se que o texto normativo é uma *cláusula geral*. O texto do qual se extrai a norma que impõe que todo processo deva estar em consonância com o princípio do devido processo legal é o mais evidente exemplo de cláusula geral no âmbito do Direito Processual. O mesmo se dá com o texto do qual se depreende que todos que participam do processo devem adotar uma conduta de acordo com a boa-fé. Nos modernos sistemas jurídicos o grande exercício do legislador é buscar um equilíbrio entre o uso de cláusulas gerais e a produção de regras casuísticas. Efetivamente, o excesso de cláusulas gerais, com seus termos vagos e seu efeito jurídico apenas determinável, gera insegurança. De sua vez, um sistema em que predominem regras casuísticas, com sua hipótese fática concretamente posta e o seu efeito jurídico plenamente determinado, é candidato a um engessamento que não se compadece com a agilidade do mundo moderno. Assim, o desejável é que o sistema jurídico esteja ancorado em textos normativos que ocupem, lógica e ordenadamente, o longo trajeto entre os pontos extremos daquela linha reta imaginária a que nos referimos.

LivroPopulos.indb 343 23/10/2015 09:53:16

juridicamente exigível e independente de qualquer questionamento em torno da presença de boa ou de má intenção.

De fato, qualquer pessoa que mantenha com outra um vínculo jurídico – e, no particular, não importa a natureza do vínculo – tem o dever de atuar de modo a não trair a razoável confiança do outro, já que a ninguém é dado frustrar justas expectativas, alimentadas por aqueles com quem se relaciona.

Não importa que, ao trair a confiança ou frustrar a expectativa, o agente tenha atuado com boa intenção. Se, apesar da boa intenção – ou da falta de má intenção –, a sua atitude não guardar harmonia com o que se pode razoavelmente esperar de uma pessoa média, naquele momento histórico, numa comunidade com aquelas características culturais, o agente terá atuado com violação ao *princípio da boa-fé*.

Neste campo, vale conferir a culta preleção de Giselda Hironaka, ao tratar da *boa-fé objetiva* contratual:

> a principiologia deve orientar-se pelo viés objetivo do conceito de boa-fé, pois visa garantir a estabilidade e a segurança dos negócios jurídicos, tutelando a justa expectativa do contraente que acredita e espera que a outra parte aja em conformidade com o avençado, cumprindo as obrigações assumidas. Trata-se de um parâmetro de caráter genérico, objetivo, em consonância com as tendências do direito contratual contemporâneo, e que significa bem mais que simplesmente a alegação da ausência de má-fé, ou da ausência da intenção de prejudicar, mas que significa, antes, uma verdadeira ostentação de lealdade contratual, comportamento comum ao homem médio, o padrão jurídico 'standard'.[23]

Nessa mesma linha, Bruno Lewicki pontifica que a concepção de boa-fé (subjetiva),

> ligada ao voluntarismo e ao individualismo que informam o nosso Código Civil,[24] é insuficiente perante as novas exigências criadas pela sociedade moderna. Para além de uma análise de uma possível má-fé subjetiva no agir, investigação eivada de dificuldades e incertezas, faz-se necessária a consideração de um patamar geral de atuação, atribuível ao homem médio, que pode ser resumido no seguinte questionamento: de que maneira agiria o 'bonus pater familiae', ao deparar-se com a situação em apreço? Quais seriam as suas expectativas e as suas atitudes, tendo em

[23] HIRONAKA, Giselda M. F. N. Conferência de encerramento proferida em 21.09.2001, no Seminário Internacional de Direito Civil, promovido pelo NAP – Núcleo Acadêmico de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG e palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC), em 25.10.2002, cujo conteúdo foi gentilmente cedido a Pablo Stolze Gagliano.

[24] Refere-se o autor, aqui, ao Código Civil de 1916.

LivroPopulos.indb 344 23/10/2015 09:53:17

> vista a valoração jurídica, histórica e cultural do seu tempo e de sua comunidade?[25]

A resposta a essas últimas indagações está na definição da *boa-fé objetiva*, que, conforme mencionado, consiste em uma imprescindível *norma de comportamento*, umbilicalmente ligada à eticidade que se espera que seja observada na ordem social.

Um comportamento de acordo com a *boa-fé objetiva*, pois, é aquele que não trai a confiança razoavelmente depositada, revela a lealdade que se pode esperar de um homem médio, mantém-se nos limites dos critérios de razoabilidade que, em dado momento, são os predominantes na comunidade integrada pelo agente e, por tudo isto, gera estabilidade e segurança.

É a esta boa-fé, a *boa-fé objetiva*, que o legislador expressa, claramente, no CPC-2015, a sua reverência.

3.3 RELAÇÃO ENTRE BOA-FÉ SUBJETIVA E BOA-FÉ OBJETIVA

Para que a *boa-fé subjetiva* seja posta no exato espaço que o sistema jurídico, inclusive o processual, a ela reserva, é preciso que seja adequadamente visualizada a distinção entre ela e a *boa-fé objetiva*.

Como aludimos linhas atrás, os atos praticados em estado *subjetivo* de boa ou de má-fé produzem *efeitos jurídicos*. Assim, a presença ou não da *boa-fé subjetiva* é determinante da produção de certos efeitos jurídicos.

Ora, é sabido que todo efeito jurídico é decorrência de fato jurídico, afinal, o *fato jurídico* é um acontecimento, ou um conjunto de acontecimentos, natural ou humano, que, por se subsumir a uma hipótese prevista no sistema normativo – a hipótese de incidência –, é apto para produzir determinado efeito, o *efeito jurídico*, consistente na criação, conservação, modificação ou extinção de uma relação jurídica.

Assim, fica fácil concluir que a *boa-fé subjetiva* é um elemento fático. Ela integra determinados *fatos jurídicos*. Se assim não fosse, a sua presença não produziria efeitos jurídicos.

A *boa-fé subjetiva* é, pois, fato. E, como tal, não pode, jamais, ser confundida com a *boa-fé objetiva*, que, como visto, é uma norma de comportamento.

> Ou seja, a boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais. Eis a relação que se estabelece entre boa-fé processual objetiva e subjetiva.

[25] LEWICKI, Bruno. Panorama da Boa-Fé Objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 56.

LivroPopulos.indb 345 23/10/2015 09:53:17

> Mas ressalte-se: o princípio é o da boa-fé processual, que, além de mais amplo, é a fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir com má-fé.[26]

4 FUNÇÕES REATIVAS DA BOA-FÉ OBJETIVA

Havendo violação ou ameaça de violação à norma segundo a qual todos devem agir em consonância com a *boa-fé objetiva*, surge uma situação em que podem ser invocadas as chamadas *figuras parcelares* ou *desdobramentos da boa-fé objetiva*.

E é exatamente o fato de a invocação de tais figuras se dar, no mais das vezes, quando a boa-fé objetiva é violada ou se encontra ameaçada de violação que faz com que elas também sejam conhecidas como *funções reativas da boa-fé objetiva.*[27]

São elas (***i***) a vedação do *venire contra factum proprium*; (***ii***) a *surrectio*; (***iii***) a *supressio; e* (***iv***) o *tu quoque*.

4.1 VEDAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

A primeira repercussão pragmática da aplicação do princípio da boa-fé reside na vedação do comportamento contraditório.

Na tradução literal, *venire contra factum proprium* significa "vir contra um fato próprio". Ou seja, não é razoável que uma pessoa pratique determinado ato ou conjunto de atos e, em seguida, adote uma conduta diametralmente oposta.

Parte-se da premissa de que os sujeitos de uma relação jurídica, por consequência lógica da *confiança* depositada, devem agir de forma coerente, segundo a expectativa gerada por seus comportamentos.

Assim, a título de exemplo no campo do direito material, se os contratantes estipularem que os pagamentos de uma determinada prestação de trato sucessivo deverão se dar em certo lugar e, apesar disto, o pagamento, com a aquiescência tácita do credor, vier a ser reiteradamente feito em outro local, não poderá o credor recusar-se a receber com base no argumento de que o pagamento deveria se dar no local contratualmente estipulado. Uma exigência desta ordem afrontaria o princípio da proteção da confiança, pois se trata de conduta contrária à que o próprio credor vinha adotando.

---

[26] DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. vol. 1, p. 112.

[27] "*A função reativa é a utilização da boa-fé objetiva como exceção, ou seja como defesa, em caso de ataque do outro contratante. Trata-se da possibilidade de defesa que a boa-fé objetiva possibilita em caso de ação judicial injustamente proposta por um dos contratantes*" (SIMÃO, José Fernando. *A Boa Fé e o Novo Código Civil - Parte III*, disponível em <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_boa_fe_03.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015).

LivroPopulos.indb 346 23/10/2015 09:53:17

É por isto que no enunciado do art. 330[28] do Código Civil consta que o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

No campo processual civil, imagine-se um quadro em que alguém contraia uma dívida especificamente para a aquisição de um bem e não cumpra a obrigação de pagar a dívida que contraiu. Proposta a execução e tendo sido penhorado exatamente o bem adquirido, não pode o devedor opor-se à penhora, alegando tratar-se de bem que a lei considera impenhorável. Uma conduta deste tipo desbordaria, por óbvio, os limites da lealdade.

Em razão disto, no enunciado do § 1º do art. 833[29] do CPC-2015 consta que a impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida contraída para a aquisição do próprio bem.

Situação parecida ocorre com a parte que, no curso do procedimento, alude a um documento que estaria em seu poder, com o intuito de constituir prova e, depois, diante da ordem do magistrado de que o exiba, recusa-se a exibir. Tal recusa, de acordo com a norma extraível do enunciado do art. 399, II,[30] do CPC-2015, é inadmissível.

Dos enunciados acima referidos, tanto o do Código Civil como os do CPC-2015, extraem-se típicas regras de concretização do princípio da boa-fé, reveladoras da proibição do *venire contra factum proprium*.

Em síntese, a vedação do *venire contra factum proprium* traduz uma regra proibitiva do comportamento contraditório.

E assim como a ninguém é dado agir contraditoriamente no âmbito das relações jurídicas de direito privado, também não é tolerável uma atuação contraditória no âmbito do processo.

4.2 *SUPRESSIO*

A *supressio* também é um importante desdobramento da boa-fé objetiva e, a rigor, é consectário lógico da proibição do *venire contra factum proprium.* Como veremos, também mantém, com a *surrectio*, íntima relação.

Decorrente da expressão alemã *Verwirkung,*[31] consiste na perda (supressão) de um direito pela falta de seu exercício por razoável lapso temporal.

---

[28] Art. 330. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

[29] Art. 833. São impenhoráveis:
[…]
§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.
[…]

[30] Art. 399. O juiz não admitirá a recusa se:
[…]
II - o requerido tiver aludido ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova;
[…]

[31] Em português: perda.

LivroPopulos.indb 347 23/10/2015 09:53:17

Trata-se de instituto que não se confunde com a prescrição (que se refere à neutralização da pretensão, e não à perda do direito), nem com a decadência (que consiste na extinção de um direito potestativo).

Na *supressio*, malgrado o direito não tenha sido extinto pela decadência e nem se possa falar em prescrição, o que há é, metaforicamente, um *silêncio ensurdecedor*, ou seja, um comportamento omissivo tal – no que se refere ao exercício de um direito – que um movimento posterior, tendente a exercitar aquele direito, soa incompatível com as legítimas expectativas até então geradas pelo silêncio.

Um exemplo interessante do reconhecimento da ocorrência da *supressio*, no campo do direito material, se deu no julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do REsp n. 1.202.514, do qual foi relatora a Min. Nancy Andrighi. Nele foi reconhecida a supressão do direito ao recebimento de valores a título de correção monetária.

A transcrição parcial da ementa é suficiente para que se compreenda o caso:

> Trata-se de situação na qual, mais do que simples renúncia do direito à correção monetária, a recorrente abdicou do reajuste para evitar a majoração da parcela mensal paga pela recorrida, assegurando, como isso, a manutenção do contrato. Portanto, não se cuidou propriamente de liberalidade da recorrente, mas de uma medida que teve como contrapartida a preservação do vínculo contratual por 06 anos. Diante desse panorama, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título de correção monetária, [...] frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual. [...] Nada impede o beneficiário de abrir mão da correção monetária como forma de persuadir a parte contrária a manter o vínculo contratual. Dada a natureza disponível desse direito, sua supressão pode perfeitamente ser aceita a qualquer tempo pelo titular. [...] A 'supressio' indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.[32]

No campo processual, o titular do direito à percepção de uma quantia em dinheiro, devida em razão da incidência de uma multa diária, decor-

[32] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.202.514. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 21/06/2011.

LivroPopulos.indb 348 23/10/2015 09:53:17

rente do descumprimento de determinada obrigação, pode ter o seu direito suprimido se, abusando do dever de mitigar o próprio prejuízo, permanecer inerte por prazo superior ao razoável, deixando que o valor da multa cresça.

Com efeito, ao descumprir o dever de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*), o credor resultou por violar o princípio da boa-fé objetiva, o que "*implica a perda do direito ao valor da multa ('supressio'), respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso do direito*".[33]

Assim, na tutela da confiança, à luz da *boa-fé objetiva*, o titular de um direito não exercitado durante determinado período não mais pode, em razão dessa inatividade, exercitá-lo, independentemente de a inatividade haver sido animada por má intenção, se a sua inércia resultou por gerar, legitimamente, naquele que se encontra na situação jurídica passiva, a expectativa, baseada em dados razoáveis, de que o direito não seria mais exercido.

4.3 *SURRECTIO*

A *surrectio* e a *supressio* são lados opostos da mesma moeda. São figuras correlatas.

Com efeito, se a *supressio* consiste na perda de um direito, por um dos sujeitos da relação jurídica, pela falta de seu exercício por razoável lapso temporal, a *surrectio* corresponde ao surgimento de um direito exigível pelo outro sujeito da mesma relação jurídica, como decorrência lógica do comportamento que resultou na *supressio*.

Dos exemplos retro, em que foi demonstrada a ocorrência de *supressio*, é possível extrair que houve, também, *surrectio*.

Com efeito, se, de um lado, um dos contratantes viu suprimido o seu direito à percepção de valores a título de correção monetária, o outro se tornou titular do direito de não se submeter à cobrança da mesma correção monetária.

Raciocínio idêntico é aplicável no que se refere à multa diária: se o credor teve suprimido o seu direito ao recebimento do valor da multa diária que incidiria no período em que se configurou a conduta omissiva, aquele a quem a multa foi imposta tornou-se titular do direito de não ser compelido a pagar a quantia respectiva.

4.4 *TU QUOQUE*

Tu quoque, brutus, fili mi!

A célebre frase, historicamente atribuída ao imperador romano Júlio César, ao constatar que foi traído pelo seu filho Brutus, dá nome também a um dos mais comuns desdobramentos do princípio da boa-fé.

[33] DIDIER Jr., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do 'duty to mitigate the loss' no processo civil. *Revista de Processo,* São Paulo: RT, n. 171, p. 35-48, 2009.

LivroPopulos.indb 349 23/10/2015 09:53:17

A aplicação do *tu quoque* se dá nas situações em que se verifica um comportamento que, rompendo com o valor da confiança, *surpreende* uma das partes da relação jurídica, colocando-a em situação de injusta desvantagem.

Assim como a *supressio*, o *tu quoque* materializa uma regra proibitiva do comportamento contraditório, o que remete, mais uma vez, à vedação do *venire contra factum proprium*.

Por meio desta figura parcelar da *boa-fé objetiva* pretende-se evitar surpresas irrazoáveis na dinâmica de uma relação jurídica, a exemplo do que se dá quando, num contrato bilateral, um dos contratantes, antes de cumprir a sua obrigação, exige o adimplemento da do outro. Situações como esta encontram previsão nos arts. 476[34] e 477[35] do Código Civil e no art. 787 e seu parágrafo único[36] do CPC-2015.

É também com o propósito de evitar surpresas capazes de conduzir a injustas desvantagens que se impõe ao juiz, caso atribua ele o ônus da prova de maneira distinta da estabelecida como regra geral, que o faça de modo a que a parte a quem foi atribuído o ônus tenha oportunidade de dele se desincumbir (CPC-2015, art. 373, § 1º).[37] É, pois, reprovável, porque lesiva ao princípio da boa-fé, a prática consistente em deixar para o momento da sentença o anúncio da inversão do ônus da prova. Trata-se de prática infelizmente levada a cabo por alguns magistrados, no curso da vigência do CPC-1973, mormente nos processos relativos a direitos do consumidor.

Os dispositivos cujos enunciados opõem óbices às surpresas inconvenientes – aplicando, com isto, o *tu quoque* – contêm regras de concretização do princípio da boa-fé.

Em outras palavras, o que se quer, por meio do *tu quoque*, é impedir o *ineditismo* indesejável e perturbador do equilíbrio que deve reger a dinâmica das relações jurídicas, inclusive no campo do processo.

---

[34] Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

[35] Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrever a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

[36] Art. 787. Se o devedor não for obrigado a satisfazer sua prestação senão mediante a contraprestação do credor, este deverá provar que a adimpliu ao requerer a execução, sob pena de extinção do processo.
Parágrafo único. O executado poderá eximir-se da obrigação, depositando em juízo a prestação ou a coisa, caso em que o juiz não permitirá que o credor a receba sem cumprir a contraprestação que lhe tocar.

[37] Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
[…]

LivroPopulos.indb 350 23/10/2015 09:53:17

5 DESTINATÁRIOS DA NORMA QUE IMPÕE CONDUTA EM CONSONÂNCIA COM A BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL

Dentre os sujeitos do processo, aqueles cuja marca da atuação é a parcialidade são os mais facilmente identificados como submetidos ao dever de agir em consonância com a boa-fé.

Nesta categoria estão incluídas as partes principais do processo (parte autora e parte ré), as partes auxiliares (o assistente de qualquer das partes) e as partes incidentais (aquele que, independentemente de tratar-se de sujeito imparcial do processo, encontra-se na qualidade de parte em determinado incidente, por estar defendendo uma posição contrária à de outro sujeito, tal como se dá com o juiz, o membro do Ministério Público ou o auxiliar da justiça que resiste à imputação de impedimento ou de suspeição).

Mas o dever de comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva não é apenas das partes, mas de todo aquele que, de qualquer forma, participa do processo.

Efetivamente, além das partes, o comportamento de acordo com a boa-fé deve ser exigido também do juiz, na qualidade de terceiro desinteressado, do membro do Ministério Público ao atuar como fiscal da ordem jurídica, dos Defensores Públicos, dos advogados públicos e privados, do *amicus curiae* e de todos os auxiliares da Justiça.

Entre os auxiliares da Justiça incluem-se o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o conciliador, o mediador, além daqueles a quem as normas de organização judiciária cometerem atribuições específicas.

Mas também não são somente estes os sujeitos vinculados ao cumprimento da norma.

Com efeito, mesmo os sujeitos cuja participação no processo é apenas pontual e/ou eventual devem se comportar de acordo com a boa-fé objetiva.

Assim, devem agir em consonância com o princípio da boa-fé, dentre outros, o curador especial (art. 72);[38] o curador nomeado para o citando mentalmente incapaz ou impossibilitado de receber a citação (art. 245, § 4º);[39] o corretor que participe da alienação, por iniciativa

[38] Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:
I – incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;
II – réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.
Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.

[39] Art. 245. Não se fará citação quando se verificar que o citando é mentalmente incapaz ou está impossibilitado de recebê-la.
§ 1º O oficial de justiça descreverá e certificará minuciosamente a ocorrência.
§ 2º Para examinar o citando, o juiz nomeará médico, que apresentará laudo no prazo de 5 (cinco) dias.
§ 3º Dispensa-se a nomeação de que trata o § 2º se pessoa da família apresentar declaração do médico do citando que ateste a incapacidade deste.
§ 4º Reconhecida a impossibilidade, o juiz nomeará curador ao citando, observando, quanto à sua escolha, a preferência estabelecida em lei e restringindo a nomeação à causa.
§ 5º A citação será feita na pessoa do curador, a quem incumbirá a defesa dos interesses do citando.

LivroPopulos.indb 351 23/10/2015 09:53:17

particular, de bem penhorado (art. 880, *caput*);[40] o leiloeiro público designado pelo juiz para atuar no procedimento de execução (art. 883);[41] e o corretor de bolsa de valores incumbido de alienar bem penhorado que possua cotação (art. 881, § 2º).[42]

No campo da comunicação dos atos processuais é também muito comum a participação pontual e/ou eventual de pessoas igualmente vinculadas ao dever de se comportar em consonância com a boa-fé objetiva.

É o que acontece com o mandatário, administrador, preposto ou gerente do citando ausente, quando a demanda houver sido proposta com base em ato por ele praticado e a citação for feita na pessoa dele (art. 242, § 1º);[43] com o carteiro incumbido da entrega, ao citando, da carta de citação (art. 248, § 1º);[44] com a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração, bem como com o empregado responsável pelo recebimento de correspondências, que vier a receber a carta de citação dirigida para a pessoa jurídica (arts. 248, § 2º);[45] e com a pessoa da família, o vizinho do citando ou o empregado da portaria, responsável pelo recebimento de correspondências nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, a quem, no caso de citação com hora certa, o oficial de justiça intimar de que voltará a fim de efetuar a citação ou a intimação (arts. 252 e seu parágrafo único[46] e 275, § 2º).[47]

[40] Art. 880. Não efetivada a adjudicação, o exequente poderá requerer a alienação por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor ou leiloeiro público credenciado perante o órgão judiciário.

[41] Art. 883. Caberá ao juiz a designação do leiloeiro público, que poderá ser indicado pelo exequente.

[42] Art. 881. A alienação far-se-á em leilão judicial se não efetivada a adjudicação ou a alienação por iniciativa particular.
[…]
§ 2º Ressalvados os casos de alienação a cargo de corretores de bolsa de valores, todos os demais bens serão alienados em leilão público.

[43] Art. 242. A citação será pessoal, podendo, no entanto, ser feita na pessoa do representante legal ou do procurador do réu, do executado ou do interessado.
§ 1º Na ausência do citando, a citação será feita na pessoa de seu mandatário, administrador, preposto ou gerente, quando a ação se originar de atos por eles praticados.
[…]

[44] Art. 248. Deferida a citação pelo correio, o escrivão ou o chefe de secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz e comunicará o prazo para resposta, o endereço do juízo e o respectivo cartório.
§ 1º A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo.
[…]

[45] Art. 248. Deferida a citação pelo correio, o escrivão ou o chefe de secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz e comunicará o prazo para resposta, o endereço do juízo e o respectivo cartório.
[…]
§ 2º Sendo o citando pessoa jurídica, será válida a entrega do mandado a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração ou, ainda, a funcionário responsável pelo recebimento de correspondências.
[…]

[46] Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.
Parágrafo único. Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação a que se refere o caput feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.

[47] Art. 275. A intimação será feita por oficial de justiça quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio.

LivroPopulos.indb 352 23/10/2015 09:53:17

6 EFEITOS ENDÓGENOS E EXÓGENOS DA BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL

Toda a explanação feita até o momento conduz à inevitável constatação de que o princípio da boa-fé é norma que incide direta e amplamente no campo processual. Os seus efeitos endoprocessuais são, pois, de fácil percepção.

Estes são os *efeitos endógenos da boa-fé objetiva*: os que são fruto da aplicação do princípio da boa-fé *dentro* do próprio processo.

O que nos propomos a demonstrar, caro leitor, é a possibilidade de que, da aplicação do princípio da boa-fé, sejam extraídos efeitos para *fora* do processo, de um processo para outro: *efeitos exógenos da boa-fé objetiva*.

Nesta linha, imagine-se a atuação de um mesmo sujeito em processos distintos. É absolutamente tranquila a possibilidade de que, considerada tal atuação em dado processo, isoladamente, não se perceba violação ao princípio da boa-fé. Entretanto, não é difícil que, ao se proceder a uma comparação entre os diversos processos, constate-se que o aludido sujeito não está agindo de modo coerente, leal, razoável, confiável, estável, ético.

É diante de um quadro deste que se faz necessário reconhecer a incidência dos *efeitos exógenos da boa-fé objetiva*, de modo a não se permitir uma atuação violadora de valores reconhecidamente caros à sociedade moderna, dos quais já não é mais possível abrir mão.

É o caso do magistrado que decide de modo diverso, em processos distintos, questões absolutamente semelhantes, sem declinar, em momento algum, o motivo pelo qual está atuando de tal forma.[48]

Também é o caso do perito que, diante de situações fáticas similares, existentes em processos diversos, produz laudos periciais cujas conclusões são díspares, sem esclarecer o que o teria levado a chegar a resultados distintos.

O quadro não é diferente quanto à parte que, diante de situações semelhantes, aceita a atuação de determinado magistrado num processo e, em outro processo, sem declinar o motivo pelo qual resolveu agir de modo diferente, argui a suspeição do julgador.

Ocorrências como essas abrem espaço para que os interessados possam lançar mão dos meios de impugnação que o sistema processual disponibiliza para tanto. A identificação de tais meios, todavia, dependerá, sempre, da situação concretamente identificada, à luz do ato por meio do qual teria sido violado o conjunto normativo que impõe uma conduta em consonância com a boa-fé.

[…]

§ 2º Caso necessário, a intimação poderá ser efetuada com hora certa ou por edital.

[48] É de todo útil destacar que o quadro descrito não se aproxima, nem um pouco, da configuração de uma *contradição*, a ensejar a interposição do recurso de embargos de declaração. É que, no que se refere à *contradição*, em atendimento à linha adotada pelo sistema jurídico, no sentido de que os defeitos que ensejam a interposição do recurso de embargos de declaração são sempre intrínsecos ao pronunciamento judicial, um ato decisório somente pode ser considerado contraditório se, no seu interior, houver proposições inconciliáveis entre si.

LivroPopulos.indb 353 23/10/2015 09:53:17

Fica, assim, claro que a exigência de uma conduta em consonância com a boa-fé não está adstrita ao comportamento dos diversos sujeitos no âmbito de um só processo, isoladamente considerado (*efeitos endógenos da boa-fé objetiva*). Diferentemente disso, a boa-fé objetiva espalha os seus efeitos, tornando igualmente exigível, de um mesmo sujeito, um comportamento que guarde coerência com a sua atuação em outros processos (*efeitos exógenos da boa-fé objetiva*).

7 EFEITOS ENDÓGENOS E EXÓGENOS DA BOA-FÉ OBJETIVA NO PROCESSO ELEITORAL

No âmbito do processo eleitoral, há diversos quadros reveladores de peculiaridades. Um deles é o resultante da identificação das partes e do modo como elas, as partes, atuam em juízo.

É que, quanto à identificação das partes, a jurisdição eleitoral, mormente nos períodos de realização de eleições, tem a característica, que somente ela possui, da baixíssima incidência de variação dos sujeitos que integram os diversos processos. Eles são, na imensa maioria dos casos, sempre os mesmos, ora atuando como autores, ora como réus.

Surge, ao lado disso, uma profusão de processos com objetos litigiosos semelhantes ou, pelo menos, com questões incidentais similares.

Quanto à atuação dos órgãos julgadores nestes casos, é de se reconhecer que há, como regra, uma nítida tendência da maioria para manter uma coerência nos julgamentos, decidindo, sempre que possível, de modo uniforme as questões similares. Nas situações em que não é possível manter a uniformidade, é comum a revelação, pelo órgão julgador respectivo, de uma preocupação ética com a demonstração dos motivos que conduziram a conclusão diversa da alcançada em situação anterior.

Não é difícil, todavia, imaginar situações em que as atuações das partes resultam por menoscabar os efeitos exógenos da boa-fé objetiva.

Nesta linha, vale a pena cogitar uma situação hipotética, em que determinado sujeito (coligação, partido ou candidato), na qualidade de autor de uma demanda, adote uma conduta processual que ele mesmo, quando réu em uma demanda similar, inquina de indevida.

Tomemos como exemplo, para tanto, a rotina dos diversos Tribunais Regionais Eleitorais, quanto a processos em que a discussão é travada em torno das peças publicitárias de campanha eleitoral, mormente por ocasião das eleições gerais, em que as cortes regionais possuem competência originária para processar e julgar as causas que versem sobre propaganda eleitoral na disputa dos cargos de Deputado Estadual (ou Deputado Distrital, no caso do Distrito Federal), Deputado Federal, Senador e Governador do Estado (ou Governador do Distrito Federal).

Em tais casos, não é descartável que os sujeitos envolvidos direta-

LivroPopulos.indb 354 23/10/2015 09:53:17

mente nas eleições, diante de uma só peça publicitária, veiculada mais de uma vez, por entenderem que há violação a algum tipo de direito de que se sentem titulares, proponham diversas demandas, vinculando cada uma delas a um episódio de veiculação da peça, gerando, com isto, uma considerável profusão de causas conexas, espalhadas entre os diversos juízes do Tribunal Regional Eleitoral respectivo.

Trata-se de um quadro indesejável, inegavelmente fruto, no exemplo dado, da opção feita pela parte autora, que, malgrado tenha proposto demandas que mantêm entre si um vínculo de conexão, não requer qualquer distribuição por dependência, não indica a existência de demanda conexa anteriormente proposta e não fala na prevenção de determinado relator.

É fácil imaginar que este mesmo sujeito, quando réu em demandas semelhantes, venha a perfilhar o raciocínio segundo o qual os processos contendo demandas conexas devem ser reunidos junto ao relator considerado prevento.

Não é preciso mais do que esta narrativa para se concluir que tal alegação de conexão é conduta absolutamente dissonante de condutas anteriores, levadas a cabo pelo mesmíssimo agente, que, assim, ao adotar, nos diversos processos, posturas nitidamente contraditórias, está violando o dever de agir em consonância com a boa-fé objetiva.

Não pode escapar ao Poder Judiciário que este tipo de estratégia é revelador do desprezo à proibição do *venire contra factum proprium*, situação que a doutrina comumente aponta diante de eventos intraprocessuais, mas que, tal como demonstrado, pode – e deve – ser considerada à luz do cotejo de atitudes dos sujeitos processuais no âmbito de processos distintos.

É de todo útil, agora, cavalgando o exemplo dado, perquirir a respeito dos possíveis motivos de ordem prática capazes de estimular tais sujeitos a adotar atitudes assim, reveladoras de incoerência.

O primeiro é evidente. Com a alegação feita, um dos objetivos da parte ré é aumentar as suas chances de vitória. É que comumente o argumento da existência da conexão é por ela utilizado nas situações em que já há indícios, fornecidos por uma eventual decisão denegatória do pleito de concessão de medida de urgência formulado pela parte autora, de que a posição do relator prevento é favorável aos seus interesses. Tal estratégia até seria lícita se a alegação de conexão fosse feita generalizadamente, pelo mesmo sujeito processual, em todos os processos, aí incluídos aqueles em que figura ele no polo ativo.

O segundo também é claro: tendo em vista que dispõe a parte ré de uma decisão liminarmente proferida, favorável aos seus interesses, e é ela sabedora das imensas dificuldades de ordem material para que a reunião dos processos se dê – afinal, quando, em outros casos, atua como autora, ela tem total consciência da profusão de feitos em situações desse tipo –, nada melhor para a satisfação dos seus interesses do que o inexorável

LivroPopulos.indb 355 23/10/2015 09:53:17

decurso do tempo, ante a aproximação das eleições e a consequente perda do objeto de todos os processos dessa natureza. Neste caso, ao atentado à boa-fé objetiva, acrescente-se a falta de reverência ao princípio da primazia da decisão de mérito.

Finalmente, o terceiro não é menos visível. Se houver determinação de reunião dos processos, a quantidade de incidentes daí resultante resultará por inviabilizar o julgamento definitivo da causa num momento ainda útil para a prestação da atividade jurisdicional. Este terceiro motivo, além de ignorar o dever de agir com boa-fé, atenta contra o princípio da duração razoável do processo.

Fica, assim, a conclusão: quando determinado sujeito processual se utiliza, no bojo de um processo, de uma conduta que não guarda coerência ética com a sua atitude em outro processo, está ele violando a boa-fé objetiva, independentemente dos motivos de ordem prática que estejam a sustentar tal atitude. Afinal, como anotado nas linhas iniciais deste artigo, o ordenamento jurídico repugna a linha de raciocínio segundo a qual o procedimento é um campo de batalha que tolera a utilização de todo tipo de arma.

8 CONCLUSÃO

Pelo exposto, fica fácil constatar que o princípio da boa-fé é uma norma geral de conduta exigível de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, independentemente de tratar-se de processo civil, eleitoral, trabalhista, administrativo ou negocial.

Ao lado disso, a mesma postura reverente à coerência, à eticidade, à estabilidade, à razoabilidade e à segurança jurídica que se exige no âmbito intraprocessual (*efeitos endógenos da boa-fé objetiva*) deve ser exigida dos diversos sujeitos processuais quando se depararem com situações semelhantes, nos distintos processos em que atuem (*efeitos exógenos da boa-fé objetiva*).

E se a percepção a respeito da incidência de tais efeitos se dá nos processos de um modo geral, no processo eleitoral, em razão das suas peculiaridades, ela é ainda mais pujante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.202.514. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 21/06/2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. 1, p. 66-77.

LivroPopulos.indb 356 23/10/2015 09:53:17

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010. p. 79-103.

_____. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do 'duty to mitigate the loss' no processo civil". *Revista de Processo,* São Paulo: RT, n. 171, p. 35-48, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 4, tomo I.

HIRONAKA, Giselda M. F. N. Conferência de encerramento proferida em 21.09.01, no Seminário Internacional de Direito Civil, promovido pelo NAP – Núcleo Acadêmico de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG e palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC), em 25.10.2002, cujo conteúdo foi gentilmente cedido a Pablo Stolze Gagliano.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LivroPopulos.indb 357 23/10/2015 09:53:17

PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Lourival Almeida Trindade[1]

RESUMO

Este trabalho tem, como breve objetivo, versar sobre verdadeira *vexata quaestio,* qual seja, a investigação criminal direta pelo Ministério Público.

Palavras-chave: Ministério Público. Poderes Investigatórios. Art. 129 CF. Legislação infraconstitucional. PEC 37. Direito comparado.

ABSTRACT

The purpose of the current study is to examine true vexata quaestio, that is, the direct criminal investigation performed by the Public Persecution service.

Keywords: Public Prosecution Service. Investigatory Powers. Federal Constitution, article 129. Infra-constitutional legislation. Constitutional Amendment Bill nº 37. Comparative law.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de simples trabalho – daí suas limitações – que tem, como breve objetivo, analisar verdadeira *vexata quaestio*, a investigação criminal direta pelo Ministério Público.

De pronto, far-se-ão breves considerações, em derredor da investigação criminal direta pelo Ministério Público, após a rejeição do Projeto de Emenda Constitucional 37, de 2011, pelo Congresso Nacional.

Na sequência, analisar-se-á a presidência direta de inquéritos policiais pelo *parquet,* à luz do art. 129, da Constituição Federal, e da legislação infraconstitucional. A derradeiro, analisar-se-á a investigação preliminar pelo Ministério Público, no direito comparado.

[1]Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado da Bahia.

LivroPopulos.indb 359 23/10/2015 09:53:17

2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, APÓS A REJEIÇÃO DO PROJETO DE EMENDA CONSTUTUCIONAL 37, DE 2011, PELO CONGRESSO NACIONAL

A investigação criminal direta pelo Ministério Público constitui verdadeira *vexata quaestio,* que cambaleia, na doutrina, além de grassar, em seu prol, dissídio jurisprudencial, ainda não apaziguado pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Por oportuno, sobreleve-se, *ad argumentandum tantum,* que a matéria, nem de longe, foi pacificada, após a rejeição do Projeto de Emenda Constutucional 37, de 2011, pelo Congresso Nacional, terá servido, apenas, para acalmar o vozeio que vinha das ruas, ou para serenar o bramir das multidões, que se colocaram contra a aprovação da aludida PEC 37.

Opinião pública, insuflada pelo sensacionalismo midiático, contra a qual atores judicais devem, sempre, precaver-se, mantendo prudência e equilíbrio, para que não se deixem contagiar pela ambiência malsã dos apriorismos.

Opinião pública, ou publicada, como disse Maria Lucia Karan,[2] ou ainda, tão bem retratada, por Moro Giaferri, debatendo, certa feita, com seu rival, Cesar Campinchi, uma grande causa, segundo a descrição de Evandro Lins e Silva:

Maître Campinchi vos dizia a toda hora que a opinião pública estava sentada entre vós, deliberando a vosso lado. Sim! A opinião pública está entre vós. Expulsai-a, essa intrusa. É ela que ao pé da cruz gritava: 'Crucificai-o'. Ela, com um gesto de mão, imolava o gladiador agonizante na arena. É ela que aplaudia aos autos da fé da Espanha, como ao suplício de Calas. É ela enfim que desonrou a Revolução francesa pelos massacres de setembro, quando a farândola ignóbil acompanhava a rainha ao pé do cadafalso. A opinião pública está entre vós, expulsai-a, essa intrusa... Sim, a opinião pública, esta prostituta, é quem segura o juiz pela manga.[3]

A antedita PEC-37/2011 trouxe à lume a velha e revelha discussão, em derredor da possibilidade, ou não, de o Ministério Público presidir, diretamente, inquéritos penais, ao pretender incluir o § 10 ao art. 144, da CF/88, *in verbis:*

Art. 144.

§ 10. A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente.

No entanto, conquanto haja sido rejeitada a PEC-37, não se afigura morta e sepultada a antiga divergência doutrinária e jurisprudencial, em derredor da possibilidade, ou não, da investigação pré processual pelo órgão acusador, na

[2] KARAN, Maria Lucia. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 13, 2001.

[3] *Apud* SILVA, Evandro Lins e. *A defesa tem a palavra (O caso Doca Street e algumas lembranças)*. Rio de Janeiro: Aide, 1980. p. 33.

LivroPopulos.indb 360 23/10/2015 09:53:17

esfera criminal. Até porque não houve a mais mínima alteração, no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, permanecendo incólume a exegese sistemática, já defendida, por parte de tantos autores, que escreveram, sobre o tema, segundo os quais refulge a nulidade dos inquéritos presididos, diretamente, pelo Ministério Público.

Tanto assim que, mesmo após a rejeição da PEC-37, continua, em trâmite, no STF, a ADI 3309, de relatoria do Ministro Ricardo Levandovski, aforada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol-Brasil), conjurando o art. 8º,[4] da Lei Orgânica do Ministério Público da União e a Resolução 77/2004, aprovada, recentemente, pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal, para regulamentar os procedimentos de investigação criminal dos procuradores da República, em todo o país.

Enfatize-se que a atuação do Ministério Público, ainda que seja, meramente, subsidiária ou secundária, não se poderá excogitar de legitimidade ministerial, por isso que a sua atribuição, delimitada, constitucionalmente, na fase pré-processual, adstringe-se, pura e tão-somente, à requisição de instauração de inquérito policial e de diligências investigatórias à polícia judiciária.

Em hipóteses assemelhadas, o oferecimento de denúncia, com escoras, meramente, em elementos, colhidos, em investigação ministerial, pode, eventualmente, inquinar todos os atos procedimentais de mácula irremissível, a qual, todavia, merece temperamentos, só e somente, quando a denúncia vier estadeada, também, em outras peças informativas, tais como, prova documental, ou pericial, suficientes e bastantes para consubstanciar o lastro probatório mínimo.

[4] LC 75 - Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:
I- notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;
II- requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;
III- requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;
IV- requisitar informações e documentos a entidades privadas;
V- realizar inspeções e diligências investigatórias;
VI- ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;
VII- expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;
VIII- ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;
IX- requisitar o auxílio de força policial.
§1º O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal.
§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.
§ 3º A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa.
§ 4º As correspondências, notificações, requisições e intimações do Ministério Público quando tiverem como destinatário o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, membro do Congresso Nacional, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro de Estado, Ministro de Tribunal Superior, Ministro do Tribunal de Contas da União ou chefe de missão diplomática de caráter permanente serão encaminhadas e levadas a efeito pelo Procurador-Geral da República ou outro órgão do Ministério Público a quem essa atribuição seja delegada, cabendo às autoridades mencionadas fixar data, hora e local em que puderem ser ouvidas, se for o caso.
§ 5º As requisições do Ministério Público serão feitas fixando-se prazo razoável de até dez dias úteis para atendimento, prorrogável mediante solicitação justificada.

LivroPopulos.indb 361 23/10/2015 09:53:17

3 CONSIDERAÇÕES EM DERREDOR DA PRESIDÊNCIA DIRETA DE INQUÉRITOS POLICIAIS PELO *PARQUET,* À LUZ DO ART. 129, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

O art. 129, VI, da CF, ao atribuir ao Ministério Público poderes para "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los", o faz, com referência aos inquéritos civis públicos e outros, também, de natureza administrativa, não abrangendo, contudo, o inquérito penal, cuja presidência não incumbe ao órgão ministerial.

Realce-se, ainda, que a exegese que melhor calha ao texto legal, estampado no art. 129, da Lei Maior, é aquela, em consonância com a qual não se pode inteligir, nem com o auxílio de "lupas aplanáticas", autorização, outorgada pelo constituinte de 1988 ao Ministério Público, para substituir-se à polícia judiciária, em sua função de investigar crimes.

O constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em lição prestantíssima à espécie fulcral, pontua:

> [...] Ora, se a Constituição dá ao Ministério Público o poder de *requisitar a instauração de inquérito policial* é porque obviamente não lhe dá o poder de realizar a investigação criminal que se faz por meio de tal inquérito. Se o Ministério Público pudesse realizar tal inquérito, para que autorizá-lo a requisitar a sua instauração?'
> [...]
> É falaciosa, por outro lado, a tese do Ministério Público - constituindo forma dissimulada de burlar o texto constitucional - pretender iniciar investigação através de inquérito civil, para, ao final da apuração, dar ao conteúdo investigado conotação penal e, com base nele, oferecer denúncia. Não existe nada no texto constitucional que autorize o Ministério Público a instaurar e presidir investigação criminal, ao contrário das pretensões do *Parquet.*[5]

Em derredor da matéria, o Supremo Tribunal Federal, nos anos mais distantes do passado, já decidiu, *ipsis verbis:*

> [...] Na forma da lei processual, o Ministério Público pode requisitar a abertura de inquérito policial (art. 5°, II do CPP), e a realização de diligências a serem efetuadas pela autoridade policial (art. 13,11). Pode, também, requisitar esclarecimentos e documentos complementares, ou novos elementos de convicção, de quaisquer autoridades ou funcionários (art. 47).

[5] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. A Inconstitucionalidade dos Poderes Investigatórios do Ministério Público. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: RT, ano 15, n. 66, p. 245, maio/jun. 2007.

LivroPopulos.indb 362 23/10/2015 09:53:17

> Compete-lhe, ainda, acompanhar atos investigatórios junto aos órgãos policiais (Lei Complementar 40/1981, art. 15, III) e até exercer função de polícia judiciária na ausência do delegado de polícia (art. 15, V, da LC). Tanto, porém, não importa intervir nos atos de inquérito e muito menos dirigi-lo, quando tem a presidi-lo a autoridade policial competente [...].[6]
> [...] Não compete ao Procurador da República, na forma do disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, assumir a direção das investigações, substituindo-se à autoridade policial, dado que, tirante a hipótese inscrita no inciso III do art. 129 da Constituição Federal *[promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos],* não lhe compete assumir a direção das investigações tendentes à apuração de infrações penais (CF, art. 144, §§ I° e 4°).[7]

No particular, o professor Cezar Roberto Bitencourt destrama a *vexata quaestio,* ao interpretar o art. 129, da CF:

> A leitura do art. 129 da CF/88 permite constatar, de plano, que não foi previsto o poder de investigar infrações penais, diretamente, entre as atribuições conferidas ao Ministério Público. Extrair interpretação em sentido contrário do rol contido no dispositivo constitucional referido seria legislar sobre matéria que o constituinte deliberadamente não o fez. Aliás, a um órgão público não é assegurado fazer o que não está proibido (princípio da compatibilidade), mas tão-somente lhe é autorizado realizar o que está expressamente permitido (princípio da legalidade); e a tanto não se pode chegar pela via da interpretação, usando-se de argumento *a fortiori,* especialmente quando há previsão expressa da atribuição a outro órgão estatal, como ocorre na hipótese, em que essa atividade está destinada à Polícia Judiciária.
> Não se poderia conceber que o legislador constituinte assegurasse expressamente o poder de o Ministério Público requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, e, inadvertidamente, deixasse de constar o poder de investigar diretamente as infrações penais. À evidência, trata-se de decisão consciente do constituinte, que não desejou contemplar o *Parquet* com essa atribuição, preferindo conferi-la à Polícia judiciária, minuciosamente, como fez no art. 144 da CF/88.
> Ademais, fazendo-se uma pequena retrospectiva sobre a

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de *Habeas Corpus* 66.176-9/SC, de Relatoria do Ministro Carlos Madeira, julgamento 26.04.1988.

[7] _____. Recurso Extraordinário 205.473-9/AL, a Segunda Turma, pelo voto do Ministro Carlos Velloso, julgamento 15.12.1988.

LivroPopulos.indb 363 23/10/2015 09:53:17

> elaboração da norma constitucional citada, constata-se que as propostas de introdução de texto específico versando sobre a condução de investigação criminal pelo Ministério Público foram todas rejeitadas. Em outros termos, trata-se de uma firme, refletida, sensata e deliberada opção da Assembléia Nacional Constituinte de 1988 de não atribuir poderes investigatórios criminais ao Ministério Público.[8]

Nessa cadência, o Ministro Nelson Jobim, na condição de então parlamentar constituinte originário, bem testemunhou os debates travados, na Assembléia Nacional de 1988, quando da elaboração das normas constitucionais, versando outorga, ou não, de atribuição ao *Parquet* de realizar investigação criminal. A propósito do tema, sublinhou o insigne Ministro haver o poder constituinte de 1988 rejeitado as emendas 424, 945, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513, que pretendiam conceder ao Ministério Público a supervisão, avocação e o acompanhamento da investigação criminal. Destarte, enfatiza o Ministro haver sido a função de Polícia Judiciária reservada, tão-somente, à Polícia Civil.[9]

José Afonso da Silva, constitucionalista de escol e com o peso de quem foi assessor na Constituinte, faz um retrospecto de toda a tramitação histórica da matéria, sob análise, nos entremeios da Comissão de Sistematização, no, então, Congresso Constituinte, asseverando, *ipsis verbis*:

> Pois bem, o texto desse anteprojeto (arts. 43 a 46), aprovado pela subcomissão em 25.05.1987, já continha, em essência, tudo que veio a ser contemplado na Constituição, na qual não há uma palavra que atribua ao Ministério Público a função investigatória direta. Lá estava, como função privativa, "promover a ação penal pública" e "promover inquérito para instruir ação civil pública", como estava também, sem exclusividade (art. I, *a* e *b),* "o poder de requisitar atos investigatórios criminais, podendo efetuar correição na Polícia Judiciária, sem prejuízo da permanente correção judicial" (art. 45, II, *e);* essa correição foi convertida, depois, em controle externo da atividade policial. Ora, se o Ministério Público estava interessado na investigação criminal direta, seria de esperar que constasse desse anteprojeto algo nesse sentido, já que o relator era um constituinte afinado com a instituição. As únicas disposições aproximadas a isso vieram no Anteprojeto da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo (junho de 1987), de que foi relator o Constituinte Egídio Ferreira Lima. O art. 137, V,

[8] BITENCOURT, Cezar Roberto. A Inconstitucionalidade dos Poderes Investigatórios do Ministério Público. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, n. 66, p. 244-246, maio/jun. 2007.

[9] *Apud* VIEIRA, Luís Guilherme. O Ministério Público e a Investigação Criminal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Notadez, ano 4, n. 15, p. 30, 2004.

LivroPopulos.indb 364 23/10/2015 09:53:17

> incluía entre as funções institucionais do Ministério Público, além da competência para "requisitar atos investigatórios", também "exercer a supervisão da investigação criminal", assim como a faculdade de "promover ou requisitar a autoridade competente a instauração de inquéritos necessários às ações públicas que lhe incumbem, podendo avocá-los para suprir omissões [...] "Isso se manteve no Projeto de Constituição (Comissão de Sistematização, julho de 1987, art. 233, § 3°). Já no Primeiro Substitutivo do Relator Bernardo Cabral (Comissão de Sistematização, agosto de 1987), essas normas sofreram alguma transformação importante, excluindo-se a possibilidade de "promover [...] a instauração de inquéritos necessários às ações públicas", bem como se eliminou a possibilidade de "avocá-los para suprir omissões". Ou seja, suprimiu aquilo que o Ministério Público hoje ainda pretende: o poder de investigação subsidiário. [...] . Não há uma palavra em favor da possibilidade de o Ministério Público proceder a investigação direta. [...] . Percorram-se os incisos em que o art. 129 define as funções institucionais do Ministério Público e lá não se encontrará nada que autorize os membros da Instituição a proceder a investigação criminal diretamente. O que havia sobre isso foi rejeitado, como ficou demonstrado na construção da instituição durante o processo constituinte e não há como restabelecer por via de interpretação o que foi rejeitado.[10]

Luís Guilherme Vieira, a seu turno, chega mesmo a fazer uma breve interpretação histórica, trazendo a informação de que, no Brasil, as tentativas de incluir, dentre as atribuições ministeriais, a de realizar as investigações preparatórias da ação penal, foram frustradas:

> Em várias ocasiões tentou-se modificar esse regime, mas as propostas foram rejeitadas. Isso foi o que aconteceu quando, em 1935, se procurou instituir juizados de instrução, proposta apresentada pelo então Ministro da Justiça, Vicente Ráo. O mesmo se passou, em várias ocasiões, quando se tentou conferir atribuições investigatórias ao *Parquet;* propostas nessa linha foram rejeitadas na elaboração da Constituição de 1988, nas discussões que deram origem à lei complementar relativa ao Ministério Público, em 1993, e também nos debates que envolveram as propostas de emendas constitucionais discutidas em 1995 e 1999. Especificamente nas discussões da assembléia constituinte, o texto aprovado

[10] SILVA José Afonso da. O Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 49, p. 371-373, jul./ago. 2004.

LivroPopulos.indb 365 23/10/2015 09:53:17

> pretendia exatamente manter as investigações criminais como atribuição exclusiva da polícia judiciária.
> Tanto é assim que se encontra hoje no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional n. 197, apresentada em setembro de 2003, cujo propósito é "dar nova redação ao inciso VIII do art. 129 da Constituição da República que dispõe sobre as funções institucionais do Ministério Público", o qual, então, passaria a ter a seguinte redação: [Cabe ao MP] *promover investigações,* requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.[11]

Nessa senda intelectiva, eis excerto de julgado, catado, alhures, no figurino dos acórdãos:[12]

> [...] Inquérito penal não é juízo de instrução. Não temos esse tipo de procedimento em nosso ordenamento jurídico. Sua criação foi negada em dois momentos de voto no parlamento. Não será por exegese que vá se outorgar ao Ministério Público aquilo que não foi dado [...]

Curialíssimo, portanto, que, se fosse vontade do legislador brasileiro, ao Ministério Público já teria sido outorgada, de forma explícita, a antedita atribuição, seja com exclusividade, seja concorrentemente com a polícia.

Afinando-se pela mesmíssima clave, Guilherme de Souza Nucci[13] diz ser inviável que o promotor de justiça, titular da ação penal, possa assumir a postura de órgão investigatório, substituindo a polícia judiciária e produzindo inquéritos. Fosse assim, a Constituição Federal teria sido clara, ao estabelecer as funções da polícia – federal e civil – para investigar e servir de órgão auxiliar do Poder Judiciário, *na* atribuição de apurar a ocorrência e a autoria de crimes e contravenções penais (art. 144). Ao Ministério Público, teria sido reservada a titularidade da ação penal, ou seja, a exclusividade, no seu ajuizamento, salvo o excepcional caso reservado à vítima, quando a ação penal não fosse intentada no prazo legal (art. 5°, LIX, CF). O autor explicita, ainda, que o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, previu a possibilidade de o promotor elaborar inquérito civil, jamais, inquérito policial. Entretanto, para aparelhar convenientemente o órgão acusatório oficial do Estado, teria sido atribuído ao Ministério Público o poder de expedir notificações, nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos (o que ocorreria no inquérito civil ou em algum processo administrativo que apure infração funcional de membro ou funcionário da instituição, por exemplo), a possibilidade de exercer o controle

[11] VIEIRA, Luís Guilherme. O Ministério Público e a Investigação Criminal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Notadez, ano 4, n. 15, p. 35-36, 2004.

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, Recurso Extraordinário 233.072-4/RJ, julgamento 18.05.1999.

[13] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 3 ed. São Paulo: RT, 2004. p. 73-74.

LivroPopulos.indb 366 23/10/2015 09:53:17

externo da atividade policial (o que não significaria a substituição da presidência da investigação, conferida ao delegado de carreira), o poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (o que demonstraria não ter atribuição para instaurar o inquérito e, sim, para requisitar a sua formação pelo órgão competente).

Enfim, ainda na trilha de excelência do raciocínio de Guilherme de Souza Nucci,[14] ao Ministério Público caberia requisitar a instauração da investigação pela polícia judiciária, controlar todo o desenvolvimento da persecução investigatória, requisitar diligências e, ao final, formar sua opinião, optando por denunciar, ou não, eventual pessoa, indigitada, como autora. Mas, rediga-se, não lhe seria, constitucionalmente, assegurado produzir, sozinho, a investigação, denunciando quem considerasse autor de infração penal, excluindo, integralmente, a polícia judiciária e, consequentemente, a fiscalização salutar do juiz. O sistema processual penal teria sido elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa. A permissão para o Ministério Público produzir, de *per si,* investigação criminal, isolado de qualquer fiscalização, sem a participação do indiciado, quebraria a harmônica e garantista investigação de uma infração penal.

Noutro passo, sobreleve-se que a pretendida concentração de poderes colocaria, em cheque, a possibilidade de o membro do Ministério Público lograr manter-se imparcial, quando da oportunidade de decidir pelo oferecimento, ou não, da denúncia. Seria demasiado ingênuo pensar que, após investigar, o *parquet* viesse a considerar insubsistente para deflagrar a ação penal o fruto de seu próprio trabalho.

Além disso, como adverte Geraldo Prado, com esplendorosa lucidez, admitir a possibilidade de o MP promover verdadeiro vasculho indiscreto, nos elementos indiciários, traduziria vero vilipêndio ao princípio da presunção de não-culpabilidade, ante a dificuldade de distinguir "quando, em verdade, o Ministério Público estará investigando, pesquisando a verdade, quando ele, parte acusadora, estará atuando estrategicamente para sagrar-se vencedor nas múltiplas formas contemporâneas de adjudicação da responsabilidade penal do imputado".[15]

Vale enfatizar-se que a própria legislação infraconstitucional não cede espaço para interpretação outra, a ponto de autorizar a presidência direta de inquéritos policiais pelo *parquet.* Basta se leia a letra legalitária do art. 257, do CPP, assim enunciado:

Art. 257. Ao Ministério Público cabe:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e

II – fiscalizar a execução da lei.

[14] Ibidem, p. 73-74.

[15] PRADO, Geraldo. A investigação criminal e a PEC 37. *Boletim IBCCrim,* ano 21, n. 248, jul. 2013.

LivroPopulos.indb 367 23/10/2015 09:53:17

Tanto assim que, em comentários ao predito artigo 257, dilucida, percucientemente, Guilherme de Souza Nucci:

> Promoção privativa da ação penal pública: a alteração introduzida pela Lei 11.719/2008 neste artigo, subdividindo-o em dois incisos, aparentemente, teria sido supérflua. Porém, há elementos interessantes a abordar. Em primeiro lugar, deu-se uma redação consoante ao texto constitucional (CF: 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei). Por outro lado, especificou de qual lei trata: O Código de Processo Penal. Cabe ao Ministério Público promover a ação penal pública na forma prevista no Código de Processo Penal. Não tem mais aplicação qualquer preceito que com este conflite venha de onde vier, pois a Lei 11.719/2008 é mais recente. Pensamos, inclusive, que tal novel preceito sedimenta mais um dado em prol da ilegitimidade investigatória criminal autônoma do Ministério Público. Afinal, toda a estrutura do Código de Processo Penal consagra a investigação policial, conduzida, pois, pela autoridade policial, para a colheita de provas pré-constituídas, a fim de instruir e formar a *opinio delicti.* Somente após, ingressa a denúncia do Ministério Público, exercendo a sua legitimidade privativa para a propositura da demanda.[16]

De outro ângulo de análise, deve ser realçado, a fim de evitarem-se excogitações laboriosas, em derredor do inciso II, do art. 257, do CPP, que a recorrente evocação da função de custos legis pelos membros do MP, com o intuito de defender a possibilidade de presidência direta de inquérito criminal, não autoriza, nem por via reflexa ou difusa, a investigação direta, em sede criminal, sendo inconcebível pretender-se atribuir tão hipertrofiada elasticidade à função fiscalizatória, como se fora verdadeira cláusula aberta, no ordenamento jurídico brasileiro.

Por oportuno, traz-se à tela da discussão antigo julgamento, mas ainda arquétipo, de 31.01.1957, do Plenário do STF, Recurso de *Habeas Corpus* 34.827/AL, de relatoria do então Ministro Nelson Hungria, que dispusera, *verbis:* "O Código de Processo Penal não autoriza a deslocação da competência, ou seja a substituição da autoridade policial pela Judiciária e membro do Ministério Público, na investigação de crime".

Não bastasse isso tudo, colhe-se, de novo, do escólio de Cezar Roberto Bitencourt,[17] em estudo prestantíssimo à hipótese, que nem, sequer, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625, de 12.02.1993) atribui ao órgão ministerial o poder investigativo, havendo disciplinado, só e somente, nos arts. 25,

[16] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 585.

[17] BITENCOURT, op. cit., p. 244-246.

LivroPopulos.indb 368 23/10/2015 09:53:17

IV e art. 26,1, a promoção e a instauração do inquérito civil, silenciando sobre a possibilidade de presidência direta de qualquer investigação criminal.

Nesse evolver argumentativo, ouça-se Evaristo de Moraes Filho,[18] ao refutar o argumento sempre utilizado pelo *parquet,* de que a atribuição de presidir, diretamente, inquéritos penais estaria escorada, no art. 129, da CF, e no art. 26, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Para o autor, tanto a Lei Maior, quanto a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público teriam cuidado de distinguir a atuação do *parquet,* na esfera civil e na penal. Assim sendo e assim o é, dessume-se do discurso dos preditos dispositivos que, no âmbito civil, cabe ao MP a instauração de inquérito civil e de outros procedimentos administrativos. Já na seara penal, seria facultado ao *parquet,* só e somente, a requisição de diligências, a abertura e o acompanhamento do inquérito policial.

Noutro passo, adite-se, ainda, que Cezar Roberto Bitencourt timbra em afirmar, mais uma vez:

> Para sustentar os poderes investigatórios do Ministério Público, argumenta-se que no ordenamento jurídico nacional, a Polícia Judiciária não tem a exclusividade da investigação criminal, na medida em que outros órgãos diversos dela podem exercer funções investigatórias. Constata-se tais circunstâncias, por exemplo, em relação às CPI e aos delitos praticados por membros da Magistratura, que são investigados pela autoridade judiciária, bem como nos delitos atribuídos aos membros do *Parquet,* que são apurados pela própria Instituição. Outros exemplos ainda se podem agregar, como no caso das investigações realizadas pela Receita Federal ou pelo Banco Central, que investigam irregularidades administrativas ou mesmo financeiro-tributárias, próprias de suas atribuições; quando encontram, contudo, possíveis indícios da existência de crimes, encaminham referidos expedientes ao Ministério Público. Fácil perceber, portanto, que tais órgãos, não têm atribuições investigatório-criminais, principalmente acompanhados de poder coercitivo, tanto que o surgimento de indícios da existência de crimes determina o encaminhamento de seus expedientes ao MP, que é o titular da ação penal.
>
> Os exemplos acima citados, por outro lado, constituem claras exceções à regra geral, consubstanciada no art. 144 e §§ da CF/88, e no art. 4º, *caput,* do CPP, que é a apuração das infrações penais pela Polícia Judiciária. As exceções a essa regra geral dependem, obrigatoriamente, de expressa previsão legal, o que não se verifica no caso de poderes investigatórios criminais atribuídos ao Ministério Público, como

[18] MORAES FILHO, Evaristo. O Ministério Público e o Inquérito Policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 5, n. 19, p. 105-110, jul./set.1997.

LivroPopulos.indb 369 23/10/2015 09:53:17

> reconhece José Afonso da Silva, *in verbis:* 'Argumenta-se que a Constituição não deferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal. É verdade, mas as exceções estão expressas na própria Constituição e nenhuma delas contempla o Ministério Público'. [...]
> Por fim, o fato de ser o inquérito policial *facultativo* e dispensável para o exercício da ação penal por parte do MP não tem extensão que permita sustentar, a partir desse enunciado, o reconhecimento da existência de poderes investigatórios penais atribuídos ao órgão ministerial.
> Com efeito, se o Ministério Público dispuser de elementos probatórios suficientes, poderá propor a ação penal independente de inquérito policial (art. 39, § 5°, do CPP). Por isso, não raro depara-se com ações penais fundadas em procedimentos administrativos tributários e previdenciários. No entanto, o fato de dispensar, em situações específicas, a obrigatoriedade do inquérito policial, não significa que, em decorrência dessa previsão, possa o Ministério Público investigar diretamente. A dispensa de inquérito, gize-se, está condicionada a serem oferecidos com a representação, 'elementos que o habilitem a promover a ação penal' (art. 39, § 5°, do CPP), devendo oferecer, nesse caso, a denúncia em quinze dias. Alguns aspectos, nesse contexto, afastam interpretação que leve a admissão da possibilidade de o MP investigar diretamente: primeiramente, o fato de o CPP ter surgido em época em que se desconhecia a importância que o Ministério Público adquiriria no final do século XX; a dispensa do inquérito somente é autorizada se, 'com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal', significando dizer que a falta de tais elementos não autorizam a proposição da ação penal E mais: nesses casos, não autorizam nem mesmo que o Ministério Público realize diretamente diligências complementares, além de determinar que se abstenha de investigar ele próprio.[19]

Forte, em Ada Pellegrini Grinover,[20] vale adminicular, ainda, que "a própria Constituição, como é sabido, atribuiu o poder de investigar a outros órgãos, como as Comissões Parlamentares de Inquérito - CPI e os tribunais. E também é sabido que não confere expressamente essa função ao MP, sendo oportuno lembrar que as emendas à Constituição de 1988 que pretendiam atribuir funções investigativas penais ao *Parquet* foram rejeitadas, deixando portanto a salvo a estrutura constitucional acima descrita".

[19] BITENCOURT, op. cit., p. 249-250.

[20] GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 12, n. 15, p. 4, dez. 2004.

LivroPopulos.indb 370 23/10/2015 09:53:17

Nessa mesmíssima alheta, Luís Guilherme Vieira[21] textua que o fato de o Ministério Público, na condição de titular da ação penal, poder oferecer denúncia, sem a precedência de inquérito policial, desde que estadeada, em suporte probatório mínimo, rediga-se, não o autoriza, por si só, a instaurar inquérito, com o desiderato de colher tais elementos indiciários, na ausência de tal lastro probante.

Demais disso, acresce o predito autor que "não é pelo fato de o Ministério Público poder o mais (controle externo das atividades da polícia judiciária e legitimidade ativa exclusiva para promover os processos de natureza penal pública) que o legislador, implicitamente ('teoria dos poderes implícitos") lhe conferiu poder o menos (investigar crimes), em virtude de limitações legais (explícita limitação àqueles argumentos sofistas)".[22]

Linhas adiante, preceitua, novamente, Luís Guilherme Vieira:

> Com efeito, a teoria dos poderes implícitos, interpretada à luz do Direito Constitucional, é desenvolvida a partir de doutrina norte-americana, a qual teve seu marco histórico no julgamento Mc. Cullough vs. Maryland, realizado em fevereiro de 1819 *(*BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 120, 122). Porém, sabe-se que 'as palavras empregadas na Constituição devem ser entendidas no seu sentido geral e comum, *a menos que resulte claramente de seu texto ao seu sentido técnico-jurídico'* (Quintana, Segundo V. Linares. *Regias para la interpretación constitucional.* Buenos Aires: Plus Ultra, 1987. p. 65 *apud* BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 121. Grifos nossos), e, no caso em estudo, a carta da República não deixou qualquer fenda, a mais mínima brecha, a autorizar o intérprete, com fundamento na lição alienígena, a ter qualquer outra interpretação, a não ser a que restou promulgada. Isso é fato incontroverso.
>
> 'As palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de idéias e significados. E a interpretação gramatical literal que delimita o espaço dentro do qual o intérprete vai operar, embora isso possa significar zonas hermenêuticas muito extensas. A esse propósito, já decidiu o Tribunal Federal Alemão: *Através da interpretação não se pode dar a uma lei inequívoca em seu texto e em seu sentido um sentido oposto; não se pode determinar de novo, no fundamental, o conteúdo normativo da norma que há de ser interpretada; não se pode faltar ao objetivo do legislador em um ponto essencial* (BARROSO, op. cit, p. 122-123).

[21] VIEIRA, op. cit., p. 25-64.

[22] Ibidem, p. 25-64.

LivroPopulos.indb 371 23/10/2015 09:53:17

> Em texto constitucional não existem palavras supérfluas 'nem se deve partir do pressuposto que o constituinte incorreu em contradição ou obrou com má-fé'. *(BARROSO,* op. cit*., p. 123);* é de se concluir que a teoria dos poderes implícitos, muito derramada pelo Ministério Público para lhe dar pseudo-supedâneo constitucional/legal de diretamente conduzir investigações criminais, não tem a menor aplicabilidade à espécie, porque, repise-se, não há lacuna na Constituição da República, ao revés, há norma expressa, motivo pelo qual, aqui, não há espaço para se importar a teoria estrangeira.
>
> Ademais, nem de longe ousaríamos sustentar que, assim, o representante do Ministério Público ficaria, na fase adminicular, restrito aos desconfortáveis limites impostos a um convidado de pedra, que nada poderia fazer para que esta ou aquela prova, por ele tida como indispensável à formação de sua *opinio delict,* fosse produzida pela autoridade policial. Pode-deve o Promotor de Justiça ter ciência, no prazo de lei, de todos os feitos que foram registrados em sede policial. Se houver inércia da autoridade processante, que se lance mão dos meios coercitivos disponíveis.[23]

A esse prol, ouçam-se, novamente, os escólios de José Afonso da Silva:

> Essa concepção da doutrina dos poderes implícitos, com a devida vênia, não é correta. Primeiro, é preciso indagar se entre a investigação penal e a ação penal ocorre uma relação entre meio e fim. O meio para o exercício da ação penal consiste no aparato institucional com a habilitação, competência adequada e condições materiais para fazê-lo. O fim (finalidade, objetivo) da investigação penal não é a ação penal, mas a apuração da autoria do delito, de suas causas, de suas circunstâncias. O resultado dessa apuração constituirá a instrução documental - o inquérito - (daí, tecnicamente, *instrução penal preliminar)* para fundamentar a ação penal e serve de base para a instrução penal definitiva. Segundo, poderes implícitos só existem no silêncio da Constituição, ou seja, quando ela não tenha conferido os meios expressamente em favor do titular ou em favor de outra autoridade, órgão ou instituição. Se ela outorgou expressamente a quem quer que seja o que se tem como meio para atingir o fim previsto, não há falar em poderes explícitos. Como falar em poder implícito onde ele foi explicitado, expressamente estabelecido, ainda que em favor de outra instituição? [...]. Primeiro, o poder

[23] VIEIRA, op. cit., p. 25-64.

LivroPopulos.indb 372 23/10/2015 09:53:17

> implícito só ocorre quando a Constituição não se ocupa da matéria; segundo, não cabe a determinado órgão a competência que está prevista para outro. No caso sob nossas vistas, a Constituição se ocupou do tema, conferindo a investigação na esfera penal à Polícia Judiciária; logo, ela não cabe a nenhum outro órgão ou instituição, nem, portanto, ao Ministério Público.[24]

Lado outro, não há justificativa plausível para a ingerência do MP, em tal espaço de investigação, já que, em hipótese de deficiência da atuação policial, existem mecanismos, à disposição do Ministério Público, para supri-la.

Nesta mesma trilha argumentativa, estribilha Luís Roberto Barroso,[25] para quem a investigação criminal não seria um *minus,* em relação à competência para promover a ação penal. Tratar-se-ia, na verdade, de uma competência diversa e que foi atribuída, de forma expressa, pelo constituinte a outro órgão, não sendo aplicável, portanto, a lógica dos poderes implícitos, até porque, só e somente, poderia ser admitida a invocação dessa regra de interpretação onde houvesse lacuna constitucional, ou então, se houvesse uma competência explícita e justificável que se pretendesse aprofundar e não alargar. E chega a ser enfático o autor, ao pontuar que, indubitavelmente, não seria o caso em análise. Primeiramente, porque não há lacuna constitucional, na competência, em foco, já que a norma do art. 144, da CF/88, atribui, claramente, a função de polícia judiciária às polícias civis, federal e estaduais. Em segundo lugar, não se cuidaria de aprofundar competência do Ministério Público, mas de criá-la, uma vez que, expressamente, a Constituição não atribuiu poderes investigatórios ao órgão ministerial, no âmbito processual penal.

Em outro giro de enfoque, ponha-se, em relevo, que não é crível invocar, para justificar o elastério pretendido às atribuições ministeriais, o princípio da máxima efetividade, conhecido, também, como princípio da eficiência.

Ouçam-se, a propósito do predito princípio constitucional, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco,[26] ao pontuarem que o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior, para que interpretem as suas normas, em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar, contudo, o seu conteúdo, veiculando, ainda, um apelo aos realizadores da Constituição, para que, em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, buscarem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas.

Em sinopse, os operadores do direito haverão de imprimir a máxima eficácia às normas constitucionais, sem, contudo, alterar-lhes o conteúdo, como bem

[24] SILVA, op. cit., p. 376-377.

[25] BARROSO, Luís Roberto. Parecer intitulado "Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária". In: TEMAS de direito constitucional, t. 3, 2005.

[26] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 118-119.

LivroPopulos.indb 373 23/10/2015 09:53:18

asseverado pelos precitados autores. Afinal de contas, não é dado ao hermeneuta, sob o incurial pretexto de "otimizar" os preceitos magnos, extrapolar os lindes de sua atuação, agindo como se vero legislador positivo fosse, usurpando, assim, a função de inovar no ordenamento jurídico-constitucional.

Sabe-se e ressabe-se que os princípios não devem ser analisados, ao sabor das paixões do aplicador do direito, como se pudessem ser moldados, plasticamente, a toda e qualquer interpretação que se pretenda, artificialmente, cobrir com o manto constitucional, ainda que em detrimento dos vetores desta mesma Constituição.

Ainda em tema de princípios, calha trazer à baila o princípio da unidade da Constituição, em consonância com o qual "as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados, num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em conseqüência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendemos como unidade, do que resulta, por outro lado, que, em nenhuma hipótese, devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se do círculo hermenêutico – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes".[27]

Resumindo-se, de um só lance, dir-se-á que não guarda visos de juridicidade a tentativa de se atribuir demasiada amplitude a um princípio constitucional, incompatibilizando-o, por via de consequência, com todo o sistema, sobre o qual este mesmo princípio foi edificado. Se tal viesse a ocorrer, tal interpretação representaria um supremo dislate, um supremo paradoxo.

A propósito da hipótese, vale adminicular que a divisão de atribuições, entre a polícia e o Ministério Público, foi discutida, em editorial do IBCCrim (134/1, 2004), sob o título "Poderes investigatórios do Ministério Público", em o qual se defendeu ser de todo inadequada a atribuição de poderes investigatórios penais ao órgão ministerial. Não, apenas, sob o argumento histórico, mas, também, sob o aspecto jurídico, já que as interpretações sistemática, lógica e, até mesmo, gramatical, do art. 129, da Constituição Federal, não permitiriam extrair outra conclusão, salvante aquela de que o Ministério Público não possui poderes para a investigação criminal. Exatamente porque a função de apurar as infrações penais teria sido, expressamente, atribuída, no próprio texto constitucional, às polícias civis e à polícia federal, no art. 144. A exclusão da investigação criminal das funções ministeriais teria sido deliberada e proposital pelo constituinte de 1988. Por sem dúvida, por meio dela, mantém-se o imprescindível equilíbrio, entre as demais instituições envolvidas, na apuração das infrações penais, a polícia judiciária, o Poder Judiciário e a advocacia.

Corolariamente, no sistema constitucional, incumbiria à polícia judiciária investigar os delitos; ao Ministério Público promover a ação penal pública – requisitando para tanto da polícia judiciária, sob o crivo do Poder Judiciário, as diligências

[27] Ibidem, p. 114.

LivroPopulos.indb 374 23/10/2015 09:53:18

necessárias –, e à advocacia, zelar pela observância dos direitos fundamentais do investigado e pela legalidade do procedimento, para tanto, socorrendo-se do Judiciário nessa tarefa.

Nessa mesmíssima alheta, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo[28] assevera ser de todo inadmissível "inventar" atribuição, ou competência, contrariando a Lei Magna. A atuação administrativa interna do Ministério Público, federal ou estadual, não pode fazer as vezes de polícia judiciária. Cada instituição deve desempenhar a sua específica função, no processo penal, em conjugação com o Poder Judiciário. Nesse contexto, a condução de inquérito policial seria atividade exclusiva da polícia judiciária.

Veja-se, por igual, a lição irrepreensível de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,[29] Luís Guilherme Vieira[30] e José Carlos Fragoso,[31] que chegam mesmo a asseverar não ser possível permitir que o Ministério Público acumule as funções de investigador (que a ninguém presta contas) e de instituição, encarregada de promover a persecução criminal, pois isso significaria um acúmulo perigoso de atribuições, que, sobre ser ilegal e inconstitucional, seria, absolutamente, inconveniente, por isso que cederia espaço, pelo excesso de poder, a abusos intoleráveis.

Sobreleve-se, por oportuno, na trilha de excelência desse raciocínio, que não se poderia excogitar de eventual engessamento do Ministério Público, como afirmado por alguns operadores do direito, entre eles, Mauro Fonseca Andrade.[32] Até porque engessar, em sentido figurado, significaria imobilizar, paralisar, ou mesmo mumificar o órgão ministerial. Tal pensamento, somente, seria defensável, caso se pretendesse, ilegitimamente, suprimir funções genuínas do *parquet*.

Luís Guilherme Vieira,[33] tonitruantemente, textua: "nem de longe ousaríamos sustentar que [...] o representante do Ministério Público ficaria, na fase adminicular, restrito aos desconfortáveis limites impostos a um convidado de pedra, que nada poderia fazer para que esta ou aquela prova, por ele tida como indispensável à formação de sua *opinio delicti,* fosse produzida pela autoridade policial. Pode-deve o Promotor de Justiça ter ciência, no prazo de lei, de todos os feitos que foram registrados em sede policial. Se houver inércia da autoridade processante, que se lance mão dos meios coercitivos disponíveis".

[28] PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo,* n. 22, 2003.

[29] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquérito policial ao Ministério Público. *Revista de Direito Administrativo Aplicado,* Curitiba, n. 2, p. 447-451, 1994.

[30] VIEIRA, op. cit., p. 25-64.

[31] FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os "procedimentos investigatórios" realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 37, p. 241 et seq., 2002.

[32] ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua Investigação Criminal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2011. p. 135.

[33] VIEIRA, op. cit., p. 25-64.

LivroPopulos.indb 375 23/10/2015 09:53:18

Os legisladores constituintes, cônscios da importância da instituição do Ministério Público, prodigalizaram-lhe atribuições, as mais numerosas, para que bem pudesse desempenhar a sua vocação magna. Entretanto, no leque de prerrogativas, deveres e poderes conferidos, não se incluiu presidir ou capitanear inquérito policial, não se havendo olvidado, contudo, de permitir a requisição de diligências ao órgão constitucionalmente competente.

Argumente-se, enfim, que a realização da *investigação criminal direta* pelo Ministério Público ultraja a garantia do *due process of law,* e, especificamente, as preceituações estampadas, nos incs. LIV e LV do art. 5° da CF, uma vez que o processo legalmente devido deverá primar pela garantia da *paridade de armas,* visando à *igualdade substancial,* entre as partes.

No particular, sublinha Rogério Lauria Tucci[34] a necessidade de, no devido processo legal, ser garantida a isonomia processual às partes, princípio que deita suas nascentes, na "igualdade de todos perante a lei", em sua largueza constitucional.

Novamente, forte em Tucci,[35] dir-se-á que, "mesmo para os que entendem ser admissível, apenas, a efetividade da defesa no âmbito da *investigação criminal,* no qual não haveria lugar para o *contraditório,* a realização desta pelo Ministério Público implica, inequivocamente, inadmissível *desequilíbrio entre as partes* na *persecutio criminis,* sendo a infração penal de ação pública".

Nessa toada, dilucida Tucci, em citação remissiva de Calamandrei, que:

> [...] ainda que se tenha o 'absurdo psicológico' de o membro do *Parquet* ser, ao mesmo tempo, 'um advogado sem paixão' e um 'juiz sem imparcialidade'; não há como desconsiderar, já agora com Carnelutti, que "*partes nascuntur iudices fiunt",* de sorte que quem não é juiz, em sede processual, assume a posição de parte.
> Daí por que seria, como de fato é, um contra-senso a outorga, a sujeito parcial, qual seja o órgão ministerial, do poder de realizar *investigação criminal,* colhendo elementos probatórios determinantes de acusação preconcebida, numa insólita atuação, posto que dirigida ao resultado exitoso de subseqüente postulação condenatória."
> [...]
> Em epítome, e, já agora, com Guilherme de Souza Nucci, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa, permitir, ao Ministério Público, por melhor que seja a intenção de seus membros, a realização da *investigação criminal* isoladamente, à socapa do investigado, e sem qualquer vigilância ou fiscalização, '[...] significaria quebrar a harmônica e garantista investigação de uma infração penal [...]'.

[34] TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 82.

[35] Ibidem, p. 82-83.

LivroPopulos.indb 376 23/10/2015 09:53:18

> Mais do que isso, representaria, como de fato representa, uma indesejável e inadmissível ditadura ministerial, na fase pré-processual da *persecutio criminis,* com afronta aos direitos e garantias constitucionais do investigado, e determinante da *ilicitude* de toda a sua atuação, e, outrossim, da *nulidade* dos atos praticados, bem como de todos os que deles venham a ser conseqüentes.[36]

Em verdade, o sistema de investigação, agora e aqui, exprobrado, caminha na direção oposta à tendência mundial de se preservar, ainda nas palavras de Evaristo de Moraes Filho,[37] o respeito à paridade de armas, o que, só por isso, bastaria para não se lhe dar abrigo de juridicidade.

Nessa diretiva, Nélio Roberto Seidl Machado[38] sublinha que a Constituição estabelece uma verdadeira simetria, uma absoluta paridade, entre as funções da acusação pública e da defesa. Põe, em relevo, outrossim, o fato de os doutrinadores afirmarem, em uníssono, que deve haver igualdade, entre as partes, circunstância que ensejou fosse cunhada a expressão, de uso corrente, no jargão processual, paridade de armas, sem a qual não se alcança o justo processo, finalidade almejada como inarredável exigência para a prestação jurisdicional, no estado de direito.

Estribilha, ainda, o precitado autor:

> [...] Não há preceito no texto da Carta Política que possa ensejar exegese permissiva para que o *parquet* assuma atribuições de natureza policial. [...]. A par disso, o Ministério Público, assim procedendo, na seara do processo criminal, estaria como que assumindo papel de parte não justaposta, nem paritária, mas sim o de parte privilegiada, em detrimento do sistema acusatório, prejudicando, visceralmente, a tarefa de valoração dos elementos de investigação coligidos no inquérito policial, até porque estaria a estimar a avaliar conduta própria, fora por completo dos contornos e limites estabelecidos no art. 144 da Constituição Federal.[39]

Na trilha de excelência desse raciocínio, Evaristo Moraes Filho[40] timbra em afirmar que a imparcialidade do investigador restaria comprometida, na medida em que a investigação haveria de seduzi-lo, "de maneira a torná-lo

[36] Ibidem, p. 80-84.

[37] MORAES FILHO, op. cit., p. 110.

[38] MACHADO Nélio Roberto Seidl. Notas sobre a investigação criminal, diante da estrutura do processo criminal no Estado de Direito Democrático. *Discursos Sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, ano 3, n. 5/6, p. 152-153, 1./2. sem. 1998.

[39] Ibidem, p. 153.

[40] MORAES FILHO, op. cit., p. 106.

LivroPopulos.indb 377 23/10/2015 09:53:18

daltônico na apreciação das conclusões de indagações ulteriores [...] uma vez internalizada na mente do policial, do promotor e do juiz, a procedência da hipótese provisória, cria-se em seu espírito a necessidade de demonstrar o que considera verdade, 'à qual ele liga uma especial razão de orgulho'".

Luís Guilherme Vieira, por igual, explicita:

> Aliás, não venham argumentar que isto estaria sepultado com o advento da Súm. 234, do STJ, porque esta, embora indesejada – ideal seria adotarmos o sistema processual que, instituindo o Juiz das Garantias, vedasse, consequentemente, tal possibilidade, pois é natural que o Promotor que funcionou na fase pré-processual esteja embevecido por suas 'verdades', ou seja, que a exordial só fosse deduzida, e recebida, depois que houvesse ampla oportunidade para a defesa técnica contraditá-la –, não tem qualquer relação com a figura do Promotor--investigante. A súmula faz menção ao representante do Ministério Público que oficia, no exercício, do controle externo das atividades policiais, na fase inquisitorial, não sendo defeso ofertar denúncia sobre aquilo que foi colhido no caderno policial.[41]

Aliás, no que tange à imparcialidade, Aury Lopes Jr.[42] tece-lhe crítica severa, sublinhando que constitui gravíssimo inconveniente a construção da instituição, como parte imparcial, pois a prática demonstra que o promotor não é mais que um órgão acusador e, como tal, uma parte parcial que não vê mais que uma direção. Por sua própria índole, está inclinado a acumular exclusivamente provas contrárias ao imputado. Portanto, não convém a construção de uma parte *polivalente* no processo penal, pois sob o manto protetor da *imparcialidade,* o que se faz é atribuir a cada dia mais poderes para uma das partes (MP), ao mesmo tempo em que se dá maior credibilidade à sua atuação, o que torna patente o desequilíbrio e faz cair, por terra, qualquer pretensão de transformar o processo, numa luta franca, entre duas partes iguais, com igualdade de armas.

Volvendo-se a anteriores precedentes do Supremo Tribunal Federal, colhe-se a melhor exegese para a hipótese. No julgamento do Recurso Extraordinário 233.072-4/RJ, asseverou o Min. Maurício Corrêa:

> [...] Se, de um lado não é obrigatória a existência de inquérito policial para a instauração da ação penal, por outro, quando se fizer necessário, é mister que seja realizado de acordo com as normas vigentes, sob pena de nulidade. Não

[41] VIEIRA, op. cit., p. 30.

[42] LOPES JR. Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 91-93.

LivroPopulos.indb 378 23/10/2015 09:53:18

> vejo impedimento para que o Ministério Público requisite *algum* documento ou mesmo um processo administrativo para melhor fundar a ação penal que irá propor; o que não pode é que solitariamente realize investigação criminal à margem de qualquer controle.
> Isto porque o Ministério Público só poderá proceder a *investigações preliminares* criminais quando houver no sistema jurídico positivo normas que venham a presidir sua atuação, regrando-a; não pode ele, entretanto, *motu próprio,* criar normas novas e ignorar as existentes, sob pena de comprometer a segurança jurídica da sociedade e, mais, a dele própria [...] ; e,
> [...] Em suma, o inquérito penal fora do controle normativo transformar-se-á inevitavelmente, em alguns casos, num escoadouro de paixões subalternas, como revela a história, que é pródiga em exemplos, e, porque não dizer, a própria experiência adquirida neste Tribunal, onde não raro percebe-se procedimentos marcados com enorme carga passional. Veja, Senhor Presidente, que não estou referindo-me ao caso concreto, mas a este enorme Brasil em que, como sabemos, acontece de tudo, absolutamente de tudo, mormente em unidades federadas onde as influências políticas são praticamente incontroláveis, ou, por outra, são controladas por desígnios pouco ou nada edificantes [...].[43]

Nessa mesmíssima direção, sinaliza o voto do Ministro Marco Aurélio, *verbis:*

> [...] O Ministério Público não pode fazer investigação porque ele será parte na ação penal a ser intentada pelo Estado e, também, não pode instaurar um inquérito no respectivo âmbito.
> A Constituição Federal encerra um grande todo. E, se formos adiante, se formos à parte que versa sobre a segurança pública, veremos, no artigo 144, § 4°, a existência de um preceito a revelar que:
> *§ 4.° Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.*
> Incumbem as tarefas *supra* às polícias civis e não ao Ministério Público.
> Ora, na espécie dos autos, tivemos a propositura de uma ação penal a partir dos elementos coligidos em inquérito que não se mostrou, vez alguma, policial, mas administra-

[43] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário 233.072-4/RJ, julgamento 18.05.1999.

LivroPopulos.indb 379 23/10/2015 09:53:18

> tivo, implementado pelo Ministério Público. Ressuscitou-se uma pretensão, que fez prevalente, mesmo não possuindo o Ministério Público o poder constituinte originário que possuiu a Assembléia de 1988. Olvidou-se o que foi rejeitado por essa Assembléia na tentativa que ocorreu de se transportar para o cenário brasileiro o que se tem, por exemplo, na Itália, com a atuação do Ministério Público no próprio inquérito, a feitura do inquérito pelo próprio Ministério Público.
> Senhor Presidente, aqueles que têm poder – já se disse, isso é vala comum – tendem a exorbitar no exercício desse poder. É preciso que se coloque um freio nessa tentativa. Vejo esse processo como revelador de uma precipitação do Ministério Público, que, ao invés de provocar a abertura do inquérito policial, como lhe cabia fazer, já que o passo seguinte não seria a propositura de uma ação civil pública, mas de uma ação penal, resolveu ele próprio - não sei se teria desconfiado da polícia - promover as diligências para a coleta de peças, objetivando respaldar a oferta, a propositura da ação penal e a formalização, portanto, da própria denúncia.
> O Supremo Tribunal Federal – aprendi isso desde cedo, nas sessões da Segunda Turma, com V. Exa. – é uma Corte comprometida com princípios. Diria que é a Corte encarregada, pelo Legislador Constituinte Originário de 1988, de exercer a guarda quanto à prevalência dos preceitos constitucionais. As normas constitucionais em vigor obstaculizam, a mais não poder, a atitude do Ministério Público retratada nestes autos [...].

Mais recentemente, o voto condutor do Ministro Nelson Jobim, no Recurso Ordinário, no *Habeas Corpus* 81.326-7/DF (DJU 1º.8.2003), explicitou, mediante interpretação histórica, a evolução do tema:

> [...] 2. *Falta de legitimidade do Ministério Público.*
> Quanto à falta de legitimidade do Ministério Público para realizar diretamente investigações e diligências em procedimento administrativo investigatório, com o fim de apurar crime cometido por funcionário público, no caso Delegado de Polícia, a controvérsia não é nova.
> Faço breve exposição sobre sua evolução histórica.
> Em 1936, o Ministro da Justiça Vicente Ráo, tentou introduzir, no sistema processual brasileiro, os juizados de instrução.
> A Comissão da Segunda Secção do Congresso Nacional do Direito Judiciário, composta pelos Ministros Bento de Faria, Plínio Casado e pelo Professor Gama Cerqueira,

LivroPopulos.indb 380 23/10/2015 09:53:18

acolheu a tese no Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.
Ela, entretanto, não vingou.
Na exposição de motivos do Código de Processo Penal o Ministro Francisco Campos ponderou acerca da manutenção do inquérito policial.
Leio, em parte, a ponderação:
'[...]
[...] O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis [...].
Prossigo.
A polícia judiciária é exercida pelas autoridades policiais, com o fim de apurar as infrações penais e a sua autoria (CPP, art. 4°).
O inquérito policial é o instrumento de investigação penal da polícia judiciária.
É um procedimento administrativo destinado a subsidiar o Ministério Público na instauração da ação penal.
A legitimidade histórica para condução do inquérito policial e realização das diligências investigatórias, é de atribuição exclusiva da polícia.
Nesse sentido, leio em Espínola Filho:
'... a investigação da existência do delito e o descobrimento de vários participantes de tais fatos, reunindo os elementos que podem dar a convicção da responsabilidade, ou irresponsabilidade dos mesmos, com a circunstância, ainda, de somente nessa fase se poderem efetivar algumas diligências de atribuição exclusiva da polícia, ...' (grifei).
Com essa orientação, há precedente de Nelson Hungria, neste Tribunal (RHC 34.827).
Leio, em seu voto:
[...] o Código de Processo Penal [...] não autoriza, sob qualquer pretexto, semelhante deslocação da competência, ou seja, a substituição da autoridade policial pela judiciária e membro do MP na investigação do crime [...] .
Até a promulgação da atual Constituição, o Ministério Público e a Polícia Judiciária tinham seus canais de comunicação na esfera infraconstitucional.
A harmonia funcional ocorria através do Código de Processo Penal e de leis extravagantes, como a Lei Complementar 40/81, que disciplinava a Carreira do Ministério Público.

LivroPopulos.indb 381 23/10/2015 09:53:18

> Na Assembléia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão do controle externo da polícia civil, o processo da instrução presidido pelo Ministério Público voltou a ser debatido.
> Ao final, manteve-se a tradição.
> O Constituinte rejeitou as Emendas 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao Ministério Público a supervisão, avocação e o acompanhamento da investigação criminal.
> A Constituição Federal assegurou as funções de polícia judiciária e apuração das infrações penais à polícia civil (CF, art. 144, § 4.°).
> Na esfera infraconstitucional, a Lei Complementar 75/93, cingiu-se aos termos da Constituição no que diz respeito às atribuições do Ministério Público (arts. 7.° e 8.°).
> Reservou-lhe o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial (CF, art. 129, inciso VIII) [...].

No Recurso Extraordinário n. 593727 RG, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, reconheceu-se a repercussão geral, em *decisum*, assim, ementado:

> RECURSO. Extraordinário. Ministério Público. Poderes de investigação. Questão da ofensa aos arts. 5º, incs. LIV e LV, 129 e 144, da Constituição Federal. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão de constitucionalidade, ou não, da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público.

Outros tribunais do país, na esteira do predito posicionamento, seguem a mesma trilha argumentativa, agora e aqui, defendida. Confrontar TRF da 2ª Região: HC 1.137, HC 99.02.07263-2**,** HC 97.02.09315-5; TJDF, MS 1999.00.2.002958-2 e 1999.00.2.002413-8; TJSP, HC 99.018-3/2.

Por oportuno, calha realçar-se que, longe de encontrar-se apaziguada, a *vexata quaestio*, atualmente, vem prevalecendo, no âmbito do STJ, a posição de que, malgrado seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial, propriamente, dito, não lhe é vedado, como titular da ação penal, proceder a investigações.

4 A INVOCAÇÃO DO DIREITO COMPARADO[44] PARA JUSTIFICAR O ELASTÉRIO PRETENDIDO ÀS ATRIBUIÇÕES MINISTERIAIS

Comumente, procura-se justificar a possibilidade de investigação preliminar pelo Ministério Público, com escoras, no direito comparado, ao

[44] Subdelineamente, em paráfase, seguir-se-á Aury Lopes Jr., que sempre dá régua e compasso, na escansão do tema.

LivroPopulos.indb 382 23/10/2015 09:53:18

argumento de que ordenamentos alienígenas já estariam, na vanguarda do direito, ao conferir mais essa atribuição ao *parquet.*

Todavia, o que se verifica, quando do estudo, ainda que perfunctório do direito comparado, é a dessemelhança, entre os sistemas que se pretende colocar, em paralelo, o que conduz à inevitável falha da argumentação.

Na Espanha, *v.g.*, o processo penal encontra-se delimitado, em duas grandes fases, nitidamente, interligadas, a saber, a instrução preliminar ou fase pré-processual e a *judicio oral*, ou fase processual. Adite-se que, entre elas, paira um período intermédio, em o qual se decide pela conclusão da instrução preliminar e, como consectário, pela abertura do processo, ou então, pelo seu arquivamento. Sobreleve-se, por oportuno, ser a etapa pré-processual, de natureza inquisitorial, enquanto a fase processual possui, notadamente, características, ínsitas ao sistema acusatório.

Ponha-se, em relevo, o fato de a instrução preliminar espanhola encontrar-se estruturada, em um complexo sistema, por coexistirem três formas distintas: *o sumario, as diligencias previas e a instrucción complementaria.*

Em adminículo, explicite-se que a fase pré-processual é presidida pelo juiz instrutor, protagonista maior desse modelo de instrução preliminar, o qual possui todos os poderes, imprescindíveis à finalização da instrução e à conclusão pela existência, ou não, de elementos, a autorizarem a instauração do processo. Em verdade, o juiz de instrução atua, de ofício, como verdadeiro investigador, autônomo e desvinculado das petições das partes, que, nesse contexto, afiguram-se meros colaboradores dessa fase péripla.

Acresça-se que, para o desempenho desse mister investigativo, a Polícia Judiciária encontra-se subordinada, às completas, ao juiz instrutor, auxiliando-o, no plano funcional, além de encontrar-se vinculada aos tribunais e, também, ao Ministério Fiscal (MF).

Ao Ministério Público é atribuída a função inspetora, podendo, ainda, solicitar – e não requisitar – diligências. Numa palavra, o promotor fiscaliza, à distância, os atos de instrução, efetivados pelo juiz instrutor, posicionando-se, ostensivamente, como mero colaborador do órgão jurisdicional.

Ultrapassada a fase sumária, inicia-se o período intermediário, transcorrido perante o órgão, encarregado do processo, e, não mais, ante o juiz instrutor. Nesse ínterim, as partes manifestarão sua conformidade, ou não, com a conclusão do sumário, podendo, inclusive, postular a realização de novas diligências.

Sendo assim, encerrado o sumário, ultrapassado o período intermediário e exercida a ação penal, inaugura-se a autêntica fase processual.

Vale escandir, sobremais, que, alusivamente aos delitos, com previsão de pena privativa de liberdade, não superior a nove anos de reclusão (à exceção dos procedimentos de rito especial, como o júri), o procedimento torna-se abreviado, por transmudar a fase pré-processual, em simples diligências prévias, presidida pelo juiz instrutor, mas com participação mais ativa do Ministério Público.

LivroPopulos.indb 383 23/10/2015 09:53:18

Sublinhe-se, por oportuno, ser regra geral a instrução, sob a presidência do juiz instrutor, podendo, excepcionalmente, o promotor ser encarregado dessa fase pré-processual. Contudo, essa *instrucción* fiscal deverá findar-se, tão logo o promotor tenha ciência da existência de um procedimento judicial.[45]

Já na França, em consonância com o Código de Processo Penal, datado de 1958, a instrução preliminar, também, processa-se, perante um juiz instrutor, a quem compete a perquirição e a comprovação da materialidade dos delitos e as suas respectivas autorias. Contudo, no que tangencia aos delitos de menor gravidade e complexidade, o *Codex* prevê, ainda, uma modalidade específica de instrução preliminar, procedida pelo Ministério Público, cognominada *l'enquête préliminaire.* No entanto, vale enfatizar-se que o papel do juiz de instrução, ainda, possui especial relevo, naquele país.

Simultaneamente, coexistem, na França, outros sistemas de investigação preliminar, específicos para delitos de natureza especial, quais sejam: terrorismo, tráfico de entorpecentes, proxenetismo, delitos cometidos por pessoas jurídicas, delito em flagrante e, também, para as contravenções de competência do *tribunal de police*.

Em suma, na França, tanto o juiz de instrução, quanto o Ministério Público, possuem atribuição para a realização da instrução preliminar, a depender da previsão legal. Elucide-se, ainda, que ambos integram o Poder Judiciário e são considerados magistrados, com esteio na Constituição Francesa.

A seu turno, a polícia judiciária afigura-se órgão auxiliar, sob a direção do Ministério Público, especificamente, do *procureur de La République*.

Na Itália, o *Codice de Procedura Penal*, de 1987/1988, que alterou o Código Rocco, de 1930, pretendeu substituir o anterior sistema inquisitivo da fase preliminar, por uma investigação preliminar, não mais realizada pelo juiz de instrução e, sim, pelo Ministério Público (promotor investigador), que, malgrado integre o Poder Judiciário, não possui poder jurisdicional.

Ensina Aury Lopes Jr.[46] que a instrução preliminar italiana tem natureza procedimental, de caráter instrumental e preparatório, no que pertine ao processo penal.

É de esplendorosa nitidez, portanto, a fisionomia particular do Ministério Público italiano, dada a sua feição estrutural, com a magistratura unificada e a distinção, entre os magistrados, pela diversidade de funções: julgadoras ou postulatórias (investigatórias).

Por sem dúvida, na Itália, conquanto a investigação preliminar seja atribuição do Ministério Público, é exercida, sob o controle garantista do *giudice per le indagini preliminari* (juiz das investigações preliminares). Esse juiz da instrução e, não, de instrução, não realiza atividades investigatórias,

[45] LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.* 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 219-228.

[46] Ibidem, p. 238.

LivroPopulos.indb 384 23/10/2015 09:53:18

mas atua como verdadeiro garante, ao coibir medidas restritivas de direitos fundamentais do sujeito passivo.

Também, na Itália, é inelutável a preocupação com a imparcialidade desse juiz, tanto assim que o magistrado que atua, na investigação preliminar, ante o comprometimento de sua parcialidade, fica impedido de presidir o processo, ainda que, somente, haja decretado uma prisão cautelar.

Nessa senda intelectiva, pontua o nunca assaz citado Aury Lopes Jr. que:

> A supervalorização do Ministério Público na Itália tem uma justificação histórica calcada no combate ao crime a qualquer custo, ainda que para isso se cometam algumas injustiças. A Itália do pós-guerra estava completamente assolada pela corrupção dos órgãos públicos, pela máfia e pelo crime organizado. A reforma realizada em 1988 pretendia, de uma vez por todas, mudar esse panorama a qualquer custo.
>
> E os frutos não tardaram. Já em 1992, quando o promotor Antônio di Pietro começa a investigar um "caso de menor importância", culmina por colocar de manifesto um escândalo de corrupção política sem precedentes *(tangentópolis).* A partir de então, a *operazione mani pulite* - inicialmente levada a cabo por sete promotores de Milão e posteriormente por uma ampla equipe - processa, em menos de um ano, seis ministros, mais de uma centena de parlamentares e os dirigentes das mais importantes empresas da Itália. Em 1997, esse número é elevado a cinco mil pessoas, os interrogatórios passam de vinte mil e as cartas rogatórias a outros países superam as quinhentas. São números elevados e preocupantes, não só pelo nível de criminalidade que representam, mas principalmente porque por detrás deles está uma elevada *cifra da injustiça* (pessoas inocentes injustamente submetidas ao processo). O que parece ser a *supremacia da lei* reflete na realidade o império do Ministério Público. As cifras indicam não só uma suposta eficácia da perseguição, mas também reais e elevadas cifras dos casos de abuso de autoridade, perseguição política, desnecessária estigmatização e todo tipo de prepotência.
>
> Em suma, exemplos históricos apontam que o modelo deve ser aplicado com cautelas, para evitar os abusos e as perseguições desenfreadas, típicos retrocessos a um Estado de Polícia.[47]

[47] Ibidem, p. 90-91.

LivroPopulos.indb 385 23/10/2015 09:53:18

A propósito, ouça-se o escólio de José Afonso da Silva:

> Como se sabe, na Itália vigorava até 1989 o juizado da instrução, quando foi suprimido, e os poderes de inquérito e de investigação concentraram-se nas mãos do Ministério Público. Essa transformação proveio da legislação anti-máfia e teve impacto imediato, mas não tardou a surgirem os abusos de poder. O Procurador Di Pietro, o mais destacado membro do Ministério Público de então, teve de renunciar ao cargo em consequência das denúncias de desvio de poder; assim também se deu com procuradores na Sicília.[48]

Na Alemanha, ao seu turno, após a reforma de 1974, determinou-se que o Ministério Público deveria assumir a investigação preliminar.

Vale escandir que o sistema alemão atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal e, também, da investigação preliminar, cabendo-lhe, ainda, dirigir e controlar a atividade da Polícia Judiciária. Além do promotor e da polícia, também, atua, nesta fase, o juiz da instrução preliminar, "com um marcado caráter de juiz garante, e não de juiz instrutor".[49]

Numa palavra, na Alemanha não existe, propriamente, um juiz instrutor e toda a investigação encontra-se concentrada no MP. O juiz somente atuará, quando o promotor pretender realizar atos, reservados ao órgão jurisdicional, como a prisão preventiva, buscas domiciliares, intervenções corporais etc.[50]

Em derredor do sistema investigativo alemão, dilucida Aury Lopes Jr., com o alíneo que lhe é peculiar:

> Como destaca a doutrina alemã, a reforma processual levada a cabo na Alemanha, em 1974, foi produto da pressa do legislador em combater a qualquer custo o terrorismo do grupo Baader-Meinhof. O que importava era dar armas para a acusação, aumentando a eficácia da instrução em respeito ao fim punitivo pretendido, ainda que com claros prejuízos para o sujeito passivo. Uma vez mais, a falácia da defesa do Estado de Direito foi utilizada como justificativa para o arbítrio.[51]

Já o legislador português nominou de inquérito a investigação preliminar, a qual, além de averiguar o fato criminoso e seus autores, tem, como finalidade precípua, amparar a decisão da abertura, ou não, do processo penal.

[48] SILVA, op. cit., p. 370.

[49] LOPES JR., op. cit., p. 248.

[50] BOSS apud LOPES JR, 2003, p. 248.

[51] LOPES JR, op. cit., p. 90-91.

LivroPopulos.indb 386 23/10/2015 09:53:18

Em Portugal, o inquérito é atribuição do Ministério Público, órgão pertencente ao Poder Judiciário e cujos membros, como na Itália, são considerados magistrados, por previsão legal. Para realizar este mister, o Ministério Público conta com a assistência da polícia judiciária, que atua, sob seu mando direto e dependência funcional.

Nesse procedimento, intervém, ainda, um juiz da instrução, com a clara posição de garante, mas que, também, é chamado a praticar alguns atos específicos, que não desnaturam, de modo algum, a postura garantista.

Como consectário, a investigação preliminar portuguesa possui natureza de procedimento judicial pré-processual.

Versando, ainda, sobre o direito comparado, dilucida, percucientemente, José Afonso da Silva:

> A Constituição portuguesa tem dois artigos sobre o Ministério Público, mas não dispõe sobre sua competência, deixando a matéria para a lei (arts. 221 e 222), por isso a lei pôde integrar a Polícia Judiciária na organização do Ministério Público com competência exclusiva para a instrução preparatória das infrações penais. Na Espanha, não é ao Ministério Público que cabe a função investigatória, só por si diretamente. Lá a função de averiguação dos delitos cabe à Polícia Judiciária que, no entanto, no exercício dessa função, depende do juiz, dos tribunais e também do Ministério Público (Constituição, art. 126). Na Colômbia, sim, a Constituição dá competência direta à Procuradoria-Geral da Nação (Fiscalía General de la Nación) para investigar os delitos e acusar os presumidos infratores ante os juízos e tribunais competentes (art. 250). Essas indicações do direito estrangeiro só têm a utilidade de mostrar que o regime da matéria no Brasil é próprio, peculiar e único, porque define os campos de atuação do Ministério Público e da Polícia Judiciária com precisão, e sem dependência recíproca, de sorte que a invocação de doutrina estrangeira sobre o assunto não traz a menor contribuição ao seu esclarecimento. Nem é necessário recorrer a grandes indagações doutrinárias, diante do que está estabelecido nas normas constitucionais.[52]

Conclui-se, inelutavelmente, portanto, que os sistemas analisados não guardam simetria, com o ordenamento brasileiro, como, aliás, já asseverou Evaristo de Moraes Filho,[53] sendo, portanto, obtusa e despida de visos de juridicidade, a pretendida comparação, por assentar-se em premissa inexata.

[52] SILVA, op. cit., p. 375-376.

[53] MORAES FILHO, op. cit., p. 105-110.

LivroPopulos.indb 387 23/10/2015 09:53:18

Assim sendo, melhor é evocar-se Pitigrilli,[54] para quem "a solução que tiramos de premissas incertas pode atrair-nos ao abismo, deixando-nos crer que nos elevamos às estrelas".

A propósito, vem, a talho, de novo, a lição de Luís Guilherme Vieira:

> Como se vê, ainda que inquisidor no Velho Mundo, não resta o *pubblico ministero* senhor absoluto do procedimento; as provas que colhe na sua atividade investigatória são submetidas a juiz e se estabelece contraditório antes mesmo da instauração do processo, ao contrário do que se vem fazendo em terras patrícias, onde a promotoria instaura procedimento, decide que diligências e inquirições realizar (e as realiza ao seu talante), mantém a defesa técnica ao largo da investigação e, ao fim e ao cabo, oferece denúncia com base unicamente nesse inquérito ministerial secreto (por eles batizado de procedimento investigatório ou administrativo criminal, como se o eufemismo fosse capaz de suavizar o escopo precípuo, que é a promoção, às avessas, do inquérito policial), com cores da Inquisição e de Kafka, temperado à moda de ditadura militar nacional, do qual, durante o andamento, a ninguém dá satisfações.
> Em ressunta: registram, investigam e denunciam, quando, não raro, antecipam, pela imprensa, "sentença penal irrecorrível" proferida em desfavor de quem há de ter preservada a presunção de inocência, como determina a Constituição da República. Neste passo, principalmente no atinente às inescrupulosas, às antiéticas e às sensacionalistas revelações midiatizadas, por vezes fornecidas à sorrelfa [...], devemos salientar, em honra à importante instituição e à maioria de seus integrantes, que este procedimento não é por todos adotado, mas, como lembra o ex Procurador-Geral da República Aristides Junqueira, 'eles aparecem mais', talvez porque, como lança Eduardo Carnelós, 'a turba gosta'.[55]

5 CONCLUSÃO

A título de conclusão, assevere-se que a ação penal, quando deflagrada, mediante denúncia, lastreada, em procedimento investigativo, presidido, diretamente, pelo Ministério Público, vem tisnada de nulidade inconvalescível, desde o nascedouro.

[54] PITIGRILLI. *A volúpia do mistério*. Rio de Janeiro: Vecchi, 1955. p. 23.

[55] VIEIRA, op. cit., p. 28.

LivroPopulos.indb 388 23/10/2015 09:53:18

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Parecer intitulado "Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária". In: TEMAS de direito constitucional, t. 3, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A Inconstitucionalidade dos Poderes Investigatórios do Ministério Público. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo: Revista dos Tribunais*,* ano 15, n. 66, p. 244-246, maio/jun. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, Recurso Extraordinário 233.072-4/RJ, julgamento 18.05.1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquérito policial ao Ministério Público. *Revista de Direito Administrativo Aplicado,* Curitiba, n. 2, p. 447-451, 1994.

FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os "procedimentos investigatórios" realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 37, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. *Boletim IBC-CRIM*, São Paulo, v. 12, n. 15, dez. 2004.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MACHADO Nélio Roberto Seidl. Notas sobre a investigação criminal, diante da estrutura do processo criminal no Estado de Direito Democrático. *Discursos Sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, ano 3, n. 5/6, p. 152-153, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES FILHO, Evaristo. O Ministério Público e o Inquérito Policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 5, n. 19, p. 105-110, jul./set.1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Código de Processo Penal Comentado*. 10. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LivroPopulos.indb 389 23/10/2015 09:53:18

PITIGRILLI**.** *A volúpia do mistério*. Rio de Janeiro: Vecchi, 1955.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo,* n. 22, 2003.

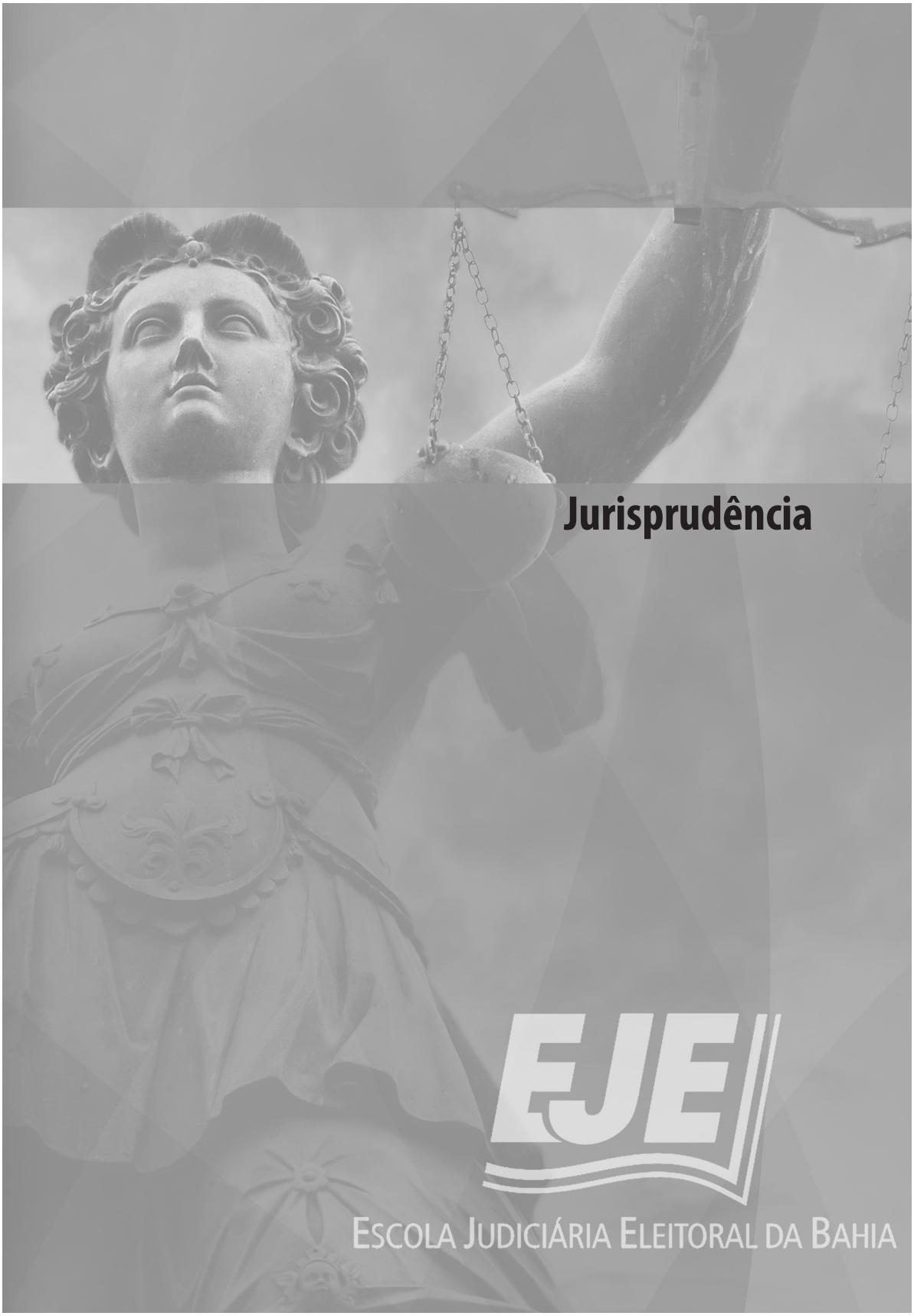
PRADO, Geraldo. A investigação criminal e a PEC 37. *Boletim IBCCrim,* ano 21, n. 248, jul. 2013.

SILVA José Afonso da. O Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 49, p. 371-373, jul./ago. 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, Luís Guilherme. O Ministério Público e a Investigação Criminal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Notadez, ano 4, n. 15, 2004.

LivroPopulos.indb 390 23/10/2015 09:53:18



Jurisprudência

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

LivroPopulos.indb 391 23/10/2015 09:53:19

Abuso de poder

LivroPopulos.indb 393 23/10/2015 09:53:19

ACÓRDÃO

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N° 1-38.2013.6.20.0042 - CLASSE 32
MUNICÍPIO: LUÍS GOMES - RIO GRANDE DO NORTE

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Recorrentes: Francisco Tadeu Nunes e outra
Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros e outros
Recorrido: Partido Socialista Brasileiro (PSB) - Municipal
Advogados: Nilo Ferreira Pinto Júnior e outros

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL. ABUSO DE PODER POLÍTICO E ECONÔMICO. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS. INELEGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL.

1. Afasta-se a alegação de intempestividade da AIME ajuizada em 7.1.2013, uma vez que o prazo para o ajuizamento da referida ação, conquanto tenha natureza decadencial, deve obedecer aos ditames do art. 184, § 10, do CPC, prorrogando-se para o primeiro dia útil subsequente o termo final que recair em feriado ou dia em que não haja expediente normal no cartório. Precedentes.

2. As coligações se extinguem com o fim do processo eleitoral, delimitado pelo ato de diplomação dos eleitos, momento a partir do qual os partidos coligados voltam a ter capacidade processual para agir isoladamente. Precedentes.

3. Segundo a jurisprudência desta Corte, "o abuso de poder econômico entrelaçado com o abuso de poder político pode ser objeto de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), porquanto abusa do poder econômico o candidato que despende recursos patrimoniais, públicos ou privados, dos quais detém o controle ou a gestão em contexto revelador de desbordamento ou excesso no emprego desses recursos em seu favorecimento eleitoral" (AgR-AI n° 11.708/MG, rel. Min. FELIX FISCHER, DJE de 15.4.2010).

4. *In casu*, de acordo com o que consta do acórdão regional, os fatos narrados, consubstanciados em nomeações para cargos inexistentes ou já preenchidos; exoneração em massa de servidores comissionados *l*ogo após as eleições; e a concessão de grande número de licenças-

LivroPopulos.indb 395 23/10/2015 09:53:19

-prêmio, somados ao conjunto probatório constante dos autos, foram suficientes para ensejar a condenação com base na prática de abuso de poder econômico e político, por meio da utilização indevida da máquina administrativa pelo então candidato a reeleição ao cargo de prefeito municipal.

5. Em conformidade com precedentes deste Tribunal, relacionados às eleições municipais de 2012, tem-se que a inelegibilidade preconizada na alínea d do inciso 1 do art. 10 da LC n° 64/90, com as alterações promovidas pela LC n° 135/2010, refere-se apenas a representação com base em ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), de que trata o art. 22 da Lei de Inelegibilidade, e não com base em ação de impugnação de mandato eletivo (AIME).

6. Recurso especial eleitoral parcialmente provido, somente para afastar a inelegibilidade aplicada.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em prover parcialmente o recurso, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 10 de março de 2015.

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - RELATORA

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: Senhor Presidente, trata-se de recurso especial interposto por FRANCISCO TADEU NUNES e ANTONIA GOMES ABRANTES BARBOSA, respectivamente, prefeito e vice-prefeita do Município de Luís Gomes/RN, eleitos em 2012, de acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte que manteve a sentença proferida em ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) pela cassação de seus mandatos e aplicação, em relação ao prefeito, de inelegibilidade por oito anos, além de determinar a realização de novas eleições no Município, em virtude da prática de abuso de poder.

O acórdão recorrido está ementado nos seguintes termos, *ipsis litteris* (fls. 492-493 - vol. 3):

RECURSO ELEITORAL AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO - ELEIÇÕES 2012 - CARGO PREFEITO - VICE-PREFEITO - PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE ATIVA - PARTIDO COLIGADO QUE AGIU ISOLADAMENTE APÓS AS ELEIÇÕES - POSSIBILIDADE - REJEIÇÃO DA

LivroPopulos.indb 396 23/10/2015 09:53:19

PRELIMINAR - DECADÊNCIA - PRAZO ENCERRADO DURANTE O RECESSO FORENSE - AJUIZAMENTO DA AÇÃO NO PRIMEIRO DIA ÚTIL SUBSEQUENTE - REJEIÇÃO DA PRELIMINAR - ABUSO DE PODER POLÍTICO ASSOCIADO AO ABUSO DE PODER ECONÔMICO - POSSIBILIDADE DE APURAÇÃO EM AIME - PRODUÇÃO DE PROVAS EM SEDE RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE - ABUSO DE PODER - CONFIGURAÇÃO - INCIDÊNCIA DO ART. 22, XIV, DA LC N.° 64/90 - VICE-PREFEITA - PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CHAPA - CASSAÇÃO DO DIPLOMA - NÃO INCIDÊNCIA DA INELEGIBILIDADE - PROCEDÊNCIA DA AIME - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Os partidos coligados nas eleições podem propor a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo isoladamente, até mesmo em razão de seu prazo para ajuizamento ter início tão somente após a data de diplomação dos eleitos.

Sendo o recesso forense considerado feriado nesta Justiça Eleitoral, os prazos vencidos durante o seu interregno são prorrogados até o primeiro dia útil subsequente, nos termos do art. 184, §11, CPC. Na espécie, o regime de plantão determinado para os cartórios teve por intuito possibilitar o atendimento de casos urgentes, não se podendo considerar o plantão como expediente normal. Assim, tendo a ação sido proposta no primeiro dia útil após o recesso, não se operou o fenômeno decadencial.

É possível a apuração do abuso de poder político em sede de AIME, desde que atrelado ao abuso de poder econômico.

Após o encerramento da fase instrutória, a rigor, não mais se mostra possível a produção de provas pelas partes, porquanto operado o fenômeno preclusivo. Destarte, não devem ser conhecidos os novos documentos, referentes a fatos antigos, juntados com o recurso.

No caso dos autos, a nomeação de servidores para ocupar cargos inexistentes, bem como para cargos já preenchidos, somadas às circunstâncias da exoneração “em massa” de comissionados após as eleições e a concessão também “em massa” de licenças-prêmio a servidores municipais, para serem todas gozadas em ano eleitoral e sem qualquer observância ao interesse público, tem, de toda evidência, o condão de caracterizar a reprovável prática de abuso de poder, com aptidão para, em face da gravidade dessas condutas perpetradas, potencialmente desequilibrar o pleito eleitoral, mediante ofensa à isonomia, à normalidade e à legitimidade nas eleições disputadas.

Quanto à vice-prefeita, embora não tenha sido ela a agente responsável pelas condutas das quais decorreram a condenação, sob a ótica do princípio da unicidade da chapa, deve a mesma ter seu diploma cassado, não recaindo sobre ela, entretanto, a inelegibilidade prevista no art. *10,* 1, “d”, da LC n.° 64/90.

LivroPopulos.indb 397 23/10/2015 09:53:19

Alegam os recorrentes, nas razões do apelo nobre interposto com base no artigo 276, inciso 1, alíneas a e *b,* do Código Eleitoral, que teria havido afronta aos artigos 14, § 10, da Constituição Federal; 30 do Código de Processo Civil; 60, §§ 11 e 41, da Lei nº 9.504/97, além de dissídio jurisprudencial.

Afirmam a intempestividade da ação de impugnação ao mandato eletivo ajuizada em 7.1.2013, tendo em vista a sua interposição após prazo de 15 dias da diplomação, previsto no artigo 14, § 10, da CF.

Argumentam que se trata, no caso, de "prazo *decadencial constitucional,* o qual não se suspende durante o recesso, salvo expressa disposição legal" (fl. 535). Aduzem, quanto ao ponto, que "o recorrido teve a oportunidade de ajuizar a demanda no dia *3 de janeiro de 2013,* data em que Cartório Eleitoral funcionou em regime de plantão" (fl. 537).

Sustentam também que o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito, por faltar legitimidade ao Partido Socialista Brasileiro (PSB), para, isoladamente, ajuizar a ação, tendo em vista ser partido político integrante da Coligação Unidos pela Vontade do Povo. No ponto, afirmam terem sido violados os artigos 30 do CPC e 60, §§ 10 e 40, da Lei n° 9.504/97, além de dissentir o *decisum* do entendimento jurisprudencial desta Corte.

Asseveram que, não obstante serem incontroversos os fatos, o TRE/RN os teria qualificado de forma errônea, em afronta ao art. 14, § 10, da CF. Isso porque, *in verbis* (fls. 540-541):

> Para manter a sentença que julgou procedente a ação de impugnação de mandato eletivo, condenou os Autores à cassação dos diplomas e o Recorrente FRANCISCO TADEU NUNES à incabível sanção de inelegibilidade, a Corte Regional se baseou nos seguintes fatos:
> [...]
> i) nomeações para cargos inexistentes ou já preenchidos;
> ii) exoneração em massa de servidores comissionados logo após as eleições;
> iii) concessão de licenças-prêmio em massa, todas para usufruto em ano eleitoral, o que tornava necessária a contratação precária de servidores para exercer a função do licenciado.
> Sabe-se que "A teor do art. 14, § 10, da Constituição Federal, na AIME serão apreciadas apenas alegações de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude, **não sendo possível estender o seu cabimento para a apuração de abuso de poder político, ou de autoridade *stricto sensu.*** Precedentes" (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n° 214574, Acórdão de 23/08/2011, Relator Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 14/09/2011, Página 18). Grifos acrescidos.

LivroPopulos.indb 398 23/10/2015 09:53:20

Ainda quanto à questão, aduzem ter sido reconhecido pelo acórdão regional "o lapso temporal das nomeações/exonerações para os cargos de provimento em comissão" (fl. 541), tendo agido o primeiro recorrente, Prefeito á época, "autorizado pela legislação eleitoral" (fl. 541).

Argumentam que o art. 73, V, a, da Lei n° 9.504/97, "exclui a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança do rol taxativo de condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais" (fl. 541).

Em consequência disso, afirmam que a Corte Regional teria presumido o dolo e a finalidade eleitoral das condutas praticadas pelo recorrente e, para a configuração do abuso de poder, faz-se necessária a existência de prova robusta e inequívoca, além do nexo de causalidade entre as condutas e sua gravidade.

Por fim, alegam a impossibilidade de se aplicar a inelegibilidade em ação de impugnação de mandato eletivo, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, da qual citam precedentes. Asseveram que (fls. 542-543):

> [...] a inelegibilidade prevista no art. *1º, I, d,* da LC 64/90 somente se aplica nos casos de condenação em sede de representação eleitoral ou ação de investigação judicial eleitoral, não tendo incidência no caso em exame, já que a condenação do Recorrente Francisco Tadeu Nunes por abuso de poder econômico ocorreu em sede de ação de impugnação de mandato eletivo.

Ao final, requerem o conhecimento e o provimento do apelo, a fim de que seja reformada a decisão recorrida e julgada improcedente a ação, ou, caso mantido o reconhecimento do abuso de poder, seja afastada a inelegibilidade.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 552-569).

A Procuradoria-Geral Eleitoral apresentou parecer opinando pelo desprovimento do recurso (fls. 582-589).

Em tempo, ressalte-se que os recorrentes interpuseram, neste Tribunal, a AC n° 38466/RN**,** em que foi deferido, pela Ministra LAURITA VAZ, em 20.5.2014, o pedido de liminar pleiteado para conferir efeito suspensivo ao acórdão regional, até ulterior deliberação desta Corte, determinando, por conseguinte, a manutenção dos recorrentes nos cargos de prefeito e vice-prefeito do Município de Luís Gomes/RN ou o retorno aos cargos, se já ultimado o afastamento.

É o relatório.

LivroPopulos.indb 399 23/10/2015 09:53:20

VOTO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora): Senhor Presidente, os autos foram conclusos em 3.9.2014 (fl. 590).

Verifica-se a tempestividade do especial, o cabimento de sua interposição com amparo nos permissivos constitucional e legal, o interesse e a legitimidade recursal.

Cuida-se de recurso interposto por FRANCISCO TADEU NUNES e ANTONIA GOMES ABRANTES BARBOSA contra o acórdão do TRE/RN que manteve a sentença proferida em ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), pela cassação dos mandatos dos recorrentes e aplicação, em relação ao primeiro recorrente, de inelegibilidade para as eleições de 2012 e para as que se realizassem nos 8 anos subsequentes, além de determinar a realização de novas eleições no Município de Luís Comes, frente ao disposto no art. 224 do Código Eleitoral e em virtude da ocorrência da prática de abuso de poder político e econômico.

Tal prática ilícita teria se dado, de acordo com o *decisum* regional, por meio de nomeações de servidores para grande quantidade de cargos inexistentes e também para cargos já ocupados na Administração do município, com nítido caráter eleitoreiro, o que configuraria abuso de poder político e econômico, por importar em "gastos públicos destinados a favorecimento a sua candidatura à reeleição" (fl. 521).

O voto condutor do acórdão também faz menção à ocorrência de "exoneração em massa dos servidores comissionados, ocorrida após as eleições", e *à* concessão de 67 licenças-prêmios, "todas para gozo no ano de 2012" (fl. 521).

Alegação de intempestividade da AIME

Analiso, primeiramente, a alegação relacionada à intempestividade da ação de impugnação ao mandato eletivo ajuizada em 7.1.2013, tendo em vista a sua interposição após o prazo de 15 dias da diplomação, previsto no artigo 14, § 10, da CF.

A questão foi abordada pelo acórdão regional, que afastou a alegada decadência do direito, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, razão pela qual não merece reforma a decisão, quanto ao ponto. Segundo o *decisum,* a diplomação ocorreu em 19.12.2012, e a AIME foi ajuizada em 7.1.2013, logo após o recesso forense, período em que os prazos processuais ficam suspensos (fl. 497).

LivroPopulos.indb 400 23/10/2015 09:53:20

O entendimento do TRE/RN, pela ausência de decadência e pela constatação do interesse de agir, encontra respaldo na jurisprudência desta Cortei no sentido de que o prazo para o ajuizamento da AIME, conquanto tenha natureza decadencial, deve obedecer aos ditames do art. 184, § 1º, do CPC, prorrogando-se para o primeiro dia útil subsequente o termo final que recair em feriado ou dia em que não haja expediente normal no cartório.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO (AIME). PRAZO. DECADENCIAL. ART. 184 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO. RECESSO FORENSE. PLANTÃO.
> 1. Esta c. Corte já assentou que o prazo para a propositura da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo submete-se às regras do art. 184 e *§* 1º do CPC, prorrogando-se para o primeiro dia útil seguinte se o termo final cair em feriado ou dia em que não haja expediente normal no Tribunal.
> 2. Aplica-se essa regra ainda que o tribunal tenha disponibilizado plantão para casos urgentes, uma vez que plantão não pode ser considerado expediente normal. Precedentes: STJ: EREsp *667.6721SP,* Rel. Min. José Delgado, CORTE ESPECIAL, julgado em 21.5.2008, DJe de 26.6.2008; AgRg no RO n° 1.459/PA, de minha relatoria, DJ de 6.8.2008; AgRg no RO n° 1.438/MT, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 31.8.2009.
> 3. Agravo regimental não provido.
> (AgR-REspe n° 35.916/AM, rel. Min. FELIX FISCHER, *DJE* de 3.11.2009).

> Recurso ordinário. Ação de impugnação de mandato eletivo. Art. 14, *§* 10, da Constituição Federal. Prazo decadencial. Prazo que não se suspende ou interrompe. Precedente. Art. 184, *§* 1º, do Código de Processo Civil. Aplicabilidade à AIME. Prorrogação do termo final para ajuizamento. Primeiro dia útil subsequente ao recesso forense. Após esse prazo, ocorre a decadência. Precedente. Agravo regimental improvido.
> Se portaria do TRE suspendeu o curso dos prazos processuais durante o recesso judiciário - de 20.12.2006 a 06.01 .2007 -, mas manteve plantão para os casos urgentes, a AIME deveria ter sido ajuizada nesse período.
> Este Tribunal já entendeu ser aplicável o art. 184, § 1º, do Código de Processo Civil à ação de impugnação de mandato eletivo, sempre. Na espécie, o prazo para propositura da AIME iniciou-se no dia seguinte ao da diplomação, ou seja, 20.12.2006, encerrando-se em 03.01.2007, prorrogando-se, todavia, em razão de não ter havido expediente normal no Tribunal Regional até o dia 06.01.2008, para o primeiro dia

LivroPopulos.indb 401 23/10/2015 09:53:20

útil após o recesso, ou seja, 08.01.2007. A AIME foi ajuizada somente em 22.01.2007, de forma evidentemente intempestiva. Agravo a que se nega provimento.
(AgRgRO n° 1.438/MT, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, *DJE* de 31.8.2009).

Alegação de ilegitimidade da parte

O acórdão regional analisou e afastou, também, a alegação de ilegitimidade ativa do partido político ora recorrido (PSB), por ter ajuizado isoladamente a ação e ter sido integrante da Coligação Unidos pela Vontade do Povo nas eleições municipais de 2012.

Como bem destacado pelo relator do voto condutor do *decisum,* tem-se que "as coligações se extinguem com o fim do processo eleitoral, delimitado pelo ato de diplomação dos eleitos, momento a partir do qual os partidos coligados voltam a ter capacidade processual para agir isoladamente" (fl. 495).

Tal entendimento é corroborado por precedentes deste Tribunal, dos quais se destaca o seguinte:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO E GASTOS ILÍCITOS DE RECURSOS DE CAMPANHA. ART. 30-A DA LEI N° 9.504/97. PARTIDO POLÍTICO. LEGITIMIDADE PARA ATUAR ISOLADAMENTE APÓS A ELEIÇÃO. DESPROVIMENTO.
1. Consoante a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, após a realização do pleito o partido político coligado tem legitimidade para, isoladamente, propor representações que envolvam a cassação de diplomas e/ou a imposição de inelegibilidade.
2. Agravo regimental desprovido.
(AgR-AI n° 69.590/AM, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *DJE* de 2.9.2014).

Alegação de afronta ao art. *14,* § 10, da Constituição Federal

Não procede, outrossim, a alegação de impossibilidade de interposição de AIME para apuração de abuso do poder político, não havendo falar, ademais, em qualificação errônea dos fatos pela Corte Regional.

Destaco do acórdão recorrido, quanto ao ponto (fls. 500-501):

Dentre as hipóteses de cabimento da AIME, encontra-se aquela relativa à existência do abuso de poder econômico inobstante a disposição Constitucional mencionada não traga expressamente o abuso de poder político, a jurisprudência

LivroPopulos.indb 402 23/10/2015 09:53:20

> eleitoral é pacífica ao permitir a análise deste (como traz a espécie) desde que atrelado ao uso de recursos econômicos, o que, consequentemente, conduz à existência do abuso de poder econômico.

Neste sentido, veja-se o que já decidiu o colendo Tribunal Superior Eleitoral, acerca do tema:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO ENTRELAÇADO COM ABUSO DE PODER POLÍTICO. AIME. POSSIBILIDADE. CORRUPÇÃO. POTENCIALIDADE. COMPROVAÇÃO. SÚMULAS Nos 7/STJ E 279/STF. NÃO PROVIMENTO.
> [...]
> 3. O abuso de poder econômico entrelaçado com o abuso de poder político pode ser objeto de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), porquanto abusa do poder econômico o candidato que despende recursos patrimoniais, públicos ou privados, dos quais detém o controle ou a gestão em contexto revelador de desbordamento ou excesso no emprego desses recursos em seu favorecimento eleitoral. Precedentes: Respe n° 28.581/MG, de minha relatoria, DJe de 23.9.2008; Respe n° 28.040/BA Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 10.7.2008.
> [...]
> 8. Agravo regimental não provido.
> (grifos nossos)
> AgR no AI n° *11.708*/ MG - Relator Min. Félix Fischer - Julgado em 18/03/2010.
> [...]
> Assim, não resta qualquer dúvida acerca da possibilidade de apuração do abuso de poder político em sede de AIME, desde que, como sobredito, atrelado ao abuso de poder econômico, notadamente quando se tem em vista que o bem jurídico tutelado nessa ação é a legitimidade das eleições, na medida em que não alberga a vontade individual do eleitor, mas sim a lisura do pleito como um todo.

De fato, não há reparos a serem feitos nas conclusões destacadas pelo relator do *decisum* recorrido, quanto à questão da possibilidade de apuração do abuso do poder político em sede de AIME.

Além das decisões citadas no acórdão regional, tem-se que, mais recentemente, decidiu este Tribunal:

> ELEIÇÃO 2012. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. PREFEITO. ABUSO DO PODER POLÍTICO COM VIÊS ECONÔMICO. SUSPENSÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO DE ADMINISTRAÇÃO

LivroPopulos.indb 403 23/10/2015 09:53:20

> DE BEM PÚBLICO. OBRAS PÚBLICAS. ATOS DE MERA GESTÃO. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. Atos de abuso do poder político são aptos para fundamentar a ação de impugnação de mandato eletivo, desde que configuradores, também, do abuso de poder econômico. Precedente.
> 2. Na espécie, o TRE/AL, soberano na análise dos fatos e provas produzidos nos autos, concluiu que a suspensão dos contratos de concessão da administração do mercado e do matadouro públicos e a execução das etapas iniciais da obra de pavimentação - objeto da Concorrência n° 002/2011 - configuraram meros atos de gestão pública, sem caráter eleitoreiro. Para modificar essa conclusão, se possível, seria necessário o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula n° 279/STF.
> 3. A procedência da AIME exige a demonstração de que os fatos foram graves a ponto de ferir a normalidade e a legitimidade do pleito.
> 4. Ainda que, *in casu,* se possa vislumbrar o abuso do poder político nos atos decorrentes da Concorrência n° 001/2011, a implementação de apenas 1 km de pavimentação, realizada a poucos dias do pleito e sem grande divulgação, não configura conduta grave apta a ensejar a cassação de mandato.
> 5. Não foi possível reconhecer a existência de dissídio jurisprudencial, ante a ausência de similitude fática verificada entre os paradigmas e o acórdão recorrido.
> 6. Recurso especial desprovido.
> (REspe n° 35.774/AL, rel. Min. GILMAR MENDES, *DJE* de 26.9.2014).

Abuso de poder político e econômico

In casu, os fatos considerados ilícitos, que foram consubstanciados, ainda segundo o acórdão do TRE/RN, no "uso da máquina administrativa pelo recorrente Francisco Tadeu Nunes, prefeito do município de Luis Gomes, em prol da sua candidatura à reeleição, nas eleições de 2012" (fl. 501, Vol. 3), estão narrados em minucioso voto do qual passo a transcrever os seguintes excertos, por considerar imprescindível à compreensão da controvérsia:

> Insurgem-se os recorrentes de sentença proferida pelo eminente magistrado da 42ª Zona Eleitoral, que condenou Francisco Tadeu Nunes e Antônia Gomes Abrantes Barbosa em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, por entender pela existência de abuso de poder político e econômico nas condutas perpetradas pelo primeiro enquanto gestor público, de modo

LivroPopulos.indb 404 23/10/2015 09:53:20

a favorecer suas candidaturas. Dentre as práticas elencadas como reveladoras do abuso estão:
i) nomeações para cargos inexistentes ou já preenchidos; *ii)* exoneração em massa de servidores comissionados logo após as eleições; *iii)* concessão de licenças-prêmio em massa, todas para usufruto em ano eleitoral, o que tornava necessária a contratação precária de servidores para exercer a função do licenciado.
Para o juiz, as práticas apuradas nos autos configuraram "[...] a um só tempo abuso de poder político pelo uso indevido do cargo de Chefe do Executivo Municipal e abuso de poder econômico relacionado ao enorme gasto público feito para pagar os servidores nomeados de forma ilegal e irregular" (vide fls. 312 – 6º parágrafo).
[...]
Primeiramente, alegaram os recorrentes que os fatos considerados pela sentença como reveladores do abuso de poder político não tiveram qualquer relação com o pleito eleitoral, como assim valorado pelo magistrado. Justificaram que, como Francisco Tadeu Nunes assumiu o cargo de prefeito em outubro de 2011 (após a renúncia do então prefeito), somente a partir daí esses atos puderam ser executados, se estendendo até o ano de 2012 e tendo todos eles conotação meramente administrativa.
Todavia, ao afirmar, em sua sentença, que as condutas irregulares tiveram objetivo eleitoreiro, o magistrado não somente considerou o marco temporal dos fatos (porque em sua grande maioria ocorreram em ano eleitoral), mas toda uma gama de circunstâncias, as quais serão apuradas em momento oportuno, quando da análise de cada uma das condutas irregulares apontadas pela sentença e questionadas no recurso.
Assim, mostra-se descabida qualquer alegação nesse sentido.
Quanto às *trinta nomeações para cargos inexistentes* (vide fls. 348 - itens 3.11 a 3.23), alegaram os recorrentes que não seriam "cargos inexistentes", mas sim "cargos com nomenclatura não disposta em lei". Mencionaram ser um problema cultural, ocorrendo habitualmente em Luis Gomes há, pelo menos, dozes anos e que esse descontrole administrativo não fora por eles causado. Afirmaram ainda que os cargos seriam de vital importância para a Administração do município e que os seus ocupantes efetivamente trabalhavam, não havendo qualquer contrapartida para ocupá-los, como pedido de votos.
Complementaram mencionando que os recorridos não comprovaram que os cargos não eram necessários, ou tampouco seus ocupantes tiveram qualquer vantagem direta ou indireta, exceto sua respectiva prestação pecuniária.
A tese não merece acolhida.

LivroPopulos.indb 405 23/10/2015 09:53:20

Só a título de exemplificação da gravidade da conduta, consoante rol de nomeações para cargos inexistentes constante do documento de fls. 25/26, a servidora Flávia Maria Lopes Nunes foi uma das nomeadas, na data de 01/04/2012, para o cargo de "Coordenadora de Atenção Básica", na Secretaria de Saúde do município. Todavia, ao se analisar a Lei Municipal n° 70/2001, que dispõe sobre a organização e reestruturação administrativa da Prefeitura Municipal de Luis Gomes e dá outras providências (fls. 53/76), observa-se a inexistência legal do cargo (vide fls. 55 - item 5).

Ora, como se observa dos argumentos trazidos nas razões, os recorrentes claramente reconheceram essa irregularidade, embora tentem desviar a falha do âmbito eleitoral para a seara administrativa. Inclusive, chegaram a questionar o que estaria sendo apurado: se a improbidade administrativa decorrente das nomeações ou a efetiva prática de conduta eleitoral.

Sem qualquer razão os recorrentes.

Nada obstante não se desconheça a tardia assunção do recorrente ao cargo de prefeito (outubro de 2011), dos elementos constantes dos autos não resta qualquer dúvida de que houve um "inchaço" do quadro de servidores municipais de Luis Gomes durante o ano de 2012 (com a maciça maioria das nomeações ocorrendo ainda no primeiro semestre), por meio de nomeações irregulares/ilegais de cargos e funções comissionadas, e logo após as eleições, em novembro de 2012, uma exoneração em massa, circunstâncias estas que demonstram claramente o intuito eleitoral dessas nomeações.

Ademais, não se desconhece a cultural prática de aquisição de votos, notadamente em municípios de pequeno porte, onde chefes do Poder Executivo mantêm ou nomeiam pessoas para cargos de livre nomeação/exoneração em troca de seu apoio político, objetivando, com isso, angariar dividendos eleitoreiros.

O reconhecimento dessa prática não se trata de "valoração preconceituosa e negativa" aos prefeitos, como querem fazer crer os recorrentes. Trata-se de técnica política historicamente conhecida, tendo especial relevância quando é inexpressiva a diferença de votos em uma disputa eleitoral, como traz o caso dos autos, onde a vitória nas urnas dos recorrentes deu-se por 246 (duzentos e quarenta e seis) votos, ou 3,66% (três vírgula sessenta e seis por cento) dos votos apurados em Luis Gomes nas eleições de 2012.

[...]

Noutra perspectiva, mas com o mesmo fim eleitoreiro, foram as vinte e oito nomeações para cargos comissionados já ocupados**,** as quais os recorrentes tentaram justificar, em suas razões, argumentando que o Juízo a *quo* não considerou a Lei Municipal n° 83/2002, que acrescentou vinte e quatro novas

LivroPopulos.indb 406 23/10/2015 09:53:20

vagas à Lei Municipal n° 070/2001 (que dispõe sobre a organização e reestruturação administrativa da Prefeitura Municipal de Luis Gomes e dá outras providências).
Além disso, novamente tentaram dar ao fato uma conotação meramente administrativa, alegando descontrole da gestão (que nomeava duas vezes para o mesmo cargo, deixando outro vazio), e afirmando que essas nomeações foram feitas para cargos os quais havia necessidade de serviço, não havendo qualquer desvio de finalidade (vide fls. 351 - itens 3.14 a 3.27).
Por certo, a Lei n° 83/2002 não foi apreciada pelo magistrado em sua sentença, e nem poderia, porquanto só foi trazida aos autos agora, em sede recursal, motivo pelo qual deixa-se também de apreciá-la nesta instância, haja vista tratar-se de documento novo, referente a fatos antigos, trazido extemporaneamente aos autos.
Ainda assim, mesmo considerando o ônus da prova da vigência de lei municipal ser daqueles que a alegam e, em não tendo sido alegada em momento oportuno, não devendo ser a mesma conhecida, a Lei Municipal n° 83/2002 merece um comentário, mas tão somente por ser de conhecimento público (e só por isso aqui comentada, todavia não sendo considerada como meio de prova).
Dita norma, que alegadamente criaria vinte e quatro novos cargos, destina-se tão somente à Secretaria de Educação do município, porquanto trata-se do "Plano de Cargo, Carreira e Salário do Magistério Público Municipal", não alterando os quadros funcionais das unidades onde houve essas nomeações em duplicidade, Gabinete do prefeito:
[...]
Ao que parece, com o argumento de que a Lei n° 83/2002 teria acrescido mais vinte e quatro novos cargos aos quadros funcionais da prefeitura, em ordem a afastar as irregularidades nas nomeações, os recorrentes pretenderam ludibriar esta Justiça, fazendo parecer regulares atos eivados de' vícios, na medida em que justificaram as nomeações para cargos que, claramente, tinham outro destino.
Outrossim, os argumentos do descontrole administrativo (ao se nomear duas pessoas para o mesmo cargo quando outros cargos estariam vazios) e de que os cargos teriam sido assim preenchidos em razão da necessidade do serviço, também não merece prosperar, haja vista, além do manifesto desvio de finalidade, atentatório contra os princípios da Administração Pública, os ocupantes dos cargos terem sido exonerados logo após as eleições.
Ora, mostra-se incoerente afirmar que as nomeações em duplicidade foram efetivadas para cargos em razão da necessidade do serviço ("Essas nomeações foram feitas claramente para

LivroPopulos.indb 407 23/10/2015 09:53:20

cargos que necessitavam da demanda" - vide Item 3.27 - fls. 352), mas logo após as eleições, essas pessoas foram exoneradas (fls. 80/81). Mais uma vez exemplificando, os dois ocupantes do cargo de chefe de serviço administrativo (Gabinete do Prefeito) acima mencionados, Sheila Kátia Fernandes de Oliveira e Antônio Iram da S. Júnior, foram exonerados em 30/11/2012, deixando o cargo (que, segundo os recorrentes, "necessitava da demanda") vazio.

Com essas considerações, percebe-se que tanto as nomeações para cargos inexistentes quanto aquelas para os cargos já ocupados, procedidas pelo recorrente Francisco Tadeu Nunes, nos exatos moldes aqui descritos, tiveram nítido caráter eleitoreiro, em ordem a configurar o abuso de poder (político e econômico) necessário a procedência da presente AIME, porquanto importou em gastos públicos destinados a favorecimento a sua candidatura à reeleição.

Quanto à exoneração em massa dos servidores comissionados**,** ocorrida após as eleições, nada obstante queiram os recorrentes justificá-la, afirmando que as exonerações se deram cinquenta dias após o pleito, além de estar amparada no Decreto n.° 16/2012 (que visou o controle de gastos com pessoal), tais argumentos também não encontram melhor sorte.

Como já mencionado, houve claramente um "inchaço" no corpo funcional da prefeitura de Luis Gomes no período que antecedeu as eleições. Logo após estas, com a exoneração de setenta servidores, houve um "enxugamento" da folha de pagamento, na tentativa de reduzir gastos com pessoal, o que só realça o caráter eleitoreiro das ações.

Fica ainda mais claro quando analisada a casuística, veja-se. O cargo de Coordenador Administrativo da Secretaria de Saúde foi ocupado concomitantemente por quatro servidores comissionados, dentre eles: Cristiane Melquiades dos Santos (nomeada em 01/11/2011), Antônia Nayara A. Batista (nomeada em 16/04/2012), Maria de Fátima Souza Silva (nomeada em 02/05/2012) e Ageu Saturnino da Silva (nomeado em 04/07/2012). Exceto a primeira, todos os ocupantes foram exonerados em 30/11/2012.

Demais disso, embora não exista vedação legal à exoneração de cargos comissionados no período determinado (após as eleições), da conjuntura extraída dos autos, a existência do decreto n.° 16/2012 tão somente maquiou de regularidade atos em sua essência irregulares, porquanto restou amplamente demonstrado que os recursos públicos despendidos com a folha de pagamento do município, nos moldes aqui tratados, foram usados, de forma dissimulada, para fins eleitorais.

LivroPopulos.indb 408 23/10/2015 09:53:20

> Finalmente, em relação à concessão das sessenta e sete licenças-prêmios, todas para gozo no ano de 2012 (vide fls. 37/39), em suas razões, o recorrente afirmou que, ao assumir o cargo de prefeito, foi procurado por dezenas de servidores que reivindicavam seu direito, tendo as licenças sido concedidas mediante a constatação do preenchimento dos requisitos legais. Em suas palavras: "A prerrogativa (discricionariedade) de conceder ou não as licenças, esbarrou no direito adquirido pelo conjunto dos servidores" (vide item 3.36 0- fls. 355).
> Ora, como sabido, um dos pilares básicos da Administração Pública, sustentáculo do regime jurídico-administrativo, é o princípio da supremacia do interesse público, do qual decorre a verticalidade das relações entre particular e Administração. À luz desse princípio, inobstante os servidores beneficiados com as licenças tivessem, de fato, esse direito, não poderia a Administração Pública concedê-las contrariamente ao interesse público.
> Nessa perspectiva, ao conceder inúmeras licenças, deixando um vácuo de exercício no quadro funcional do município, o recorrente Francisco Tadeu Nunes abriu margem para contratações precárias, na medida da necessidade de substituição dos servidores licenciados, obtendo assim mais uma moeda de troca eleitoreira. A esse respeito, válido destacar trecho da sentença proferida pelo magistrado da 42ª Zona, *verbis:*
> "... as concessões de licenças-prêmios "em massa", todas para usufruto no ano eleitoral, em conjunto com as nomeações ilegais acima referidas, demonstram que houve uma manobra eleitoreira direcionada à contratação do maior número de pessoas possível, tudo com o objetivo de angariar votos. De um lado, houve as contratações ilegais. De outro, eram concedidas licenças prêmios, o que em boa parte dos casos tornava necessária a contratação precária de profissionais para exercer a função do servidor licenciado." (fls. 312).
> Além disso, embora aleguem que as licenças foram concedidas de modo escalonado, tendo os servidores sido afastados apenas no primeiro semestre de 2012, esse argumento não encontra qualquer prova nos autos. A esse respeito, embora façam referência a um "procedimento preparatório n.° 007/2012/PJLG" (vide item 3.38 - fls. 356), esse documento foi juntado aos autos tão somente em sede recursal, o que, pelos motivos já acima expostos (fls. 04 e 05 deste voto) não deve ser conhecido como meio de prova.

Da análise dos excertos anteriormente transcritos, não há falar, como querem os recorrentes, em presunção quanto ao dolo ou quanto à finalidade eleitoral da conduta. O acórdão da Corte Regional é preciso

LivroPopulos.indb 409 23/10/2015 09:53:20

quanto ao ponto de terem sido as condutas praticadas visando à obtenção de dividendos no pleito de 2012.

Também foi destacado pelo relator do *decisum,* como bem lançado no parecer ministerial que opinou pelo desprovimento do recurso especial eleitoral (fl. 587, Vol. 3), que os fatos narrados, somados ao conjunto probatório, foram suficientes para ensejar a condenação com base na prática de abuso dos poderes econômico e político pela utilização indevida da máquina administrativa pelo então candidato à reeleição ao cargo de prefeito do Município de Luís Gomes/RN, FRANCISCO TADEU NUNES.

Primeiramente, da leitura dos trechos do acórdão regional acima transcritos, depreende-se que a Corte de origem entendeu caracterizada a conduta abusiva diante da gravidade das circunstâncias que permearam o ato.

Considerou, para tanto, que as excessivas nomeações para cargos inexistentes - *30 (trinta) nomeações* -' assim como para cargos já preenchidos - *28 (vinte e oito) nomeações* -, que se sucederam dentro do ano eleitoral de 2012, seguidas de exonerações "em massa" de comissionados, ocorridas após as eleições, além da concessão, também "em massa", de 67 licenças-prêmio a servidores municipais, "para serem todas gozadas em ano eleitoral e sem qualquer observância ao interesse público" (fl. 509), segundo o relator do acórdão, comprometeram a lisura e a regularidade do pleito, em desequilíbrio da igualdade dos candidatos concorrentes.

Há de ser ressaltado que, no caso, não há controvérsia acerca das nomeações e exonerações realizadas, assim como quanto às licenças deferidas. Afirmam os recorrentes que não haveria, em tais atos, irregularidades, por terem sido formalizados "fora do período eleitoral" (fl. 541), e que há norma que os ampare, fazendo alusão à ressalva constante da alínea a do inciso V do art. 73 da Lei n° 9.504/97.

Acerca da limitação temporal para o reconhecimento da prática de abuso do poder político, este Tribunal firmou orientação no sentido de que não está circunscrita à limitação temporal de 3 meses que antecedem o pleito, podendo ser verificados fatos ocorridos antes e depois do período eleitoral (RCED n° 661/SE, rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, *DJE* de 16.2.2011).

Anoto, também, que, segundo a jurisprudência deste Tribunal Superior, o "abuso do poder político caracteriza-se quando determinado agente público, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade da disputa eleitoral e a legitimidade do pleito em benefício de sua candidatura ou de terceiros".

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados: RCED n° *7116-47/RN,* rel. Min. NANCY ANDRIGHI, *DJE* de 8.12.2011; RCED n° 661/SE, rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, *DJE* de 16.2.2011.

LivroPopulos.indb 410 23/10/2015 09:53:20

Não se desconhece, contudo, que esta Corte Superior tem assentado que não se admite a condenação pela prática de abuso de poder com fundamento em meras presunções quanto ao benefício eleitoral auferido pelos candidatos.

Dessarte, na avaliação da matéria posta à apreciação, anoto que a Lei de Inelegibilidade dispõe, em seu art. 23, que o Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

Ou seja, o proveito eleitoral não se presume. É mister que sua aferição se dê mediante prova robusta de que o ato irregular foi praticado com abuso ou de forma fraudulenta, de modo a favorecer a imagem e o conceito de agentes públicos e impulsionar eventuais candidaturas. Entre outros, cito os seguintes julgados nesse sentido: RCED n° 430-60/SC, rel. Min. MARCELO RIBEIRO, *DJE* de 8.8.2012; AgR-REspe n° 924-40/RN, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *DJE de* 21.10.2014.

No caso, todavia, não há falar em presunção, devendo ser mantida a decisão do Tribunal no que tange à caracterização do abuso e a gravidade das condutas praticadas. Segundo o que assentado pela Corte *a quo,* "existem nos autos elementos incontestes que levam à conclusão pela existência do abuso de poder político e econômico, imputados ao ora recorrentes, revelando-se, por essa razão, irretocável a decisão do magistrado da 42ª Zona Eleitoral, que julgou procedente a presente ação de impugnação de mandato eletivo" (fl. 509).

Alegação de impossibilidade de aplicação de inelegibilidade em AIME.

Analiso, por fim, a alegação dos recorrentes relacionada à impossibilidade de aplicação de inelegibilidade pelo prazo de 8 anos, prevista REspe no 1-38.2013.6,20.0042/RN 19 no art. *1°, I, d,* da LC nº 64/90, em sede de ação de impugnação de mandato eletivo, relativa às eleições municipais de 2012.

De fato, conforme alegado, a jurisprudência deste Tribunal Superior posiciona-se, em tais casos, no sentido de que "a procedência da AIME enseja a cassação do mandato eletivo, não se podendo impor multa ou inelegibilidade, à falta de previsão normativa" (AgR-REspe no 51586-57/PI, rel. Min. ARNALDO VERSIANI, *DJE* de 10.5.2011).

Ainda nesse sentido, devem ser destacados os seguintes precedentes:

> ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATO. INELEGIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ABUSO DE PODER ECONÔMICO EM ÂMBITO DE AÇÃO

LivroPopulos.indb 411 23/10/2015 09:53:20

DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. ARTIGO 1º, I, d, DA LC N° 64/90, COM NOVA REDAÇÃO DADA PELA LC N° 135/2010. NÃO INCIDÉNCIA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
1. Esta Corte firmou o entendimento de que as novas disposições introduzidas pela LC n° 135/2010 incidem de imediato sobre as hipóteses neta contempladas, ainda que o fato seja anterior à sua entrada em vigor, pois as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura.
2. A inelegibilidade preconizada na alínea d do inciso I do art. 1º da LC n° 64/90, com as alterações promovidas pela LC n° 135/2010, refere-se apenas à representação Ação de Investigação Judicial Eleitoral/AIJE de que trata o art. 22 da Lei de Inelegibilidades, e não à ação de impugnação de mandato eletivo. Precedentes.
3. A condenação do candidato por abuso de poder econômico em âmbito de ação de impugnação de mandado eletivo, tal como ocorreu na hipótese dos autos, não tem o condão de atrair a hipótese de inelegibilidade prevista pela indigitada alínea *d.*
4. A aplicação de entendimento diverso, por força do respeito devido ao princípio da segurança jurídica, somente poderá se dar no tocante a processos atinentes ao próximo pleito eleitoral.
5. Recurso especial provido para deferir o registro do Recorrente ao cargo de prefeito.
(REspe n° 10-62/BA, rel. originária Ministra NANCY ANDRIGHI, rel. designada Ministra LAURITA VAZ, *DJE* de 10.10.2013; sem grifos no original).

ELEIÇÃO 2012. REGISTRO DE CANDIDATURA. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INELEGIBILIDADE. ALÍNEAS d E h DO INCISO I DO ART. 1° DA LC N° 64/90, COM AS ALTERAÇÕES DA LC N° 135/2010. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INSUBSISTÊNCIA DA CONDENAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO REGIONAL. INVIABILIDADE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 275, II, DO CE. AUSÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182 DO STJ. DESPROVIMENTO.
1. Inexistiu discussão, pela Corte a *quo,* a respeito de que o ora Agravado teria sido condenado por abuso de poder econômico e político, mediante captação ilícita de sufrágio e condutas vedadas aos agentes públicos. O tema padece da falta de prequestionamento.

LivroPopulos.indb 412 23/10/2015 09:53:20

> 2. Consigna o acórdão recorrido que não incide a hipótese de inelegibilidade previstas no artigo 11, inciso 1, alínea *d,* porque o processo foi extinto sem resolução de mérito pelo Regional, "por ausência superveniente de interesse recursal, diante da expiração dos mandatos impugnados, com a posse dos candidatos eleitos em 2008, e do transcurso do prazo de 03 (três) anos de inelegibilidade".
> 3. Mesmo que houvesse condenação do Recorrido, esta seria em âmbito de ação de impugnação a mandato eletivo (AIME), que não tem o condão de gerar a inelegibilidade prevista na alínea d do inciso I do art. 1º da LC n° 64/90, modificada pela LC n° 135/2010, o que está em consonância com o entendimento firmado por esta Corte (AgR-REspe n° 641-I8IMG, Rei. Ministra LUCIANA LOSSIO, publicado na sessão de 21.11.2012).
> [...]
> 7. Agravo regimental desprovido.
> (AgR-REspe n° 526-58/MG, rel. Min. LAURITA *VAZ, DJE* de 6.3.201 3; sem grifos no original).

Portanto, com base na jurisprudência deste Tribunal, entendo que merece reparos o acórdão - somente quanto ao ponto relacionado à aplicação da inelegibilidade da alínea *d* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, ao recorrente Francisco Tadeu Nunes -' porquanto apurado o abuso de poder em sede de ação de impugnação de mandato eletivo relativa às eleições de 2012.

Dissídio Jurisprudencial

Em tempo, tem-se que o recurso especial foi interposto com base, além da alegada afronta legal, na divergência jurisprudencial (alíneas a e *b* do inciso I do artigo 276 do CE). Todavia, verifica-se que os recorrentes não cuidaram de demonstrá-la, por meio da realização de cotejo analítico, a fim de mostrar a similitude fática e jurídica entre casos pretensamente divergentes, não trazendo nenhum julgado *à colação* (Precedentes STJ: REsp n° 425.467/MT, rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, *DJ* de 5.9.2005; REsp n° 703.081/CE, rel. Min. CASTRO MEIRA, *DJ* de 22.8.2005; AgRg no REsp n° 463.305/PR, rel. Min. DENISE ARRUDA, *DJ* de 8.8.2005, entre outros).

Destaco ementa de julgado nesse sentido:

> ELEIÇÕES 2008. AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DO PROCESSO. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. AFRONTA A LEI (ART. 41-A DA LEI N° 9.504/97). REEXAME DE PROVA (ENUNCIADOS 7 DO STJ E 279 DO STF). INVIABILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. FUNDAMENTO NÃO AFASTADO. DESPROVIDO.

LivroPopulos.indb 413 23/10/2015 09:53:20

1 - Subsiste o fundamento de ausência de nulidade do processo por falta de citação do partido para integrar a relação processual, porquanto não infirmado nas razões do agravo interno.
2 - A necessidade de flexibilizar a aplicação do enunciado 7 do STJ e 279 do STF, sob o pretexto da plena entrega da prestação jurisdicional, não se consubstancia em argumento jurídico apto a ensejar a reforma pretendida, revelando mero inconformismo com a decisão que foi desfavorável ao agravante.
3 - *A divergência jurisprudencial (artigo 276, I, b, do Código Eleitoral) requisita comprovação e demonstração pelo recorrente, mediante a transcrição dos trechos dos acórdãos que a configurem, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados; consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não pode tal exigência, em nenhuma hipótese, ser considerada formalismo exacerbado***.**
4 - O julgado deve ser mantido por seu próprio fundamento diante da ausência de argumentação relevante para alterá-lo. Agravo interno desprovido.
(AgR-REspe n° 8723905-47/RO, rel. Min. GILSON DIPP, *DJe* 22.8.2011; sem grifos no original).

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso especial interposto por FRANCISCO TADEU NUNES e ANTONIA GOMES ABRANTES BARBOSA, somente para afastar a inelegibilidade aplicada ao primeiro recorrente, mantendo os demais termos do acórdão regional quanto à cassação dos diplomas e a realização de novas eleições no município de Luís Gomes/RN.

É como voto.

LivroPopulos.indb 414 23/10/2015 09:53:20

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 927-49. 2012.6.16.0144 - CLASSE 6— FAZENDA RIO GRANDE - PARANÁ

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Agravante: Ana Lúcia Pacheco de Andrade
Advogados: Luis Gustavo Motta Severo da Silva e outros
Agravante: Francisco Luis dos Santos
Advogados: Cristiano Hotz e outros
Agravada: Coligação A Força do Povo
Advogados: Michel Saliba Oliveira e outros

AGRAVOS REGIMENTAIS. AGRAVO NOS PRÓPRIOS AUTOS. ELEIÇÕES 2012. ABUSO DE PODER POLÍTICO E DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. CONFIGURAÇÃO. FUNDAMENTOS DO DECISUM AGRAVADO NÃO INFIRMADOS. SÚMULA 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESPROVIMENTO.

1. É inviável o agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão atacada, aplicando-se, pois, a Súmula 182 do STJ.
2. Hipótese em que, diversamente do que sustentado pelos agravantes, a conclusão do Tribunal Regional de que a tiragem dos periódicos seria de 35.000 exemplares não se escorou na prova por ele reconhecida como ilícita, mas, sim, em alegação contida na petição inicial que, por não ter sido contestada pelos ora agravantes (princípio da impugnação específica), tornou-se incontroversa nos autos. De forma que, para afastar tal entendimento, necessário seria, de fato, o reexame vedado de provas.
3. Na linha da jurisprudência desta Corte, somente há litisconsórcio passivo necessário entre o candidato beneficiado e o agente público tido como responsável pelas práticas ilícitas, e não entre aquele e os que contribuíram para a conduta ilícita - caso dos autos.
4. A apresentação em sessão de julgamento de documentos que já instruíam os autos não enseja a declaração de nulidade, tendo em vista a ausência de prejuízo às partes.
5. Para reverter a conclusão a que chegou a Corte Regional e entender, como querem os agravantes, pela não ocorrência da prática abusiva do poder político e o uso indevido dos meios de comunicação social, exigir-se-ia, de fato, incursão nos elementos probatórios dos autos, o que é inadmissível nesta instância, conforme as Súmulas 7 do STJ e 279 do STF.
6. Agravos regimentais desprovidos.

LivroPopulos.indb 415 23/10/2015 09:53:20

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em desprover os agravos regimentais, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 12 de fevereiro de 2015.

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - RELATORA

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: Senhor Presidente, cuida-se de agravos regimentais Interpostos por ANA LÚCIA PACHECO DE ANDRADE e por FRANCISCO LUÍS DOS SANTOS de decisão da lavra da e. Ministra LAURITA VAZ que negou seguimento a agravo nos próprios autos pelos seguintes fundamentos:

a) inexistência de contradição ou obscuridade no entendimento adotado pelo Tribunal de origem quanto à ilicitude das provas ou à sua extensão, incidindo no ponto as Súmulas 7 do Superior Tribunal de Justiça e 279 do Supremo Tribunal Federal;

b) desnecessidade, à luz da jurisprudência do TSE, da formação de litisconsórcio passivo necessário entre os investigados, ora agravantes, e os servidores públicos que supostamente teriam contribuído com a conduta abusiva;

c) não configuração de cerceamento de defesa a apresentação, em sessão de julgamento, de documentos que já constavam dos autos;

d) necessidade de reexame para se afastar a conclusão do Regional no tocante à ocorrência da prática abusiva do poder político e o uso indevido dos meios de comunicação social.

Nas razões do seu regimental (fls. 2.599-2.632), a agravante ANA LÚCIA sustenta que o *decisum* objurgado não analisou por completo as questões atinentes à ilicitude da prova, à necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário e ao cerceamento de defesa decorrente da apresentação de documentos novos durante a sessão de julgamento, deixando, assim, de considerar importantes alegações que, no seu entender, conduziriam ao reconhecimento da nulidade do julgamento regional.

Segundo afirma, dizer que determinada prova é ilícita, como fez o Regional, e, ao mesmo tempo, consignar que o conteúdo dessa prova ilícita tornou-se incontroverso nos autos porque não houve impugnação específica pela defesa é contrariar todo o regramento jurídico relativo à ilicitude das provas e revela inequívoca violação ao artigo 5°, incisos XII e LVI, da Constituição Federal, cujo reconhecimento, ao contrário do que consignado na decisão ora agravada, não demanda qualquer tipo de reexame de fatos e provas.

LivroPopulos.indb 416 23/10/2015 09:53:20

Reitera que, tanto ela quanto o prefeito eleito teriam sido cassados na qualidade de meros beneficiários das condutas tidas por ilícitas, sem que os efetivos responsáveis pelas condutas tenham sido chamados ao processo para esclarecer os fatos por eles praticados. E que:

> [...] apesar de aduzir genericamente que *"nenhum documento que já não estivesse acostado aos autos foi apresentado da Tribuna",* a decisão agravada não enfrenta o argumento de que este não foi franqueado à parte *ex adeversa,* ainda que para confirmar que realmente já estava nos autos, o que demonstra a violação ao artigo *245* do Código de Processo Civil, que eiva de nulidade todo o julgamento.
> (fl. 2.623)

No tocante ao mérito, sustenta a agravante não pretender, conforme assentado no *decisum* agravado, o reexame do acervo fático-probatório, mas tão somente o correto enquadramento jurídico dos fatos ao que disposto no artigo 22, XIV, da Lei Complementar n° 64/90, a fim de que se reconheça que:

> [...] as matérias publicadas noticiavam apenas fatos de interesse geral da população, sem que isso possa ser encarado como uso indevido dos meios de comunicação apto a desequilibrar o resultado das eleições ou com a gravidade suficiente para ensejar as severas sanções decorrentes desse reconhecimento.
> [...]
> [...] cassação do diploma da requerente e de seu titular e suas inelegibilidades por 8 anos.
> (fl. 2.625)

Pede seja reconsiderada a decisão agravada ou, caso contrário, seja submetido o regimental a julgamento pelo Colegiado.

Por sua vez, nas razões do seu regimental (fls. 2.634-2.650), o agravante FRANCISCO LUÍS também aponta não pretender o reexame de matéria de fato, mas, sim, o correto enquadramento jurídico dos fatos a fim de saber:

> [...] se viola ou não a apontada garantia constitucional [art. 5°, XII e LVI] o aproveitamento do conteúdo da prova obtida Ilicitamente nos casos em que a defesa, embora arguindo a sua ilicitude, não tenha expressamente impugnado a Informação nela contida.
> (fl. 2.642).

Nesse sentido, reitera a alegação de afronta aos artigos 275 do Código Eleitoral, 535 do Código de Processo Civil e 93, IX, da Carta Magna, assentando que:

LivroPopulos.indb 417 23/10/2015 09:53:20

> [...] tendo considerado ilícita a interceptação da mensagem eletrônica juntada com a inicial, seria contraditório o v. aresto basear-se em informação dela extraída para assentar que a tiragem das publicações seria de 35.000 exemplares.
> Isso, evidentemente, constitui *"contradição da decisão em seus próprios termos e argumentos"* e não contradição *"desta decisão com os demais elementos constantes dos autos"* como, de forma recalcitrante, assentou o Tribunal paranaense.
> Também não tem o condão de afastar a alegação de recusa em sanar-se a obscuridade a singela transcrição do trecho em que se afirma ter sido clara *"a manifestação desta Corte no sentido de que a tiragem dos jornais impugnados no feito é incontroversa, porque alegada pelos embargados na petição inicial e não impugnada pelos embargantes (princípio da impugnação especifica)",* pois se os declaratórios arguiram de obscura a assertiva precisamente porque ela partira da falsa premissa de que a questão seria incontroversa, é curial que não servia para respondê-los a mera reiteração da asserção enganosa. (fls. 2.639-2.640)

Sustenta ainda a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário com os servidores em tese responsáveis pelos atos tidos por abusivos, estando, no ponto, a decisão agravada em dissonância com o entendimento desta Corte sobre o tema.

Defende, por fim, no tocante ao mérito, o equívoco do *decisum* agravado ao vislumbrar o óbice das Súmulas 7 do STJ e 279 do STF na pretensão recursal, visto que:

> [...] fixada a moldura fática por parte do v. aresto recorrido, inclusive com a transcrição das manchetes das matérias que foram consideradas favoráveis ao ora agravante, é também evidente que a sua pretensão de ver reconhecida a indevida aplicação do art. 22 da LC n° 64/90 Independe completamente de qualquer Incursão no conteúdo fático-probatório dos autos. (fl. 2.646)

Afirma ser incontroverso que as matérias Jornalísticas atacadas, todas veiculadas anteriormente ao período eleitoral, Jamais receberam patrocínio do erário municipal, não podendo, por isso mesmo, ser juridicamente qualificadas como uso indevido dos meios de comunicação.

Quanto ao ponto, invoca precedente desta Corte para assentar a necessidade de aplicação ao caso do princípio da proporcionalidade, tendo em vista a impossibilidade de se entender que "a mera distribuição de jornais favoráveis a determinada candidatura tenha o condão de influir, minimamente que seja, no resultado da eleição, dado o caráter voluntário do acesso" (fl. 2.647).

LivroPopulos.indb 418 23/10/2015 09:53:20

Requer igualmente a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do presente agravo a julgamento pelo Plenário.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora): Senhor Presidente, verifica-se a tempestividade dos agravos regimentais, a subscrição por advogados habilitados nos autos, o interesse e a legitimidade.

De suas razões, todavia, verifica-se que os agravantes não trouxeram elementos suficientes para infirmar os fundamentos da decisão que negou seguimento ao agravo nos próprios autos, limitando-se a repetir aqueles já apontados nos especiais. Não ensejam, assim, a reforma pretendida, incidindo na espécie a Súmula 182 do STJ:

É inviável o agravo do Art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.

Com efeito, encontra-se devidamente demonstrada, na decisão agravada, a inexistência de ofensa aos artigos 275 do CE, 535 do CPC, 5º**,** XII e LVI, e 93, IX, da CF, por ter a colenda Corte Regional supostamente se negado a reparar os vícios apontados nos embargos de declaração e utilizado informação obtida diretamente de prova tida como ilícita.

A propósito, conforme consignado pela e. Ministra LAURITA VAZ, diversamente do que sustentado pelos agravantes, a conclusão do Regional de que a tiragem dos periódicos seria de 35.000 exemplares não se escorou na prova por ele reconhecida como ilícita, mas, sim, em alegação contida na petição inicial que, por não ter sido contestada pelos ora agravantes (princípio da impugnação específica), tornou-se incontroversa nos autos. De forma que, para afastar tal entendimento, necessário seria, de fato, o reexame vedado de provas.

Não foram malferidos, igualmente, os arts. 22, XIV, da LC n° 64/90 e 47 do CPC, tendo em vista a não formação de litisconsórcio passivo necessário com os servidores públicos supostamente envolvidos com a prática da conduta abusiva do poder. Quanto ao ponto, foi consignado na decisão ora agravada, de relatoria da e. Ministra LAURITA VAZ, com base em parecer apresentado pelo órgão ministerial, que o entendimento do Regional encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que somente há litisconsórcio passivo necessário entre o candidato beneficiado e o agente público tido como responsável pelas práticas ilícitas, e não entre aquele e os que contribuíram para a conduta ilícita, tal como na hipótese dos autos.

LivroPopulos.indb 419 23/10/2015 09:53:21

Não houve, outrossim, conforme lançado no *decisum* agravado, violação ao princípio do contraditório devido à apresentação de documentos em sessão, pois tais documentos - exemplares de jornais – já constavam dos autos, inexistindo, portanto, qualquer prejuízo para os agravantes.

Por fim, no tocante ao mérito, melhor sorte não lhes assiste, tendo em vista a necessidade de reexame do acervo fático-probatório para infirmar a conclusão do Tribunal Regional quanto á ocorrência da prática abusiva do poder político e o uso indevido dos meios de comunicação social, ficando, por conseguinte, prejudicada a análise da alegação de ocorrência de divergência jurisprudencial quanto ao ponto.

Assim, diante da ausência de argumentação apta a afastar a decisão impugnada, esta se mantém por seus próprios fundamentos.

Nego provimento aos agravos regimentais.

É como voto.

LivroPopulos.indb 420 23/10/2015 09:53:21

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N° 706-67. 2012.6.09.0045 - CLASSE 32 - PONTALINA - GOIÁS

Relator: Ministro Luiz Fux
Agravantes: Jurandir Augusto da Silva e outro
Advogados: Dyogo Crosara e outros
Agravados: Coligação Pontalina Levada a Sério e outro
Advogados: Edberto Quinino Pereira e outros

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CARGO. PREFEITO E VICE-PREFEITO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E POLÍTICO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO (LEI DAS ELEIÇÕES, ART. 41-A). PEDIDO DE JUNTADA DE VOTO DIVERGENTE. NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL. NÃO ACATAMENTO. RATIO DECIDENDI QUE AUTORIZA O MANEJO DE RECURSO ESTÁ CONSIGNADO NO VOTO VENCEDOR. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. *QUERELA NULLITATIS*. NÃO CABIMENTO. CARACTERIZAÇÃO DOS ILÍCITOS ELEITORAIS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N° 7/STJ E N° 279/STF. DESPROVIMENTO.

1. Os votos divergentes, quando não anexados, não ultrajam os arts. 5° LIV e LV, e 93, IX, da Carta da República e o art. 131 do Código de Processo Civil, máxime porque é o voto da maioria do Tribunal que constitui a ratio decidendi contra a qual a parte sucumbente poderá se insurgir.

2. A *querela nullitatis*, fundada na correção de *error in procedendo* por ausência de citação, reclama a demonstração do efetivo prejuízo para a defesa da parte que não integrou a relação processual.

3. Os ilícitos eleitorais de captação ilícita de sufrágio (Lei das Eleições, art. 41-A) e de abuso de poder econômico ou político (LC n° 64/90, art. 22, XIV), diversamente das condutas vedadas aos agentes públicos (Lei das Eleições, art. 73), não exigem a formação de litisconsórcio passivo necessário, razão por que não atraem a nulidade, por ausência de citação do litisconsorte necessário, reconhecida quanto aos ilícitos previstos no art. 73 e seguintes da Lei n° 9.504/97.

LivroPopulos.indb 421 23/10/2015 09:53:21

4. In casu, o TRE/GO reconheceu a configuração da captação ilícita de sufrágio e a participação dos Agravantes na prática do ilícito, nestes termos: "no presente caso, alguns eleitores, em depoimentos jurisdicionados, afirmaram que no momento da entrega, ou do oferecimento, do Cheque Mais Moradia, houve o pedido expresso de votos" (fls. 385) e "a participação do Recorrente Jurandir Augusto da Silva é bastante clara, uma vez que ocupava o cargo de prefeito do município, foi ele quem assinou o convênio do programa e, ainda, era quem, em última análise, gerenciava o funcionamento dos órgãos públicos municipais, responsáveis pala execução do benefício. Ademais, seus cabos eleitorais, que também eram servidores públicos municipais, compareciam às casas de eleitores, instando-os a se cadastrarem e/ou receber o benefício, entregando o 'Cheque Mais Moradia' e pedindo voto para os Recorrentes" (fls. 396).

5. A modificação do entendimento do TRE/GO, para decidir de acordo com a pretensão do Agravante, no sentido da não configuração da captação ilícita de sufrágio e de não comprovação da participação dos Agravantes, demanda o necessário revolvimento do arcabouço probatório, providência vedada nas instâncias extraordinárias, nos termos das Súmulas nºs 279/STF e 7/STJ.

6. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 17 de março de 2015.

MINISTRO LUIZ FUX - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, trata-se de agravo regimental interposto por Jurandir Augusto da Silva e Sebastião Pires da Silva contra decisão monocrática de fls. 578-588, mediante a qual neguei seguimento ao recurso especial manejado pelos ora Agravantes, em que asseverei que (*i*) a ausência de juntada de voto divergente não acarreta a nulidade do acórdão regional, na medida em que neo constitui a *ratio decidendi* do julgado, (*ii*) a inexistência de litisconsórcio passivo necessário nas causas relacionadas à captação ilícita de sufrágio e ao abuso

LivroPopulos.indb 422 23/10/2015 09:53:21

do poder econômico e (*iii*) a imprescindibilidade de reexame do conteúdo fático-probatório para caracterização dos ilícitos eleitorais impugnados.

Inconformados com a decisão supra, os Agravantes interpõem o presente agravo regimental (fls. 590-613).

Sustentam violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal em decorrência da ausência de juntada de votos divergentes na instância regional, aduzindo que "*a parte tem o direito de conhecer o inteiro teor da decisão, especialmente quanto aos fundamentos adotados pela maioria para superar as objeções formuladas pela divergência, tanto mais quando se cuide de instância ordinária, em que ainda se está a proceder ao acertamento da matéria fática"* (fls. 600).

Aduzem a nulidade *ab initio* de todo o processo em razão da falta de citação do litisconsorte passivo necessário, defendendo que, *"sendo apenas um 'o fato jurídico que ampara a pretensão deduzida em juízo', não poderia o v. aresto regional ter deixado de anular todo o processo desde o início por falta de citação do litisconsorte passivo necessário, assim declarando a decadência integral da ação porquanto transcorrido o prazo para regularização*" (fls. 605).

Argumentam ser desnecessário o reexame do arcabouço fático -probatório dos autos, visto que *"basta a leitura do v. aresto (...) para se reconhecer que os fatos considerados pela colenda Corte Regional não são' aptos a demonstrar o especial fim de agir exigido pala norma, seja porque nenhuma delas afirmou que a oferta ou a entrega do benefício estaria condicionada* à *contrapartida do voto, seja porque, no caso da primeira, sequer se demonstra que as tais 'Bianca a Gilsânia' realmente existem e que possuiriam condições da efetivamente prometer e entregar o benefício"* (fls. 606-607).

Deduzem que *"basta a leitura do v. aresto (...) para se perceber que,* à *míngua da qualquer menção à participação direta ou indireta dos candidatos, atribuiu* ao *primeiro recorrente a responsabilidade objetiva pelo gerenciamento dos* órgãos *públicos municipais encarregados da execução do programa social e também pato comportamento avantual de seus supostos cabos eleitorais"* (fls. 607).

Sustentam inexistir gravidade suficiente para a aplicação da sanção de inelegibilidade, pontuando que *"dois únicos episódios da captação vedada de sufrágio (...) nâo possuam* re/evância *jurídica s«//ciente para alterar o equilfbúo da disputa, rompendo a paúdade de armas" (fls.* 612).

Aberta vista ao Ministério Público Eleitoral, seu prazo transcorreu *in albis* (fls. 617).

É o relatório.

LivroPopulos.indb 423 23/10/2015 09:53:21

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Senhor Presidente, a presente irresignação não merece prosperar.

Ab initio, o presente agravo foi interposto tempestivamente e está assinado por procurador regularmente constituído.

Assevero que, em que pesem os argumentos expendidos pelos Agravantes, as razões desenvolvidas no presente agravo são insuficientes para ensejar a modificação do decisum monocrático, o qual deve ser mantido por seus próprios fundamentos, *verbis* (fls. 583-588):

> *Ab initio,* observo que o Recurso Espacial foi interposto tempestivamente e está subscrito por advogado regularmente habilitado.
> Não prospera a alegação de violação aos arts. 5°, LIV e LV, e 93, IX, da Carta da República e ao art. 131 do Código de Processo Civil, visto que é o voto da maioria do Tribunal que constitui a *ratio decidendi* contra a qual a parte sucumbente poderá se insurgir. Estando o voto suficientemente fundamentado, com desencadeamento lógico consentâneo à solução aplicada, não se há falar em contrariedade aos aludidos dispositivos.
> Demais disso, nem se cogite suscitar impedimento para opor embargos de declaração por ausência de juntada dos votos divergentes, isso porque a contradição que autoriza o manejo dos aclaratórios é aquela presente no voto condutor do deslinde da controvérsia, e não a divergência entre um voto e outro. Nesse sentido decidiu essa Corte Superior: "*a diversidade da fundamentação ou motivação dos votos não é pressuposto para o cabimento dos embargos. A contradição capaz de autorizar a oposição dos declaratórios á verificada entre a fundamentação do voto e a parte dispositiva do julgado*" (ED-RO n° 104/RO, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 5/6/2001).
> Por seu turno, não prospera a suscitada integral anulação do processo, em razão da falta de citação de litisconsorte passivo necessário nas imputações de prática de conduta vedada, na medida em que a nulidade se restringe á parte do processo que subsume os fatos à descrição legal de conduta vedada, o que, aí sim, exige a citação do beneficiário da conduta e do agente público infrator. Nessa esteira já se posicionou esta Corte Superior: "*nas ações que versem sobre condutas vedadas há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os beneficiários dos atos praticados"* (AgR-REspe n° 113529/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 15/8/2014.).
>
> Quanto aos demais ilícitos versados nos autos, inexiste a obrigatoriedade de formação de litisconsórcio passivo entre o

LivroPopulos.indb 424 23/10/2015 09:53:21

autor direto do ilícito eleitoral e o candidato beneficiado pela conduta, assentando este Tribunal que "*o inciso XIV do art. 22 da LC n° 64/90 não exige a formação de litisconsórcio passivo necessário entre o representado e aqueles que contribuíram com a realização do abuso de poder*' (AgR-REspe n° 76440/MG, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 23/5/2014) e que "*as hipóteses previstas no artigo 41-A descrevem ações que ocorrem entre o candidato e o eleitor (doar, oferecer, prometer ou entregar) e estabelece como sanção a aplicação de multa e cassação do registro ou do diploma. Trata-se, pois, de norma própria destinada, principalmente, à proteção da vontade e liberdade do eleitor, com consequências diretas aos candidatos que a desrespeitarem. Não há que se falar, portanto, na obrigatoriedade de formação de litisconsórcio entre o candidato e todos aqueles que teriam participado da captação ilícita de sufrágio, os quais deverão responder em processo criminal próprio, onde se verificará a prática ou não do crime previsto no artigo 299 do Código Eleitoral.*" (RO n° 1539/MT, Redator para o acórdão Min. Henrique Neves, DJe de 4/2/2011).

Destarte, não merece reparo a decisão do Tribunal Regional que determinou a extinção do processo, por ausência de citação do litisconsorte necessário, somente quanto à imputação das condutas vedadas previstas no art. 73, VI, e 74 da Lei n° 9.504/97. Vejamos excertos do julgado (fls. 514):

"Como o processo tinha dupla causa de pedir – conduta vedada e captação ilícita de sufrágio –a nulidade verificada pela falta de citação de litisconsórcio na primeira causa de pedir – conduta vedada –não importa, necessariamente, na nulidade da segunda.

Isto porque, para cada causa de pedir há uma ação específica e embora estejam cumuladas no mesmo processo, os seus requisitos, em princípio, não se confundem. Daí porque a falta de citação de litisconsorte necessário –exigida para uma ação–não importa em nulidade de ambas."

Demais disso, observo que o equacionamento da controvérsia travada demanda necessariamente o reexame do complexo fático-probatório acostado aos autos, e não o eventual reenquadramento jurídico dos fatos, o que, aí sim, coadunar-se-ia com a cognição realizada nesta sede processual. Explica-se. A dogmática processualista distingue a reapreciação dos fatos e das provas carreadas aos autos da qualificação jurídica dos fatos. Enquanto técnica orientada à valoração dos critérios jurídicos concernentes à prova e à formação do convencimento, o reexame de provas conecta-se umbilicalmente à ideia de convicção. É dizer: o reexame de provas implica a *fortiori* a formação de nova convicção, por parte do magistrado, acerca dos fatos narrados. Com a vedação ao reexame, interdita-se

LivroPopulos.indb 425 23/10/2015 09:53:21

que a instância judicial *ad quem* examine se houve (ou não) a adequada apreciação da prova pelos órgãos jurisdicionais inferiores, quando da formação da convicção acerca dos fatos.

O mesmo não ocorre, entretanto, quando se procede à redefinição da qualificação dos fatos (i.e., ao reenquadramento jurídico dos fatos). A requalificação jurídica dos fatos ocorre em momento ulterior ao exame da relação entre a prova e o fato, partindo-se da premissa de que o fato está devidamente provado. Trata-se, à evidência, de *quaestio juris,* que pode, ao menos em tese, ser objeto dos recursos excepcionais — extraordinário e especial. Captando com invulgar felicidade a distinção supra entre o 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 (...).

Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. É preciso distinguir reexame de prova de aferição: i) da licitude da prova; ii) da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico ou iii) para o uso de certo procedimento iv) do objeto da convicção; v) da convicção suficiente diante da lei processual e vi) do direito material; (...) viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções; ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiaram os raciocínios presuntivo, probatório e decisório. (...)

Por outro lado, 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 f ânâ8i9 de Direito Processual Civil. Curitiba, núm 35, p. 128-145).

O Tribunal de origem assentou que os fatos imputados aos Recorrentes configuraram o ilícito descrito no art. 41-A da Lei n° 9.504/97, nestes termos (fls. 395):

LivroPopulos.indb 426 23/10/2015 09:53:21

"[...] No presente caso, alguns eleitores, em depoimentos jurisdicionados, afirmaram que no momento da entrega, ou do oferecimento, do Cheque Mais Moradia, houve o pedido expresso de votos.

Com efeito, a eleitora Neusa Maria do Prado afirmou, ás folhas 215/216, que 'as meninas que foram lá em casa me pediram para votar para ele' referindo-se ao ora Recorrente Jurandir Augusto da Silva. Igualmente, a eleitora Izabel Elias Barcelos, às folhas 217/218, afirmou que o vereador Alessandro, por ocasião da entrega do benefício, 'simplesmente pediu para que votasse nele [Alessandro] e no Jurandir'."

No que concerne à participação dos então candidatos ao cargo de Prefeito e Vice-Prefeito nas condutas caracterizadoras da captação ilícita de sufrágio, o TRE/GO assim se manifestou (fls. 396):

"Não procede a alegação aduzida pelos Recorrentes de que não participaram dos atos de conduta vedada e de captação ilícita de sufrágio, pois a participação do Recorrente Jurandir Augusto da Silva é bastante clara, uma vez que ocupava o cargo de prefeito do município, foi ele quem assinou o convênio do programa e, ainda, era quem, em última análise, gerenciava o funcionamento dos órgãos públicos municipais, responsáveis pela execução do benefício. Ademais, seus cabos eleitorais, que também eram servidores públicos municipais, compareciam às casas de eleitores, instando-os a se cadastrarem e/ou receber o benefício, entregando o 'Cheque Mais Moradia' e pedindo voto para os Recorrentes."

No caso *sub examine*, portanto, a inversão do julgado quanto à não configuração da captação ilícita de sufrágio e quanto à falta de comprovação da participação dos Recorrentes nos fatos a eles imputados implicaria necessariamente nova incursão no conjunto fático-probatório dos autos, não se limitando à análise da moldura ou das premissas fáticas assentadas no acórdão fulminado.
Precisamente por isso, o deslinde da controvérsia reclamaria o reexame de fatos e provas, o que é defeso às Cortes Superiores, máxime porque não atuam como terceira instância revisora, a teor dos Verbetes das Súmulas nos 7 do STJ e 279 do STF.
Timbre-se que, 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,

LivroPopulos.indb 427 23/10/2015 09:53:21

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), sendo essa a hipótese dos autos.

Esclareça-se também que o fato de a compra de votos ter sido comprovada pelo depoimento de uma ou poucas testemunhas não afasta a caracterização do ilícito descrito no art. 41-A da Lei das Eleições, desde que suficiente para a formação da convicção do julgador. Nesse sentido é a jurisprudência erigida neste Tribunal:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÃO 2008. AIJE. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. DISTRIBUIÇÃO DE QUENTINHAS. FINALIDADE ELEITORAL. COMPROVAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTOS NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO. MATÉRIA FÀTICA. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.
[...]
3. A circunstância de *a* compra de voto ter sido confirmada por uma única testemunha não retira a credibilidade, nem a validade da prova, que deve ser aferida pelo julgador. Precedentes.
4. A convicção do julgador quanto á anuência do candidato ao ilícito do art. 41-A da Lei das Eleições será formada não apenas relevando a prova produzida, mas fatos públicos e notórios, bem como indícios e presunções. Precedente.
5. Agravo regimental a que se nega provimento".
(AgR-REspe nº 399403104/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 13.2.2014).

Também resvala para o exame do conjunto fático-probatório dos autos a inversão da conclusão do TRE/GO, que assentou serem graves, nos termos da lei, os ilícitos praticados pelos Recorrentes, vejamos: "*nos termos do inciso XVI do artigo 22 da Lei Complementar 64/90, acrescentado pela Lei Complementar 135/2010, para a aplicação da reprimenda deve-se considerar apenas a gravidade do ato, e não mais a potencialidade de influenciar no resultado das eleições*" (fls. 515) e que "*não há como negar que a captação ilícita de sufrágio — compra de votos - seja uma conduta grave, ainda que apenas 02 (duas) dessas condutas tenham sido provadas nos autos*" (fls. 515). *Ex positis,* nego seguimento ao recurso especial, com base no art. 36, § 6°, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral.

Com efeito, reitero ser prescindível a juntada do voto divergente no acórdão vergastado, na medida em que os motivos do convencimento do Tribunal de origem, contra os quais a parte poderá se insurgir, concentram-se fundamentos principais dos votos que formaram a maioria.

LivroPopulos.indb 428 23/10/2015 09:53:21

Não prospera o suscitado prequestionamento da matéria versada nos votos vencidos, mormente por ter a parte se abatido de delimitar o conteúdo supostamente necessário ao deslinde do caso. Nesse sentido ê o seguinte julgado:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AIJE. ELEIÇÃO 2008. VIOLAÇÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA. NÃO PROVIMENTO.
> 1. Não há violação aos arts. 273, § 2°, do CE, 5°, LIV e LV, e 93, IX, da CF/88 por ausência de juntada das notas taquigráficas do julgado, pois a integralização do acórdão com o teor do voto vencido não contribui para o prequestionamento e, quanto ao conteúdo dos debates orais, o agravante deixou de indicar qual questão necessitaria ser prequestionada.
> [...]
> 4. Agravo regimental não provido.
> (AgR-REspe n° 4843-97/PA, Rel. Min. Castro Meira, *DJe* de 21.8.2013).

Ademais, assento que a *ratio essendi* da *querela nullitatis* por ausência de citação se cinge ao prejuízo para a defesa da parte que não integrou a relação processual, o que, in casu, se constatou apenas quanto à imputação de conduta vedada. Em relação às ilicitudes previstas nos arts. 41-A da Lei das Eleições e 22 da Lei de Inelegibilidade, porque inexigível a formação de litisconsórcio passivo necessário, não remanesce a aduzida nulidade.

Essa Corte Superior consignou que "*não subsiste a pretensão da anulação do processo em virtude da falta de citação da parte que não foi diretamente atingida pela decisão supostamente viciada*" (AgR-REspe n° 73-28/RN, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 20.10.2014).

Quanto à configuração do ilícito descrito no art. 41-A da Lei das Eleições, o TRE/GO assentou que, "*no presente caso, alguns eleitores, em depoimentos jurisdicionados, afirmaram que no momento da entrega, ou do oferecimento, do Cheque Mais Moradia, houve o pedido expresso de votos*" (fls. 395).

E, quanto à participação da parte insurgente nos atos ilícitos, consignou que "a *participação do Recorrente Jurandir Augusto da Silva* é *bastante clara, uma vez que ocupava o cargo de prefeito do município, foi ele quem assinou o convênio do programa e, ainda, era quem,* em últ*ima análise, gerenciava o funcionamento dos* órgãos *públicos municipais, responsáveis pela execução do benefício. Ademais, seus cabos eleitorais, que também eram servidores públicos municipais, compareciam às casas de eleitores, instando -os a se cadastrarem e/ou receber o beneficio, entregando o 'Cheque Mais Moradia' e pedindo voto para os Recorrentes"* (fls. 396).

Com efeito, conforme assentado na decisão fustigada, não há como

LivroPopulos.indb 429 23/10/2015 09:53:21

acolher a tese dos Agravantes de que *"os fatos [...) não são aptos a demonstrar o especial fim de agir* [qual seja, conceder benesse em troca de voto]" (fls. 606) e de que houve responsabilização objetiva, sem esbarrar no ót›ice estabelecido nas Súmulas nºs 7 do STJ e 279 do STF. Isso porque, no caso *sub examine, a* inversão do julgado quanto à configuração de captação ilícita do sufrágio e à participação na prática do ilícito implicaria necessariamente nova incursão no conjunto fático-probatório, não se limitando à análise da moldura ou das premissas fáticas assentadas no acórdão fulminado.

Frise-se que a quantidade de pessoas corrompidas pela prática de captação ilícita de sufrágio não e determinante para a aferição da gravidade, sobretudo devido à desnecessidade de influência no resultado do pleito. A gravidade exigida para o balizamento da aplicação de sanção pela prática de ilícito eleitoral emerge da peculiaridade do caso concreto.

Nesse ponto, a pretensão dos Agravantes também descamba para o reexame do conjunto fático probatório dos autos, porquanto o TRE/GO, analisando a conduta específica, assentou a gravidade do ilícito praticado, a despeito de terem sido comprovados apenas dois pedidos ilícitos de voto.

Ex positis, desprovejo este agravo.

É como voto.

LivroPopulos.indb 430 23/10/2015 09:53:21

ACÓRDÃO Nº 127

RECURSO ELEITORAL
PROCESSO Nº 396-31.2012.6.05.0091
CLASSE 30
(APENSO: RECURSO ELEITORAL Nº 394-61.2012.6.05.0091 – CL. 30)

MUNICÍPIO: Maiquinique

RECORRENTES: Coligação TRABALHO E EXPERIÊNCIA, Jesulino de Souza Porto e Nemésio Meira Júnior.Advs.: Juracy Silva Varges, Jayme Vieira Lima, Iana Andrade Rauédys de Oliveira, Débora Ester sobreira Figueiredo e Igor Andrade Costa.

RECORRIDOS: 1. Coligação O POVO EM LIBERDADE. Advs.: Siro Jardim Lacerda dos Santos, Fernando Gonçalves da Silva Campinho, Byanca Karolyne Rodrigues Santos, Marlon Nogueira Flick e Magno Israel Miranda Silva.
2. Maria Aparecida Lacerda Campos e Adelson Martins Marques. Advs.: Byanca Karolyne Rodrigues Santos, Alberto de Souza Silva, Marlon Nogueira Flick, Juarez Gomes Teixeira, Clarinda Soares Andrade e Mabia Ferraz Bahia.

PROCEDÊNCIA: Juízo Eleitoral da 91ª Zona/Macarani.
RELATOR ORIGINÁRIO: Juiz João de Melo Cruz Filho.
RELATOR DESIGNADO: Juiz Cláudio Césare Braga Pereira

Recursos eleitorais. Ação de investigação judicial eleitoral. Procedência. Licitude da gravação ambiental. Alegação de abuso de poder político pela utilização de prédio público em campanha. Comprovação. Prática de propaganda eleitoral extemporânea. Distribuição de cestas básicas e camisas. Doação irregular de medicamentos. Comparecimento em inauguração de obra pública. Cessão de bens e servidores públicos para a campanha eleitoral. Distribuição de materiais de construção e latas de cerveja a eleitores. Pagamento de aluguel. Acervo probatório insuficiente para caracterização das condutas. Captação ilícita de sufrágio. Abuso de poder econômico e político. Não comprovação. Provimento parcial.

1. Considera-se prova lícita a gravação ambiental produzida por um dos interlocutores, sem o consentimento dos demais, podendo a mesma ser considerada para a formação do convencimento do julgador;

2. Restando caracterizada a ocorrência de abuso de poder político tão somente no tocante à utilização de

LivroPopulos.indb 431 23/10/2015 09:53:21

escola pública para confecção de bandeiras de campanha, não se configura gravidade suficiente para ensejar a cassação dos mandatos dos recorrentes, razão pela qual dá-se provimento parcial ao recurso, para afastar a cassação dos mandatos dos recorrentes, mantendo, contudo, a condenação ao pagamento de multa, no valor individual de R$ 20.000,00.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima indicados,

A C O R D A M os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, à unanimidade, INACOLHER A PRELIMINAR, e, no mérito, por maioria, vencidos o Relator e o Juiz Fábio Alexsandro Costa Bastos, DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS, designado o Juiz Cláudio Césare Braga Pereira para lavrar o Acórdão, nos termos do voto do Juiz Carlos d'Ávila Teixeira, de fls. 298/300v, que integra o presente *decisum*.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 5 de março de 2015.

MÁRIO ALBERTO SIMÕES HIRS, Vice-Presidente no exercício da Presidência; CLÁUDIO CÉSARE BRAGA PEREIRA, Juiz Relator designado; RUY NESTOR BASTOS MELLO, Procurador Regional Eleitoral.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos interpostos pela Coligação TRABALHO E EXPERIÊNCIA, Jesulino de Souza Porto e Nemésio Meira Júnior em face da decisão proferida pela Juíza Eleitoral da 91ª Zona que julgou procedentes as AIJEs ajuizadas pela Coligação O POVO EM LIBERDADE e por Maria Aparecida Lacerda Campos e Adelson Martins Marques, respectivamente.

Inicialmente, vale ressaltar que o julgamento das referidas ações ocorreu conjuntamente, vez que se cuida de lides conexas, motivo pelo qual determinei o apensamento dos processos.

Os recorrentes alegam que sua condenação fundamentou-se apenas em declarações e testemunhos vagos e contrários aos investigados, vez que a decisão zonal não considerou o depoimento do Sr. Luciano que deixou claro nunca ter celebrado contrato escrito com os locatários dos imóveis, que tinham seus aluguéis supostamente pagos pela Prefeitura, nem a comprovação da execução comum de programa social previamente aprovado pela Câmara de Vereadores.

Sustentam que os próprios pagamentos dos benefícios sociais,

LivroPopulos.indb 432 23/10/2015 09:53:21

analogicamente concedidos nos anos anteriores de sua gestão, excluiriam qualquer imputação da conduta vedada do art. 73, §10 da Lei nº 9.504/97.

Asseveram que nenhum documento de prova cabal foi trazido ao feito, tendo os recorridos somente colacionado duas atas de audiências do Juízo de primeiro grau, onde consta que apenas dois agentes públicos participaram de uma reunião para regulamentar a prática de eventos de campanha, sem qualquer indicação de que determinada servidora tenha participado de campanha durante seu horário de trabalho.

Aduzem que os mencionados agentes são secretários municipais, que não possuem jornada fixa a ser cumprida ante a natureza de suas funções, podendo, portanto, exercer atividade eleitoral no período livre, ao passo que destacam que a conduta vedada *sub judice* cinge-se a três agentes, sem qualquer aptidão ou potencialidade de desequilibrar o pleito.

Salientam que para ratificar a alegada distribuição de bens, os investigantes juntaram uma única solicitação de medicação, vaga e imprecisa, provavelmente expedida pela Secretaria Municipal de Ação Social e procedente de um ato do Programa Social Farmácia do Povo, de iniciativa do governo federal, que não tem o condão materializar a conduta imputada, nem capacidade ou possibilidade de desnivelar o prélio, mormente por se tratar de um único documento e de atividade social implementada antes das eleições.

Destacam que foram acostadas as Leis Municipais de nos 33/2006, 52/2007 e 92/2010, com fins de elucidar a instituição dos referidos programas sociais na cidade de Maiquinique.

No que tange à conjecturada compra de voto, apontam que os recorridos colacionaram um único cheque no valor de R$ 200,00 (duzentos reais), destinado ao pagamento de aluguel de uma cidadã do município inscrita em programa social do Governo, em oposição à robusta e conclusiva prova documental trazida pelos investigados, ora recorrentes.

Defendem que os recorridos tentam corroborar a realização de publicidade institucional em período vedado, através de um único informativo da Prefeitura, sabidamente veiculado no início do ano de 2012, de conteúdo regular, sem qualquer ato de campanha ou pedido de votos.

Afirmam que as gravações clandestinas constantes das mídias não podem ser consideradas como meio lícito de prova, sobretudo quando seu conteúdo não corrobora a tese dos investigantes.

Pontuam que o suscitado uso de escola pública municipal para guardar e confeccionar material de campanha tratou-se, na realidade, de uma armação engendrada pelos recorridos, pois o referido material publicitário não condiz com o padrão visual da campanha dos recorrentes.

LivroPopulos.indb 433 23/10/2015 09:53:21

Declaram que a suposta utilização de veículo pertencente à Associação Municipal Regional na campanha eleitoral não tem fundamento, vez que o citado bem não tem vinculação com a Prefeitura de Maiquinique, nem há prova desta alegação nos vídeos apresentados, mas apenas a imagem do automóvel de placa policial NYO 7077, estacionado ou em trânsito, sem carga ou descarga de qualquer peça publicitária de campanha eleitoral dos investigados.

Frisam que não há prova da aludida distribuição de cestas básicas, mas apenas 14 minutos de filmagem concernente a duas pessoas carregando duas caixas, sem qualquer conotação de cesta básica, doação, pedido de votos ou vinculação à campanha dos recorrentes.

Ressaltam que o estoque de bebidas utilizado por vendedores ambulantes que aproveitam a oportunidade da concentração de pessoas em comício, para incrementar a renda familiar com a venda de bebidas, instalando barraquinhas ou vendendo na porta das residências próximas ao citado evento, não configura a suposta distribuição de cerveja, pois não há qualquer ato de entrega, pedido de votos ou participação dos recorrentes.

Asseguram que não ocorreu a indicada distribuição ilícita de camisas, vez que, na verdade, foram confeccionadas somente 30 camisetas padronizadas para uso da equipe de apoio ao comício, fato que não consubstancia irregularidade, pois não contraria a regra do art. 39, § 6º da Lei nº 9.504/97.

Também garantem não ter havido a conjecturada participação dos recorrentes em inauguração de ginásio esportivo, construído e instaurado em gestão anterior, vez que os mesmos somente estavam presentes no mencionado local para acompanhar uma competição esportiva.

Por fim, sustentam que não há nos fólios elementos mínimos que caracterizem a existência da potencialidade ou gravidade lesiva dos fatos narrados na exordial, pugnando pelo provimento do recurso.

Notificados, os recorridos deixaram transcorrer *in albis* o prazo para apresentarem contrarrazões.

O Procurador Regional Eleitoral opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

DA ALEGADA ILICITUDE DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL.

Os recorrentes evocam a ilicitude da gravação ambiental realizada pelo eleitor Jardel Silveira Santos da Luz, uma vez que esta teria sido feita

LivroPopulos.indb 434 23/10/2015 09:53:21

sem autorização judicial e sem o seu conhecimento, de forma clandestina e sub-reptícia, com o intuito de prejudicá-lo.

Após exame do feito, verifico que não merece guarida a questão suscitada.

A matéria atinente à licitude ou não de prova consistente em gravação ambiental merece cuidadosa análise por parte da composição que ora integra esta Corte, vez que, em julgamentos anteriores, tanto a conclusão pela licitude pela dessas gravações como aquela em sentido contrário já encontraram eco.

Embora o Tribunal Superior Eleitoral de igual modo venha recentemente decidindo por invalidar esse tipo de prova, ainda no pleito de 2012 adotava entendimento diverso.

Assim, firmo meu convencimento pela validade das gravações ambientais realizadas com o conhecimento de somente um dos interlocutores, acompanhando posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal desde 2009, quando do julgamento do RE 583937, da Relatoria do Ministro Cezar Peluso:

> *AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. (RE 583937 QO-RG / RJ - Rio de Janeiro. Repercussão Geral na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento: 19/11/2009).*
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO NO RE 583.937-QO-RG. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. FLAGRANTE PREPARADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279/STF. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF.
> ...
> 2. É lícita a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, podendo ela ser utilizada como prova em processo judicial, conforme reafirmação da jurisprudência desta Corte feita pelo Plenário nos autos do RE nº 583.937-QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 18/12/2009.

LivroPopulos.indb 435 23/10/2015 09:53:21

....
(ARE 742192 AgR / SC - SANTA CATARINA. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. LUIZ FUX. Julgamento: 15/10/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: Processo Eletrônico DJe-214 Divulg 28-10-2013 Public 29-10-2013).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL FEITA POR UM INTERLOCUTOR SEM CONHECIMENTO DOS OUTROS: CONSTITUCIONALIDADE. AUSENTE CAUSA LEGAL DE SIGILO DO CONTEÚDO DO DIÁLOGO. PRECEDENTES.
1. A gravação ambiental meramente clandestina, realizada por um dos interlocutores, não se confunde com a interceptação, objeto cláusula constitucional de reserva de jurisdição. 2. É lícita a prova consistente em gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido.
(AI 560223 AgR / SP - São Paulo. Ag.Reg. no Agravo de Instrumento. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 12/04/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJe-079 DIVULG 28-04-2011 PUBLIC 29-04-2011).

Diversos Tribunais Regionais Eleitorais também vem seguindo essa linha, a exemplo de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo, conforme recentes julgados cujas ementas a seguir se transcreve:

Recurso eleitoral. Eleições 2012. Representação. Captação ilícita de sufrágio. Oferecimento de materiais para reforma da residência do eleitor em troca de voto. Ação julgada procedente. Condenação em multa.
Agravo retido. Inversão na produção de provas testemunhas e pericial em audiência de instrução e julgamento. Inexistência de prejuízo para as partes. Agravo a que se nega provimento.
Preliminar de ilicitude da gravação ambiental.
A gravação ambiental feita por um dos interlocutores é prova lícita. Precedentes do STF e do TSE. Preliminar afastada.
.....
(TRE-SP. RECURSO ELEITORAL nº 107847 - Dom Cavati/MG. Acórdão de 03/07/2014. Relator: WLADIMIR RODRIGUES DIAS. Publicação: DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico--TREMG, Data 17/07/2014).

RECURSO CRIMINAL APRESENTADO POR DEMÉTRIUS ÍTALO. AÇÃO PENAL ELEITORAL. DENÚNCIA REFERENTE

LivroPopulos.indb 436 23/10/2015 09:53:21

AO CRIME PREVISTO NO ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA EM RELAÇÃO A ESSE CORRÉU. INCONFORMISMO. PREJUDICIAIS DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, CERCEAMENTO DE DEFESA E NULIDADES DA CITAÇÃO, DO INQUÉRITO CIVIL QUE ANTECEDEU A DENÚNCIA A DA PROVA CONSUBSTANCIADA EM GRAVAÇÃO AMBIENTAL. TODAS AFASTADAS. MÉRITO. CONFIGURAÇÃO DO DELITO. INSURGÊNCIA QUANTO À DOSIMETRIA. DESACOLHIMENTO. PREJUDICIAIS AFASTADAS E RECURSO DESPROVIDO.

1. não é inepta a denúncia quando observados os requisitos descritos no § 2º do art. 357 do código eleitoral, com inteligível exposição dos fatos. 2. não há se falar, outrossim, em nulidade da citação por não ter sido efetivada juntamente com entrega de cópia da mídia que amparou a acusação. isso porque, durante a instrução probatória, os denunciados tiveram, oportunamente, amplo acesso ao conteúdo dessa mídia, bem como à correspondente degravação elaborada por perito, do que se seguiram diversas impugnações e manifestações. 3. a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores é prova lícita, consoante precedentes dos tribunais superiores e do STF.

....

(TRE-SP. Recurso Criminal nº 100327 - Serra Negra/SP. Acórdão de 22/05/2014. Relator: Silmar Fernandes. Publicação: DJESP - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 29/05/2014.)

RECURSO ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PRELIMINARES AFASTADAS. OFERECIMENTO DE DINHEIRO E OUTRAS BENESSES. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A CARACTERIZAR AFRONTA AO ART. 41-A DA LEI DAS ELEIÇÕES. CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO DOS CANDIDATOS RECORRIDOS E PROVIMENTO AO RECURSO DA COLIGAÇÃO.

....

7. Autos instruídos com gravação ambiental. é lícita a prova trazida aos autos, obtida por meio de gravação realizada por um dos interlocutores, nos termos da pacífica jurisprudência do colendo tribunal superior eleitoral.

8. É inquestionável que a mídia apresenta sonoridade audível, bem como que a prova obtida por meio de gravação realizada pelo interlocutor, cuja identidade está resguardada nos termos da lei nº 9.807/99 (provimento cg 32/2000), deve ser considerada lícita. importante ressaltar que a sua identidade não é desconhecida, apenas não foi revelada em razão de ter sofrido ameaças. observa-se que seu nome e sua qualificação está acessível às autoridades policiais e judiciais.

LivroPopulos.indb 437 23/10/2015 09:53:21

> *....*
> *11. afastadas as questões preliminares, nega-se provimento aos recursos interpostos por valter valentim camargo, angelo roberto tolari e marcos aparecido camargo e dá-se provimento ao recurso da coligação "governo transparente, gente contente" para reconhecer como válida a mídia trazida aos autos, condenando os representados também pela captação ilícita de sufrágio retratada na gravação, mantendo-se, no mais, inalteradas as sanções impostas na sentença.*
> (TRE-SP Recurso nº 62450 - Tabatinga/SP. Acórdão de 18/06/2013. Relator: Antônio Carlos Mathias Coltro. Publicação: DJESP - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 25/06/2013).
>
> *Recurso. Ação de investigação judicial eleitoral. Conduta Vedada. Abuso de poder. Prefeito e vice. Art. 73, inc. IV, da Lei n. 9.504/97. Eleições 2012.*
> *Improcedência da representação no juízo originário.*
> *Admissibilidade da prova obtida mediante a gravação ambiental, por um dos interlocutores, de conversa não protegida por sigilo legal. Prova lícita conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.*
> *.....*
> (TRE-RS. Recurso Eleitoral nº 30731 - Vista Gaúcha/RS. Acórdão de 24/09/2013. Relator: Dr. Jorge Alberto Zugno. Publicação: DEJERS - Diário de Justiça Eletrônico do TRE-RS, Tomo 178, Data 26/09/2013, Página 3).

Nesta linha de entendimento, transcrevo o recente Acórdão nº 106/2014, de 06.02.2014, deste Regional, de relatoria do Juiz Saulo Casali Bahia:

> Recurso eleitoral. Ação de investigação judicial eleitoral. Réus ocupantes dos cargos de prefeito e de vice-prefeito. Alegação de prática de atos configuradores de abuso de poder econômico e de captação ilícita de sufrágio. Sentença improcedente. Incidente de falsidade documental julgado procedente. Perícia nas mídias impugnadas. Ausência de montagem ou trucagem que descontextualizaram o conteúdo das gravações. Gravação ambiental realizada por um dos interlocutores. Possibilidade. Precedentes do STF e do TSE. Reconhecimento da licitude da obtenção das provas. Captação ilícita de sufrágio mediante oferecimento de dinheiro e serviços de trator a eleitores. Existência de acervo probatório suficiente para a configuração do ilícito. Cassação dos mandatos. Decretação da inelegibilidade por 8 (oito) anos. Provimento.
> *1. Considera-se válida a prova consubstanciada em gravações em vídeo, cujos elementos de edição inseridos não descon-*

LivroPopulos.indb 438 23/10/2015 09:53:22

textualizaram o seu conteúdo;
2. É lícita a prova constante em gravação ambiental de conversa por um dos interlocutores sem o consentimento do outro, conforme jurisprudência maciça dos Tribunais Superiores;
3. Deve ser reformada a sentença que julgou improcedente a ação de investigação judicial eleitoral, quando o acervo probatório coligido aos autos demonstrou suficientemente que os recorridos captaram sufrágio mediante a oferta de quantia em dinheiro e de serviços de trator a eleitores, durante o período da campanha;
4. Recurso a que se dá provimento para julgar improcedente o incidente de falsidade documental, considerando válidas as mídias impugnadas, e para cassar os mandatos dos recorridos, decretando-lhes a inelegibilidade pelo período de 8 (oito) anos.

Acertou, pois, o julgador zonal quando considerou válida a prova consistente em gravações ambientais, realizadas por um dos interlocutores sem o conhecimento dos outros.

As gravações questionadas foram feitas em locais públicos, à exemplo da filmagem de um comício em uma praça pública, espaço aberto, onde ocorreu a distribuição de bebidas, não havendo que se falar em violação à intimidade, à vida privada ou a qualquer outra garantia constitucional.

Afasto, por essas razões, a ilicitude da gravação ambiental recebida como prova nos presentes autos.

Na questão de fundo propriamente dita, a pretensão recursal não enseja acolhimento pois, do meticuloso exame dos fólios, restou demonstrado que os recorrentes foram responsáveis por condutas caracterizadoras de abuso de poder econômico e político e de captação ilícita de sufrágio.

Os autores, ora recorridos, propuseram as ações em exame contra Jesulino de Souza Porto, à época, prefeito do Município de Maiquinique e candidato à reeleição, Nemésio Meira Júnior, candidato a Vice-Prefeito e a respectiva Coligação denominada TRABALHO E EXPERIÊNCIA, defendendo que estes praticaram diversas condutas ilícitas em benefício de suas candidaturas.

O pedido fundamentou-se na ocorrência dos seguintes fatos, que ora merecem criteriosa análise:

1. Cessão de bens públicos na campanha eleitoral.

A peça inicial apontou que o investigado Jesulino utilizou, em benefício de sua candidatura, um trator *New Holland TL,* de tom azul, pertencente ao Município de Maiquinique, para transporte de material da campanha eleitoral, tendo sido, inclusive, tal veículo conduzido por pessoa não inerente ao quadro de servidores.

A mídia colacionada às fls. 49 e os depoimentos prestados confir-

LivroPopulos.indb 439 23/10/2015 09:53:22

mam a realização de tal conduta. As filmagens das faixas 27 e 28 exibem o trator azul de propriedade municipal, distribuindo materiais de construção na casa de eleitores.

O Sr. Jardel Silveira Santos da Luz declarou, às fls. 95, que:

> "...o trator azul que aparece no vídeo pertence ao Município de Maiquinique; que na filmagem que realizou do tratar pode informar que o mesmo estava distribuindo convites para o comício do investigado;" (grifos nossos).

Ademais, o informativo da Prefeitura de Maiquinique juntado às fls. 40/47, exibe fotos do dito trator na penúltima página, reiterando, portanto, a propriedade municipal do mesmo.

Foi assinalado, ainda, o uso da Escola Municipal Edvaldo Flores para a confecção das bandeiras da campanha dos investigados, fato devidamente demonstrado pela visualização das filmagens das faixas 07 e 08 da mídia, bem como pelo relato da citada testemunha, conforme fragmento a seguir transcrito:

> "...que moradores em frente da escola Edvaldo flores disseram que ocorria um entra e sai de pessoas com material de bandeira e hastes de bandeira; que ficou sabendo que FERNANDA, ELIZABETE, NETE eram pessoas que confeccionavam bandeiras na escola para campanha dos investigados".(Jardel Silveira Santos da Luz, fls. 95/96)

De igual sorte, foram apreendidos, no interior da mencionada instituição educacional, tecido vermelho e bandeiras da mesma cor e com o número 55, em decorrência da ação cautelar de busca e apreensão nº 361-71.2012.6.05.0091, ajuizada pelos recorridos em face dos recorrentes.

Assim, resta evidente a prática de conduta vedada e o abuso de poder político dela decorrente, com aptidão e potencialidade de desequilibrar o pleito, impondo-se, destarte, a inelegibilidade dos recorrentes pelo período de oito anos.

2. Cessão de servidores públicos para a campanha eleitoral.

O acervo probatório, em especial a prova testemunhal, corrobora a prática da mencionada conduta ilícita. Vejamos:

A Sra. Ana Gorete Gomes da Silva, em seu depoimento de fls. 92/93, assevera:

> *"Que a depoente é servidora pública municipal concursada, que sua função é técnica de enfermagem; que pode afirmar que uma servidora pública de apelido ZETINHA, que presta serviços na área da limpeza, no Hospital Municipal de Mai-*

LivroPopulos.indb 440 23/10/2015 09:53:22

> *quinique, aonde a depoente presta serviço, durante o período eleitoral não exerceu suas funções neste local, e apenas fez campanha para o investigado; que neste mesmo período ela não comparecia ao hospital a depoente a via na rua, com bandeiras e material da campanha do investigado, indo nas casas dos eleitores; que inclusive, a irmã de ZETINHA estava substituindo a mesma no hospital; (.....) que pode informar ainda que o esposo de ZETINHA, apelidado de TOIÇA, gari, também durante a campanha, ficou a serviço do candidato;(...)". (grifos nossos).*

O Sr. Jardel Silveira Santos da Luz, em seu relato testemunhal de fls. 95/96, afirma:

> *"...que pôde presenciar, no horário do serviço, vários servidores municipais visitando os eleitores pedindo voto para o investigado; que pode afirmar isto porque o declarante entrava junto com eles na casa do eleitor; que pôde presenciar MARCOS, CLÁUDIA, VALÉRIA E ELIZABETE, a cunhada do investigado, fazendo boca de urna em horário de serviço para o investigado; que na véspera das eleições o posto de saúde estava vazio e os servidores lotados no local estavam trabalhando para o investigado; que no posto de saúde prestam serviço EUTÁLIA, NEUZA e outras pessoas que não se recorda o nome; (...)que o trator nesta distribuição de convites estava sendo conduzido por Cláudio e o marido Elisângela, ambos trabalham na prefeitura; (...) que ficou sabendo que FERNANDA, ELIZABETE, NETE eram pessoas que confeccionavam bandeiras na escola para campanha dos investigados; que essas pessoas são servidoras públicas; que pode afirmar que GIMALDO BISPO DOS SANTOS ocupa o cargo de tesoureiro ou secretário; que o horário de expediente na prefeitura é das oito ao meio-dia; que nunca presenciou GIMALDO auxiliando na campanha do investigado neste horário; que já presenciou o senhor SEBASTIÃO MOREIRA ALVES, servidor público municipal, trabalhando na campanha do investigado no horário supra mencionado; que visualizou tal servidor visitando eleitores no bairro Morumbi; (...) que o senhor GILBERTO é contratado da prefeitura como locutor, entretanto pode afirmar que o mesmo era o locutor nos comícios do investigado;..." (grifos nossos).*

Mister observar que o aludido informativo, às fls. 47, expõe foto do Sr. Gilberto Reis, assessor de impressa da Prefeitura de Maiquinique, patenteando, portanto, o quanto afirmado pelo depoimento supra.

Ainda, testemunha Sr. Jhonatan Blesa Bueno assegurou:

> *"que presenciou servidores municipais trabalhando para a campanha do investigado, que inclusive pode nominar Dr. ZÉ TROBERTO, uma professora, esposa de Moacir, o policial;*

LivroPopulos.indb 441 23/10/2015 09:53:22

> *que presenciou estas pessoas trabalhando para o investigado na parte da manhã."*

Com efeito, é inconteste o abuso de poder político resultante desta conduta, com ampla possibilidade de desnivelar o prélio.

3 Captação ilícita de sufrágio através da distribuição de materiais de construção e latinhas de cerveja, caixa de alimentos e camisetas aos eleitores.

Do exame do arcabouço probatório vislumbra-se a doação de materiais de construção e diversas latas de cerveja aos eleitores, com fins de angariar votos aos recorridos.

Este epílogo pode ser evidenciado da leitura prova testemunhal, conforme se extrai dos trechos:

> *"Que a prefeitura possui um depósito de cimento na praça Willian Farias Valadão; que neste depósito é guardado além, do cimento, materiais de garis, carrinhos de mão, material de festas; que este depósito possui quatro portas, e foi construído para ser o mercado central; ....que o declarante residia próximo desse depósito, na rua de trás; que geralmente quando sai de sua casa tem que passar pela praça e, portanto, passa pelo depósito; que pôde observar várias vezes caminhões Scania descarregando comento no período eleitoral; que presenciou inclusive, descarregamento de cimento à noite, por volta das vinte e três e trinta a doze horas; que presenciou ainda várias vezes pessoas com carrinhos de mão, que não eram servidores da prefeitura recebendo cimento na porta do depósito que dá pra frente do posto de saúde, que dá fundos com sua casa; que os sacos de cimento eram entregues por CLAÚDIO ADÃO ou MARCOS, sobrinho do atual prefeito; que CLAÚDIO ADÃO era o responsável pelo depósito; que além do cimento ser entregue no próprio depósito, vários sacos de cimentos eram, transportados nas caçambas trator para serem entregues na casa de eleitores; que pode dizer isso porque o declarante seguia esta caçamba e trator; que algumas vezes os cimento era levado para a pista do vaqueiro onde são feitos bloquetes para as obras públicas; que não foi contratado inicialmente para filmar fatos ilícitos, mas que como cidadão ficou revoltado com o que estava ocorrendo; que a caçamba e o trator entregavam além do cimento areia aos eleitores; que inicialmente a entrega era feita no depósito; que depois ele começou a filmar, tomou-se mais cuidado e levavam os sacos de cimento para a pista do vaqueiro; que várias vezes viu quando a caçamba carregava sacos de cimento em uma quantidade que chegava a ultrapassar a caçamba, e posteriormente ao chegar na pista*

LivroPopulos.indb 442 23/10/2015 09:53:22

do vaqueiro oitenta por cento dos sacos desta caçamba eram descarregados e o resto era entregue nas casa dos eleitores, da mesma forma acontecia com o trator que possuía uma carretinha; (...) que presenciou ainda a doação de latas de cerveja pela coligação investigada, antes e depois dos comícios do candidato; que as latas de cerveja eram entregues na casa de ITAMAR, tia do declarante e eleitora do investigado; que as latas de cerveja também eram doadas no miniclube próximo do Colégio Nataniel Souza Silveira; que as cervejas eram entregues ao eleitor CARLINHOS, proprietário do miniclube, e pessoas que trabalhavam na coordenação da campanha do investigado; que a "areia de levante" era entregue pela caçamba da prefeitura aos eleitores, enquanto que a areia do rio era entregue pelo trator.;"(Jardel Silveira Santos da Luz, fls. 94/97).(grifos nossos).

"Que a Prefeitura Municipal de Maiquinique, na gestão do investigado, contratou a empresa Brollios, que fornecia uma caçamba e um caminhão truque, bem como os serviços do depoente para prestar serviços no município; que recebia seu salário da prefeitura, que costumava transportar material de construção da empresa Brollios em Vitória da Conquista para Maiquinique; que este material de construção era guardado em um depósito na Praça William Valadão; que as vezes o encarregado da prefeitura, Marcos, solicitava para o depoente transportar areia e barro para as casas dos munícipes; (...) que as imagens do CD mostradas ao depoente no que se refere a caçamba, foram filmadas no período eleitoral; que era a pessoa de Marcos quem indicava os locais a serem entregues os materiais; (Celi Ferraz de Sousa, fls. 147/148).
"Que o depoente está desempregado e costuma se sustentar como "chapa", descarregando caminhão; que em meados de setembro, uma pessoa apelidada ZÉ FOLIA, procurou o depoente e conhecedor de que ele era eleitor da investigante lhe propôs que o mesmo ganharia 30 reais para vestir a camiseta vermelha do investigado; que quando ZÉ FOLIA lhe fez a proposta, as camisetas ainda não tinham sido confeccionadas; que ZÉ FOLIA lhe disse que seriam confeccionadas e distribuídas cem camisetas; que recebeu sua camiseta de TIÃO GALÉ, servidor municipal, e a usou no comício, contudo não foi pago conforme combinado anteriormente; que ficou sabendo que outras pessoas da linha de frente receberam a camiseta e o dinheiro; (...) Que o depoente ratifica que a camiseta foi distribuída a ele em meados de setembro, próximo as eleições; que as camisetas foram distribuídas por TIÃO GALÉ e o candidato não participou desta distribuição,; que o depoente presume que o investigado sabia." (Jhonatan Blesa Bueno, fls. 90/91).

LivroPopulos.indb 443 23/10/2015 09:53:22

Conforme destacado linhas acima, os filmes das faixas 27 e 28 expõem o trator azul de propriedade municipal distribuindo materiais de construção na residência dos eleitores. Tal propriedade pode ser confirmada também na matéria sobre o mesmo na propaganda institucional de fls. 47.

O cotejo das filmagens de nos 17 e 20, constantes da mídia, ratifica a distribuição de cerveja pelos investigados em dia de comício.

Entretanto, do exame dos videoclipes de nos 21 e 22, não vislumbrei a alegada distribuição de camisetas, mas somente sua utilização por aqueles que realizavam a organização da passeata, mormente quando a camiseta vermelha continha a seguinte frase: "LINHA DE FRENTE", alguns dos quais integravam o cordão de isolamento.

Portanto, tal fato denota muito mais a contratação de pessoas para a segurança do evento político e menos a doação de bens, que ensejasse a captação ilícita de sufrágio.

Neste sentido tem se posicionado o TSE, conforme se depreende dos seguintes julgados:

> "RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2006. SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ELEITOR COMO DESTINATÁRIO DAS CAMISETAS DISTRIBUÍDAS. NÃO COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE BENEFÍCIO PARA OS CABOS ELEITORAIS. PARTICIPAÇÃO OU ANUÊNCIA DO CANDIDATO. NÃO COMPROVAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. A distribuição de camisetas unicamente a cabos eleitorais não caracteriza concessão de vantagem a eleitor, mas mecanismo de organização de campanha.
> 2. Os cabos eleitorais não obtiveram qualquer vantagem, já que as camisetas eram devolvidas para a coordenadora da equipe ao final de cada dia de campanha.
> 3. Incontroverso que o recorrido não foi o responsável pela confecção e distribuição das camisetas, sua anuência a essas condutas não foi demonstrada.
> 4. Recurso a que se nega provimento."
> (Recurso Ordinário nº 1507 - Goiânia/GO. Acórdão de 19/11/2009. Relator(a) Min. Enrique Ricardo Lewandowski. Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Data 01/02/2010, *Página 418/419). (grifos nossos)*.

> "RECURSO ORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO. ARTIGO 30-A DA LEI N. 9.504/97. GASTO ILÍCITO DE RECURSOS. NÃO-OCORRÊNCIA. CAMISETAS PADRONIZADAS DISTRIBUÍDAS A CABOS ELEITORAIS. REFERÊNCIA AO CANDIDATO. AUSÊNCIA. LIMITE PREVISTO NO ARTIGO 27 DA LEI N. 9.504/97. PROVIMENTO.

LivroPopulos.indb 444 23/10/2015 09:53:22

> *1. A organização de cabos eleitorais por meio de camisetas que não ostentem identificação relacionada às eleições ou ao candidato em disputa não contraria o disposto no artigo 39, § 6º da Lei n. 9.504/97.*
> *2. Não aplicável, no caso, a sanção prevista no artigo 30-A da Lei n. 9.504/97.*
> *3. Recurso ordinário provido para afastar a cassação do diploma expedido em favor do recorrente.*
>
> (Recurso Ordinário nº 1449 - Goiânia/GO. Acórdão de 31/03/2009. Relator(a) Min. Eros Roberto Grau. Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, 21/5/2009, Página 22. RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 20, Tomo 2, Data 31/3/2009, Página 75). (grifos nossos).

Do mesmo modo, entendo não restou suficientemente provada a alegada distribuição de cesta básica, mas apenas uma simples declaração do Sr. Jardel Silveira, fls. 94/97, no seguintes termos:

> *"(...) que um certo dia o declarante estava em Pouso Alegre quando visualizou Marcos, sobrinho do investigado, dirigindo uma STRADA alugada pela prefeitura contendo uma caixa com alimentos; que não sabe onde a caixa foi entregue mas pode afirmar que a Strada voltou sem a caixa; que no local onde transitou não existe escolas ou posto de saúde."*

Mas a filmagem deste fato, não nos credencia a ter mesma interpretação, vez que tratavam-se de caixas fechadas, em que não se poderia individualizar seu conteúdo, nem identificar seus destinatários. Ademais, o ônus probante desta imputação é dos investigantes, os quais não se desincumbiram deste dever.

Assim, as fotografias e vídeos constantes da mídia de fls. 49, bem como o depoimento das testemunhas, demonstram que houve distribuição livre e indiscriminada de latas de cerveja em eventos políticos dos acionados, em que se visualiza uma intensa aglomeração de pessoas portando os símbolos de campanha dos candidatos.

Igualmente, é inconteste a distribuição de materiais de construção, na promoção de um investimento que alavancou indevidamente a campanha dos recorrentes, com probabilidade de desequilibrar o pleito vindouro, ferindo a isonomia por abuso de poder político e econômico.

A distribuição de benesses em larga escala, de notório caráter eleitoral, repito, mostra-se apta a provocar a disparidade de oportunidades no prélio, circunstância que, efetivamente, viola os preceitos legais.

Segundo José Jairo Gomes, o texto constitucional emprega o vocábulo "influência" e não propriamente "abuso" do poder econômico, como

LivroPopulos.indb 445 23/10/2015 09:53:22

consta da Lei Complementar 64/90, permitindo ao intérprete uma análise mais abrangente dos fatos:

> *"...Esse termo – "influência" – apresenta amplitude maior que "abuso", pois retrata a mera inspiração ou sugestão exercida em alguém, ou, ainda, o processo pelo qual se incute ou se infunde em outrem uma ideia, um sentimento ou um desejo. A influência, portanto, pode não decorrer de explícito mau uso do poder econômico, podendo, ao contrário, ser corolário de um uso aparentemente normal, lícito, mas que, à vista das circunstâncias consideradas, deixa de ser razoável. O que se pretende arrostar é a influência abusiva exercida por detentores de poder econômico ou político, considerando-se como tal a interferência de matiz tendencioso, realizada deliberada ou veladamente em proveito – ou em prejuízo –de determinada candidatura ou grupo político" (Direito Eleitoral, Ed. Del Rey, 5ª Ed, pág. 453).*

4. Captação ilícita de sufrágio mediante o pagamento de aluguel a eleitora.

Em que pese os recorrentes sustentarem a existência de programa social previamente aprovado pela Câmara de Vereadores, o § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/97 não veta a concessão de benefícios que já estejam em execução no exercício anterior às eleições.

Ora, o art. 22 da Lei Municipal 092/2010 disciplina que o auxílio moradia apenas poderá ser concedido como uma ação da assistência social, em parceria com a Secretaria de Infra Estrutura Municipal, para as famílias de baixa renda que tenham sofrido calamidade pública e/ou se encontrem em perdas do imóvel devido à situação de rua.

Confirmada na inicial que o cheque de fls. 48, no valor de R$120,00 (cento e vinte reais) foi dado para pagamento do aluguel do imóvel da eleitora "sem teto" – Programa de Ação Social mencionado, mas que não consta ela com beneficiada como aluguel.

Conforme assinalado, a Sra. Nilza Almeida dos Santos, contemplada com o aluguel, não se amoldava em nenhuma destas situações legais, vez que ela não era moradora de rua, nem houve qualquer calamidade pública no município de Maiquinique.

Com efeito, o pagamento realizado à mencionada eleitora, mediante cheque da Prefeitura, emitido nominalmente ao locador LUCIANO SOUZA SILVEIRA, que não chegou a ser descontado, configurou, conforme demonstra a prova testemunhas dos autos, prática de captação ilícita de sufrágio.

O depoente Luciano Souza Silveira, proprietário do imóvel alugado

LivroPopulos.indb 446 23/10/2015 09:53:22

a esta eleitora, narra em seu depoimento de fls. 98/99 que:

> *"O depoente possui quatro casas de aluguel; que estes imóveis estão localizados no Bairro Bela Vista; (...) que o depoente é vaqueiro na Fazenda de SEVERINO SOUZA CUNHA; que um amigo seu de nome era MANOEL PAIVA, é a pessoa encarregada de cobrar os alugueis de suas casas; (...) que na casa cujo aluguel é no valor de cento e trinta a locatária entregou para o senhor MANOEL um cheque da prefeitura cuja cópias se encontra às fls. 48 dos autos; que o senhor MANOEL recebeu o cheque de cento e vinte reais e enquanto a locatária, que não se recorda o nome, disse para o senhor MANOEL não trocar o cheque no banco, mas sim na farmácia do senhor ROBÉRIO; que quando senhor MANOEL chegou na farmácia o senhor ROBÉRIO disse " até ontem eu estava pegando os cheques da prefeitura hoje não estou mais"; que novamente o senhor MANOEL E agora em companhia do depoente compareceram na farmácia e o senhor ROBÉRIO disse a mesma coisa; (...) que o depoente entregou o cheque a inquilina que lhe disse que iria trocar o cheque com o prefeito; (...) que todos esse inquilinos não tem contrato firmado."*

Do mesmo modo, o Sr. Manoel Paiva, em seu testemunho de fls. 149, reitera as afirmações do Sr. Luciano, elucidando que a locatária se chamava Nilva e que a mesma residiu pelo período aproximado de quatro meses no imóvel. Ratifica, também, que o cheque de fls. 48, emitido pela Prefeitura, foi recebido por ele como pagamento do aluguel do imóvel em questão. Por fim, confirma a declaração de Luciano acerca de não ter sido celebrado nenhum contrato com os locatários dos imóveis.

Ademais, malgrado os recorrentes, às fls. 64/65 dos autos da AIJE nº 394-61.2012.6.05.0091, tenham acostado um contrato firmado entre Luciano e Nilva, este documento não foi reconhecido nem por Luciano, proprietário do imóvel, nem por Manoel, administrador dos imóveis de aluguel.

Desta forma, restou cabalmente evidenciada a captação ilícita de sufrágio, através de pagamento de aluguel de uma casa a uma eleitora, com cheque emitido pela Prefeitura Municipal, em 03.09.2012, em afronta ao disposto no art. 73, §10 da Lei nº 9.504/97.

5. Realização de propaganda institucional extemporânea.

O informativo da Prefeitura, acostado às fls. 40 a 47 dos autos pelos investigados, não constitui publicidade institucional, realizada em período vedado pelo art. 73, VI, "b", da Lei nº 9.504/97.

O apontado comando legal preceitua que são proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, nos três meses que antecedem o pleito, com

LivroPopulos.indb 447 23/10/2015 09:53:22

exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral.

A mencionada regra visa proibir condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais.

Da análise do periódico encartado aos fólios, não se verifica a realização de propaganda política em prol dos recorrentes, efetivada em época proibida.

Ora, a sentença vergastada afirma que o informativo foi veiculado no primeiro semestre de 2012 e no próprio encarte publicitário há menção ao "Ano 1, N º 1.", indicando que fora publicado no primeiro semestre, fora do período vedado.

Ademais, não há prova dos autos acerca de propaganda institucional realizada em período vedado, mas apenas o testemunho do Sr. Jardel, às fls. 96, que afirma que *"teve acesso ao informativo de fls. 40/47 dos autos no salão de GESSINHO."*

6. Comparecimento dos recorrentes em inaugurações públicas.

O art. 77 da Lei nº 9.504/97 disciplina que "*é proibido a qualquer candidato comparecer, nos 3 (três) meses que precedem o pleito, a inaugurações de obras públicas*."

Ora, as filmagens de nos 14 e 15, constantes da mídia de fls. 49, revelam apenas que os investigados e respectivas esposas compareceram ao ginásio esportivo do município, Centro Esportivo Heraldo Rocha, para assistir uma competição esportiva, inclusive, de forma discreta.

No acervo probatório, constante do presente caderno processual, não há comprovação da reinauguração do ginásio esportivo.

Do exame da mídia de fls. 49, não de verifica nenhuma faixa ou *banner* referente ao citado evento, bem como não há qualquer menção à reinauguração do ginásio esportivo no informe publicitário de fls. 40/47, que teria sido veiculado no período vedado, o que prevalece o indício de que não houve, de fato, uma inauguração de obra pública em inobservância ao disposto no mencionado art. 77, da Lei nº 9.504/97.

7. Doação irregular de medicamentos.

Alegou-se que teria havido distribuição de medicamentos através da Farmácia do Povo, o que caracterizaria abuso de poder político e econômico perpetrado pelo prefeito municipal em prol dos seus candidatos.

Ocorre que não restou demonstrado que os medicamentos eram concedidos para pessoas não necessitadas, não configurando, assim, a con-

LivroPopulos.indb 448 23/10/2015 09:53:22

duta imputada, além do que a própria sentença *a quo* afastou esta acusação e tampouco houve recurso acerca deste fato.

Apreciadas todas as condutas imputadas aos recorrentes, vale recordar que a captação ilícita de sufrágio não exige o pedido expresso de votos, mas a comprovação do intuito do candidato em obtê-los ao doar, oferecer, prometer, ou entregar bem ou vantagem ao eleitor – o que ficou explícito de tudo que se extrai dos autos.

A certeza de que houve abuso ou a influência indevida do poder político e econômico e captação ilícita de sufrágio se entremostra diante da análise dos fatos públicos e notórios, dos indícios e circunstâncias expressos no caderno processual, violando os princípios e os valores da democracia, bem como a legitimidade do processo eleitoral.

Ademais, como bem pontuou a Juíza de primeiro grau: "*Na esteira da orientação da atual jurisprudência eleitoral, o abuso de poder, quando analisado para efeito de inelegibilidade, por certo terá de assumir proporções que comprometam a lisura e a normalidade das eleições. Não mais se fala em nexo de causalidade com o resultado do pleito, pois no caso em hipótese os investigados, com uma pequena diferença de 96 votos com os investigantes, perderam as eleições. O que realmente importa é o comprometimento da lisura do processo eleitoral, pois a conduta abusiva durante a campanha atinge o bem jurídico maior do Direito Eleitoral, que é a normalidade e legitimidade das eleições."* (grifos nossos).

Pois bem, do exame dos fatos tal como colocados, concluo haver robusto esteio probatório que autoriza, diante do reenquadramento das condutas de distribuição de material de construção e latinhas de cerveja, a primeira como abuso de poder político e a segunda como abuso de poder econômico, bem como do afastamento da alegada distribuição de alimentos e de camisetas, a redução da multa para R$ 10.000,00 (dez mil reais) pela pratica de captação ilícita de sufrágio mediante o pagamento de aluguel à eleitora, mantendo-se a declaração de inelegibilidade dos investigados pelo prazo de 8 (oito) anos, nos termos da decisão vergastada.

Tenho que a sanção pecuniária imposta pela pratica das condutas vedadas também deve ser reduzida ao montante de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), desde que afastada a suposta realização de propaganda institucional extemporânea e o comparecimento dos recorrentes em inaugurações de obras públicas em período vetado.

Pelo exposto, na esteira do parecer ministerial, meu voto é pelo provimento parcial dos recursos somente para reduzir o valor das multas impostas.

É como voto.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 29 de janeiro de 2015.

João de Melo Cruz Filho
Juiz Relator

LivroPopulos.indb 449 23/10/2015 09:53:22

VOTO VENCEDOR

Em sessão realizada em 29 de janeiro de 2015, o reconhecimento licitude da prova, à unanimidade, o Juiz Relator João de Melo Cruz Filho proferiu voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso interposto por Jesulino de Souza Porto e Nemésio Meira Júnior, apenas para reduzir o valor da multa a eles impostas, mantendo, contudo, a sentença que decretou-lhe a inelegibilidade pelo prazo de 08 anos e aplicou-lhes pena de multa.

E após o detido exame dos autos, tenho como inescusável acompanhar o Relator quanto à conclusão pela não comprovação das alegações de prática de propaganda eleitoral extemporânea, distribuição de cestas básicas e camisas, doação irregular de medicamentos, comparecimento dos recorrentes em inauguração de obra pública (ginásio de esportes Eraldo Rocha), na esteira dos fundamentos já esposados no seu voto.

Acompanho também o Relator quanto à prática de abuso de poder político pela utilização de prédio público (escola) na confecção de bandeiras de campanha.

Com efeito, as imagens contidas na mídia de fl. 49 (faixas 7 e 8) evidenciam bandeiras de campanha dos Recorridos prontas ou em confecção, no interior de escola pública, e foram objeto da Ação Cautelar de Busca e Apreensão nº 361-71.2012.

Neste caso, a prova é suficiente para a configuração do ilícito de abuso de poder político, vez que os recorrentes se utilizaram indevidamente da máquina pública para benefício de sua campanha, violando, também, a paridade de armas que deve viger durante as eleições.

Contudo, quanto aos demais fatos reputados pelo Relator como configuradores de abuso de poder econômico, político e captação ilícita de sufrágio, peço vênia para firmar linha de intelecção diversa, fundada na conclusão de que o acervo probatório coligido aos autos não se revela robusto o suficiente para a caracterização dos ilícitos.

1) Cessão de bens públicos para a campanha:

Alegou-se a utilização de um trator pertencente à Prefeitura para transporte de material de construção a eleitores. Neste particular, as imagens contidas na mídia de fl. 49 evidenciam um trator azul transitando pelas ruas da cidade e em localidade que parece ser da zona rural, carregando material de construção, sem que, daí, se possa concluir que, de fato, tal trator esteja afetado ao serviço público ou que aqueles materiais transportados destinavam-se à distribuição a eleitores, com finalidade eleitoreira.

Abro um parêntese para registrar que a testemunha Jardel Silveira dos Santos, que afirmou que o trator pertencia à Prefeitura, foi ouvida como declarante.

LivroPopulos.indb 450 23/10/2015 09:53:22

Igualmente, em relação à suposta utilização de caminhão afetado ao serviço público para a entrega de materiais de construção a eleitores, não há lastro probatório minimamente suficiente a respeito.

Aqui, o vídeo inserido na mídia de fl. 49 apenas demonstra um caminhão parado em frente a uma residência, descarregando material de construção. É mostrada a placa do veículo NYO 7077. Nada mais.

Não há prova nos autos da veracidade da afetação pública do veículo, nem que, ali, estivessem sendo distribuídos bens a eleitores, a mando dos recorrentes.

A única testemunha que confirma a tese de defesa é justamente Jardel Silveira dos Santos, cujo depoimento foi colhido sem compromisso.

À míngua de suporte probatório que corrobore o depoimento, afasto a alegação.

2) Desvio de servidores públicos para a campanha.

Sobre tal alegação foi produzida apenas prova testemunhal, uma delas ouvida como declarante (Jardel Silveira dos Santos).

Não vislumbrei, do cotejo dessas declarações a robustez necessária para considerar caracterizado o ilícito. Isto porque as testemunhas apenas afirmam que alguns servidores deixaram de trabalhar para prestarem serviço na campanha dos recorrentes. Não há nos autos, a informação de que tais pessoas seriam, de fato, servidores públicos ou que estariam trabalhando para a campanha em horário de expediente.

Frágil a prova, portanto, neste particular.

3) Distribuição de cerveja a eleitores antes e depois dos comícios.

Malgrado o Relator tenha considerado comprovada a distribuição de cerveja, não vislumbrei, das imagens constantes na mídia de fl. 49 (faixas 17 e 20), grande aglomeração de pessoas portando símbolos de campanha dos recorrentes ou recebendo latas de cerveja, muito menos que naquela oportunidade estivesse ocorrendo comício dos recorrentes.

De fato, somente evidencio uma via pública com algum movimento de populares, bandeiras (não se sabe de qual candidato) e, realmente, algumas pessoas com latas de cerveja na mão. Mas não estou autorizado a concluir que houve, ali, a distribuição de cervejas com fim eleitoreiro.

4) Captação ilícita de sufrágio (pagamento de aluguel em troca de votos).

Neste caso, o cheque emitido pela Prefeitura de Maiquinique, no valor de R$ 120,00 (fl. 48), foi entregue a Nilza Almeida dos Santos, supostamente para pagamento de aluguel da casa em que residia, pertencente a Luciano Souza Silveira, a quem o cheque estava nominado.

Ocorre que o conjunto probatório produzido a este respeito (vídeo, testemunho prestado por Luciano e contrato de aluguel) comprova apenas

LivroPopulos.indb 451 23/10/2015 09:53:22

que, de fato, a Prefeitura entregou este cheque a Nilza, para que quitasse o aluguel devido. Nada mais.

A caracterização do ilícito capitulado no art. 41-A da Lei n 9.504/97 exige, além da comprovação da oferta, promessa ou entrega de vantagem econômica, a específica finalidade de obtenção de votos, o que, nem de longe, restou evidenciado nos autos.

Ora, sequer foi colhido o depoimento da eleitora supostamente cooptada, para que se apurasse se a entrega do cheque se fez acompanhar por pedido de voto, muito menos há a informação de quem teria fornecido o cheque.

Portanto, à míngua de comprovação do envolvimento, ainda que indireto, dos recorrentes, bem como do fim específico de obtenção de votos, afasto a alegação de captação ilícita de sufrágio.

CONCLUSÃO

Portanto, considero caracterizada apenas a prática de abuso de poder político, por meio da utilização de escola pública para confecção de bandeiras de campanha.

Entretanto, tal ilícito não se reveste de gravidade suficiente para ensejar a cassação dos mandatos dos recorrentes, razão pela qual reputo suficiente a apenação do prefeito e do vice-prefeito com a pena de multa, que fixo no valor individual de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Por todo o exposto, dissentindo do Relator, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO, para afastar a decretação de inelegibilidade dos recorrentes pelo período de 08 (oito) anos, mantendo, contudo, a condenação ao pagamento de multa, no valor individual de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

É como voto.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 05 de fevereiro de 2015.

CARLOS D´ÁVILA TEIXEIRA
Juiz Membro

LivroPopulos.indb 452 23/10/2015 09:53:22

Captação de Sufrágio

LivroPopulos.indb 453 23/10/2015 09:53:22

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 685-17. 2012.6.17.0127 — CLASSE 6 – CAMARAGIBE – PERNAMBUCO

Relator: Ministro Luiz Fux
Agravantes: Coligação Frente o Povo Mudando Camaragibe com Justiça e outro
Advogados: Márcio Luiz Silva e outros
Agravados: Jorge Alexandre Soares da Silva e outro
Advogados: André Dutra Dórea Ávila da Silva e outros

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. PREFEITO E VICE-PREFEITO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO (LEI DAS ELEIÇÕES, ART. 41-A). ABUSO DO ECONÔMICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 182. DEBILIDADE DO ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO. NECESSIDADE DE REINCURSÃO NO CONUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N^OS 7 DO STJ E 279 DO STF. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. DESPROVIMENTO.

1. 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).

2. No caso *sub examine*, a inversão do julgado quanto à inexistência de provas hialinas e contundentes da configuração do ilícito descrito no art. 41-A da Lei das Eleições, bem como da gravidade necessária à caracterização do abuso do poder econômico, implicaria necessariamente nova incursão no conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via estreita do apelo nobre eleitoral, ex vi dos Enunciados das Súmulas n^os 279/STF e 7/STJ.

3. O provimento do agravo regimental reclama que os fundamentos da decisão agravada sejam especificamente infirmados, sob pena de subsistirem suas ***conclusões.***

LivroPopulos.indb 455 23/10/2015 09:53:22

4. *In casu,* a ausência de impugnação ao fundamento referente à incidência da Súmula n° 182/STJ constitui razão para o desprovimento do presente regimental.

5. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 10 de março de 2015.

MINISTRO LUIZ FUX - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, trata-se de agravo regimental interposto pela Coligação Frente o Povo Mudando Camaragibe com Justiça e por Demóstenes e Silva Melra contra decisão monocrática de fls. 609-613, mediante a qual neguei seguimento ao agravo manejado pelos ora Agravantes, assentando a incidência da Súmula n° 182/STJ na espécie, bem como a impossibilidade de reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, nos termos das Súmulas nº 7/STJ e n° 279/STF.

Inconformados com a decisão *supra,* os Agravantes interpõem o presente agravo regimental (fls. 615-619), no qual alegam, em síntese, não pretenderem o *"revolvimento de matéria fático-probatória, na medida em que os fatos já estão bem delineados nos v. acórdãos recorridos, mas sim, a valoração legal e jurídica co a* [sic] *correta e fiel aplicação da legislação federal à questão em exame"* (fls. 617).

Pleiteiam, ao final, o provimento do agravo regimental, a fim de que o recurso especial seja apreciado por esta Corte.

Aberta vista ao Ministério Público Eleitoral, seu prazo transcorreu *in albis* (fls. 622).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Senhor Presidente, *ab initio,* verifico que o presente agravo foi interposto tempestivamente e está assinado por procurador regularmente constituído.

Contudo, o presente apelo não merece prosperar. É que, ao interporem este agravo regimental, os Agravantes não se desincumbiram de

LivroPopulos.indb 456 23/10/2015 09:53:22

impugnar especificamente todos os fundamentos da decisão que negou seguimento ao seu agravo de instrumento, uma vez que deixaram de atacar a incidência da Súmula n° 182/STJ na espécie.

Consoante jurisprudência sedimentada por este Tribunal Superior, para que o agravo obtenha êxito, faz-se necessário que os fundamentos da decisão agravada sejam especificamente infirmados, sob pena de subsistirem suas conclusões.

Ademais, os argumentos expendidos nas razões do regimental são insuficientes para ensejar a modificação do *decisum* monocr4tico, o qual deve ser mantido por seus próprios fundamentos, *verbis* (fls. 611-613):

> *Ab initio,* registro que, no juízo de admissibilidade, o Presidente do TRE/PE negou seguimento ao recurso especial ante a pretensão de revolvimento da matéria fático-probatória, que esbarra no óbice estabelecido nas Súmulas nºs 279/STF e 7/STJ.
> Sucede que, ao interpor este agravo, e diversamente do que preconizam as legislações eleitoral e processual, os Agravantes não se desincumbiram de impugnar especificamente o fundamento utilizado pelo Presidente do Tribunal a quo para obstar o regular processamento de seu apelo nobre eleitoral.
> De efeito, a petição de agravo apenas se limita a repisar os argumentos expostos no recurso especial, não apresentando razões que justifiquem a reforma do *decisum* monocrático, o que atrai a incidência, *in casu,* do Enunciado da Súmula n° 182/STJ.
> Como é cediço, não merece processamento o agravo que não infirma os fundamentos da decisão denegatória do recurso especial, em razão da ausência de um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade recursal, qual seja, a regularidade formal.
> A propósito, cito precedentes quanto ao tema:
>
> '[…]
> 1. As conclusões da decisão agravada que não foram especificamente impugnadas devem ser mantidas por seus próprios fundamentos.
> 2. A Súmula n° 182/STJ incide no agravo de instrumento interposto pelo agravante, pois este não infirmou o fundamento da decisão regional que negou seguimento ao recurso especial, limitando-se a repetir os argumentos do especial.
> [...]
> 4. Agravo regimental desprovido.'
> (AgR-AI n° 220-39/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 26/8/2013); e
> '[...] 1. Nas razões do instrumento, os Agravantes deixaram de se voltar contra os fundamentos da decisão agravada, quais

LivroPopulos.indb 457 23/10/2015 09:53:22

> sejam, necessidade de reexame de provas e incidência da Súmula 83 do STJ, fazendo incidir a Súmula 182 do mesmo Tribunal.
> [...]
> 4. Agravo regimental desprovido.'
> (AgR-AI n° 134-63/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* de 3/9/2013).

Ademais, verifico que, de fato, da irresignação dos Recorrentes, quanto à valoração das provas para configuração dos ilícitos eleitorais, exsurge a pretensão de nova incursão no conjunto fático-probatório dos autos, e não eventual reenquadramento jurídico dos fatos, o que, aí sim, coadunar-se-ia com a cognição realizada nesta sede processual. Captando com invulgar felicidade 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 (...).
> Por outro lado, 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).

Precisamente por isso, o deslinde da controvérsia reclamaria o reexame de fatos e provas, o que é defeso às Cortes Superiores, máxime porque não atuam como terceira instância revisora, a teor dos verbetes das Súmulas nos 7 do STJ e 279 do STF.

Ex positis, nego seguimento ao agravo de instrumento, com base no art. 36, § 6°, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral.

Com efeito, conforme assentado na decisão fustigada, não há como acolher a tese dos Agravantes de existência de provas hialinas e contundentes da configuração da captação ilícita de sufrágio e do abuso do poder econômico sem esbarrar no óbice estabelecido nas Súmulas nos 7 do STJ e 279 do STF. Isso porque, no caso *sub examine,* a inversão do julgado quanto à configuração dos ilícitos implicaria necessariamente nova incursão no conjunto fático-probatório, não se limitando á análise da moldura fática

LivroPopulos.indb 458 23/10/2015 09:53:22

delineada no acórdão fulminado, o qual evidenciou a fragilidade das provas carreadas aos autos.

Frise-se que, 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).

Mais ainda: a consumação da captação ilícita de sufrágio, também na esteira da remansosa jurisprudência desta Corte Superior, pressupõe a existência de provas robustas e incontestes para a configuração do ilícito descrito no art. 41-A da Lei n° 9.504/97, não podendo, bem por isso, encontrar-se a pretensão ancorada em frágeis ilações ou mesmo em presunções, 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. 1°, I, *j*, da LC n° 64/90). Confiram-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, § 2°, 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. [Grifo nosso].
> 4. Interrompidos os atos preparatórios de uma possível captação de votos, não há falar em efetiva consumação da conduta.
> 5. Recursos especiais providos.
> (REspe n° 9582854-18/CE, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, *DJe* de 3.11.2011);

LivroPopulos.indb 459 23/10/2015 09:53:23

> 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.
> *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. [Grifo nosso]
> 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 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. Agravo regimental não provido.
> (AgR-REspe n° 9581529-67/CE, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* de 10.4.2012); e

> RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÃO 2012. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PROVA TESTEMUNHAL. INSUFICIÊNCIA. PROVIMENTO.
> 1. A procedência da representação por captação ilícita de sufrágio exige prova robusta. Ainda que se admita, na espécie, prova exclusivamente testemunhal, deve-se considerar o conjunto e a consistência dos depoimentos.
> 2. No caso vertente, o acervo probatório mostra-se frágil e insuficiente para ensejar as severas penalidades previstas no art. 41-A da Lei n° 9.504/97.
> 3. Recurso especial provido.
> (REspe nº 34610/MG, redator para o acórdão Min. Dias Toffoli, *DJe* de 14.5.2014).

Outrossim, cumpre destacar que a jurisprudência deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que, para configuração do abuso do poder econômico, faz-se necessária a comprovação da gravidade das cir-

LivroPopulos.indb 460 23/10/2015 09:53:23

cunstâncias do caso concreto que caracterizam a prática abusiva, de maneira a macular a lisura da disputa eleitora

Destarte, assentada a fragilidade probatória quanto à ocorrência dos ilícitos no presente caso, verifico que a modificação da conclusão da Corte Regional, a fim de entender configurados o suposto abuso do poder econômico e a alegada captação ilícita de sufrágio, demandaria o reexame dos fatos e provas carreados aos autos, vedado nesta instância especial, *ex vi* das Súmulas nºs 7 do STJ e 279 do STF.

Esse entendimento encontra eco na jurisprudência sedimentada por esta Corte Superior, vejamos:

> ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTOS NÃO AFASTADOS. SÚMULA 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA. DESPROVIMENTO.
> […]
> 2. Conclusão diversa da que chegou a Corte *a quo* a respeito da ausência de configuração das práticas de captação ilícita de sufrágio e abuso de poder econômico demandaria o reexame de fatos e provas, tarefa impossível nesta instância recursal, de acordo com os enunciados 7 do STJ e 279 do STF.
> 3. Não logrando êxito os agravantes em trazer argumentos hábeis a ensejar a alteração da decisão agravada, fica ela mantida por seus próprios fundamentos. Incidência da Súmula 182 do STJ.
> 4. Agravo regimental desprovido.
> (AgR-Respe nº 38707/RN, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 24.11.2014).

Ex positis, desprovejo este agravo.
É como voto.

LivroPopulos.indb 461 23/10/2015 09:53:23

LivroPopulos.indb 462 23/10/2015 09:53:23

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO N° 1489-36. 2010.6.03.0000
CLASSE 37 - MACAPÁ - AMAPÁ
Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Agravante: Ministério Público Eleitoral
Agravado: Carlos Alberto Sampaio Cantuária
Advogados: Jorge Anaice e outros

ELEIÇÕES 2010. AGRAVO REGIMENTAL. EXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL. RECURSO ORDINÁRIO TEMPESTIVO. PERDA DE OBJETO. TÉRMINO DO MANDATO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO.

1. Presentes nos autos outros elementos que revelem a interposição tempestiva do recurso ordinário, deve ser reconhecida, até mesmo de ofício, a existência de erro material na aferição da tempestividade.

2. O recurso ordinário interposto do *decisum* regional está prejudicado pela perda de seu objeto, por não ser mais possível a cassação do diploma em razão do término do mandato eletivo relativo à eleição de 2010, em que foi eleito o agravado.

3. À luz da jurisprudência deste Tribunal, não se verifica o proveito prático e imediato de eventual provimento do recurso ordinário, tendo em vista não ser mais possível auferir nos autos qualquer condenação apta a gerar inelegibilidade futura com base na alínea j do inciso I do art. 1° da Lei Complementar nº 64/90.

4. Esta Corte já firmou orientação de que o mero interesse em discutir tese jurídica, sem demonstração indubitável da utilidade e necessidade do provimento jurisdicional, não habilita a reforma da decisão que declara a perda de objeto do recurso.

5. Agravo regimental parcialmente provido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em prover parcialmente o agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 19 de março de 2015.

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – RELATORA

LivroPopulos.indb 463 23/10/2015 09:53:23

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: Senhor Presidente, cuida-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, com fundamento no art. 36, §§ 8º e 9°, do Regimento Interno do Superior Tribunal Eleitoral, de decisão monocrática por mim proferida que negou seguimento ao recurso ordinário.

A decisão agravada (fl. 485-486) negou seguimento ao recurso por manifesta intempestividade, tendo em vista sua protocolização em 16.11.2011, após findo o prazo, em 14.11.2011, e por perda de objeto, já que o recurso versa sobre suposta captação ilícita de sufrágio praticada nas eleições de 2010.

Em suas razões (fls. 489-494), o agravante sustenta a tempestividade do recurso interposto. Alega que, conforme a certidão de fl. 401, os autos foram remetidos ao Tribunal Regional Eleitoral do Amapá em 14.11.2011, havendo carimbo, no verso da fl. 403, apontando o recebimento dos autos na Secretaria Judiciária do TRE/AP em 14.11.2011, prazo final para a interposição do recurso.

O agravante defende, ainda, a inaplicabilidade do fundamento de perda de objeto. Argumenta que, embora tenha ocorrido o encerramento do mandato eletivo, persiste o interesse processual no que se refere à cominação da multa prevista na legislação. No ponto, cita jurisprudências desta Corte Superior (fl. 493).

Sobre o tema, acrescenta que, mesmo afastada a aplicação da multa, permanece o interesse processual do MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, pois o reconhecimento da prática de captação ilícita de sufrágio é fato constitutivo de inelegibilidade pelo prazo de 8 (oito) anos, de acordo com previsão do art. 1°, inciso I, alínea j, da Lei Complementar n° 64/90. Ainda, sustenta ser entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal e por este Tribunal Superior a aplicação da LC n° 135/2010 a fatos anteriores à sua vigência.

O agravante requer, por fim, a reconsideração da decisão agravada para o provimento do recurso ordinário. Caso mantida a decisão, requer seja o agravo submetido à apreciação do Colegiado.

É o relatório.

LivroPopulos.indb 464 23/10/2015 09:53:23

VOTO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora): Senhor Presidente, de início, verifico a tempestividade do agravo regimental, o interesse e a legitimidade.

Nas razões de agravo regimental, o agravante sustenta a tempestividade do recurso ordinário, argumentando que são suficientes para demonstrá-la o termo de remessa, constante da fl. 401, datado de 14.11.2011, o qual foi subscrito por servidor da Secretaria do Ministério Público Federal, e o carimbo de recebimento da Secretaria Judiciária do TRE/AP, datado de 14.11.2011, que se encontra no verso da fl. 403.

A existência de erro material quanto à tempestividade do recurso deve ser reconhecida até mesmo de ofício. Numa leitura mais acurada do caderno processual, verifico que, na certidão de fl. 427, foi atestada a interposição tempestiva do recurso em 14.11.2011.

Assim, em que pese o carimbo de recebimento constante do verso da fl. 403, a que faz menção o agravante não estar assinado, o que não ensejaria a reforma pretendida, há outros elementos que revelam a interposição tempestiva do recurso.

No que tange à inocorrência da perda de objeto, no entanto, sem razão o agravante.

Anote-se que o Tribunal *a quo* julgou improcedente o pedido formulado na representação proposta em face de CARLOS ALBERTO SAMPAIO CANTUÁRIA, deputado estadual, em razão da ausência de provas inequívocas e irrefutáveis que comprovassem a conduta ilícita que lhe foi imputada.

Como cediço, esta Corte firmou a compreensão de que a representação por captação ilícita de sufrágio tem como penas, para fins do art. 41-A da Lei n° 9.504/97, a aplicação cumulativa de multa e cassação de registro/diploma.

Nessa linha, destaco os seguintes precedentes:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. REPRESENTAÇÃO. DEPUTADO ESTADUAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. COMPROVAÇÃO. DIPLOMA. CASSAÇÃO. MULTA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MORTE. PERDA DE OBJETO. PREJUDICIALIDADE. 1. Na espécie, com o falecimento do embargante, não há como aplicar-lhe a sanção de cassação do diploma, o que torna insubsistente a multa aplicada, nos termos do art. 41-A da Lei n° 9.504/97.

LivroPopulos.indb 465 23/10/2015 09:53:23

> 2. As sanções estabelecidas pelo art. 41-A da Lei n° 9.504/97 multa e cassação do registro ou do diploma são cumulativas. Verificada a perda do objeto por força do término dos mandatos, inexiste propósito para a sequência do processo sob alegada subsistência da cominação de multa (AgR-RO n° 1538/AP, Rel. Min. Laurita Vaz, de 12.9.2013).
> 3. Embargos de declaração acolhidos, para consignar o prejuízo do recurso ordinário e a insubsistência da multa aplicada.
> (ED-RO n° 1510-12/AP, rel. Min. LUCIANA LÓSSIO, *DJe* de 27.3.2014; sem grifos no original).
>
> CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO – SANÇÕES. *As sanções previstas na Lei n° 9.504/1997 — multa e cassação de registro – são cumulativas, desaguando, ante o encerramento do mandato, na impossibilidade jurídica de impor-se apenas a multa*. Precedente: Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n° 955974377, Relatora Ministra Laurita Vaz, *DJe* de 28.8.2013.
> DIREITO – ORGANICIDADE E DINÂMICA. O Direito, especialmente o instrumental, é orgânico e dinâmico, não se podendo voltar a fase ultrapassada. Em sede extraordinária, não se julga matéria pela vez primeira.
> (REspe n° 255797-68/SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO, *DJe* de 28.2.2014; sem grifos no original).
>
> ELEIÇÕES 2006. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. DEPUTADO ESTADUAL E PRIMEIRO SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS E MULTA. IMPOSSIBILIDADE. TÉRMINO DOS MANDATOS. PERDA DE OBJETO. DESPROVIMENTO.
> 1. O recurso ordinário interposto do acórdão regional está prejudicado pela perda de seu objeto diante do término do mandato eletivo 2007-2010.
> 2. As sanções estabelecidas pelo art. 41-A da Lei n° 9.504/97 multa e cassação do registro ou do diploma são cumulativas. Verificada a perda do objeto por força do término dos mandatos, inexiste propósito para a sequência do processo sob alegada subsistência da cominação de multa.
> 3. Agravo regimental desprovido.
> (AgR-RO n° 1.538 [47232-24]/AP, rel. Min. LAURITA VAZ, *DJe* de 2.10.2013).

Advirto que, até o presente momento, nestes autos, não houve qualquer condenação, sendo forçoso concluir que se mostra inviável o conhecimento do recurso ordinário em razão de estar prejudicado por perda de objeto.

LivroPopulos.indb 466 23/10/2015 09:53:23

Ao contrário do que defende o agravante, não se verifica proveito prático e imediato do eventual provimento do recurso, porque não ser mais possível a cassação do diploma do agravado em razão do término de seu mandato, sendo, portanto, inviável o prosseguimento do processo para fins de aplicação unicamente da sanção de multa.

A propósito, alinha-se, ilustrativamente, dentre outros, o seguinte julgado deste Tribunal, *in verbis:*

> **ELEIÇÕES 2008. REGISTRO DE CANDIDATURA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL. PERDA DE OBJETO. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO AFASTADOS.**
> I - O interesse em recorrer está consubstanciado no binômio necessidade e utilidade, as quais devem ser aferidas com a obtenção de êxito do julgamento do próprio recurso.
> II - Da leitura das razões recursais, não se extrai argumentos relevantes, aptos a afastar a decisão agravada.
> III - Agravo regimental desprovido.
> (AgR-REspe n° 31.642/MG, rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, publicado na sessão de 26.11.2008; sem grifos no original)

Vale destacar que esta Corte, no julgamento do AgR-AI n° 2880-90/PB, de relatoria da Ministra LAURITA VAZ, publicado no *Diário da Justiça Eletrônico* de 8.5.2014, reconheceu que não há como prosseguir o julgamento do feito se não mais existe mandato a perseguir. Por elucidativo, transcrevo os seguintes excertos do voto proferido pelo Ministro HENRIQUE NEVES DA SILVA, *in verbis*:

> [...] a partir de uma ação fundada no artigo 30-A pode surgir a inelegibilidade prevista na alínea j do inciso I do artigo 1° da Lei Complementar n° 64 de 1990:
> [...]
> Mas essa inelegibilidade é consequência da procedência da ação e, consequentemente, da cassação do diploma ou do registro. Não há como manter um processo que tem como objeto único a cassação do diploma e do registro. Se não existe mais mandato, não existe mais diploma a ser cassado, portanto o processo está prejudicado.
> Ao contrário, na situação inversa, quando as instâncias ordinárias julgam procedente este tipo de ação, aí sim, por permanecer a inelegibilidade, é que temos reconhecido que não há perda do objeto, porque resta uma consequência para a parte.

É mister que o agravante demonstre o prejuízo concreto a que estaria submetido com o julgamento do recurso ordinário que culminou com a declaração de perda de objeto, o que, enfatizo, não ocorreu. Com efeito, há mero

LivroPopulos.indb 467 23/10/2015 09:53:23

interesse em discutir tese jurídica, sem, contudo, demonstrar-se indubitável utilidade e necessidade do provimento jurisdicional.

Leia-se, a propósito, o seguinte julgado deste Tribunal:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÃO MUNICIPAL. 2012. PREFEITO. REGISTRO DE CANDIDATURA. PERDA DO OBJETO. 1° COLOCADO COM MAIS DE 50% DOS VOTOS. AUSÊNCIA DE UTILIDADE-NECESSIDADE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PODER JUDICIÁRIO. FUNÇÃO CONSULTIVA. HIPÓTESES RESTRITAS. DESPROVIMENTO.
> 1. A chapa integrada pelo ora agravado ficou na segunda colocação no pleito majoritário no Município de Canas/SP, tendo o primeiro colocado obtido mais de 50% (cinquenta por cento) dos votos válidos.
> 2. A pretensão do agravado, que, no presente processo, consubstanciava-se no deferimento do pedido de registro de candidatura para que fosse eleito prefeito do Município de Canas/SP, está prejudicada pela perda superveniente do objeto da ação registro de candidatura.
> 3. *A pretensão da agravante também está prejudicada, porquanto não está presente o binômio utilidade-necessidade, que comp6e o Instituto do Interesse de agir, pois não demonstrou o prejuízo concreto a que estaria submetida com s declaração de perda de objeto do recurso especial, tampouco a necessidade do provimento jurisdicional. Precedentes do STJ.*
> *4. O mero interesse de obter do Judiciário a manifestação acerca de teses jurídicas, como pretende o agravante acerca da inelegibilidade do agravado, não autoriza o prosseguimento da demanda, haja vista que o Poder Judiciário, fora hipóteses restritas, não age como mero órgão de consulta. Precedente do STJ.*
> *(AgR-REspe n° 397-03/SP, rel. Min. DIAS TOFFOLI, publicado na sessão de 20.11.2012; sem grifos no original).*

Nessas condições, entendo que não se verifica proveito prático e imediato do eventual provimento do recurso ordinário, tendo em vista a impossibilidade de auferir nos autos qualquer condenação apta a gerar inelegibilidade futura com base na indigitada alínea *j* do inciso I do art. 1º da LC n° 64/90.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao agravo regimental para reconhecer a tempestividade do recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO, mantendo, no mais, a conclusão do *decisum*.

É como voto.

LivroPopulos.indb 468 23/10/2015 09:53:23

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CAUTELAR Nº 1944-43.2014.6.00.0000 - CLASSE 1 – PEDRANÓPOLIS – SÃO PAULO

Relator: Ministro Admar Gonzaga
Agravante: Coligação União e Progresso
Advogados: Marcos Roberto de Lollo e outro
Agravados: José Roberto Martins e outro
Advogados: Hélio Freitas de Carvalho da Silveira e outros

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CAUTELAR. DECISÃO LIMINAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. EXCEPCIONALIDADE DEMONSTRADA.

1. A atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial – apelo que, nos termos do art. 257 do Código Eleitoral, é desprovido de tal efeito –é medida excepcional, apenas admissível quando demonstrados o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação e a plausibilidade jurídica das razões recursais.

2. O *periculum in mora* fica evidenciado quando existe o risco concreto de afastamento do mandatário em razão da suposta prática de captação ilícita de sufrágio.

3. Plausibilidade jurídica consistente na verossimilhança das alegações de ausência de robustez do contexto de provas que embasou a condenação por captação ilícita de sufrágio e de uso de elementos probatórios colhidos em sede de inquérito civil público, em contrariedade ao art. 105-A da Lei nº 9.504/97.

4. "É de todo inconveniente a sucessividade de alterações na superior direção do Poder Executivo, pelo seu indiscutível efeito instabilizador na condução da máquina administrativa e no próprio quadro psicológico dos munícipes, tudo a acarretar descrédito para o Direito e a Justiça Eleitoral" (AgR-AC nº 2.241, rel. Min. Ayres Britto, DJ de 1º.2.2008).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 24 de março de 2015.

ADMAR GONZAGA– RELATOR

LivroPopulos.indb 469 23/10/2015 09:53:23

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, a Coligação União e Progresso interpôs agravo regimental (fls. 1.124-1.133v), com pedido de reconsideração, contra a decisão de fls. 1.097-1.105, por meio da qual deferi o pedido de liminar para conferir efeito suspensivo ao agravo interposto nos autos do Recurso Eleitoral n° 969-33 e sustar os efeitos dos acórdãos regionais até o julgamento do apelo pelo TSE, determinando que os autores permanecessem no exercício dos cargos de prefeito e vice-prefeito ou fossem reconduzidos, caso já afastados.

Reproduzo o relatório da decisão agravada (fls. 1.097-1.100):

> *José Roberto Martins e Belizário Ribeiro Donato, prefeito e vice-prefeito eleitos do Município de Pedranópolis/SP, propõem ação cautelar, com pedido de liminar, a fim de atribuir pedido de efeito suspensivo a agravo apresentado contra decisão denegatória de recurso especial, interposto em face do* acórdão *proferido nos autos do Recurso Eleitoral n" 969-33, pelo qual o Tribunal Regional Eleitoral desproveu os recursos eleitorais dos autores, no que tange* à condenação por conduta vedada prevista do art. 73, VI, b, da *Lei nº 9.504/97, e deu provimento ao* recurso *eleitoral da Coligação União e Progresso para reconhecer, também, a captação ilícita de sufrágio, cassando os diplomas dos autores, impondo-lhes multa e sanção de inelegibilidade.*
>
> Os autores alegam, em síntese, que:
>
> a) o perigo da demora está demonstrado, devido ao dano irreparável decorrente da perda do mandato eletivo, segundo o entendimento do STF, e, no caso dos autos, a realização de novas eleições acarretaria grande prejuízo material, o que autoriza a concessão da tutela de urgência;
> b) a decisão que inadmitiu o recurso especial é inapropriada, incompleta e contraditória em relação ao decisum que admitiu o recurso especial interposto da AIME n° 973-70, na qual se discutem os mesmos fatos da AIJE n° 969-33, objeto dos autos, o que gera insegurança jurídica e perplexidade aos cidadãos do Município de Pedranópolis;
> c) a AIJE foi lastreada apenas em provas produzidas nos autos da AIME, que tem origem em prova ilícita;
> d) a AIME n° 973-70 foi precedida do Inquérito Civil n° 14.0685.0000376/2012-6, o que é vedado pelo art. 105-A da Lei n° 9.504/97, razão pela qual são nulas e ilícitas as provas derivadas do referido procedimento inquisitório, a teor da jurisprudência desta Corte Superior;

LivroPopulos.indb 470 23/10/2015 09:53:23

e) a disciplina dos feitos eleitorais não admite que as provas sejam produzidas sem o crivo do contraditório para, depois, subsidiarem pretensões punitivas pelo *Parquet*;
f) no caso, como todas as provas decorreram da prova ilícita, deve ser decretada a nulidade do conjunto probatório, aplicando-se a teoria dos frutos da árvore envenenada, a teor dos arts. 157, *caput* e §§ 1°, 2° e 3°, do CPP e 5°, LIV, da Constituição Federal;
g) não há falar em preclusão, pois a questão foi suscitada em sede de embargos e, além disso, a licitude da prova constitui matéria de ordem pública que pode ser apreciada de ofício pelo julgador, em atenção aos arts. 93, IX, da Constituição Federal; 275, I e II, do Código Eleitoral; 535, I e II, 267, § 3°, 245, parágrafo único, e 303, II, do CPC;
h) o *fumus boni juris* é incontestável, porquanto se reconhece ou a afronta aos dispositivos citados quanto ao mérito e a patente divergência jurisprudencial, ou a existência de omissão do julgado decorrente do poder-dever de apreciar matéria de ordem pública;
i) é inepta a petição inicial da AIJE, por descrever de forma genérica os fatos e não identificar nenhuma pessoa que tenha recebido as supostas benesses, em ofensa aos arts. 282, III, e 295, I, c.c o parágrafo único, I e II, do CPC;
j) houve supressão de instância, uma vez que o Tribunal Regional se manifestou sobre a prática de captação ilícita de sufrágio e de abuso de poder pela primeira vez, sem que o juiz de primeiro grau tenha julgado a matéria, pois este decidira pela insuficiência de provas e pela deficiência da petição inicial. Diante dessas circunstâncias, a sentença devia ter sido anulada para que o magistrado apreciasse o mérito da demanda, na linha do que prescrevem os arts. 128, 165, e 458, II, 459 e 460 do CPC e 5°, XXXV, da Constituição Federal;
k) não é possível a cassação de diploma ou de mandato em sede de AIJE, sendo a AIME o único meio processual admitido pelo ordenamento jurídico para se impugnarem diplomas e mandatos já constituídos, de acordo com o que decidiu este Tribunal no julgamento da AC n° 62222, DJ de 18.9.2013;
l) o recurso especial não visa ao reexame de provas, mas à correta valoração jurídica dos fatos, o que é permitido;
m) houve contrariedade aos arts. 41-A da Lei n° 9.504/97, 22, XIV e XVI, da LC n° 64/90 e 14, §§ 9°, 10 e 11, da Constituição Federal, pois as provas dos autos não indicam a ocorrência dos ilícitos de forma incontestável, o que é exigido pela jurisprudência do TSE;
n) faz-se necessária a complementação da prestação jurisdicional para que a prova oral produzida na ação penal seja

LivroPopulos.indb 471 23/10/2015 09:53:23

apreciada, haja vista configurar prova nova (art.397 do CPC), devendo ser examinada em respeito aos arts. 23 da LC n° 64/90, 130 e 131 do CPC;
o) não ficou configurado o abuso de poder, à míngua da existência do potencial lesivo do ato, que constitui requisito ínsito à própria noção de abuso, não obstante a alteração legislativa no sentido de se considerar apenas a gravidade da conduta.

Ao final, requerem, em caráter sucessivo:

a) o deferimento da liminar, *inaudita altera pars*, para que seja atribuído efeito suspensivo aos recursos e sejam sustados os efeitos dos acórdãos exarados;
b) o efeito ativo, caso o juízo negativo de admissibilidade seja óbice à concessão de efeito suspensivo, para tornar insubsistente a negativa de seguimento do especial, garantindo o exercício dos mandatos eletivos;
c) a citação da ré e, ao final, a confirmação da liminar, com a procedência da cautelar proposta.

É o relatório.
A agravante alega, em suma, que:

a) a decisão agravada deve ser reformada, pois, apesar de os fatos delineados nos votos vencedores do acórdão regional terem demonstrado a efetiva prática da captação ilícita de sufrágio, o relator buscou trechos constantes dos votos vencidos para fundamentar o deferimento do pedido liminar;
b) não procede a alegação de que a execução do acórdão regional causaria dano irreparável aos agravados, nem se justifica a flexibilização do disposto no art. 257 do Código Eleitoral, uma vez que o contexto fático das provas produzidas nos autos demonstra claramente que houve captação ilícita de sufrágio mediante o uso do programa social;
c) o disposto no art. 105-A não se aplica ao caso dos autos, porquanto todos os depoimentos produzidos na AIME 873-70 "*foram colhidos sob o crivo do contraditório, ou seja, com a participação do MPE e dos autores, sendo que estes vieram a corroborar com os fatos tratados nestes autos. Portanto,* [em] *toda relação fática traçada nos autos foram observadas as premissas constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sendo que o reconhecimento da captação ilícita de sufrágio decorreu destas, ou seja, não observou qualquer procedimento administrativo no âmbito do Ministério Público*" (fl. 1.129v);
d) *"o art. 105-A, da Lei nº 9.504/97, em sua essência, é totalmente incompatível com a constituição federal, já que afronta o art. 129, inciso III, da CF/88"* (fl. 1.130v);

LivroPopulos.indb 472 23/10/2015 09:53:23

> e) não há falar em inépcia da inicial, nem em supressão de instância, porquanto tais alegações não foram prequestionadas pelo acórdão regional;
> f) não procede a alegação de que não seria possível a cassação de diploma de candidato eleito por meio de condenação proferida em sede de AIJE, haja vista que, além de a cassação ser expressamente prevista pelo art. 22, XIV, da Lei Complementar n° 64/90, "*a consequência natural da procedência da AIJE, caso já diplomado o candidato, é a cassação do diploma*" (fl. 1.133).

Requer o provimento do agravo regimental, a fim de que seja acolhido o pedido de reconsideração. Caso assim não se entenda, requer seja o presente agravo submetido à apreciação desta Corte.

O pedido de reconsideração foi indeferido pela Presidência, durante as férias forenses, conforme a decisão de fls. 1.156-1.159.

Por despacho à fl. 1.163, em observância ao princípio do contraditório, determinei a intimação dos agravados para, assim querendo, se manifestarem.

José Roberto Martins e Belizário Ribeiro Donato apresentaram suas contrarrazões, às fls. 1.165-1.170, pugnando pelo não provimento do agravo regimental e, consequentemente, pela manutenção da decisão agravada, sob os seguintes argumentos:

> a) a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral se firmou no sentido da constitucionalidade do art. 105-A da Lei n° 9.504/97, do que se infere a impertinência deste fundamento recursal;
> b) apesar de a agravante ter tentado demonstrar que a AIJE n° 969-33 (que se relaciona a esta cautelar) e a AIME nº 973-70 (que apura os mesmos fatos apurados naquela AIJE e que foi precedida de Inquérito Civil) teriam significativas diferenças que impossibilitariam a aplicação do art. 105-A da Lei nº 9.504/97, "o mero exame dos acórdãos exarados em ambos os processos de conhecimento indica, com clareza, que (a) os fatos que levaram à caracterização da captação ilícita de sufrágio e compra de votos são os mesmos e que (b) a prova utilizada em ambos os casos foi a mesma prova contaminada pela ilicitude prescrita pelo art. 105-A da Lei das Eleições" (fl. 1.167);
> c) a procedência da AIJE n° 969-33 se deu com base nas provas ilícitas, produzidas nos autos da AIME n° 973-70, que lhes foram emprestadas;
> d) a decisão agravada considerou que existem sérias dúvidas sobre a subsunção dos fatos ao ilícito do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, ressaltando que, na visão do TSE, a alegação

LivroPopulos.indb 473 23/10/2015 09:53:23

de compra de votos por meio de programas sociais merece apreciação mais cautelosa;
e) o entendimento jurisprudencial que vigora perante o TSE é no sentido de que "a *captação ilícita de sufrágio que se pretenda provar por meio de testemunhos exige robustez, solidez e consistência dos depoimentos"* (fl. 1.168);
f) a decisão agravada só fez referência aos votos vencidos para demonstrar a divergência que existiu no julgamento proferido pela Corte Regional;
g) a liminar deve ser mantida para garantir a segurança administrativa e evitar o rodízio de pessoas na administração municipal.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA (relator): Senhor Presidente, o apelo foi interposto em 28.12.2014 (fl. 1.124), por advogado devidamente habilitado nos autos (procuração às fls. 1.118), em data anterior à publicação da decisão agravada, que ocorreu no *DJE* de 2.2.2015 (fl. 1.161).

Apesar disso, a decisão agravada, datada de 19.12.2014, já se encontrava materializada no processo, cujos autos já haviam sido remetidos à Secretaria Judiciária desta Corte Superior no mesmo dia para comunicação ao TRE/SP e, portanto, estavam disponíveis para consulta das partes e dos interessados.

Ressalto que esta Corte Superior já entendeu ser *"tempestivo o agravo prepóstero interposto contra decisão monocrática,* a cujo *inteiro teor as partes têm acesso nos próprios autos, antes da respectiva publicação"* (AgR-REspe n° 143-21, rel. Min. Luciana Lóssio, PSESS em 20.11.2012).

Assim, o agravo regimental é tempestivo.

Reafirmo os fundamentos da decisão agravada (fls. 1.100-1.105):

> *No caso em exame, os autores, prefeito e vice-prefeito eleitos do Município de Pedrópolis/SP, propõem ação cautelar, postulando a sustação dos efeitos da decisão do Tribunal Regional Eleitoral que manteve, à unanimidade, a condenação por conduta vedada imposta pelo Juízo Eleitoral, reconhecendo, ainda, por maioria, a captação ilícita de sufrágio.*
> *No caso, a cautelar dirige-se, em suma, contra a condenação com base no ad. 41-A da Lei n° 9.504/97, já que, em relação à conduta vedada do art. 73, VI, b, do mesmo diploma, foi imposta apenas multa pelo Juízo Eleitoral, o que foi mantido no âmbito da Corte de origem, conforme esclareceu o relator Juiz L.G. Costa Wagner (fl. 948).*

LivroPopulos.indb 474 23/10/2015 09:53:23

O recurso especial de fls. 853-928 não foi admitido na origem, conforme a decisão de fl. 998, tendo sido interposto agravo (fls. 1.001-1.011).
O exame da ação cautelar que visa à concessão de efeito suspensivo a recurso especial - que, por força do art. 257 do Código Eleitoral, é desprovido de tal efeito - pressupõe ter sido o apelo admitido na origem ou no exame do respectivo agravo por esta Corte, a quem cabe a definição final sobre o conhecimento do recurso especial.
Nesse sentido. "A admissão da concessão do efeito suspensivo a recurso apenas se admite excepcionalmente, desde que pleiteado mediante ação cautelar na qual fique evidenciada a presença de *fumus boni juris e periculum in mora*; entendimento que também é aplicável ao agravo nos próprios autos interposto de decisão que inadmite recurso especial" *(AgR-REspe nº 669-12, rel. Min. Maria Thereza, DJE da 7. 10.2014).*

Examino, assim, os pressupostos para a concessão da medida.

No caso, está evidenciado o periculum in mora, tendo em vista a condenação mantida pelo Tribunal a quo e a notícia indicada pelos autores de que foi negada a pretensão da suspensão dos efeitos da decisão regional, pela Presidência do Tribunal a quo*, nos autos da Ação Cautelar nº 7878-56, proposta naquela instância (fl. 9).*
Realmente consta do Sistema de Acompanhamento Processual do Tribunal que o Presidente do TRE/SP assim decidiu a indigitada cautelar: "Considerando-se que "a concessão de efeito suspensivo a recurso especial depende, essencialmente, da demonstração da viabilidade do apelo de natureza extraordinária" (AgR-AC n° 16.876, Rel. Min. Marcelo Ribeiro), e tendo em vista a negativa de seguimento ao recurso especial interposto nos autos do processo n° 969-33.2012.6.26.0302, em razão do óbice contido na Súmula 7/STJ, INDEFIRO o pleito almejado nesta cautelar".

Por outro lado, quanto à *plausibilidade do direito invocado, observo que a Corte de origem, quanto à captação ilícita de sufrágio, assentou que "o* conjunto probatório coligido nos autos demonstra cabalmente a captação ilícita de sufrágio realizada pelo ora recorrido José Roberto Martins, qual seja, um esquema de utilização de programa social do município durante o período eleitoral com nítido escopo eleitoreiro, consubstanciado na realização de reformas em casos de eleitores em troca de votos" (fl. 621).

Conforme já foi dito, o Presidente do Tribunal a quo *negou seguimento ao apelo por* entender *que, para alterar a conclusão do TRE, seria necessária uma* "nova incursão na seara

LivroPopulos.indb 475 23/10/2015 09:53:23

fático-probatória, o que, no entanto, é vedado em sede de recurso especial".
Em que pese o fundamento da decisão referente ao juízo de admissibilidade, observo que o Juízo Eleitoral julgou parcialmente procedente a representação, reconhecendo apenas a referida conduta vedada.

No que tange à captação ilícita de sufrágio, o Tribunal Regional Eleitoral, por maioria, entendeu configurada a infração, mas se formaram três correntes no julgamento:

a) a relatora designada, Diva Malerbi, deu provimento ao recurso da Coligação União e Progresso para cassar os diplomas e impor a multa;
b) o relator Juiz L.G. Wagner negou provimento ao mesmo apelo;
c) o Desembargador Mário Devienne Ferraz e o Juiz Alberto Zacharias Toron votaram no sentido de anular em parte a sentença, restituindo os autos à origem para o julgamento da matéria referente á captação ilícita de sufrágio na AIJE, por entenderem que o Juízo Eleitoral não apreciou tal imputação, caracterizando a nulidade da sentença, e que o exame da matéria desde logo implicaria supressão de instância.

Entre as diversas alegações expostas, aduz-se que a condenação por captação ilícita de sufrágio exigiria prova robusta e inconcussa, o que não se averiguou na espécie.

No ponto, a relatora designada concluiu que "restou demonstrada a manipulação do referido programa social com nítido escopo eleitoral" *(fl. 629).*

Por sua vez, o relator L.G. Wagner, que ficou vencido, entendeu que "as provas não são convincentes a ponto de levar a tão séria consequência, que é a cassação de mandatos" (fl. 650), salientando que "há, em Pedranópolis, lei municipal autorizando a reforma de casas para a população de baixa renda (fls. 193-198), havendo inclusive, previsão orçamentária do município para essa finalidade (fls. 199/239)" *(fl. 650).*

Diante da maioria formada no âmbito *do Tribunal Regional Eleitoral, que reformou a decisão de primeiro grau e reconheceu o ilícito, entendo que o caso merece uma análise mais detida, diante da complexidade do fato que envolve a compra de votos em decorrência de utilização de programa social.*

De outra parte, anoto que este Tribunal recentemente discutiu a questão alusiva à configuração da captação ilícita de sufrágio mediante a prova de natureza testemunhal.

Destaco a ementa desse julgado, em que o Ministro Dias Toffoli ficou relator para o acórdão.

LivroPopulos.indb 476 23/10/2015 09:53:23

RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÃO 2012. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PROVA TESTEMUNHAL. INSUFICIÊNCIA. PROVIMENTO.

1. A procedência da representação por captação ilícita de sufrágio exige prova robusta. Ainda que se admita, na espécie, prova exclusivamente testemunhal, deve-se considerar o conjunto e a consistência dos depoimentos.

2. No caso vertente, o acervo probatório mostra-se frágil e insuficiente para ensejar as severas penalidades previstas no art. 41-A da Lei n° 9.504/97.

3. Recurso especial provido.

(REspe n° 346-10, relª Minª Luciana Lóssio, relator designado Min. Dias Toffoli, DJE de 14.5.2014, grifo nosso.)

Nesse julgamento, ponderou o Ministro Gilmar Mendes que "isso é um estímulo à judicialização. [...] Imaginem o ambiente que se forma em termos de eleição. [...] É preciso emprestar seriedade que signifique um exame, um escrutínio mais intenso do art. 41-A da Lei n° 9.504/1997".

Diante desse contexto, tenho como evidenciada a verossimilhança da *argumentação exposta no recurso especial.*

Além disso, os autores apontam que foi proposta uma ação de impugnação de mandato eletivo, que o recurso eleitoral igualmente teria sido julgado no Tribunal Regional Eleitoral, conforme se infere do acórdão acostado às fls. 761-808, e que foi interposto recurso especial, admitido pela Presidência da Corte de origem, com a concessão de efeito suspensivo na Ação Cautelar nº 7877-71.

Em consulta ao Sistema de Acompanhamento Processual, verifico que realmente o pedido da liminar foi deferido, uma vez que, conforme consignou o Presidente da Corte de origem, "segundo constou do acórdão, o Plenário acolheu, nos autos do processo principal, elementos colhidos em inquérito civil, o que, em princípio, vai contra o disposto no art. 105-A da Lei das Eleições e a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral".

E, no ponto, o prefeito e o vice-prefeito eleitos argumentam que, "na medida em que a AIME e a AIJE (com relação ao ilícito do art. 41-A da Lei n° 9.504/97) versavam sobre os mesmos fatos e na medida em que a procedência da AIJE decorreu do uso de provas emprestadas na AIME, soa paradoxal admitir-se o processamento de recurso especial (com atribuição de efeito suspensivo) em razão da ilicitude da prova (art. 105-A da Lei 9.504/97) e não se adotar idêntica postura na outra que apreciou os mesmos fatos com base nas mesmas provas" *(fl. 10)*.

LivroPopulos.indb 477 23/10/2015 09:53:24

> *Tal matéria foi suscitada nos embargos de declaração opostos na Corte de origem, tendo o Tribunal* a quo *entendido que tais questões não poderiam ser examinadas, porquanto não suscitadas no recurso eleitoral (fl. 1.065), e os autores, no recurso especial, alegaram ofensa aos arts. 275, I e II, do Código Eleitoral e 535, I e II, do* Código de Processo Civil.
>
> Tais questões, a meu ver, com aparente verossimilhança diante de todo o contexto averiguado na presente demanda, igualmente indicam, em juízo efêmero, a necessidade de seu exame oportuno e mais detido.
>
> Em face disso, tenho por evidenciado o *fumus boni iuris*.
>
> *Pelo exposto,* ***defiro o pedido de liminar*** *para conferir efeito suspensivo ao agravo interposto nos autos do Recurso Eleitoral nº 969-33 e sustar os efeitos dos acórdãos regionais até o julgamento do apelo pelo TSE, devendo os autores permanecer no exercício dos cargos de prefeito ou ser reconduzidos, caso já tenham sido afastados.*

A agravante aduz que não estaria evidenciado, no caso, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação e a plausibilidade jurídica da pretensão recursal, o que revelaria a inadequação de atribuição de efeito suspensivo ao apelo.

Sustenta que, de acordo com as premissas fáticas registradas pelo Tribunal de origem, está comprovada a prática de captação ilícita de sufrágio, consistente na concessão de benesses decorrente de programas sociais em troca de votos, conclusão que seria insuscetível de revisto em sede extraordinária.

Alega que a decisão agravada teria se lastreado exclusivamente em informações constantes da corrente minoritária, que, na linha da jurisprudência desta Corte Superior, não poderiam ser consideradas para fins de prequestionamento.

De início, quanto à alegação de inexistência do *periculum in mora*, reitero o que consignei na decisão agravada: os autores não obtiveram sucesso, no bojo da ação cautelar proposta perante a Corte de origem, quanto ao pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial interposto, persistindo, portanto, a condenação pela prática de conduta vedada e de captação ilícita de sufrágio e o risco iminente de afastamento dos autores dos respectivos mandatos.

Ressalto que a supressão do mandato popular, cuja principal característica é a limitação temporal, consiste em lesão irreparável à esfera jurídica do eleito. Nesse sentido, cito o seguinte julgado:

LivroPopulos.indb 478 23/10/2015 09:53:24

> AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. EFEITO SUSPENSIVO. CONCESSÃO. AÇÃO DE PERDA DE MANDATO ELETIVO. DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA SEM JUSTA CAUSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO VERSUS ENQUADRAMENTO JURÍDICO DE FATOS. NÃO-PROVIMENTO.
> *1. A concessão de efeito suspensivo por meio de cautelar, cuja decisão, em exame perfunctório, reconhece novo enquadramento jurídico dos fatos sem extrapolar a moldura constante do v. acórdão* a quo, *para fins de exame do* fumus boni iuris - *probabilidade de* êxito *do recurso especial eleitoral - não encontra* óbice *no Enunciado n° 7 da Súmula do c. STJ.*
> *2. Cabível o deferimento de ação cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial eleitoral ante a probabilidade de* êxito *do citado recurso e o perigo de dano irreparável consistente na supressão de mandato eletivo.*
> 3. Agravo regimental não provido.
> (AgR-AC n° 2.533, rel. Min. Felix Fischer, *DJE* de 15.9.2008, grifo nosso.)

No mais, é entendimento assente nesta Corte Superior "*ser conveniente evitar sucessivas alterações no exercício dos mandatos afetivos, em especial da chefia do Poder Executivo"* (AgR-AC n° 1.702, rel. Min. *Caputo* Bastos, *DJ* de 14.10.2005). No mesmo sentido, cito: *"É de todo inconveniente a sucessividade das alterações na superior direção do Poder Executivo, pelo seu indiscutível efeito instabilizador na condução da máquina administrativa e no próprio quadro psicológico dos munícipes, tudo a acarretar descrédito para o Direito e a Justiça Eleitoral"* (AgR-AC n° 2.241, rel. Min. Ayres Britto, *DJ* de 1°.2.2008).

Portanto, ante o risco de afastamento imediato do exercício do mandato, realismo que ficou evidenciado o *periculum in mora.*

No que tange à caracterização do ilícito descrito no art. 41-A da Lei n° 9.504/97, esclareço que a decisão agravada, ao fazer alusão ao voto do relator originário do feito, apenas ressaltou a controvérsia instaurada na Corte de origem a respeito da robustez do contexto probatório dos autos, notadamente da prova testemunhal.

Como é cediço, na hipótese da infração descrita no art. 41-A da Lei n° 9.504/97, cujas consequências jurídicas são deveras graves, a prova do ilícito e da participação ou anuência do candidato deve ser precisa, contundente, irrefragável, como demonstra a jurisprudência deste Tribunal:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AIJE. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ACERVO PROBATÓRIO INCOERENTE E INSUFICIENTE.

LivroPopulos.indb 479 23/10/2015 09:53:24

REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO.
[…]
3. Para a configuração da captação ilícita de sufrágio, é necessária a presença de prova robusta e inconteste, além da comprovação da participação direta ou indireta do candidato nos fatos tidos por ilegais, bem como da benesse ter sido ofertada em troca de votos. Precedentes.
4. Agravo regimental desprovido.
(AgR-AI n° 11453-74, rel. Min. Marcelo Ribeiro, *DJE* de 17.10.2011, grifo nosso.)

RECURSOS ESPECIAIS ELEITORAIS. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. PROVA ROBUSTA. INEXISTÊNCIA. PROVIMENTO.
1. *Para caracterizar a captação ilícita de sufrágio, exige-se prova robusta de pelo menos uma das condutas previstas no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, da finalidade de obter o voto do eleitor e da participação ou anuência do candidato beneficiado, o que não se verifica na espécie*.
2. *Recursos especiais eleitorais providos*.
(REspe n° 36.335, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJE* de 21.3.2011.)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2008. PREFEITO E VICE-PREFEITO. ART. 275, I E II, DO CÓDIGO ELEITORAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. LIVRE APRECIAÇÃO DA PROVA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PARTICIPAÇÃO INDIRETA. PROVA ROBUSTA.
1. Não se verifica violação ao art. 275, I e II, do Código Eleitoral se o acórdão recorrido examina todas as questões postas à sua análise e se os embargos veiculam a mera pretensão de rediscussão dos fundamentos da decisão. Precedentes.
2. Ojulgador não está obrigado a emitir pronunciamento acerca de todas as provas produzidas nos autos, tampouco acerca de todos os argumentos lançados pelas partes. Permite-se que o julgador dê prevalência às provas e aos fundamentos que sejam suficientes à formação de sua convicção, desde que motivadamente. Precedentes do TSE e do STJ.
3. *A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral exige, para caracterização da captação ilícita de sufrágio e consequente julgamento de procedência da representação do art. 41-A da Lei n° 9.504/97, prova robusta dos atos que a configuram, não sendo bastante, para tanto, meras presunções, especial-*

LivroPopulos.indb 480 23/10/2015 09:53:24

mente no caso de suposta participação mediata do candidato. Precedentes.
4. Concluindo o acórdão recorrido pela ausência de prova contundente a respeito da prática de captação ilícita de sufrágio e da participação indireta dos agravados em tais atos, a modificação de tal entendimento demandaria o reexame de fatos e provas, inviável nesta instância especial (Súmula nº 7/STJ). Precedentes.
5. *Agravo regimental não provido.*
(AgR-AI n° 1235-47, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJE* de 16.2.2011, grifo nosso.)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGUIMENTO NEGADO. EMPATE. VOTAÇÃO. AUSÊNCIA. RECURSO ADESIVO. PROVIMENTO. PREVALÊNCIA. VOTO INTERMEDIÁRIO. ART. 28, CAPUT*, DO CÓDIGO ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA. PROVAS ROBUSTAS. REEXAME. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.*
1. Dos cinco votos proferidos pala Corta Regional, dois entenderam pela prática da captação ilícita de sufrágio e dois pela configuração do abuso do poder econômico, não havendo, portanto, entre eles, voto vencedor.
2. A teor do que dispõe o art. 28 do CE, deve ser considerado vencedor, in casu, o voto intermediário, que deu provimento integral ao recurso do representado, na medida em que - somado aos dois votos que deram provimento parcial ao apelo - afastou a ocorrência do ilícito previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, bem como - somado aos outros dois votos, desprovendo o recurso - excluiu a ocorrência do abuso do poder.
3. *"Para que se caracterize a captação ilícita de votos, é necessária a comprovação de que o candidato praticou ou permitiu que se praticasse ato descrito no art. 41-A da Lei n° 9.504/97. A aplicação da penalidade por captação ilícita de sufrágio, dada sua gravidade, deve assentar-se em provas robustas, e não em vago indícios e presunções" (REspe n° 21.390/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 12.9.2006).*
4. Reexame que se afigura inadmissível. Súmula nº 279/STF.
5. *Agravo regimental desprovido*.
(AgR-REspe n° 35.840, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 6.10.2010, grifo nosso.)

Além disso, procurou-se, com a referência à corrente minoritária, destacar informações constantes do acórdão regional que dão conta da existência de lei municipal autorizando a reforma de casas para população de baixa renda, bem como de previsão orçamentária, fato que, se confirmado, poderia descaracterizar a alegação de conduta vedada.

LivroPopulos.indb 481 23/10/2015 09:53:24

Não desconheço a orientação predominante nesta Corte Superior no sentido de que a matéria ventilada apenas no voto vencido não satisfaz o requisito do prequestionamento (vide, entre outros: AgR-REspe n° 242-58, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJE* de 4.2.2015).

Porém, no caso dos autos, a análise do acórdão regional indica que os membros do Tribunal de origem partiram do mesmo contexto fático-probatório, restringindo-se a divergência ao maior ou menor valor emprestado à prova pelas correntes minoritária e majoritária. Não há, a rigor dissenso no tocante aos fatos analisados, apenas quanto a sua valoração e enquadramento jurídico.

De qualquer sorte, registro que esta Corte Superior decidiu recentemente que "*a moldura fática do acórdão regional é igualmente composta pelo voto vencido, quando este não colidir com a descrição constante do voto condutor"* (REspe n° 933-89, rel. Min. Luciana Lóssio, *DJE* de 27.2.2015), como aparenta ser o caso na espécie.

A agravante afirma, ainda, ser inaplicável ao caso o art. 105-A da Lei n° 9.504/97, por se tratar de dispositivo incompatível, no plano material, com o art. 127, III, da Constituição Federal, circunstância que, a seu juízo, reforçaria o desacerto da decisão agravada.

Nesse particular, a jurisprudência desta Corte Superior é iterativa no sentido de que o Ministério Público Eleitoral não pode se valer do inquérito civil público para apurar dados com vistas à instrução de ação eleitoral. Nessa linha, cito:

> *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. INQUÉRITO CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL. ART. 105-A DA LEI 9.504/97. PROVAS. NULIDADE. DESPROVIMENTO.*
> 1. *Consoante a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a instauração de inquérito civil pelo Ministério Público Eleitoral para produção de provas e posterior aproveitamento em AIJE ofende o disposto no art. 105-A da Lei 9.504/97 e ocasiona a nulidade das provas obtidas. Precedentes.*
> 2. *Agravo regimental desprovido*.
> (AgR-REspe n° 83-14, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJE* de 5.2.2015.)

> *ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÂO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). ABUSO DE PODER ECONÔMICO, POLÍTICO/AUTORIDADE E CONDUTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO. PREFEITO. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. PROVA ILÍCITA. ART. 105-A DA LEI Nº 9.504/97. DEMAIS PROVAS. ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS.*

LivroPopulos.indb 482 23/10/2015 09:53:24

> 1. *O art. 105-A da Lei nº 9.504/97 estabelece que, para a instrução de ações eleitorais, o Ministério Público não pode lançar mão, exclusivamente, de meios probantes obtidos no bojo de inquérito civil público.*
> 2. *Ilícitas as provas obtidas no inquérito civil público e sendo essas o alicerce inicial para ambas as AIJES, inarredável o reconhecimento da ilicitude por derivação quanto aos demais meios probantes, ante a aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.*
> 3. *Agravos regimentais desprovidos*.
> (AgR-REspe n° 898-42, rel. Min. Laurita Vaz, DJE de 16.9.2014.)

> *INQUÉRITO-INSTAURAÇÃO-MINISTÉRIO PÚBLICO-TEOR DO DISPOSTO NO ARTIGO 105-A DA LEI Nº 9.504/1997. Tem-se a impossibilidade da o Ministério Público instaurar, no respectivo âmbito, inquérito voltado a levantar dados para instruir a representação eleitoral.*
> (RO n° 4746-42, rel. Min. Dias Toffoli, redator designado para o acórdão Min. Marco Aurélio, *DJE* de 6.3.2014).

Em face de tal orientação e considerando a existência de informações nos autos de que os fatos apurados e as provas colhidas na ação de investigação judicial eleitoral a que se refere a presente ação cautelar seriam idênticos aos da ação de impugnação de mandato eletivo na qual o TRE/SP admitiu elementos probatórios colhidos exclusivamente por meio de inquérito civil público –circunstância que, em tese, pode conduzir à declaração de nulidade das referidas provas —, afigura-se recomendável a análise mais detida do feito e a manutenção dos mandatários nos respectivos cargos.

Por essas razões e pelas que constam da decisão agravada, *voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental interposto pela Coligação União e Progresso.*

LivroPopulos.indb 483 23/10/2015 09:53:24

ACÓRDÃO Nº 62/2015

RECURSO ELEITORAL
PROCESSO Nº 661-19.2012.6.05.0031
CLASSE 30
MUNICÍPIO: Presidente Tancredo Neves
RECORRENTES: 1.Moacy Pereira dos Santos. Advs.: Luiz Viana Queiroz, Saulo Emanuel Nascimento de Castro.
2. Moacir de Jesus Félix. Advs.: Fernando Gonçalves da Silva Campinho, Aldovandro Fragoso Modesto Chaves e Ricardo Teixeira da Silva Paranhos.
RECORRIDOS: Antônio dos Santos Mendes e Coligação TODOS POR TANCREDO NEVES. Advs.: Janjório Vasconcelos Simões Pinho, Luís Vinicius de Aragão Costa e Daniel Pereira Lima.
PROCEDÊNCIA: Juízo Eleitoral da 31ª Zona/Valença.
RELATOR: Juiz João de Melo Cruz Filho.

Recursos. Ação de investigação judicial eleitoral. Procedência. Captação ilícita de sufrágio. Abuso de poder econômico. Compra de votos mediante oferta de vantagens. Pagamento de contas de eleitor. Distribuição de cerveja. Configuração. Utilização de helicóptero. Não caracterização. Provimento parcial do primeiro recurso. Manutenção das sanções. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Cassação de diploma. Multa. Inelegibilidade. Intempestividade. Não conhecimento do segundo recurso.

Preliminar de violação ao princípio da dialeticidade.
Inacolhe-se a preliminar levantada pelos recorridos, quando se verifica que o recurso apresentou razões sólidas para combater a sentença, expondo de forma satisfatória a sua irresignação, não havendo qualquer afronta ao princípio da dialeticidade.

Preliminar de intempestividade do segundo recurso.
Acolhe-se a prefacial para não conhecer de recurso interposto após o tríduo legal, porque intempestivo, porquanto não se suspendeu o prazo recursal, haja vista terem sido declarados protelatórios os embargos anteriormente opostos pelo recorrente, conforme artigo 275, § 4º do Código Eleitoral.

Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.
Inacolhe-se a preliminar considerando que as contraditas dos Srs. Heleno e Reginaldo restaram albergadas em provas hábeis a revelar o vínculo existente entre ambos e os

LivroPopulos.indb 485 23/10/2015 09:53:24

recorrentes, bem como a sua participação na campanha dos acionados.

Preliminar de ilicitude de gravação ambiental.
Inacolhe-se a preliminar de ilicitude de gravação ambiental, haja vista que se considera prova lícita a gravação ambiental produzida por um dos interlocutores, sem o consentimento dos demais, podendo a mesma ser considerada para a formação do convencimento do julgador.

Mérito.
Dá-se provimento parcial ao recurso, para afastar a caracterização de abuso de poder econômico no que concerne à utilização de helicóptero para realização de campanha, porquanto comprovada a cessão de uso de aeronave por meio de doação devidamente declarada na prestação de contas dos investigados, bem como a captação ilícita de sufrágio pela distribuição de bebidas em evento político, reconhecendo, contudo esta conduta como abuso de poder econômico e compra de votos mediante a oferta de vantagem indevida, o pagamento de conta de eleitor. Configurados, no entanto, a captação ilícita de sufrágio e o abuso de poder econômico, mantém-se a decisão zonal que julgou procedente a AIJE, cassando os mandatos dos acionados, imputando-lhes o pagamento de multa, além da decretação de inelegibilidade pelo período de 8 (oito) anos.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima indicados,

A C O R D A M os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, à unanimidade, INACOLHER AS PRELIMINARES DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE E DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA e ACOLHER A PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE PARA NÃO CONHECER DO SEGUNDO RECURSO; por maioria, vencido o Juiz Fábio Alexsandro Costa Bastos, INACOLHER A PRELIMINAR DE ILICITUDE DE GRAVAÇÃO AMBIENTAL e, no mérito, por maioria, vencido o Juiz Fábio Alexsandro Costa Bastos, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO PRIMEIRO RECURSO, nos termos do voto do Juiz Relator, adiante lavrado, que passa a integrar o presente Acórdão.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 5 de fevereiro de 2015.

LOURIVAL ALMEIDA TRINDADE, Juiz-Presidente; JOÃO DE MELO CRUZ FILHO, Juiz Relator ; RUY NESTOR BASTOS MELLO, Procurador Regional Eleitoral.

LivroPopulos.indb 486 23/10/2015 09:53:24

RELATÓRIO

Trata-se de recursos interpostos, em peças apartadas, por Moacy Pereira dos Santos (fls. 1.173/1199) e por Moacir Jesus Felix (fls. 1.356/1.389), Prefeito e Vice-Prefeito eleitos de Presidente Tancredo Neves, contra decisão proferida pelo juízo da 31ª Zona Eleitoral, que julgou procedente Ação de Investigação Judicial intentada por Antônio dos Santos Mendes e pela Coligação TODOS POR TANCREDO NEVES, sob as alegações de captação ilícita de sufrágio e abuso do poder econômico.

A peça inicial relata que os investigados teriam incorrido na prática de captação ilícita de sufrágio no Município de Presidente Tancredo Neves, através das seguintes condutas:

a) pagamento de contas de aluguel, luz e água de eleitores.

Noticia-se que o prefeito, primeiro investigado, que possui, juntamente com sua esposa, uma farmácia e uma casa lotérica no município, teria aproveitado a estrutura dos comércios para efetuar o pagamento de aluguel de imóveis de diversos eleitores, bem como contas de água e de energia elétrica, em troca de votos.

b) distribuição de cervejas e combustível.

Afirmam os investigantes que os réus, juntamente com seus cabos eleitorais e apoiadores, convidaram a população a participar dos comícios eleitorais e carreatas, anunciando a distribuição gratuita de cerveja e combustível, através de carros com freezers, a exemplo da caminhonete F4000 que aparece nas imagens de fls. 41/50. Sustentam que a caminhonete é de propriedade de um dos coordenadores de campanha dos investigados, o Sr. Antônio de Carli, conhecido por "Italiano".

Aduzem que a distribuição de combustível, livre e gratuita, era realizada nos postos de Itabaiana e Tancredo Neves, em troca dos votos dos beneficiados, bem como de sua participação nas carreatas.

c) transporte de eleitores para os comícios e promessa de vantagem.

Articula-se, na exordial, que os réus teriam fornecido, durante o período eleitoral, transporte gratuito de eleitores para os seus comícios. De igual sorte, teriam prometido aos proprietários dos veículos que realizavam os transportes a locação dos respectivos automóveis para realização de transporte escolar, caso vitoriosos na Eleição.

d) doação de material de construção.

Noticiam os autores que houve distribuição de areia, em troca de votos, por intermédio de Antonio de Carli, na fazenda de Joatael, um dos apoiadores de campanha. A entrega dos materiais teria sido feita pelo caminhão fotografado, de placa JNW8738, de posse do segundo investigado.

LivroPopulos.indb 487 23/10/2015 09:53:24

e) *encascalhamento das estradas vicinais.*

Relatam que os investigados, mormente o segundo (vice-prefeito), cuidaram de encascalhar estradas vicinais para agradar a população dos distritos, colimando a obtenção de votos. Entre os lugares beneficiados destacam os povoados da região do Recôncavo, zona rural de Presidente Tancredo Neves. Para tanto, teriam utilizado caminhão de placa policial MYI 9314, de posse do segundo investigado. Ressaltam que tal veículo tombou quando do derramamento dos cascalhos e apresentam fotos e negativos registrando acidentes de trânsito envolvendo o referido caminhão.

Os investigantes afirmaram, ainda, que os investigados abusaram do poder econômico, maculando a legitimidade do pleito e violando a isonomia entre os candidatos, uma vez que, além de terem distribuído grande quantidade de combustível e bebida alcoólica aos eleitores, também fizeram propaganda eleitoral mediante uso de um helicóptero plotado com o número da coligação. Relataram que o helicóptero sobrevoou o município, revestindo toda a cidade e povoados com santinhos de propagandas, no dia da feira livre, evento de grande porte da região, em notável intenção de conquistar o eleitorado, transmitindo-lhe a idéia de superioridade econômica.

f) compra de votos com dinheiro nos dias anteriores à eleição.

Alegam que os investigados "adquiriram votos abertamente, fazendo derrame de dinheiro no município". Para isso, no último dia de expediente bancário antes da eleição (sexta-feira), a agência do Bradesco teria permanecido aberta até 20h30 para atender o coordenador da campanha dos investigados, o Sr. Antonio de Carli.

Relatam que um dos coordenadores de campanha aguardou, juntamente com cabos eleitorais, a chegada de um carro forte, e que, após isso, saíram da agência depois das 20h com significativa quantidade de dinheiro para campanha e compra de votos.

Na exordial, os investigantes articulam, ainda, que teria havido abuso de poder econômico por parte dos investigados, uma vez que, a partir da distribuição de grande quantidade de cerveja e de combustível, teriam "conquistado" o eleitorado, maculando, assim, a normalidade e a legalidade do pleito.

Em sentença de fls. 1.133/1.172, a magistrada reconheceu a caracterização dos ilícitos de captação ilícita de sufrágio e de abuso de poder econômico, reputando configurados *o pagamento das contas de água, luz e aluguel, a distribuição de cervejas* e *a utilização de helicóptero para realizar propaganda*, não tendo, contudo, vislumbrado acervo probatório robusto a comprovar as demais condutas imputadas ao investigados. Identificados

LivroPopulos.indb 488 23/10/2015 09:53:24

os ilícitos, julgou procedente a ação, cassando os mandatos dos investigados Moacy Pereira dos Santos e Moacir de Jesus Felix, decretando-lhes a inelegibilidade por 08 (oito) anos subsequentes, a contar das eleições em que se verificaram as condutas abusivas, e, ainda, condenando cada um dos investigados, inclusive a Coligação PELO DESEJO DO POVO, ao pagamento de multa arbitrada em 3000 (três mil) UFIRs.

Irresignado com a sentença zonal, Moacy Pereira dos Santos interpôs recurso (fls. 1.173/1.199) no qual reitera o agravo retido, suscitando a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, quer pela dispensa de uma de suas testemunhas, quer pelo indeferimento do compromisso de outra.

Ainda preliminarmente, suscita a nulidade da sentença por ilicitude da gravação ambiental e, por derivação, do depoimento da testemunha Wington Santos de Oliveira.

No mérito, sustenta quanto ao pagamento das contas de água, luz e aluguel, que não houve força probante da mídia colacionada aos autos, porquanto o laudo pericial concluiu pela existência de irregularidades em seu conteúdo, pelo que duvidosa a sua autenticidade; que o depoimento de Wington Santos de Oliveira não teria credibilidade, uma vez que ficou comprovado que a testemunha era filiada ao partido adversário dos investigados, tendo a gravação em apreço sido fruto de um conluio.

Quanto à distribuição de cerveja a eleitores, defende que as fotografias não vieram acompanhadas dos seus respectivos negativos, pelo que temerária a sua legitimidade; que o recorrente não teria qualquer participação com o consumo de bebida alcoólica demonstrado nas fotos, pois teria havido comercialização; e que as fichas que foram acostadas à inicial indicam que a distribuição se deu apenas para aqueles que a possuíam e não de forma livre, gratuita e indiscriminada.

No que toca à utilização de helicóptero, afirma que houve doação, por pessoa física, no valor estimado de R$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), de duas horas de vôo, não tendo havido, portanto, qualquer ilícito ou abuso de poder econômico; que a utilização do helicóptero, na véspera do pleito, não teria o condão (ao contrário do que entendeu a magistrada *a quo*) de desequilibrar a disputa, uma vez que os investigantes teriam promovido, no mesmo dia, ato político consubstanciado numa carreata.

Pleiteia, ao final, o provimento do recurso para acolher as preliminares, ou, caso ultrapassadas, reformar a sentença combatida para julgar improcedente a ação.

Contrarrazões às fls. 1.204/1.2053, nas quais o recorrido sustenta, preliminarmente, a afronta ao princípio da dialeticidade e, no mérito, reitera

LivroPopulos.indb 489 23/10/2015 09:53:24

as alegações feitas na exordial, refutando os argumentos do recurso, bem como requerendo a manutenção do *decisum*.

Parecer do Ministério Público zonal às fls. 1.254/1.266, opinando pelo conhecimento do recurso de Moacy Pereira dos Santos e pelo não acolhimento das preliminares arguidas.

A Procuradoria Regional Eleitoral, em seu pronunciamento de-fls. 1.270/1.289, pugna pelo conhecimento do recurso e, no mérito, por seu provimento parcial, para que se retire da fundamentação do *decisum* vergastado o ponto alusivo à "utilização de helicóptero", mantendo-se, no entanto, intacta a sua parte dispositiva.

Às fls. 1.291/1.292, o segundo investigado, Moacir de Jesus Felix, requer a reabertura de prazo recursal, uma vez que a intimação da sentença fora em nome de advogado que não mais atuava no processo.

Reaberto o prazo recursal (fl. 1.311), como pleiteado, Moacir interpõe Embargos de Declaração contra a sentença, fazendo os autos retornarem para o juízo de origem.

Rejeitados e declarados como meramente protelatórios os embargos opostos (fls. 1.352/1.355), Moacir interpôs o recurso eleitoral de fls. 1.356/1.389, trazendo, em síntese, as mesmas razões do primeiro investigado.

O primeiro recorrente ratificou suas razões (fl. 1.390)

Os autores apresentaram contrarrazões (fls. 1.434/1.439), requerendo, preliminarmente, que não fossem os recursos admitidos por conta da evidenciada intempestividade, pleiteando, no mérito, a manutenção da sentença recorrida por tudo quanto alegado nas contrarrazões anteriormente expostas e ora ratificadas.

O Ministério Público zonal novamente se pronuncia, às fls. 1.441/1.449, pugnando pelo não conhecimento do recurso de Moacir de Jesus Felix e pelo não acolhimento das preliminares.

Instada a se manifestar, a PRE ratifica o parecer exarado às fls. 1.270/1.289 (fl. 1.454v).

É o relatório.

LivroPopulos.indb 490 23/10/2015 09:53:24

VOTO

PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE.

Primeiramente, há que se afastar a preliminar de *violação ao princípio da dialeticidade,* levantada pelos recorridos ao contrarrazoarem o recurso interposto por Moacy Pereira Santos.

É que, no caso em testilha, o referido recurso, ao contrário do que afirmam os recorridos, não se ateve à mera repetição das alegações trazidas na defesa, mas apresentou razões sólidas para combater a sentença, realizando a avaliação crítica do *decisum* de forma adequada, de modo que não se vislumbra qualquer afronta ao princípio da dialeticidade.

Ademais, a reapreciação, pelo juízo *ad quem*, de matérias constantes do feito, exprime característica intrínseca ao *efeito devolutivo* dos recursos, doutrinariamente concebido como a transferência ao órgão *ad quem* do conhecimento de questões que já tenham sido objeto de decisão no juízo *a quo*.

De certo que é permitida à parte irresignada a transferência de questões que, em seu entender, não foram decididas em conformidade com o melhor direito. Inegável, de igual sorte, que a *extensão* do efeito devolutivo resta subordinada ao alcance das razões tecidas pela parte em sua irresignação.

Rejeitada, por conseguinte, a preliminar suscitada.

PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO INTERPOSTO POR MOACIR JESUS FELIX.

Verifico assistir razão ao recorridos, devendo a preliminar ser acolhida.

É que o segundo investigado, Moacir Jesus Felix, antes de recorrer da sentença, manejou contra ela embargos de declaração, os quais foram, expressamente, reputados *protelatórios*, consoante se depreende do *decisum* de fls. 1352/1355, fazendo incidir a norma constante do art. 275, § 4º do Código Eleitoral, *in verbis*:

> Art. 275. (...)
> *§ 4º Os embargos de declaração suspendem o prazo para a interposição de outros recursos,* ***salvo se manifestamente protelatórios e assim declarados na decisão que os rejeitar****.*

Este, inclusive, o entendimento já sedimentado pelo TSE, em harmônica consonância com a disposição normativa, *verbis:*

LivroPopulos.indb 491 23/10/2015 09:53:24

> *Agravo regimental. Prestação de contas. Rejeição. Embargos de declaração considerados protelatórios pelo TER. Ausência de impugnação a esse fundamento. Prazo recursal que não se suspende nem se interrompe (art. 275, §4º do CE). Tríduo legal que conta a partir da publicação do acórdão embargado. Recurso especial. Intempestividade. Agravo regimental. Desprovimento. 1. Considerados protelatórios os embargos de declaração pelo Tribunal a quo, o prazo para o recurso subsequente não se suspende nem se interrompe, a teor do art. 275, §4º do CE, sendo intempestivo o recurso especial interposto fora do tríduo legal, o qual se conta a partir da publicação do acórdão embargado. Os recursos sequencialmente interpostos serão considerados reflexamente intempestivos (Ac. de 1º.8.2013 no AgR-Respe nº 464510, Rel. Min. Luciana Lóssio).*
>
> *Agravo regimental. Agravo de instrumento. Representação. Propaganda eleitoral extemporânea. Recurso especial inadmitido. Fundamentos inatacados. Súmula 182/STJ. Embargos de declaração protelatórios. Recurso especial intempestivo. Reexame de provas. Impossibilidade. Agravo desprovido. (...) Considerados protelatórios os embargos de declaração pelo Tribunal a quo, o prazo para o recurso subsequente não se interrompe, a teor do que dispõe o art. 275, §4º do Código Eleitoral, sendo intempestivo o recurso especial interposto fora do tríduo da publicação (Ac. de 8.2.2011 no AgR-AI nº 229992. Rel Min, Marcelo Ribeiro).*

Assim, trilho o mesmo entendimento esposado pelo parecer do Ministério Público no sentido de que, uma vez publicada a sentença base em 02/12/13, e, julgados protelatórios os embargos de declaração contra a mesma opostos em 14/04/2014, não houve suspensão do prazo recursal, pelo que o recurso de Moacir Jesus Felix é intempestivo, por ter sido interposto após o tríduo legal (22 de abril de 2014).

Desta forma, com arrimo no art. 275, § 4º do Código Eleitoral, deixo de conhecer do recurso veiculado por Moacir Jesus Felix, em razão de sua intempestividade.

DO AGRAVO RETIDO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA DECORRENTE DA DISPENSA E INDEFERIMENTO DO COMPROMISSO DE TESTEMUNHAS.

O Recorrente sustenta que o acolhimento das contraditas e consequente indeferimento da inquirição de duas testemunhas por si arroladas, Heleno Santos de Souza e Reginaldo Ribeiro dos Santos, causou-lhe prejuízo, uma vez que tais depoimentos seriam meios de prova a ele necessários.

LivroPopulos.indb 492 23/10/2015 09:53:24

Pleiteia seja dado provimento ao agravo retido interposto contra a decisão que acolheu a contradita das testemunhas, colimando a anulação da sentença, para reabrir a instrução e possibilitar a inquirição de Heleno Santos de Souza, bem como conferir força probante ao depoimento de Reginaldo Ribeiro dos Santos, que foi ouvido sem prestar compromisso.

Analisados os autos, não há de prosperar a preliminar arguida.

Os recorridos contraditaram a testemunha Heleno Santos de Souza com esteio em forte material fotográfico, que o retratava na companhia dos investigados, bem como de Antonio de Carli ("Italiano"), um dos financiadores de campanha dos réus. Ademais, a testemunha afirmou que trabalhou na campanha dos investigados e que continua trabalhando durante a gestão dos mesmos, juntamente com sua esposa, que abriu uma firma e passou a prestar serviços.

A contradita do depoimento do Sr. Reginaldo Ribeiro dos Santos resta albergada na alegação de que o depoente teria familiares ocupando cargos de comissão no governo dos investigados – circunstância objetivamente confirmada nos autos. A par disso, restou demonstrada a participação do depoente na campanha dos recorrentes, bem como a relação de amizade que nutre por estes.

Assim, voto por negar provimento ao agravo retido, mantendo a decisão que dispensou a testemunha Heleno Santos de Souza e não submeteu a compromisso a testemunha Reginaldo Ribeiro dos Santos.

PRELIMINAR DE ILICITUDE DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL.

O recorrente suscita a ilicitude da gravação ambiental realizada pelo eleitor Wington Santos de Oliveira, uma vez que esta teria sido feita sem autorização judicial e sem o seu conhecimento, de forma clandestina e sub-reptícia, com o intuito de prejudicá-lo.

Neste particular, alegam que por derivação, estaria também contaminada a prova testemunhal produzida pela oitiva de Wington Santos de Oliveira.

Requerem a anulação da sentença recorrida para desentranhar as provas ilícitas dos autos colimando o juízo de improcedência da ação.

Após exame do feito, não merece guarida a questão suscitada.

A matéria atinente à licitude ou não de prova consistente em gravação ambiental merece cuidadosa análise por parte da composição que ora integra esta Corte, vez que, em julgamentos anteriores, tanto a conclusão pela licitude dessas gravações quanto aquela em sentido diverso já foram acolhidas.

Embora o Tribunal Superior Eleitoral, de igual modo, venha recentemente decidindo por invalidar esse tipo de prova, ainda no pleito de 2012 teria adotado entendimento diverso.

LivroPopulos.indb 493 23/10/2015 09:53:24

Assim, firmo meu convencimento pela VALIDADE das gravações ambientais realizadas com o conhecimento de somente um dos interlocutores, acompanhando posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal desde 2009, quando do julgamento do RE 583937, da Relatoria do Ministro Cezar Peluso:

> *AÇÃO PENAL. **Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida.** Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. **É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.** (RE 583937 QO-RG / RJ - Rio de Janeiro. Repercussão Geral na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento: 19/11/2009).*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA.* GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO NO RE 583.937-QO-RG. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. *FLAGRANTE PREPARADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279/STF. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF.*
> ...
> *2. É lícita a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, podendo ela ser utilizada como prova em processo judicial, conforme reafirmação da jurisprudência desta Corte feita pelo Plenário nos autos do RE nº 583.937-QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 18/12/2009. (ARE 742192 AgR / SC - SANTA CATARINA. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. LUIZ FUX. Julgamento: 15/10/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: Processo Eletrônico DJe-214 Divulg 28-10-2013 Public 29-10-2013).*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL FEITA POR UM INTERLOCUTOR SEM CONHECIMENTO DOS OUTROS: CONSTITUCIONALIDADE. AUSENTE CAUSA LEGAL DE SIGILO DO CONTEÚDO DO DIÁLOGO. PRECEDENTES.*
> *1. A gravação ambiental meramente clandestina, realizada por*

LivroPopulos.indb 494 23/10/2015 09:53:24

> *um dos interlocutores, não se confunde com a interceptação, objeto cláusula constitucional de reserva de jurisdição.* ***2. É lícita a prova consistente em gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação****. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido.*
> (AI 560223 AgR / SP - São Paulo. Ag.Reg. no Agravo de Instrumento. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 12/04/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJe-079 DIVULG 28-04-2011 PUBLIC 29-04-2011).

Diversos Tribunais Regionais Eleitorais vêm seguindo essa linha, a exemplo das Cortes de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo, conforme recentes julgados, cujas ementas transcrevemos, *verbis:*

> Recurso eleitoral. Eleições 2012. Representação. Captação ilícita de sufrágio. Oferecimento de materiais para reforma da residência do eleitor em troca de voto. Ação julgada procedente. Condenação em multa.
> Agravo retido. Inversão na produção de provas testemunhas e pericial em audiência de instrução e julgamento. Inexistência de prejuízo para as partes. Agravo a que se nega provimento.
> Preliminar de ilicitude da gravação ambiental.
> *A gravação ambiental feita por um dos interlocutores é prova lícita. Precedentes do STF e do TSE. Preliminar afastada. (TRE-SP. RECURSO ELEITORAL nº 107847 - Dom Cavati/MG. Acórdão de 03/07/2014. Relator: WLADIMIR RODRIGUES DIAS. Publicação: DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico--TREMG, Data 17/07/2014).*

> ***RECURSO CRIMINAL*** *APRESENTADO POR DEMÉTRIUS ÍTALO.* ***AÇÃO PENAL ELEITORAL. DENÚNCIA REFERENTE AO CRIME PREVISTO NO ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL****. SENTENÇA CONDENATÓRIA EM RELAÇÃO A ESSE CORRÉU. INCONFORMISMO. PREJUDICIAIS DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, CERCEAMENTO DE DEFESA E NULIDADES DA CITAÇÃO, DO INQUÉRITO CIVIL QUE ANTECEDEU A DENÚNCIA A DA PROVA CONSUBSTANCIADA EM GRAVAÇÃO AMBIENTAL. TODAS AFASTADAS. MÉRITO. CONFIGURAÇÃO DO DELITO. INSURGÊNCIA QUANTO À DOSIMETRIA. DESACOLHIMENTO. PREJUDICIAIS AFASTADAS E RECURSO DESPROVIDO.*
> *1. Não é inepta a denúncia quando observados os requisitos descritos no § 2º do art. 357 do código eleitoral, com inteligível exposição dos fatos. 2. Não há se falar, outrossim, em nulidade da citação por não ter sido efetivada juntamente com*

LivroPopulos.indb 495 23/10/2015 09:53:24

entrega de cópia da mídia que amparou a acusação. isso porque, durante a instrução probatória, os denunciados tiveram, oportunamente, amplo acesso ao conteúdo dessa mídia, bem como à correspondente degravação elaborada por perito, do que se seguiram diversas impugnações e manifestações. ***3. A gravação ambiental realizada por um dos interlocutores é prova lícita, consoante precedentes dos tribunais superiores e do STF.*** *(TRE-SP. Recurso Criminal nº 100327 - Serra Negra/SP. Acórdão de 22/05/2014. Relator: Silmar Fernandes. Publicação: DJESP - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 29/05/2014.)*

RECURSO ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PRELIMINARES AFASTADAS. OFERECIMENTO DE DINHEIRO E OUTRAS BENESSES. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A CARACTERIZAR AFRONTA AO ART. 41-A DA LEI DAS ELEIÇÕES. CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO DOS CANDIDATOS RECORRIDOS E PROVIMENTO AO RECURSO DA COLIGAÇÃO.

....

7. Autos instruídos com gravação ambiental. É lícita a prova trazida aos autos, obtida por meio de gravação realizada por um dos interlocutores, nos termos da pacífica jurisprudência do colendo tribunal superior eleitoral.

8. É inquestionável que ***a mídia apresenta sonoridade audível, bem como que a prova obtida por meio de gravação realizada pelo interlocutor, cuja identidade está resguardada nos termos da Lei nº 9.807/99 (provimento CG 32/2000), deve ser considerada lícita.*** *Importante ressaltar que a sua identidade não é desconhecida, apenas não foi revelada em razão de ter sofrido ameaças. observa-se que seu nome e sua qualificação está acessível às autoridades policiais e judiciais.*

....

11. Afastadas as questões preliminares, nega-se provimento aos recursos interpostos por valter valentim camargo, angelo roberto tolari e marcos aparecido camargo e ***dá-se provimento ao recurso da coligação "governo transparente, gente contente" para reconhecer como válida a mídia trazida aos autos, condenando os representados também pela captação ilícita de sufrágio retratada na gravação,*** *mantendo-se, no mais, inalteradas as sanções impostas na sentença.*

(TRE-SP Recurso nº 62450 - Tabatinga/SP. Acórdão de 18/06/2013. Relator: Antônio Carlos Mathias Coltro. Publicação: DJESP - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 25/06/2013)

RECURSO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL*. CONDUTA VEDADA. ABUSO DE PODER. PREFEITO E*

LivroPopulos.indb 496 23/10/2015 09:53:24

> *VICE. ART. 73, INC. IV, DA LEI N. 9.504/97. ELEIÇÕES 2012. Improcedência da representação no juízo originário.* ***Admissibilidade da prova obtida mediante a gravação ambiental, por um dos interlocutores, de conversa não protegida por sigilo legal. Prova lícita conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.*** *(TRE-RS. Recurso Eleitoral nº 30731 - Vista Gaúcha/RS. Acórdão de 24/09/2013. Relator: Dr. Jorge Alberto Zugno. Publicação: DEJERS - Diário de Justiça Eletrônico do TRE-RS, Tomo 178, Data 26/09/2013, Página 3).*

Nesta linha de entendimento, transcrevo o recente Acórdão nº 106/2014, de 06.02.2014, deste Regional, de relatoria do Juiz Saulo Casali Bahia:

> **Recurso eleitoral. Ação de investigação judicial eleitoral. Réus ocupantes dos cargos de prefeito e de vice-prefeito. Alegação de prática de atos configuradores de abuso de poder econômico e de captação ilícita de sufrágio. Sentença improcedente. Incidente de falsidade documental julgado procedente. Perícia nas mídias impugnadas. Ausência de montagem ou trucagem que descontextualizaram o conteúdo das gravações. Gravação ambiental realizada por um dos interlocutores. Possibilidade. Precedentes do STF e do TSE. Reconhecimento da licitude da obtenção das provas. Captação ilícita de sufrágio mediante oferecimento de dinheiro e serviços de trator a eleitores. Existência de acervo probatório suficiente para a configuração do ilícito. Cassação dos mandatos. Decretação da inelegibilidade por 8 (oito) anos. Provimento.**
> 1. Considera-se válida a prova consubstanciada em gravações em vídeo, cujos elementos de edição inseridos não descontextualizaram o seu conteúdo;
> *2. É lícita a prova constante em gravação ambiental de conversa por um dos interlocutores sem o consentimento do outro, conforme jurisprudência maciça dos Tribunais Superiores;*
> 3. Deve ser reformada a sentença que julgou improcedente a ação de investigação judicial eleitoral, quando o acervo probatório coligido aos autos demonstrou suficientemente que os recorridos captaram sufrágio mediante a oferta de quantia em dinheiro e de serviços de trator a eleitores, durante o período da campanha;
> 4. Recurso a que se dá provimento para julgar improcedente o incidente de falsidade documental, considerando válidas as mídias impugnadas, e para cassar os mandatos dos recorridos, decretando-lhes a inelegibilidade pelo período de 8 (oito) anos.

LivroPopulos.indb 497 23/10/2015 09:53:25

Acertou, pois, o julgador zonal quando considerou válida a prova consistente em gravações ambientais, realizadas por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais. A gravação ambiental clandestina realizada por um dos interlocutores não se confunde com a *interceptação*, objeto de cláusula constitucional de reserva de jurisdição.

Ademais, as garantias constitucionais não desfrutam de caráter absoluto, eis que, conforme o caso, hão de ser harmonizadas com o interesse público atinente à rigorosa apuração de ilicitudes. *In casu*, na seara eleitoral.

Foram 02 (duas) as gravações questionadas.

A primeira delas envolve uma negociação entre Wington Santos de Oliveira e Moacy Pereira dos Santos, tratando do pagamento das contas de água e luz do primeiro.

O primeiro diálogo gravado em vídeo mostra o eleitor conversando com a atendente da farmácia de propriedade do candidato. Em seguida, o eleitor vai ao escritório do investigado, quando é orientado para retornar à farmácia para receber o dinheiro para pagamento de suas contas.

Conforme bem pontuado no parecer ministerial zonal, a gravação foi realizada pelo próprio eleitor, que foi convidado a entrar nos locais onde as conversas se deram, não havendo que se falar em violação à intimidade, à vida privada ou a qualquer outra garantia constitucional.

Ora, atesta o laudo pericial que não há registros de descontinuidade nos registros de áudio das filmagens, tampouco zonas de silêncio indicativas de interrupções no fluxo de gravações (fl.780). Tais conclusões afastam a existência de edições nos citados arquivos.

Ademais, se o eleitor ouvido sob compromisso (após indeferida a contradita) pode relatar os fatos de que participou – os quais foram filmados por sua própria pessoa – há de ser reconhecida a validade da prova assim produzida, *máxime* quando inexistente qualquer cláusula específica de sigilo ou, mesmo, de reserva da conversação.

Quanto à segunda gravação, as circunstâncias em que produzida reforçam ainda mais a sua licitude.

A filmagem contém áudio e vídeo relativos a um comício no qual teria se consubstanciado a distribuição de bebidas. A gravação se deu em uma praça pública, espaço aberto em que não há falar-se em violação à privacidade.

De igual sorte, a aferição dos *metadados* das imagens estáticas evidenciou a autenticidade das fotografias que integram os autos, as quais foram produzidas por uma câmera da marca Olympus, modelo SP800UZ (fl. 781).

LivroPopulos.indb 498 23/10/2015 09:53:25

Ademais, a análise perceptual da mídia de fl. 40 (Distribuição Cerveja) não constatou indícios de edições/alterações nas imagens, tampouco houve indícios de descontinuidade no fluxo do respectivo áudio, a despeito da saturação (fl. 784).

Por essas razões, resta afastada a alegação de ilicitude da gravação ambiental recebida como prova nos presentes autos.

MÉRITO.

Na questão de fundo , o *decisum* há de prosperar apenas em parte, mantendo-se incólume sua parte dispositiva.

Senão vejamos cada um dos fatos que ampararam a condenação:

a) pagamento de contas de aluguel, luz e água de eleitores:

Tenho por comprovado que Moacy Pereira dos Santos encarregou-se do pagamento de contas de Wington Santos de Oliveira, caracterizando-se captação ilícita de sufrágio.

O eleitor cooptado, ouvido em juízo sob compromisso, reportou como os fatos se desenrolaram (fls. 545/550):

> *... estava em sua residência com sua esposa e sua cunhada chamada Jeane. Chegou a sua casa o Sr. Moacy, o Sr. Moacir, Bira Locutor e Gel da Contabilidade. Questionado se estava apoiando alguém, o depoente disse que apoiaria quem o ajudasse. Imediatamente o Sr. Moacy perguntou o que ele estava necessitando. Tendo o mesmo dito que o mesmo estava com as contas de água, luz e aluguel atrasados. Tendo o mesmo dito que passasse na casa dele. Quatro dias depois, o depoente foi à casa dele e orientado a ir à farmácia de sua propriedade. Na farmácia do candidato, o depoente conversou com Dona Isabel, funcionária de Moacy. Esta ligou para a casa de Moacy e este pediu que o depoente retornasse na residência dele outra vez. Tendo o depoente ido no mesmo dia. Chegando na casa dele, o Sr. Moacy pediu para ele se dirigir à farmácia novamente. Retornando à farmácia, a Sra. Isabel efetuou o pagamento de R$270,00, sendo que R$100,00 foram para luz e água e R$170,00 para o aluguel.... que resolveu gravar fazendo a filmagem porque, além desse valor que ele deu, também lhe prometeu dar mais dinheiro e o emprego de porteiro que o mesmo exercia antes há oito anos atrás; que resolveu gravar na espera que, se ele não cumprisse a promessa, denunciaria e porque se sentiu humilhado e já tinha dito que esse ano iria mudar a história de Tancredo Neves; ...*

A par disto, duas testemunhas, Jônatas de Jesus Sacerdote (fls. 558/561) e Josimar Silva dos Santos (fls. 565/567) reportaram-se ao

LivroPopulos.indb 499 23/10/2015 09:53:25

fato, deixando clara a ocorrência do ilícito eleitoral insculpido no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, uma vez que, conforme se depreende das suas declarações, toda a cidade comentava a compra de votos por parte dos investigados através do pagamento de contas de eleitores.

Cumpre asseverar, por oportuno, que, em sua defesa, não refutou o Sr. Moacy o pagamento das contas de eleitores, tampouco esclareceu a sua ocorrência. Antes, limitou-se a suscitar a imprestabilidade das gravações para demonstrar a ocorrência do fato – alegação que, como já asseverado, não há de prosperar.

Ressalte-se, ainda, que a ilicitude da conduta não passou despercebida pela funcionária da farmácia, a qual era incumbida do pagamento das contas, ao declarar: "Se o povo espalha!". Tal circunstância foi objetivamente aferida pelo juízo *a quo*, ao reputá-la como evidência da captação ilícita de sufrágio (fls. 1151/1152).

Destarte, ficou demonstrado que o primeiro réu ofereceu vantagens pessoais ao eleitor Wington Santos de Oliveira com o intuito de angariar votos.

b) distribuição de cervejas:

No que concerne a esta acusação, também não merece reforma a sentença vergastada.

De tudo quanto acostado aos autos, é inconteste que houve distribuição gratuita de cerveja durante eventos políticos realizados pelos investigados, notadamente pelo que se colhe das fotografias e vídeos constantes das mídias inicialmente acostadas às fls. 39 e 40, bem como pelo depoimento das testemunhas.

Neste particular, cabe assegurar a licitude desta gravação, uma vez que realizada em logradouro público, dispensando a autorização judicial.

Cumpre, também, reiterar a autenticidade das fotografias e dos videoclipes, consoante parecer do perito às fls. 732/807, senão vejamos:

> *A autenticidade de imagens estáticas (fotografia) é normalmente aferida pelos 'metadados' dos arquivos. O resultado dos exames levados a efeito por 'software' específico para levantamento das propriedades das imagens mostrou que as fotografias digitais eram autênticas e foram produzidas por uma câmera da marca OLYMPUS, modelo SP800UZ. (fl.781) A visualização, análise perceptual, não constatou indícios de edições nas imagens. Os 11 (onze) clipes tiveram suas trilhas de áudio extraídas para a análise acústica, cujos gráficos são mostrados a seguir, onde se representa a forma de onda do sinal de áudio e o seu correspondente espectrograma, onde se verifica a ausência de descontinuidades no fluxo do áudio, apesar da saturação. (fl. 784)*

LivroPopulos.indb 500 23/10/2015 09:53:25

As fotografias e vídeos constantes das mídias inicialmente acostadas às fls. 39 e 40 demonstram que houve distribuição livre e indiscriminada de latas de cerveja em eventos políticos dos acionados, em que se visualiza uma intensa aglomeração de pessoas portando os símbolos de campanha dos candidatos.

Nesse sentido, transcrevo abaixo o que disse a perícia:

> *(...) os arquivos tinham em comum o objetivo: mostravam uma aglomeração de pessoas em local público e dois veículos com "freezers" na carroceria onde pessoas entregaram latas de cerveja às pessoas à sua volta (...). O ambiente das gravações era aparentemente o mesmo: um logradouro público onde havia a presença de trio elétrico e o foco principal da filmagem eram dois veículos com presentes. Alguns presentes na plateia portavam bandeiras e o evento se assemelhava a um comício político. O áudio era caracterizado por sons de fundo de origem variada e aleatória como vozerio da plateia, música, sons de alto-falantes, etc (...).*

Verifica-se que, ao contrário do que alega o recorrente, a distribuição das cervejas não se dava por ocasião de comercialização, senão gratuitamente, não se vislumbrando nas imagens qualquer ato que possa indicar alguma forma de pagamento pela bebidas. Da mesma forma, não se pôde constatar a existência de controle na entrega do produto.

A acusação feita na exordial, e já comprovada pelo conteúdo dos vídeos e fotografias, foi ainda reforçada por vasta prova testemunhal.

No seu depoimento, Jônatas de Jesus Sacerdote (cuja contradita foi indeferida) afirmou:

> *(...) que participou dos comícios de Sr. Moacy na Umbaúba e na sede de Tancredo Neves; que inicialmente essa distribuição era feita através de tíquete e que depois passou a ser sem controle; que esses tíquetes eram distribuídos gratuitamente por pessoas que trabalhavam na campanha; que o carro que estava distribuindo a cerveja era de propriedade do coordenador da campanha; que o nome dele era Antônio conhecido por 'Italiano'; que também tinha outro carro, uma D20 de propriedade de "Burra"; que no comício da sede tinha mais de dez mil pessoas; que eram cervejas em latas (...). (fl. 559)*

A testemunha Josimar Silva dos Santos (cuja contradita foi, de igual sorte, indeferida) prestou, sobre o mesmo fato, as seguintes declarações:

LivroPopulos.indb 501 23/10/2015 09:53:25

> *(...) que participou de dois comícios de cada lado; que nos dois comícios do Sr. Moacy houve distribuição de cerveja gratuita; que a distribuição de cerveja em lata; que, inicialmente, soube que a distribuição era feita mediante fichas, mas, quando chegou lá, as latas estavam sendo jogadas, distribuída sem controle; que o pessoal que estava distribuindo em cima de um caminhão azul com bola com número 12; que não era cobrado nenhum valor pela distribuição (...). (fl. 566)*

Quanto ao Sr. Wington Santos de Oliveira (cuja contradita foi indeferida):

> *(...) que após receber as vantagens, passou a ir apenas aos comícios dos acionados; que lá havia distribuição de cervejas gratuitas; que existiam freezers em cima do caminhão; que os freezers ficavam na caçamba do Italiano e em uma F4000 de Fernando (...) que se lembra que, certa feita, o Sr. Moacy estava em cima do trio junto com a advogada que, mostrada ao depoente uma vez e que a mesma se encontrava neste recinto, afirmou reconhecê-la e tendo afirmado que a mesma naquele momento que estava vendo a distribuição das cervejas, e percebeu que tinha alguém filmando em cima de uma casa, ter dito as seguintes palavras "Isso vai acabar com a sua campanha, Moacy!"; que pediu que parasse com a distribuição das cervejas; que foi parada por apenas cinco minutos para recomeçar a distribuição. (fl.548).*

Observa-se, nesse sentido, que os depoimentos das testemunhas dos investigantes foram coerentes entre si e com a prova documental acostada aos autos, revelando a ocorrência da distribuição gratuita de cervejas em evento político dos investigados.

Entrementes, melhor sorte não assiste aos depoimentos tecidos pelas testemunhas de defesa.

Malgrado tenha declarado que as cervejas estavam sendo vendidas ao preço de R$ 2,00 a lata, nos diversos comícios a que compareceu (fl. 570), a Sra. Ritaline dos Santos Silva aduziu, logo em seguida, ter deixado de comparecer várias vezes em função de não ter dinheiro para o combustível de sua moto (fl. 571).

Em se considerando as dificuldades enfrentadas pela declarante para abastecer o seu veículo (porquanto declara ter comparecido a quase todos os comícios realizados), parece-me temerária a alegação de que ainda disporia de qualquer quantia para comprar cerveja.

Nestes termos, as declarações dos depoentes, bem como a análise das imagens, revelam que a distribuição não se deu de forma controlada,

LivroPopulos.indb 502 23/10/2015 09:53:25

mas indiscriminada e gratuita e, embora o recorrente se apoie na existência de fichas que estariam sendo trocadas pelas bebidas, a prova testemunhal revelou que tais fichas estavam sendo entregues, também gratuitamente, por pessoas vinculadas aos investigados.

Deste modo, a prova fotográfica, somada à testemunhal, não deixa dúvidas acerca da distribuição de cervejas levada a efeito, ou, mesmo, da relação entre a conduta e os investigados, que dela participaram indiretamente, através do seu coordenador de campanha, o "Italiano", e por meio de outras pessoas que, de cima dos veículos fotografados e filmados, entregavam gratuitamente bebidas aos eleitores que participavam dos eventos políticos.

Vale recordar que a captação ilícita de sufrágio não exige o pedido expresso de votos, mas a comprovação do intuito do candidato em obtê-los ao doar, oferecer, prometer, ou entregar bem ou vantagem ao eleitor – o que ficou explícito de tudo que se extrai do feito .

c) utilização de helicóptero para realização de campanha:

Por fim, quanto à acusação de abuso de poder econômico por meio da utilização de helicóptero, às vésperas das eleições, para realizar campanha dos investigados, trilho o mesmo entendimento esposado pelo parecer da Procuradoria Regional Eleitoral, no sentido de não haver configuração do ilícito pela conduta perpetrada, de modo que, nesse ponto, assiste razão ao recorrente.

É que não há norma impeditiva do uso de helicóptero em campanha, pelo que, havendo a comprovação de que a aeronave foi utilizada em razão de doação realizada por pessoa física e devidamente assinalada na prestação de contas dos acionados, não há falar-se em abuso de poder econômico.

Cumpre asseverar, ainda, que subsiste nos autos depoimento acerca da existência de uma carreada do 55, ora informada por ofício da respectiva coligação, a qual ocorreu no mesmo dia em que utilizado o helicóptero. Assevera o Major Washington Luís Paraíso da Fonseca (depoente), ainda, que o aludido evento foi realizado mediante autorização do Ministério Público, *"em virtude da quebra de acordo pela manhã do helicóptero"*.

Por todo o exposto, voto, em harmonia com o judicioso opinativo ministerial, pelo provimento parcial do primeiro recurso, apenas para afastar da fundamentação da sentença a conduta atinente à utilização de helicóptero, mantendo-se, em todos os seus termos, a parte dispositiva da decisão de origem que cassou o mandato dos investigados, aplicou-lhes multa no valor de R$ 5.230,50 (cinco mil reais, duzentos e trinta reais e cinquenta

LivroPopulos.indb 503 23/10/2015 09:53:25

centavos) e decretou a inelegibilidade de ambos por 08 (oito) anos.

É como voto.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 19 de novembro de 2014.

João de Melo Cruz Filho
Juiz Relator

LivroPopulos.indb 504 23/10/2015 09:53:25

Condutas Vedadas

ACÓRDÃO

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N° 2-56.2008.6.18.0041 - CLASSE 32 - ESPERANTINA -PIAUÍ
Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrentes: Antonio Felipe Santolia Rodrigues e outros
Advogado: Willamy Alves dos Santos
Recorrido: Ministério Público Eleitoral
Assistente do recorrido: Francisco Antônio de Sousa Filho
Advogados: Vicente de Paulo de Moura Viana e outro

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2008. PREFEITO E VICE-PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). CONDUTAS VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS EM CAMPANHA. ABUSO DE PODER POLÍTICO E ECONÔMICO. *REFORMATIO IN PEJUS.* **PARCIAL PROVIMENTO.**

Na hipótese julgamento de recurso exclusivo da defesa, a aplicação de sanções não consignadas na decisão recorrida ou a sua majoração configuram *reformatio in pejus*.

Na espécie, após a interposição de recurso apenas por Antônio Felipe Santolia Rodrigues, Adalberto Alves de Aguiar e pela Coligação Esperantina Meu Amor, para ver afastada a inelegibilidade a que foram condenados, o TRE/PI aplicou multa ao primeiro recorrente, cassou os registros de Antônio Felipe Santolia Rodrigues e Adalberto Alves de Aguiar (com fundamento no art. 73, §§ 4° e 5°, da Lei 9.504/97) e majorou a inelegibilidade de três para oito anos, em flagrante *reformatio in pejus*.

Quanto ao abuso de poder, o reconhecimento de que a conclusão regional é contrária à prova dos autos demanda o reexame de fatos e provas, que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

No que concerne à suposta ausência de análise da potencialidade da conduta, a despeito da oposição de embargos de declaração na origem, os recorrentes não apontaram violação ao art. 275 do Código Eleitoral, o que impede o conhecimento da questão.

Recurso especial eleitoral parcialmente provido somente para excluir as sanções de cassação do registro, de multa e de majoração do prazo de inelegibilidade impostas pelo TRE/PI.

LivroPopulos.indb 507 23/10/2015 09:53:25

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em prover parcialmente o recurso, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 18 de abril de 2013.

MINISTRA NANCY ANDRIGHI – RELATORA

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Senhora Presidente, trata-se de recurso especial eleitoral interposto por Antonio Felipe Santolia Rodrigues e Adalberto Alves de Aguiar, respectivamente candidatos aos cargos de prefeito e vice-prefeito no Município de Esperantina/PI nas eleições de 2008, e pela Coligação Esperantina MeuAmor com fundamento no art. 276, I, a e *b,* do Código Eleitoral contra acórdãos proferidos pelo TRE/PI assim ementados (fls. 621-621 v e 746):

> RECURSO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. CONEXÃO. SENTENÇA ÚNICA. PRELIMINARES. SENTENÇA ULTRA PETITA (ACOLHIMENTO). PRECLUSÃO E *REFORMATIO IN PEJUS* (REJEIÇÃO). VEÍCULO (PAJERO) LOCADO COM RECURSOS PÚBLICOS. PAGAMENTOS COM CHEQUES ASSINADOS PELO EX-PREFEITO E CANDIDATO À REELEIÇÃO. UTILIZAÇÃO NA CAMPANHA DO INVESTIGADO. ABUSO DE PODER POLÍTICO (ART. 22, XIV, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90). CONDUTA VEDADA (ART. 73, I, DA LEI Nº 9.504/97). CARACTERIZAÇÃO. INELEGIBILIDADE. MULTA E CASSAÇÃO DE REGISTRO. SANÇÕES APLICADAS TÃO SOMENTE AO PRIMEIRO INVESTIGADO. PROVIMENTO PARCIAL.
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. REJULGAMENTO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO.
> Os embargos de declaração são cabíveis apenas para sanar omissão, contradição ou obscuridade, não se prestando a promover o novo julgamento da causa.
> Embargos de declaração conhecidos, mas improvidos.

O Ministério Público Eleitoral ajuizou ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) em desfavor de Antônio Felipe Santolia Rodrigues, Adalberto Alves de Aguiar e da Coligação Esperantina Meu Amor pela suposta prática de condutas vedadas a agentes públicos em campanha e abuso de poder político e econômico.

LivroPopulos.indb 508 23/10/2015 09:53:25

Na inicial (fls. 1-6), o investigante alegou, em síntese, que os investigados utilizaram, em sua campanha eleitoral, um veículo alugado pelo Município de Esperantina/PI. De acordo com as instâncias ordinárias, o valor do aluguel, nos meses de junho e julho de 2008 foi de R$ 77.075,00 (setenta e sete mil e setenta e cinco reais).

A Coligação Tá na Hora de Mudar (PT/PTC/PV/PTdoB/PSDC/ PSC/ PSB/PHS/PPS/PRB), por sua vez, ajuizou representação por suposta prática de condutas vedadas a agentes públicos em campanha contra Antônio Felipe Santolia Rodrigues e Adalberto Alves de Aguiar pelos mesmos fatos da AIJE proposta pelo Ministério Público Eleitoral (Apenso, fls. 1-10).

Ambos os processos foram reunidos e julgados conjuntamente (Apenso, fls. 71-73).

Em 1° grau de jurisdição, os pedidos foram julgados procedentes em relação ao abuso de poder político e econômico, declarando-se apenas a inelegibilidade dos investigados pelo prazo de 3 (três) anos a contar do pleito de 2008, com fundamento no art. 22, XIV, da LC 64/90. Não houve cassação do registro ou diploma, tampouco não houve manifestação quanto à prática de conduta vedada (fls. 529-538).

Contra a sentença, Antônio Felipe Santolia Rodrigues, Adalberto Alves de Aguiar e a Coligação Esperantina Meu Amor interpuseram recurso (fls. 551-557), ao qual o e. TRE/PI deu parcial provimento para: a) aplicar multa ao primeiro recorrente no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), com esteio no art. 73, § 4°, da Lei 9.504/97; b) declarar a inelegibilidade do primeiro recorrente por oito anos, com fundamento na nova redação do art. 22, XIV, da LC 64/90; c) cassar o registro da chapa segunda colocada no pleito de 2008, nos termos do art. 73, § 5°, da Lei 9.504/97; d) excluir da condenação de inelegibilidade e multa o segundo recorrente e a representante da Coligação Esperantina Meu Amor; (fls. 621-629 v).

Sobrevieram embargos de declaração (fls. 639-729), rejeitados pelo Tribunal de origem (fls. 746-750 v).

Antes do julgamento dos declaratórios, os investigados interpuseram recurso especial eleitoral (fls. 754-869), que foi ratificado após a publicação do acórdão dos embargos (fls. 871-875).

Nas razões do recurso especial, os recorrentes sustentam, em síntese, que:

a) o acórdão recorrido violou os arts. 467 do CPC e 5°, LIV, da Constituição, pois a análise dos fatos sob o aspecto de conduta vedada está preclusa e transitada em julgado, porquanto não foi tratada na sentença e não houve recurso do Ministério Público Eleitoral;

b) o art. 515 do CPC foi violado, haja vista que o TRE/PI apreciou matérias que não foram debatidas na sentença recorrida;

LivroPopulos.indb 509 23/10/2015 09:53:25

c) a decisão do Tribunal de origem configurou *reformatio in pejus*, porquanto majorou o prazo da inelegibilidade cominada no 1° grau de jurisdição e aplicou as penas de multa e cassação do art. 73, §§ 4° e 5°, da Lei 9.504/97, que não foram aplicadas na sentença contra a qual apenas os investigados recorreram;

d) a Corte *a quo* decidiu contrariamente à prova dos autos e sequer analisou a potencialidade lesiva da conduta tida por abusiva, o que constituiu violação do art. 22, XIV, da LC 64/90.

Requerem o provimento do recurso especial para que — reconhecida a preclusão e o trânsito em julgado em relação à conduta vedada, bem como a ocorrência da *reformatio in pejus* e a ausência da aferição da potencialidade quanto ao abuso de poder - seja reformado o acórdão regional para afastar a cassação do registro da chapa majoritária, a multa aplicada e a inelegibilidade cominada.

O Ministério Público Eleitoral apresentou contrarrazões (fls. 884-896), nas quais sustenta que: a) o provimento do recurso especial demanda o reexame de fatos e provas; b) todos os pedidos formulados na inicial foram julgados procedentes, razão pela qual não há falar em preclusão em relação aos pedidos de cassação de registro e de aplicação de multa; c) a LC 135/2010 é aplicável no caso dos autos e, de toda forma, o prazo da inelegibilidade é indiferente na espécie, pois a decisão do TRE/PI produzirá efeitos para o futuro; d) a proporcionalidade e a potencialidade foram devidamente analisadas no acórdão regional.

Pugna pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opina pelo parcial provimento do recurso (fls. 907-914).

É o relatório.

LivroPopulos.indb 510 23/10/2015 09:53:25

VOTO

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI (relatora): Senhora Presidente, trata-se de recurso especial eleitoral interposto por Antonio Felipe Santolia Rodrigues e Adalberto Alves de Aguiar, respectivamente candidatos aos cargos de prefeito e vice-prefeito no Município de Esperantina/PI nas eleições de 2008, e pela Coligação Esperantina Meu Amor com fundamento no art. 276, I, a e b, do CE.

Destaque-se que os recorrentes compõem a chapa segunda colocada no pleito de 2008 no citado município.

I. Delimitação da controvérsia.

Na inicial, alegou-se que o primeiro recorrente, Antonio Felipe Santolia Rodrigues, prefeito do Município de Esperantina/PI e candidato à reeleição em 2008, utilizou veículo alugado pela Prefeitura Municipal em sua campanha eleitoral.

Em 1° grau de jurisdição, o pedido foi julgado procedente em relação ao abuso de poder político e econômico, declarando-se a inelegibilidade dos investigados (fls. 537-538):

> 2.4. Conclusão
> Da análise pormenorizada das provas constantes dos autos, consoante itens acima expostos, a prática **da conduta discriminadano art. 22 da LC 64/90** ficou devidamente comprovada, razão pela qual a presente investigação deve ser julgada procedente.
> 3. Dispositivo
> Isto posto, JULGO PROCEDENTE (ART. 269, I, DO CPC) OS PEDIDOS FORMULADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PRESENTE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL CONTRA A COLIGAÇÃO ESPERANTINA MEU AMOR, formada pelo DEM e PMN, representada por ANTONIO FELIPE SANTOLIA RODRIGUES, ADALBERTO ALVES DE AGUIAR e contra a representante da referida coligação, SIMONE MARIA SILVA NASCIMENTO, para declarar a sua inelegibilidade para o pleito eleitoral de 2008 e os 03 (três) anos próximos subsequentes, **em face do abuso do poder econômico e político,** à **luz do art. 2°, parágrafo único, III, e art. 22, XIV e XV, ambos da Lei Complementar n° 64/90.** (sem destaque no original)REspe n° 2-56.2008.6.18.0041/PI.

Após a interposição de recurso exclusivamente por Antônio Felipe Santolia Rodrigues, Adalberto Alves de Aguiar e pela Coligação Esperantina

LivroPopulos.indb 511 23/10/2015 09:53:25

Meu Amor, o e. TRE/PI majorou o prazo de inelegibilidade cominada no 1° grau de jurisdição e também aplicou multa ao primeiro recorrente e cassou os registros de Antônio Felipe Santolia Rodrigues e Adalberto Alves de Aguiar, com fulcro no art. 73, §§ 4° e 5°, da Lei 9.504/97.

Por isso, os recorrentes pleiteiam o reconhecimento da *reformatio in pejus* em relação à cassação do registro, à multa aplicada e á majoração da sanção de inelegibilidade. Requerem, ainda, a reforma do acórdão regional pelo fato de a conclusão do acórdão recorrido estar contrária à prova dos autos, além de não ter sido analisada a potencialidade da conduta tida por abusiva.

II. Da cassação do registro, da multa e da majoração da inelegibilidade. *Reformatio in pejus.*

Da leitura da sentença do Juízo da 41ª Zona Eleitoral de Esperantina/PI, notadamente da conclusão e da parte dispositiva, denota-se que, de fato, a procedência do pedido baseou-se apenas no suposto abuso de poder, não tratando do ilícito sob a ótica da conduta vedada. A única sanção aplicada, na espécie, foi a inelegibilidade pelo prazo de 3 (três) anos, a contar das eleições de 2008, com fundamento na redação originária do art. 22, XIV, da LC 64/90.

Apenas a defesa interpôs recurso para o TRE/PI, com o objetivo de afastar a sanção de inelegibilidade.

Assim, considerando que não houve oposição de embargos de declaração ou qualquer outro recurso pelos investigantes, evidencia-se a configuração da *reformatio in pejus* em razão da aplicação das penalidades do art. 73, §§ 4° e 5°, da Lei 9.504/97 pelo e. TRE/PI (cassação do registro e multa). Nesse sentido, *mutatis mutandis:*

> RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2006. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA. "CARNACOPA" APLICAÇÃO DE MULTA INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL. ALEGAÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*. PRECEDENTES DA CORTE. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 279/STF E 7/STJ. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.
> 1. É vedada a aplicação de multa - para cada representado - no valor inferior ao mínimo legal.
> 2. Afronta o princípio da *reformatio in pejos* majorar a pena de multa se inexiste recurso que vise a aumentar o valor da sanção aplicada.
> [...]
> 4. Recurso conhecido e provido parcialmente.
> (REspe 26.402/MT, Rel. Min. Ayres Britto, *DJ* de 10.3.2008)

LivroPopulos.indb 512 23/10/2015 09:53:25

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. INELEGIBILIDADE. LC N° 64/90, ART, 1°, I, g. REJEIÇÃO DE CONTAS PÚBLICAS. PREFEITO. ORDENADOR DE DESPESAS. COMPETÊNCIA. CÀMARA MUNICIPAL. CONCESSÃO DE PROVIMENTO JUDICIAL LIMINAR. ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. *REFORMATIO IN PEJUS*. NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL ULTRAPASSADA (ART. 249, § 2°, CPC). DESPROVIMENTO.
> [...]
> 2. Se os embargos de declaração somente podem ser opostos para impugnar eventual omissão, obscuridade e contradição, o seu julgamento também não deve desbordar de tais limites, sob pena de se verificar a ocorrência de duplo *error in procedendo:* o do julgamento *ultra petita* e o da *reformatio in pejus, o* que acarreta a nulidade do acórdão impugnado.
> [...]
> 6. Agravo regimental desprovido.
> (AgR-RO 4929-07/PB, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, PSESS de 6.10.2010).

Por fim, ressalte-se que também há *reformatio in pejus* no tocante à majoração de inelegibilidade de três para oito anos, ainda que decorrente da vigência da nova redação do art. 22, XIV, da LC 64/90 (dada pela LC 135/2010).

III. Do abuso de poder político e econômico. Da alegada decisão contrária à prova dos autos. Da suscitada ausência de potencialidade. Súmula 7/STJ.

Alegam os recorrentes que a conclusão do TRE/PI de que um veículo alugado pela Prefeitura Municipal de Esperantina/PI foi utilizado na campanha eleitoral estaria em confronto com a prova dos autos. Entretanto

para verificar essa alegação seria necessário o reexame do conjunto probatório, providência inviável no recurso especial a teor da Súmula 7/STJ.

Quanto à potencialidade da conduta, extrai-se do voto condutor do v. acórdão regional que a questão foi abordada pelo TRE/PI nos seguintes termos (fl. 628 v):

> Ora, o ex-Prefeito de Esperantina, em pleno período eleitoral, realizou pagamentos com recursos públicos a Empresa Mundial Veículos Ltda., no valor total de R$ 77.075,00 (setenta e sete mil e setenta e cinco reais), nos meses de junho e julho de 2008, sendo que neste montante estava incluso o pagamento referente ao aluguel do veículo PAJERO, utilizado pelo investigado em sua campanha eleitoral, até a decisão liminar proferida em 01.08.2008 suspendendo a sua utilização.

LivroPopulos.indb 513 23/10/2015 09:53:25

> Logo, além da proporcionalidade necessária para aplicação da sanção de cassação de registro com base no § 5°, do art. 73, da Lei n° 9.504/97 (conforme requer a jurisprudência do colendo TSE), restou configurada também a gravidade das circunstâncias (inciso XVI do art. 22, da LC 64/90, incluída pela LC 135/2010) e a potencialidade lesiva (critério interpretativo antigo acerca do abuso de poder), a autorizar a confirmação da inelegibilidade.

Da leitura do acórdão regional, depreende-se que a fundamentação é, de fato, lacônica em relação à potencialidade. O Tribunal de origem limitou-se a afirmar que as circunstâncias do caso eram graves e tinham potencial lesivo suficiente para confirmar a inelegibilidade.

Todavia, a despeito da oposição de embargos de declaração na origem, os recorrentes não apontaram violação ao art. 275 do CE. Assim, não há como prover o recurso nesse ponto.

IV. Conclusão.

Forte nessas razões, dou parcial provimento ao recurso especial eleitoral apenas para excluir as sanções de cassação de registro, de multa e de majoração do prazo de inelegibilidade impostas pelo TRE/PI.

É o voto.

LivroPopulos.indb 514 23/10/2015 09:53:25

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N° 798-72.2012.6.19.0043 - CLASSE 32 - NATIVIDADE - RIO DE JANEIRO

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Agravante: Marcos Antonio da Silva Toledo
Advogados: Isabella Picanço Machado Mateus Vieira e outros
Agravante: Welington Nascif de Mendonça
Advogados: Roberto Duarte Butter e outros
Agravado: Ministério Público Eleitoral

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO E VICE-PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DO PODER POLÍTICO. CONDUTAS VEDADAS A AGENTES PÚBLICOS. CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. Consoante a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, o abuso do poder político caracteriza-se quando determinado agente público, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade da disputa eleitoral e a legitimidade do pleito em benefício de sua candidatura ou de terceiros.

2. O Tribunal Superior Eleitoral definiu que as normas disciplinadoras das condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral têm por finalidade evitar a utilização da máquina administrativa em benefício de determinada candidatura, prejudicando as demais.

3. No caso dos autos, a conduta impugnada consistiu na determinação, por parte da secretária municipal de educação, gestora do programa Brasil Alfabetizado, para que os coordenadores do referido programa abordassem os alfabetizadores a eles subordinados a fim de que estes autorizassem a colocação de placas de propaganda eleitoral dos agravantes em suas residências ou que justificassem a recusa. Do teor dos depoimentos colhidos em juízo, verifica-se que a conduta foi praticada durante reunião realizada em imóvel afetado a serviço público.

4. Resta claro, a partir do que contido no acórdão regional, a configuração de abuso de poder, porquanto a conduta maculou a normalidade e a legitimidade das eleições. Ademais, foi comprovada a responsabilidade dos candidatos beneficiados com a conduta ilícita, assim

LivroPopulos.indb 515 23/10/2015 09:53:25

como a gravidade da conduta suficiente para a condenação dos agravantes, tanto sob a ótica do abuso do poder político como da conduta vedada aos agentes públicos.

5. Agravos regimentais desprovidos.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover os agravos regimentais, nos termos do voto do relator.

Brasília, 25 de novembro de 2014.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO NORONHA - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA: Senhor Presidente, trata-se de dois agravos regimentais, sendo um interposto por Marcos Antonio da Silva Toledo e o outro por Wellington Nascif de Mendonça, eleitos prefeito e vice-prefeito do Município de Natividade/RJ no pleito de 2012, contra decisão monocrática que negou provimento aos recursos especiais eleitorais.

Na origem, o Ministério Público Eleitoral ajuizou ação de investigação judicial eleitoral em desfavor de Marcos Antonio da Silva Toledo, Wellington Nascif de Mendonça, Maria Cristina de Figueiredo Vieira, secretária municipal de educação à época dos fatos, e da Coligação Todos por Natividade, em virtude das supostas práticas de abuso do poder de autoridade (art. 22, *caput,* da LC 64/90) e de conduta vedada (art. 73, I, III e IV, da Lei 9.504/97).

Sustentou a ocorrência de coação a servidores da prefeitura municipal para que afixassem em suas casas placas de propaganda eleitoral em favor dos candidatos a prefeito e a vice-prefeito do Município de Natividade/RJ, da colocação de propaganda eleitoral em prédio pertencente ao candidato a vice-prefeito, locado para a Administração Municipal, e do uso de programa social para a realização de promoção pessoal.

Em primeiro grau de jurisdição, os pedidos foram julgados procedentes, com base nos arts. 22, XIV, da LC 64/90 e 73, I, III e IV, §§ 4°, 5º e 8°, da Lei 9.504/97, para cassar os diplomas de prefeito e vice-prefeito conferidos ao primeiro e segundo investigados, condenar todos os investigados à sanção de multa no valor de R$ 100.000,00 e decretar a inelegibilidade de oito anos do primeiro, segundo e terceiro investigados.

Em sede recursal, o TRE/RJ reformou parcialmente a sentença, apenas para afastar a pena de cassação dos diplomas.

LivroPopulos.indb 516 23/10/2015 09:53:25

Na decisão agravada, assentou-se o seguinte (fls. 988-997):

- alterar a conclusão da Corte Regional, de que foram comprovadas nos autos as práticas de conduta vedada e de abuso de poder de autoridade e a responsabilidade dos agravantes, ensejaria reexame de provas, vedado em sede extraordinária;
- inadmissível a reforma do acórdão regional para afastar a pena de inelegibilidade, tendo em vista a gravidade dos fatos expressamente consignada pelo TRE/RJ, tampouco para cassar os diplomas, sob pena de *reformatio in pejus;*
- inviável a análise da matéria relativa à suposta inobservância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da pena de multa em seu grau mais elevado, diante da ausência do indispensável prequestionamento (Súmula 282/STF);
- a ausência de demonstração da similitude fática impede que o dissídio jurisprudencial se configure.

Nas razões do regimental (fls. 999-1.009), Wellington Nascif de Mendonça aduziu:

- tendo o TRE/RJ concluído que não houve gravidade suficiente para a cassação dos diplomas, não há "como se reconhecer a prática do abuso de poder e aplicar ao Agravante unicamente a sanção de inelegibilidade" (fl. 1.009), sem incidir em ofensa ao inciso XIV do art. 22 da LC 64/80, pois as sanções são cumulativas;
- considerando não ser possível a cassação do diploma, sob pena de *reformatio in pejus*, *o* acórdão regional deve ser reformado para se afastar o reconhecimento do abuso do poder de autoridade e, por consequência, excluir a sanção de inelegibilidade imposta ao agravante.

Marcos Antonio da Silva Toledo também interpôs agravo regimental (fls. 1.011-1.027), no qual reiterou a alegação de ofensa aos arts. 22, XVI, da LC 64/90 e 73, I, III e IV, da Lei 9.504/97, porquanto, no acórdão regional, não se indicou os fundamentos para manter as condenações de inelegibilidade e de multa, nos termos seguintes:

- ausência de indicação da conduta supostamente descumprida pelo agravante e dos elementos probatórios suficientes para demonstrar que os atos foram praticados com o seu conhecimento ou anuência;

LivroPopulos.indb 517 23/10/2015 09:53:26

- inexistência de análise da gravidade da conduta, requisito essencial para aplicação da pena de inelegibilidade, a qual pode ser verificada a partir das premissas fáticas delineadas no acórdão regional;
- o dissídio jurisprudencial quanto à aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade foi demonstrado.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (relator): Senhor Presidente, consoante a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, o abuso do poder político caracteriza-se quando determinado agente público, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade da disputa eleitoral e a legitimidade do pleito em benefício de sua candidatura ou de terceiros (RCED 7118-47/RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 8.12.2011; RCED 661/SE, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe de 16.2.2011; RO 1.481/PB, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 1°.9.2009, dentre outros).

De outra parte, o Tribunal Superior Eleitoral definiu que as normas disciplinadoras das condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral têm por finalidade evitar a utilização da máquina administrativa em benefício de determinada candidatura, prejudicando as demais. Nesse sentido, cite-se a CTA 1531-69/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 28.10.2011.

Na espécie, os agravantes Marcos Antonio da Silva Toledo e Wellington Nascif de Mendonça foram condenados às sanções de inelegibilidade em virtude da suposta prática de abuso do poder político (art. 22, *caput,* da LC 64/90) e de multa por conduta vedada aos agentes públicos (art. 73, I, III e IV, da Lei 9.504/97).

Conforme consignado na decisão agravada, a Corte Regional, a partir da análise do acervo fático-probatório, entendeu que as condutas ilícitas foram praticadas com a finalidade de beneficiar as candidaturas dos agravantes a prefeito e a vice-prefeito do Município de Natividade/RJ no pleito de 2012. Confira-se (fls. 794v e 795v):

> Dentre as variações que daí decorrem, se encontram as condutas vedadas previstas no art. 73, da Lei n° 9.504/97, que, no caso dos autos, foi levada a efeito mediante a coerção dos alfabetizadores a colocar em suas residências placas de propa-

LivroPopulos.indb 518 23/10/2015 09:53:26

ganda política do prefeito candidato a reeleição. Acrescente-se que se agrava a conduta quando demonstrada a ocorrência da conduta em prédio público, por determinação da secretária municipal, a qual participava ativamente da campanha eleitoral dos candidatos Investigados, sendo inclusive a cunhada de um deles

Tais condutas vedadas, uma vez caracterizadas, com a concretização de seus elementos, ensejam a responsabilização tanto dos agentes quanto dos beneficiários do evento, nos moldes em que efetuado na sentença de primeiro grau.

Não se olvide que os agentes públicos devem guardar sempre obediência aos princípios constitucionais regentes de suas atividades, mormente aqueles de índole constitucional previstos no artigo 37 da Constituição. Daí que a desigualdade de oportunidades decorre do próprio uso de extensões da administração pública de forma direta ou indireta, como se deu no caso em questão.

Nestes termos, a interpretação de que se faz imprescindível a potencialidade para desequilibrar o resultado do certame não ê a mais adequada. Tal exegese não leva em conta qualquer dispositivo legal ou mesmo o desiderato do ordenamento jurídico, nos termos em que se define a preponderância da lisura eleitoral, conforme o artigo 23 da Lei Complementar 64/90.

Assim é que a prática de propaganda eleitoral em prédio particular do candidato a vice-prefeito locado à administração pública municipal (contrato de locação de fls. 153), ou seja, afetado para atividade de serviço público, configura também conduta vedada, ainda mais quando o fato ocorre durante cursorelacionado a programa de governo. Delineada está a condutavedada do inciso I do artigo 73 da Lei n° 9.504/97, a qual proíbe "ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis, ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária".

O mesmo se dá com a conduta vedada prescrita no inciso III do artigo 73, na medida em que o uso indevido que, no caso do inciso I estende-se a bens móveis ou imóveis, agora se relaciona ao uso de pessoas vinculadas à administração pública.

Comprovado está que desde a secretária de educação, passando pelos coordenadores e chegando até os alfabetizadores, todos foram usados em prol da campanha eleitoral dos investigados candidatos, em maior ou menor escala.

[...]

No mais, as circunstâncias e os envolvidos no caso concreto revelam com exatidão o especial fim de agir dos recorren-

LivroPopulos.indb 519 23/10/2015 09:53:26

> tes. os quais, por participação ainda que indireta, anuíram com os atos ilícitos praticados.
> A tentativa de excluir a formalização típica a partir das supostas férias da então Secretária de Educação, no período eleitoral, não se revela adequada, uma vez que o vínculo com a administração se manteve, bem como a subordinação das adoras do programa social é determinação de que buscassem junto aos alfabetizadores a autorização para colocação das placas. Da mesma forma, a exigência de uma justificativa dos colaboradores do programa denota visível coação, tendo ocorrido por parte da coordenadora Mirian a ameaça velada de que a alfabetizadora Eloísa ficaria fora de outros programas sociais do município acaso não colocasse a placa do candidato "Taninho" em sua residência.
> Em razão das condições em que se deram os fatos, verifica-se o desvio de finalidade da atividade administrativa a ensejar a caracterização do abuso de poder de autoridade, nos moldes em que descrito na petição inicial.
> (sem destaque no original)

Por sua vez, o TRE/RJ também assentou a responsabilidade dos investigados Marcos Antonio da Silva Toledo e Wellington Nascif de Mendonça (respectivamente, candidatos a prefeito e a vice-prefeito), Maria Cristina de Figueiredo Vieira (Secretária Municipal de Educação) e Coligação Todos por Natividade, notadamente para fins da incidência das penas previstas nos arts. 73 da Lei 9.504/97 e 22 da LC 64/90, nos seguintes termos (fls. 793-795v):

> Compulsando os depoimentos, é possível extrair que os investigados Marco Antonio e Welington Mendonça, candidatos aos cargos de prefeito e vice-prefeito, respectivamente, delegam o processo de colocação de placas de propaganda em residências à coordenadoria da campanha eleitoral. Esta, por sua vez, contou com o apoio de Maria Cristina, então secretária de educação, em gozo de férias, que, gestora do programa "Brasil Alfabetizado", determinou que as coordenadoras do projeto abordassem os alfabetizadores – professores – a elas subordinados para que autorizassem a colocação de placas de propaganda eleitoral da chapa maioritária, que buscava a reeleição, em suas residências.
> [...]
> Realmente, em inúmeras passagens dos depoimentos colhidos em sede judicial evidenciam-se coerções, ainda que indiretas ou subliminares, a voluntários bolsistas da administração públicaque nas circunstâncias dos autos, preenchem a figura típica do abuso de poder de autoridade.
> Portanto, diante da comprovada atuação da investigada Maria

LivroPopulos.indb 520 23/10/2015 09:53:26

> Cristina nos fatos narrados na peça vestibular, indissociável a ciência do prefeito municipal, cunhado e a ela hierarquicamente superior. Isso porque, embora aleguem prefeito e vice não ter envolvimento com a colocação das placas, são os candidatos e coligações solidariamente responsáveis pela propaganda eleitoral das campanhas, *ex vi* do artigo 241 do Código Eleitoral:
> [...]
> Neste esteio, um dos ilícitos eleitorais imputados dos investigados, condutas vedadas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, independem, para fins de cassação do diploma, da comprovação da participação dos candidatos no ilícito. Basta assim, que um agente público, in caso, a secretária de educação e gestora de projeto vinculado à administração pública municipal, pratique um dos tipos ilícitos previstos nos incisos do artigo 73 em benefício de candidatos. Confira-se o § 5° do artigo 73 da Lei n° 9.504/97:
> [...]
> Mas não foi esse o caso dos autos. Aqui, comprovado está, no contexto fático, que as condutas narradas na petição inicial se encontram na esfera de responsabilidades da coligação investigada e dos candidatos, situação jurídica que faz incidir também a sanção pecuniária insculpida no § 4º do artigo 73 da Lei no 9.504/97.
> [...]
> No que se refere à aplicação das sanções previstas na legislação, mormente os requisitos presentes no novel inciso XVI do art. 22 da Lei Complementar n° 64/90, para que sela identificada a gravidade do ato, é despicienda a apresentação de cálculos aritméticos que venham a refletir uma diferença quantitativa de votos em favor de quem o praticou ou mesmo a demonstração da relação de causa e efeito entre o ato e o resultado do pleito.
> [...]
> Por todo o exposto, deve ser mantida a decisão de primeira instância que entendeu caracterizadas as práticas de conduta vedada e abuso de poder de autoridade, na medida em que os depoimentos foram seguros e consistentes da ocorrência dos ilícitos narrados na peça vestibular.
> (sem destaque no original)

Consoante o atual entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, não há que se indagar sobre a anuência ou participação dos candidatos beneficiados quanto á conduta praticada pela secretária municipal de educação, pois, na apuração de abuso de poder, é suficiente que tenha ocorrido o beneficiamento do candidato. Confira-se:

LivroPopulos.indb 521 23/10/2015 09:53:26

> [...] 2. Na apuração de abuso de poder, não se indaga se houve responsabilidade, participação ou anuência do candidato, mas sim se o fato o beneficiou. Precedente: AgR-Respe 38881-28/BA, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe de 7/4/2011. Assim, na espécie, é inócua a discussão sobre a suposta anuência do prefeito e da candidata supostamente beneficiada com a conduta perpetrada pela secretária de assistência social.
> [...]
> (RO 111-69/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 24.8.2012)
> (sem destaque no original)

Por outro lado, o Tribunal Regional consignou expressamente a gravidade dos fatos, apta a ensejar a imposição das penas de inelegibilidade e de multa decorrentes da prática de abuso de poder e conduta vedada, à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme se verifica à folha 796-v do voto condutor.

Com efeito, de acordo com o que se infere do acórdão regional, do teor dos depoimentos colhidos em juízo, depreende-se que durante reunião do programa Brasil Alfabetizado realizada em imóvel afetado ao serviço público no dia 28.8.2012, por determinação da secretária municipal de educação, gestora do programa e cunhada do prefeito e candidato à reeleição Marcos Antonio da Silva Toledo, os coordenadores do mencionado projeto abordaram os alfabetizadores a eles subordinados a fim de que estes autorizassem a colocação de placas de propaganda eleitoral dos agravantes em suas residências.

Além disso, os depoimentos indicam que houve a solicitação de justificativa por escrito caso não se autorizasse a colocação das placas de propaganda, o que revela a coação aos professores da rede pública municipal, voluntários bolsistas do referido projeto. Nesse contexto, entendo que a conduta impugnada possui a gravidade suficiente a ensejar as sanções, tanto sob a ótica do abuso do poder político como da conduta vedada aos agentes públicos.

Assim, resta claro, a partir do que contido no acórdão regional, a configuração de abuso de poder, porquanto a conduta teria maculado a normalidade e a legitimidade das eleições. Ademais, foi comprovada a responsabilidade dos candidatos beneficiados com a conduta ilícita supostamente perpetrada pela secret4ria municipal de educação, a investigada Maria Cristina de Figueiredo Vieira, assim como a gravidade da conduta suficiente para a condenação dos agravantes.

Por outro lado, ainda que o Tribunal Regional tenha afastado a pena de cassação do diploma, manteve a inelegibilidade por oito anos pela prática de abuso de poder de autoridade, com base no art. 22, XIV, da LC

LivroPopulos.indb 522 23/10/2015 09:53:26

64/90. Assim, conforme assentado na decisão agravada, inviável a reforma do acórdão para se afastar a pena de inelegibilidade, haja vista a comprovação da prática abusiva, tampouco para cassar os diplomas dos agravantes, sob pena de *reformatio in pejus.*

A decisão agravada, portanto, não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento aos agravos regimentais.

É como voto.

LivroPopulos.indb 523 23/10/2015 09:53:26

LivroPopulos.indb 524 23/10/2015 09:53:26

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 1443-45. 2014.6.16.0000 - CLASSE 32 - CURITIBA - PARANÁ

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Agravantes: Carlos Alberto Richa e outros
Advogados: Pedro Henrique Igino Borges e outros
Agravantes: Michele Caputo Neto e outros
Advogados: Pedro Henrique Igino Borges e outros
Agravada: Coligação Paraná Olhando pra Frente
Advogados: Luiz Eduardo Peccinin e outros

AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2014. GOVERNADOR. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL. ART. 73, VI, b, DA LEI 9.504/97. CONFIGURAÇÃO. MULTA. DESPROVIMENTO.

1. O recurso cabível no caso é o especial, pois na inicial pugnou-se apenas pela imposição de multa aos agravantes.

2. A conduta vedada do art. 73, VI, b, da Lei 9.504/97 — proibição de publicidade institucional nos três meses que antecedem a eleição – possui natureza objetiva e configura-se independentemente do momento em que autorizada a publicidade, bastando a sua manutenção no período vedado. Precedentes.

3. No caso dos autos, a partir da moldura fática contida no acórdão regional, é incontroverso que no período vedado houve a divulgação de matérias nos sítios eletrônicos das Secretarias Estaduais de Saúde, do Trabalho, de Segurança Pública e de Agricultura e Abastecimento contendo publicidade institucional do Governo do Paraná, chefiado pelo agravante Carlos Alberto Richa, então candidato à reeleição.

4. Agravos regimentais desprovidos.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover os agravos regimentais, nos termos do voto do relator.

Brasília, 19 de maio de 2015.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – RELATOR

LivroPopulos.indb 525 23/10/2015 09:53:26

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA: Senhor Presidente, trata-se de dois agravos regimentais, sendo o primeiro interposto pela Coligação Todos pelo Paraná e por Carlos Alberto Richa e Maria Aparecida Borghetti (governador e vice-governadora do Paraná reeleito em 2014 com 55,67% dos votos válidos) e o segundo por Michele Caputo Neto (secretária estadual de saúde na gestão 2010-2014), por Amin Hannouche (secretário de trabalho), por Leon Grupenmacher (secretário de segurança pública), por Norberto Anacleto Ortigara (secretário de agricultura e abastecimento), contra decisão monocrática que negou provimento ao recurso especial eleitoral.

Na decisão agravada, manteve-se a multa imposta aos agravantes pela realização de publicidade institucional nos três meses antecedentes ao pleito (art. 73, VI, b, da Lei 9.504/97).

Em ambos os regimentais, os agravantes reiteraram as alegações expendidas no recurso especial, nos seguintes termos (fls. 821-829 e 831-840):

a) nem toda propaganda institucional veiculada durante o período eleitoral é ilícita. No caso dos autos, o conteúdo divulgado referiu-se exclusivamente a notícias informativas e ações realizadas pelo Governo do Estado do Paraná, sem qualquer caráter eleitoreiro ou promoção dos candidatos e da respectiva coligação;

b) é inequívoco que as notícias foram postadas antes dos três meses que antecederam o pleito, o que é permitido pela jurisprudência;

c) as matérias impugnadas observaram estritamente o disposto no art. 37, § 1°, da CF/88, não podendo tal comando constitucional ser limitado pelo art. 73, VI, b, da Lei 9.504/97.

Ao fim, pugnaram pela reconsideração da decisão agravada ou pela submissão da matéria ao Colegiado.

É o relatório.

LivroPopulos.indb 526 23/10/2015 09:53:26

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (relator): Senhor Presidente, conforme assentado na decisão agravada, o art. 73, VI, *b,* da Lei 6.504/67 disp6e ser vedado aos agentes públicos, nos três meses que antecedem a eleição, autorizar a publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos nos três níveis da administração pública, ressalvadas as hipóteses de grave e urgente necessidade pública e de propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado. Confira-se:

> Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:
> [...]
> VI — *nos três meses que antecedem o pleito:*
> [...]
> b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, *autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivasentidades da administração indireta,* salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral; [...]
> (sem destaque no original).

Reitera-se que a referida conduta vedada possui natureza objetiva, pouco importando o caráter eleitoreiro ou não da publicidade. Nesse sentido:

> [...] 2. *Nos três meses que antecedem o pleito, impõe-se a total vedação à publicidade institucional, independentemente d e haver em seu conteúdo caráter informativo, educativo ou de orientação social (art. 37, § 1°, da CF/88), ressalvadas as exceções previstas em lei.* [...]
> (AgR-REspe 447-86/SP, de minha relatoria, DJe de 23.9.2014)
> (sem destaque no original).

> [...] 2. *Esta Corte já afirmou que não se faz necessário, para a configuração da conduta vedada prevista no art. 73, VI, b, da Lei n° 9.604/87, que a mensagem divulgada possua caráter eleitoreiro, bastando que tenha sido veiculada nos três meses anteriores ao pleito, excetuando-se tão somente a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado e a grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida*

LivroPopulos.indb 527 23/10/2015 09:53:26

> *pela Justiça Eleitoral. Nesse sentido: AgR-AI 716-60, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 22.8.2011*. [...]
> (AgR-AI 3340-70/BA Rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 11.4.2014) (sem destaque no original).

Ademais, também segundo o entendimento desta Cone, independentemente do momento em que a publicidade institucional foi autorizada, a permanência de sua divulgação no período vedado configura o ilícito previsto no art. 73, VI, *b,* da Lei 9.504/97. Confira-se:

> [...] 3. Na linha da jurisprudência desta Corte Superior, salvo as hipóteses autorizadas em lei, *a permanência de propaganda institucional durante o período vedado é suficiente para que seaplique a multa do art. 73, § 4°, da Lei n° 9.504/97, sendo irrelevante que a peça publicitária tenha sido autorizada e afixada em momento anterior. [*...]
> (AgR-REspe 618-72/MG, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 27.10.2014) (sem destaques no original).

Na presente hipótese, a partir da moldura fática contida no acórdão regional, é incontroverso que, no período vedado, houve a divulgação de matérias nos sítios eletrônicos das Secretarias Estaduais de Saúde, do Trabalho, de Segurança Pública e de Agricultura e Abastecimento contendo publicidade institucional do Governo do Paraná, chefiado pelo agravante Carlos Alberto Richa, então candidato à reeleição. Confira-se (fls. 591-593):

> Site: www.cidado.pr.qov.br
> [...]
> 17/07/2014 11:00 — Setor de serviços no Paraná registra avanço de 8,5% em maio de 2014
> [...]
> 16/07/2014 14:40 — Regulamentada a empresa pública que irá gerir os portos paranaenses
> [...]
> 16/07/2014 16:40 - Precatórios passam a ser pagos em lista única e por valor crescente
> [...]
> 16/07/2014 10:20 – Com crescimento de 119%, Sul quer ser o maior produtor de leite do País
> 15/07/2014 –Empresa incubada no Tecpar cria robô com tecnologia inovadora no mundo
> [...]
> Site: www.aqricultura. pr.qov.br
> "Com crescimento de 119%, Sul quer ser o maior produtor de leite do País";
> "Paraná vai normatizar credenciamento para inspeção sanitária";
> [...]

LivroPopulos.indb 528 23/10/2015 09:53:26

"O Paraná é o Estado melhor organizado na produção agroecológica";
[...]
"Secretaria do Trabalho cria biblioteca itinerante";
"Governo lança campanha para renovação de maquinário industrial";
[...]Site: www.seim.pr.qov.br
"Momentive anuncia investimentos de R$ 140 milhões no Paraná"
"Governo negocia instalação de indústria de biotecnologia"
"Harris instalará fábrica de equipamento de segurança pública no Paraná"
"Empresa gaúcha confirma investimento de R$ 8,5 milhões na fábrica de Irati"
Site: www.trabalho.pr.gov.br
"Paraná tem o melhor desempenho na criação de empregos da Região Sul"
Site: www.saude.pr.gov.br
"Obras do hospital noroeste são iniciadas e região recebe novos investimentos"
"Governo inaugura unidade de saúde em São Pedro do Ivaí"
"Regional de saúde de Umuarama terá nova sede"
"Governo repassa R$ 800 mil para aquisição de equipamento do Centro de Especialidades Regional de Francisco Beltrão"
Site: www.sequrança.pr.qov.br
"Sistema on-line de entrada de cadáver no IML facilita consulta e é modelo nacional".

Desse modo, descumprido o comando previsto no art. 73, VI, b, da Lei 9.504/97, não há como afastar a multa Imposta aos agravantes, motivo pelo qual a decisão agravada não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento aos agravos regimentais.

É como voto.

LivroPopulos.indb 529 23/10/2015 09:53:26

ACÓRDÃO Nº 6/2015

RECURSO ELEITORAL
PROCESSO Nº 526-62.2012.6.05.0045
CLASSE 30
MUNICÍPIO: Senhor do Bonfim
RECORRENTES: Paulo Batista Machado e Antônio Marcos Lima dos Santos. Advª: Camila Maria Libório Machado.
RECORRIDO: Ministério Público Eleitoral.
PROCEDÊNCIA: Juízo Eleitoral da 45ª Zona.
RELATOR: Juiz Carlos d'Ávila Teixeira.

Recurso eleitoral. Representação. Eleições de 2012. Prefeito e Secretário Municipal de Saúde. Alegação prática de conduta vedada aos agentes públicos e de abuso de poder político. Procedência parcial. Alegação de ilegitimidade passiva ad causam. Exame abstrato. Compatibilidade subjetiva entre fatos narrados e integrantes do polo passivo. Inacolhimento. Demissão de servidores em período vedado. OSCIP vinculada ao município. Art. 73, V da Lei nº 9.504/97. Ausência de prova de justa causa. Violação do princípio da impessoalidade. Aplicação de multa. Declaração de inelegibilidade por 8 (oito) anos. Desprovimento.

1. O exame da legitimidade passiva ad causam *deve ser procedido em abstrato, levando-se em consideração a pertinência subjetiva entre os fatos narrados e aquele contra quem se imputa tais fatos, abstraída qualquer incursão acerca da veracidade ou não das assertivas;*

2. Uma vez que as OSCIPs exercem função delegada de poder público, seus atos devem obediência aos princípios insertos no artigo 37, caput *da CF, reiterados no artigo 4º, inciso I da Lei nº 9.504/97;*

3. Não pode compreender justa causa para os fins da demissão prevista no art. 73, V da Lei nº 9.504/97 razões que, além de não terem sido provadas, malferem o princípio da impessoalidade, já que jungido o gestor público à sua observância;

4. É de se declarar a inelegibilidade de agente público que incide em abuso de poder político demonstrado nos autos;

5. Nega-se provimento ao recurso para manter a sentença hostilizada.

LivroPopulos.indb 531 23/10/2015 09:53:26

Vistos, relatados e discutidos os autos acima indicados,

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, à unanimidade, INACOLHER A PRELIMINAR e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto do Juiz Relator, adiante lavrado, que passa a integrar o presente Acórdão.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 20 de janeiro de 2015.

LOURIVAL ALMEIDA TRINDADE, Juiz-Presidente; CARLOS D'ÁVILA TEIXEIRA; Juiz Relator ; RUY NESTOR BASTOS MELLO, Procurador Regional Eleitoral.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto por Paulo Batista Machado e Antônio Marcos Lima dos Santos contra sentença proferida pelo Juízo Eleitoral da 45ª Zona, que julgou procedente, em parte, a representação oposta pelo Ministério Público Eleitoral contra os ora recorrentes, para sancioná-los isoladamente, à pena de multa no valor de R$ 25.000,00 e declarar a inelegibilidade pelo prazo de 8 (oito) anos, pela infração do art. 73, inciso V da Lei nº 9.504/97.

Em suas razões (fls. 350/366), os recorrentes argumentaram, em síntese: a) a ilegitimidade dos representados em relação aos servidores contratados pela CECOSAP; b) a justa causa na rescisão dos contratos de Sarah Andrade Nascimento, Priscila Cardoso Guimarães, Tatiana Matos Geraldo, Cristiano Araújo Lola e Claudionor Alves da Silva; c) a necessidade de cortes de despesas para cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal como motivação para a dispensa dos servidores comissionados; d) a ausência de perseguição política aos servidores; e) a inocorrência de pressão ou coação nos servidores e, por fim, f) a ausência de repercussão dos atos no resultado das Eleições de 2012, pois candidato a prefeito e recorrente foi classificado em terceiro lugar, com apenas 3.371 votos, enquanto o primeiro lugar obteve 18.353 votos.

Em contrapartida, o Ministério Público Eleitoral, em suas contrarrazões (fls. 379/389), arguiu a irregularidade da representação processual de Paulo Machado, pela ausência do instrumento de mandato nos autos e, no mais, reiterou os argumentos já expostos nas alegações finais.

Instada, a Procuradoria Regional Eleitoral sugeriu de logo a abertura de prazo para o saneamento do vício postulatório, o que foi providenciado e

LivroPopulos.indb 532 23/10/2015 09:53:26

sanado oportunamente. No que tange ao mérito do recurso, opina pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DOS REPRESENTADOS NO TOCANTE AOS SERVIDORES CONTRATADOS PELA CECOSAP, INVOCADA NA REPRESENTAÇÃO, PERANTE O JUÍZO *A QUO*.

Sustentam os recorrentes que os demitidos não são servidores públicos e que quem praticou as condutas irregulares foi a CECOSAP. Assim, não poderiam figurar no polo passivo da demanda.

Os servidores dispensados são servidores públicos, ainda que numa concepção ampla, porquanto as OSCIPs desempenham função pública. Não bastasse isso, o art. 73 da Lei nº 9.504/97 define, com amplitude, o agente público para os fins de aplicação do dispositivo, *expressis verbis*:

> *Quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional.*

Por outro lado, a legitimidade *ad causam* deve ser aferida em abstrato e decorre da pertinência entre situação jurídica do réu e a relação de direito material deduzida em juízo. *In casu*, a situação jurídica dos recorrentes autoriza o seu ingresso na relação processual, na medida em que os ilícitos discutidos nestes autos guardam com eles relação de pertinência subjetiva, notadamente pelo fato de se tratarem dos ocupantes dos cargos de prefeito e secretário municipal à época da suposta prática das irregularidades noticiadas, possuindo, em tese, todo o controle da máquina administrativa do município.

É irrelevante para o exame da legitimidade *ad causam* a circunstância de ter havido, ou não, a efetiva prática dos ilícitos imputados ao defendente.

Tal capítulo é reservado para o mérito do recurso, não se esgotando em mera preliminar de índole processual.

Pelo exposto, não acolho a alegação.

LivroPopulos.indb 533 23/10/2015 09:53:26

DO *MERITUM CAUSAE.*

Além de inobservarem o princípio da moralidade, os recorrentes olvidaram-se do cânone da impessoalidade que deve permear a ação administrativa. A certa altura, reconheceram as ordens de rescisão e tentaram justificá-las como uma espécie de resposta a supostas críticas feitas pelos servidores ao gestor municipal. Transcrevo trechos da própria peça recursal, *in verbis*:

> *As contratadas, como que em atitudes orquestradas passaram a atentar contra* ***a honra e a boa fama do Gestor Municipal****, seja enquanto prefeito e homem público ou em sua dignidade pessoal. Conforme se provará com as provas testemunhais a serem produzidas em momento oportuno, as funcionárias proferiam pela cidade que o SAMU iria fechar as suas portas* ***por incompetência do Prefeito que é um Administrador desastroso, que não tem pulso e quiçá estaria desviando o recurso destinado ao serviço em proveito próprio****.*
> *(…)*
> *Ademais, (…) Sarah afirmava em alto e bom som, tanto em ambiente de trabalho, quanto fora dele, que Paulo Machado é um 'banana',* ***que o mesmo não sabe administrar, é incompetente e não tem 'pulso' que sempre volta atrás em suas decisões*** *e que 'o sapo boi' não iria tirá-la de onde estava, além de imitá-los com gestos e trejeitos ofensivos, revelando verdadeiro desrespeito.*
> *(…)*
> *(…) Ao contrário disso, enxovalhado em sua imagem e sendo ferido em sua dignidade pessoal,* ***apenas utilizou-se*** *dos meios legais para repelir atos lesivos à sua honra e boa fama, como preceitua as normas,* ***ensejando assim a ruptura contratual por JUSTA CAUSA****, fato este latente e confirmado ao decorrer da instrução processual, não se conformando o recorrente com entendimento diverso, já que teve a sua moral e reputação diretamente atingidas.* (grifos aditados)

Bem. Essa "justa causa" apontada pelos recorrentes, além de não ter sido comprovada, como obtempera a Procuradoria Eleitoral, é antijurídica. O gestor público não pode agir, na administração pública, movido a interesses pessoais. Neste caso em particular, a CLT ou o Código Civil não se aplica na integralidade, porque o regime privado, quando é absorvido pela administração pública, sempre o é em parte, formando-se um regime híbrido. Por agir em prol da consecução de interesses públicos, o gestor público há de curvar-se aos princípios constitucionais que regem a administração pública. Dentre eles, o artigo 37, *caput* da Constituição Federal,

LivroPopulos.indb 534 23/10/2015 09:53:26

consagra o princípio da impessoalidade que, nas lições lapidares de Celso Antônio Bandeira de Mello,

> *(…) se traduz na ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. (…) Além disso, assim como "todos são iguais perante a lei" (art. 5º, caput), a fortiori teriam de sê-lo perante a Administração.*[1]

Não à toa, inclusive, a Lei nº 9.790, de 23.3.1999, que concebeu as organizações de sociedade civil de interesse público para o desenvolvimento de atividades de interesse coletivo, em regime de colaboração com o Estado mediante a celebração de "termos de parceria", exige, em seu artigo 4º, I que seus estatutos se orientem em conformidade com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade e da eficiência[2]. Afinal, as organizações desempenham função delegada do poder público e gerem recursos e bens públicos[3].

Ora, o fato de ser privada a legislação que regulava a contratação dos servidores da OSCIP (CLT ou Código Civil) e de ser a OSCIP pessoa jurídica de direito privado não a liberta para agir como qualquer outra empresa privada que esteja desatrelada do poder público. Sua atuação sofre muito mais o influxo do regime publicístico do que do privado, e isso resulta nítido na legislação que a criou, inclusive em face da fiscalização que sobre ela incide.

Nessa ordem de ideias, as rescisões contratuais dos servidores da OSCIP Municipal (CECOSAP) incidiram na proibição expressa pelo artigo 73, V da Lei nº 9.504/97[4].

1MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 114.

2"**Art. 4º** Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre: I - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;"

3 "(…) o regime de parceria previsto na Lei nº 9.790/99 implica sérias responsabilidades às entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, e isso pelas circunstâncias de que, mesmo tendo personalidade jurídica de direito privado e pertencendo ao segmento da sociedade civil, passam a executar serviços públicos em regime formalizado por instrumento próprio, o termo de parceria, devendo, por conseguinte, respeitar as obrigações pactuadas e, o que é mais importante, direcionar-se primordialmente ao interesse público, visto que no exercício dessas atividades a organização desempenha função delegada do Poder Público." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 319).

4 "**Art. 73**. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:
(…) **V** – nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, **demitir sem justa causa**, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor

LivroPopulos.indb 535 23/10/2015 09:53:26

Noutro giro, embora o multicitado artigo 73, V não exija a prova de que o móvel da dispensa seja de jaez político, presume sua ocorrência se não houver justa causa na demissão. Como diz o *Parquet*, à fl. 386, o que almeja a norma é "evitar a prática de ato com aparência de legalidade, mas que pode visar, pelo período em que é realizado, perseguir ou beneficiar servidor público no período pré e pós-eleitoral, de modo a macular a igualdade e legitimidade na disputa eleitoral."

Sem se restringir à prova testemunhal, porquanto existem diversos distratos celebrados no período interdito legalmente (fls. 26, 31 e 197 a 208), a prova coligida na instrução é consistente, a ensejar, ainda, a aplicabilidade do art. 22 da LC nº 64/90, por abuso de poder político e de autoridade.

No tocante ao fato de que os atos ilícitos não interferiram no resultado do pleito de 2012 e que, portanto, não deveriam acarretar a inelegibilidade, esta alegação não pode prosperar. Os atos abusivos perpetrados no processo eleitoral não devem ser tolerados pela Justiça, independentemente de ocasionarem benefício ao candidato no resultado do pleito. A prática por si só desequilibrou a igualdade entre os concorrentes, embora não tenha logrado êxito. É que a sanção de inelegibilidade tem cunho também preventivo, almejando inibir as práticas que tolhem o pleno exercício do direito de voto. A esse propósito, já decidiu a Corte Superior Eleitoral:

> Agravo Regimental. Recurso Ordinário. Representação eleitoral. Condutas vedadas. Lei nº 9.504/97, art. 73.
> As condutas vedadas (Lei das Eleições, art. 73) constituem-se em espécie do gênero abuso de autoridade. Afastado este, considerados os mesmos fatos, resultam afastadas aquelas.
> *O fato considerado como conduta vedada (Lei das Eleições, art. 73) pode ser apreciado como abuso do poder de autoridade para gerar a inelegibilidade do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90.*
> *O abuso do poder de autoridade é condenável por afetar a legitimidade e normalidade dos pleitos e, também, por violar o princípio da isonomia entre os concorrentes, amplamente assegurado na Constituição da República.*
> *Agravo Regimental desprovido. Decisão mantida.* (AGRAVO REGIMENTO NO RECURSO ORDINÁRIO nº 718, Acórdão nº 718 de 24/05/2005, Relator(a) LUIS CARLOS MADEIRA, Publicação: DJ – Diário de justiça. Data 17/06/2005, Página 161). (grifos aditados)

público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo; e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários."

LivroPopulos.indb 536 23/10/2015 09:53:27

A discussão que se travou na espécie foi superada pela alteração introduzida pela LC nº 135/2010, que acrescentou o inciso XVI ao art. 22 da LC nº 64/90, de seguinte teor:

> *XVI – para 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.*

E a gravidade do quanto documentado se revela no processo, pois a coação empreendida em detrimento da liberdade de voto ocorreu em grande proporção, atingindo várias pessoas.

À vista dos motivos expostos, voto pelo desprovimento do recurso, mantendo-se incólume a sentença vergastada.

É o voto.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 20 de janeiro de 2015.

CARLOS D'ÁVILA TEIXEIRA
Juiz Relator

LivroPopulos.indb 537 23/10/2015 09:53:27

ACÓRDÃO Nº 1.335/2013

RECURSO ELEITORAL
PROCESSO Nº 321-67.2012.6.05.0163
CLASSE 30
MUNICÍPIO: Alagoinhas
RECORRENTES: 1) Partido Social Cristão – PSC de Alagoinhas. Adv.: José Carlos Fiscina Filho.
2) Jaques Wagner. Adv.: Jorge Salomão Oliveira dos Santos.
RECORRIDOS: 1) Jaques Wagner.
2) Joseildo Ribeiro Ramos e Coligação ALAGOINHAS PODE MAIS. Adv.: Alexsandro Buri Caldas.
3) Partido Social Cristão – PSC de Alagoinhas.
PROCEDÊNCIA: Juízo Eleitoral da 163ª Zona.
RELATOR: Juiz Wanderley Gomes.

Recursos. Representação. Propaganda institucional irregular. Eleições municipais. Desequilíbrio. Conduta vedada. Art. 73, VI, b da Lei nº 9.504/97. Multa. Majoração. Extensão. Condição. Agente público. Ausência. Descabimento. Desprovimento.

Nega-se provimento a recursos pois configurada, in casu*, a prática da conduta vedada a que alude o art. 73, VI, b da Lei nº 9.504/9, sendo manifesto o desequilíbrio trazido às eleições pela propaganda institucional. Por outro lado, considera-se descabida a majoração da multa estimada na sentença, ante ser proporcional à gravidade dos danos. Inaplicável, de igual sorte, a sua extensão aos demais representados, por lhes faltar a necessária condição de agente público, nos termos do art. 50, § 1º da Res. TSE nº 23.370/11.*

Vistos, relatados e discutidos os autos acima indicados,

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS, nos termos do voto do Juiz Relator, adiante lavrado, que passa a integrar o presente Acórdão.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 21 de novembro de 2013.

SARA SILVA DE BRITO, Juíza-Presidente; WANDERLEY GOMES, Juiz Relator; JOSÉ ALFREDO DE PAULA SILVA, Procurador Regional Eleitoral

LivroPopulos.indb 539 23/10/2015 09:53:27

RELATÓRIO

Trata-se de recursos recíprocos interpostos pelo Partido Social Cristão – PSC e Jaques Wagner contra decisão prolatada pelo Juízo da 163ª Zona Eleitoral, que, reconhecendo a prática, pelo segundo recorrente, de propaganda institucional irregular, julgara pela procedência parcial da representação deduzida pelo primeiro recorrente, condenando aquele ao pagamento de multa no valor de R$ 5.320,50 (cinco mil trezentos e vinte reais e cinquenta centavos).

Suscita o primeiro recorrente, em sua peça, o equívoco em que incidira a sentença atacada por não ter cominado a aplicação de qualquer multa ao Sr. Joseildo Ramos e à Coligação ALAGOINHAS PODE MAIS, enquanto beneficiários da veiculação irregular levada a efeito pelo segundo recorrente.

Aduz, ainda, a desproporção entre o valor da multa imposta ao segundo recorrente e a gravidade da infração que este cometera. Invoca, na oportunidade, os critérios objetivos para aferição do valor indenizatório (capacidade financeira do infrator e gravidade da conduta), bem como a reincidência do segundo recorrente neste tipo de infração.

Ao final, vindica o provimento do recurso para que, reformando-se o *decisum* rebatido, seja a multa imposta ao segundo recorrente não apenas majorada, senão estendida aos beneficiários da propaganda – *in casu*, o Sr. Joseildo Ramos e a Coligação ALAGOINHAS PODE MAIS.

Por sua vez, o segundo recorrente erige, em sua peça, a regularidade da propaganda institucional levada a efeito no Município de Alagoinhas, por inexistente, em seu conteúdo, qualquer alusão à eleição 2012, pedido de voto, ou referência a nomes, cargo ou imagem de candidato ou autoridade. Invoca, assim, a consonância entre o conteúdo da veiculação e a política de comunicação procedida pela Secretaria de Comunicação do Estado da Bahia – SECOM, enquanto prática já exercida há cerca de 06 (seis) anos pelo atual Governo do Estado.

Aduz, ainda, que esta Corte já teria se manifestado, por diversas vezes, sobre a licitude da propaganda institucional do Estado da Bahia, em cujo bojo fora adotada a linha de pragmatismo desenvolvida pela SECOM.

Ao final, pleiteia o provimento do recurso, colimando a improcedência da representação.

Em sede de contrarrazões, o Sr. Joseildo Ribeiro Ramos e a Coligação ALAGOINHAS PODE MAIS, segundo e terceiro representados, rogam seja negado provimento ao recurso interposto pelo primeiro recorrente,

LivroPopulos.indb 540 23/10/2015 09:53:27

porquanto, em não sendo enquadrados como agentes públicos, nos termos do art. 50, § 1º da Res. TSE nº 23.370/11, não poderiam praticar a conduta vedada constante do art. 73, VI, b da Lei nº 9.504/97.

Em seu pronunciamento de fls. 248/249, opinou a Procuradoria Regional Eleitoral pelo desprovimento de ambos os recursos.

É o relatório.

VOTO

Devidamente apreciada a matéria fática que recheia os autos, reputo não merecer guarida a pretensão de qualquer dos recorrentes.

Com efeito, não restam dúvidas quanto à veiculação, pelo segundo recorrente, da propaganda institucional, quer mediante *outdoors*, quer por outros meios, *v.g.* redes de rádio e anúncio em carros de som. Neste particular, a prova carreada ao feito revela-se bastante para demonstrar tal circunstância.

Impende, contudo, proceder à valoração da propaganda institucional levada a efeito, quer reputando-a conforme a legislação eleitoral – e desprovida de qualquer aptidão para macular as eleições 2012 – quer reconhecendo a sua irregularidade por promover qualquer desequilíbrio ao citado pleito, afastando-se do desiderato típico que deve imbuir a publicidade estatal (art. 37, § 1º da CF/88).

No caso concreto, compartilho do entendimento do juízo *a quo*, no que pertine à irregularidade da veiculação procedida.

Reforça este entendimento a circunstância de que, durante o período eleitoral, houve a alteração do *slogan* típico das publicidades institucionais do Estado da Bahia ("Bahia de Todos Nós"), adotando-se em seu lugar outro, de mais restrito endereçamento e com escopo bem delimitado; em específico: "É o Governo da Bahia Trabalhando em Alagoinhas".

Em se considerando que o novo *slogan* é utilizado para mostrar as obras e realizações do Governo do Estado no Município de Alagoinhas, resta latente, em seu bojo, a mensagem tendente ao convencimento de que resta necessária uma aliança, um alinhamento político entre as duas esferas de governo para que as melhorias apresentadas na propaganda institucional sejam efetivamente concluídas na municipalidade.

Sedimentadas tais premissas, falecem as assertivas do segundo recorrente no que respeita à plena conformidade da veiculação com o pragmatismo característico da política de comunicação da SECOM. A modificação do antigo *slogan* em pleno período eleitoral – em que delimitados o município

LivroPopulos.indb 541 23/10/2015 09:53:27

objeto da veiculação (Alagoinhas), bem como o apoio do Governo do Estado – exprime, a meu ver, tomada de nova estratégia para fins eleitoreiros sobejamente apta a promover desequilíbrio nas eleições municipais.

Manifesto, por conseguinte, o desvirtuamento da propaganda levada a efeito pelo segundo recorrente. Resta ausente, em seu conteúdo, o esperado caráter educativo, informativo ou de orientação social, a que alude o art. 37, § 1º da CF/88.

Acertada, por conseguinte, a decisão de primeiro grau que, reconhecendo o desvio de finalidade da veiculação, julgara pela procedência parcial da representação, aplicando ao segundo recorrente a pena de multa.

Quanto à pretensão do primeiro recorrente de ver majorada a sanção pecuniária já aplicada, estendendo-a, ainda, aos demais representados, reputo-a carente de plausibilidade, seja no plano fático, seja na esfera jurídica.

Em verdade, não há de prosperar a alegada desproporção entre o *quantum* estimado pelo juízo *a quo* e a gravidade dos efeitos porventura deflagrados pela propaganda institucional irregular.

A despeito da ampla divulgação conferida à propaganda pelo segundo recorrente, ou da violação da legislação eleitoral e dos princípios da Administração Pública em que esta incorrera, cumpre asseverar que o suposto beneficiário não fora eleito, como bem registrado pela Procuradoria Regional Eleitoral (fl. 249). Adequada, pois, a quantificação da sanção pecuniária constante do *decisum*.

Demonstrada a existência de obstáculo fático à vindicada majoração da multa, importa, agora, destacar a presença de óbice normativo à extensão da sanção aos demais representados; em específico, a necessária condição de agente público, a que alude o art. 50, § 1º da Res. TSE nº 23.370/11, *verbis:*

> Art. 50 – (...)
> § 1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (Lei nº 9.504/97, art. 73, § 1º).

Em se considerando que o art. 73 da Lei nº 9.504/97 discrimina, em seus diversos incisos, variada gama de condutas vedadas aos agentes públicos, servidores ou não, resta fácil concluir pela inaplicabilidade do

LivroPopulos.indb 542 23/10/2015 09:53:27

preceito às pessoas dos segundo e terceiro representados, porquanto não integram esta categoria.

À vista dessas considerações, voto, em harmonia com o parecer ministerial, pelo desprovimento de ambos os recursos.

É como voto.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 21 de novembro de 2013.

Wanderley Gomes
Juiz Relator

LivroPopulos.indb 543 23/10/2015 09:53:27

Contas de Campanha

LivroPopulos.indb 545 23/10/2015 09:53:27

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 3-12. 2013.6.26.0213 - CLASSE 6 - OSASCO - SÃO PAULO

Relator: Ministro Luiz Fux
Agravante: Coligação Novos Tempos para Osasco
Advogados: João Fernando Lopes de Carvalho e outros
Agravados: Antônio Jorge Pereira Lapas e outros
Advogados: Stella Bruna Santo e outros

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO E VICE- PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO OU GASTO ILÍCITO DE RECURSOS FINANCEIROS DE CAMPANHA ELEITORAL. ART. 30-A DA LEI DAS ELEIÇÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A prestação de contas não se confunde com a representação instituída pelo art. 30-A da Lei n° 9.504/97. Precisamente por isso, na prestação de contas se afere a regularidade das receitas e dos gastos eleitorais, enquanto na representação do art. 30-A da Lei n° 9.504/97 cabe ao representante comprovar a existência de ilícitos que tenham relevância jurídica para comprometer a moralidade e a legitimidade da eleição.

2. A abertura intempestiva da conta bancária específica de campanha eleitoral não é suficiente, per se, para a caracterização da prática de arrecadação e gastos ilícitos de recursos de campanha, sendo imprescindível a relevância jurídica da conduta imputada ao candidato para justificar a grave sanção de cassação do diploma. Precedentes: RO n° 444696/DF, DJe de 2.5.2012, rel. Min. Marcelo Ribeiro; REspe n° 28448/AM, DJe de 10.5.2012, rel. Min. Marco Aurélio.

3. A simples reiteração de argumentos já analisados na decisão agravada e o reforço de alguns pontos, sem que haja no agravo regimental qualquer elemento novo que seja apto a infirmá-la, atrai a incidência do Enunciado da Súmula n° 182 do STJ.

4. A modificação do entendimento do TRE/SP, para decidir de acordo com a pretensão da parte recorrente, no sentido de assentar a ocorrência de prática de arrecadação ilícita de recursos financeiros para a campanha eleitoral,

LivroPopulos.indb 547 23/10/2015 09:53:27

demandaria o revolvimento do arcabouço probatório, providência vedada nas instâncias extraordinárias, nos termos das Súmulas n" 279/STF e 7/STJ.

5. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 2 de dezembro de 2014.

MINISTRO LUIZ FUX - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, trata-se de agravo regimental interposto pela Coligação Novos Tempos para Osasco contra decisão monocrática de fls. 402-409, proferida pelo Ministro Dias Toffoli, à época Relator, que negou seguimento ao agravo nos próprios autos, em síntese, pelos seguintes fundamentos: *(i)* ausência de impugnação específica quanto ao fundamento da decisão do Presidente do Regional, na qual ficou consignada a pretensão do reexame do conjunto fático-probatório, atraindo a incidência do Enunciado da Súmula 182 do STJ; *(ii)* ausência de violação ao art. 275 do CE e ao art. 131 do CPC, por suposta negativa de prestação jurisdicional e pela suscitada falta de motivação da decisão regional; *(iii)* relativamente à configuração (ou não) do ilícito previsto no art. 30-A da Lei das Eleições, no tocante à análise da alegada prática de arrecadação ilícita de recursos financeiros para a campanha eleitoral, ficou consignada a necessidade de se proceder ao reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que seria inviável em sede extraordinária; e *(iv)* por fim, quanto à intempestividade da abertura da conta bancária, concluiu que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que não basta a ocorrência da ilegalidade para a aplicação da sanção de cassação de diploma, sendo imprescindível a relevância jurídica que justifique a medida.

Em suas razões, a Coligação Agravante sustenta, em linhas gerais, que "é *da jurisprudência que a omissão de receitas e despesas da Justiça Eleitoral evidencia a existência de 'caixa 2' e, portanto, justifica a condenação com base no art. 30-A da Lei das Eleições"* (fls. 426) e "o *que se pretende é a revaloração das provas e circunstâncias fáticas acima descritas e reconhecidas no v. Acórdão* agravado" (fls. 427).

LivroPopulos.indb 548 23/10/2015 09:53:27

Prossegue aduzindo a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, uma vez que, no seu entender "*a necessidade de reexame de fatos e provas não pode ser apontada como razão para a inadmissibilidade do Recurso quanto tal ausência foi objeto de embargos de declaração opostos pela parte prejudicada, visando, exatamente deixar ainda mais evidente a gravidade da conduta praticada pelo recorrido*" (fls. 428).

Pugna pelo provimento do agravo regimental para que, reformando-se a decisão agravada, seja provido o recurso especial.

É o relatório suficiente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Senhor Presidente, *ab initio,* assento que o agravo regimental foi interposto tempestivamente e encontra-se assinado por advogados regularmente constituídos, motivo pelo qual dele conheço.

Todavia, os argumentos expendidos pela Agravante, na minuta deste regimental, são insuficientes para ensejar a modificação do *decisum* agravado, o qual deve ser mantido por seus próprios fundamentos. Em suma, a decisão agravada restou assim consignada (fls. 404-409):

> "Decido.
> Razão jurídica não assiste à agravante.
> O presidente do TRE/SP inadmitiu o recurso especial com fundamento na pretensão da recorrente de proceder ao reexame do conjunto fático-probatório, o que não é permitido em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n° 7 do STJ.
> A agravante não só deixou de infirmar o fundamento da decisão agravada, como corroborou-o afirmando que '[...] é certo que a matéria de fato, necessária para possibilitar o acesso à via especial, foi omitida no v. Acórdão' (fl. 375) e 'tanto assim que a razão para o não recebimento do Recurso Especial interposto foi a necessidade de reexame de matéria de fato. Não existissem as omissões alegadas, a matéria de fato estaria bem posta no v. Acórdão e bastaria sua revaloração para concluir pela afronta apontada' (fl. 375).
> Não infirmada a decisão atacada, incide na espécie a Súmula n° 182 do Superior Tribunal de Justiça.

Nessa linha, os seguintes precedentes:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

LivroPopulos.indb 549 23/10/2015 09:53:27

DIVULGAÇÃO DE FOTO E MENSAGEM DE FELICITAÇÃO EM JORNAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. NÃO PROVIMENTO.
1. As conclusões da decisão agravada que não foram especificamente impugnadas devem ser mantidas por seus próprios fundamentos.
2. A Súmula nº 182/STJ incide no agravo de instrumento interposto pelo agravante, pois este não infirmou ofundamento da decisão regional que negou seguimento ao recurso especial, limitando-se a repetir os argumentos doespecial [Grifei].
3. Divulgação de foto aliada à mensagem de felicitação em jornal não configura propaganda eleitoral antecipada, se ausentes elementos de caráter eleitoral.
4. Agravo regimental desprovido.
(AgR-AI n° 22039/SP, DJe de 26.8.2013, de minha relatoria); e

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. ELEIÇÕES 2012. SÚMULA 182 DO STJ. REEXAME. SÚMULA 83 DO STJ. DESPROVIMENTO.
1. Nas razões do instrumento, os Agravantes deixaram de se voltar contra os fundamentos da decisão agravada, quais sejam, necessidade de reexame de provas e incidência da Súmula 83 do STJ, fazendo incidir a Súmula 182 do mesmo Tribunal [Grifei].
2. A pretensão de reforma do acórdão regional no que se refere ao efeito visual de outdoor da propaganda exige o reexame da matéria fático-probatória, providência que esbarra nas vedações previstas nas Súmulas 7 do STJ e 279 do STF.
3. A Súmula 83 do STJ pode ser fundamento utilizado para afastar ambas as hipóteses de cabimento do recurso especial - afronta à lei e dissídio pretoriano.
4. Agravo regimental desprovido. (AgR-AI n° 13463/SP, *DJe* de 3.9.2013, rel. Min. Laurita Vaz).

Mesmo que superado o referido óbice, o agravo não teria condições de êxito ante a inviabilidade do recurso especial.
Inicialmente, afasto a negativa de prestação jurisdicional suscitada pela recorrente (apontada violação ao art. 275 do CE).
Não há violação ao dispositivo acima mencionado, pois a leitura dos acórdãos regionais revela que todas as questões relevantes para a solução da controvérsia foram devidamente explicitadas e fundamentadas. Eventual inconformismo da recorrente não implica a suscitada omissão.
Com efeito, consta do acórdão que julgou o recurso especial que '[...] a alegação genérica de que os recorridos realizaram

LivroPopulos.indb 550 23/10/2015 09:53:27

atos de campanha antes da abertura da conta corrente não é suficiente a configurar o ilícito descrito no artigo 30-A, especialmente se considerada a ausência de quaisquer elementos, ainda que indiciários, acerca da existência de 'caixa dois' (fls. 329-330).

É assente neste Tribunal Superior que 'a via aclaratória não se presta à rediscussão dos fundamentos do acórdão recorrido. Os embargos de declaração utilizados para esse fim ultrapassam os limites delineados pelo art. 535, inc. I e II, do CPC c.c. o art. 275 do Código Eleitoral' (AgR-AI n° 11.708/MG, rel. Min. Felix Fischer, DJE de 15.4.2010).

A alegada ofensa ao art. 131 do Código de Processo Civil, baseada na ausência de motivação da decisão objurgada, não subsiste ante o não reconhecimento da negativa de jurisdição, pois, como afirmado acima, o Tribunal a *quo* fundamentou suficientemente a decisão atacada.

Acerca do ilícito previsto no art. 30-A da Lei n° 9.504/97, a Corte Regional assim se manifestou (fls. 329-330):

[...] insurge-se a recorrente contra a suposta arrecadação e gastos ilícitos de recursos e abuso de poder econômico, consubstanciados na intempestividade da abertura de conta bancária específica de campanha pelos recorridos.

[...]

[...] tem-se que a cassação do diploma não se revelaria razoável diante da irregularidade invocada pelo recorrente. A alegação genérica de que os recorridos realizaram atos de campanha antes da abertura da conta corrente não é suficiente a configurar o ilícito descrito no artigo 30-A, especialmente se considerada a ausência de quaisquer elementos, ainda que indiciários, acerca da existência de 'caixa dois'.

Decidir de forma contrária à conclusão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo quanto à insuficiência de elementos probatórios da omissão de receitas, o que poderia caracterizar 'caixa dois', demandaria reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de recurso especial. Incidem na espécie vertente as Súmulas n^{os} 7 do STJ e 279 do STF.

Ademais, quanto à intempestividade da abertura da conta bancária, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que não basta a ocorrência da ilegalidade para a aplicação da sanção de cassação do diploma pela prática de arrecadação e gastos ilícitos de recursos de campanha é imprescindível a relevância jurídica que justifique a sanção. Noutros termos, a sanção deve ser proporcional à gravidade dos ilícitos praticados pelo candidato. Nesse sentido são os seguintes precedentes:

LivroPopulos.indb 551 23/10/2015 09:53:27

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÃO 2010. DEPUTADO DISTRITAL. CASSAÇÃO. ART. 30-A DA LEI Nº 9.504/97. IRREGULARIDADES INSANÁVEIS. DESAPROVAÇÃO DAS CONTAS DE CAMPANHA. EMPRESA CRIADA NO ANO DA ELEIÇÃO. DOAÇÃO. ILÍCITO ELEITORAL. PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA. GRAVIDADE. CONDUTA. AFERIÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência deste Tribunal tem se posicionado no sentido de que a aplicação da grave sanção de cassação do diploma com base no art. 30-A da Lei n° 9.504/97 h4 de ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão perpetrada ao bem jurídico protegido pela norma. [Grifei]

2. A Lei n° 9.504/97, no capítulo atinente à arrecadação e aplicação de recursos nas campanhas eleitorais, não prevê o recebimento de doação originada de empresa constituída no ano da eleição como ilícito eleitoral.

3. A arrecadação de recursos provenientes de pessoa jurídica constituída no ano da eleição, a despeito de constituir, no caso, falha insanável, não revela gravidade suficiente para ensejar a cassação do diploma do recorrente.

4. Recurso Ordinário provido.

(RO n° 444696/DF, *DJe* de 2.5.2012, rel. Min. Marcelo Ribeiro); e

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2006. SENADOR. REPRESENTAÇÃO. ARRECADAÇÃO E GASTO ILÍCITO DE CAMPANHA. OCORRÊNCIA. SANÇÃO. PROPORCIONALIDADE.

1. Nos termos do art. 30-A da Lei 9.504/97, qualquer partido político ou coligação (ou, ainda, o Ministério Público Eleitoral, segundo a jurisprudência do TSE) poderá ajuizar representação para apurar condutas em desacordo com as normas relativas à arrecadação e despesas de recursos de campanha.

2. Na espécie, o candidato recorrido arrecadou recursos antes da abertura da conta bancária específica de campanha, bem como foi - no mínimo - conivente com o uso de CNPJ falso em material de propaganda eleitoral, além de não ter contabilizado em sua prestação de contas despesas com banners, minidoors e cartazes.

3. Para a aplicação da sanção de cassação do diploma pela prática de arrecadação e gastos ilícitos de recursos de campanha não basta a ocorrência da ilegalidade. Além da comprovação do ilícito, deve-se examinar a relevância do ato contrário à legislação ante o contexto da campanha do candidato. Precedentes. [Grifei]

4. Na hipótese dos autos, não obstante o caráter reprovável das condutas de responsabilidade do recorrido, verifica-se que o montante comprovado das irregularidades (R$ 21.643,58)

LivroPopulos.indb 552 23/10/2015 09:53:27

> constitui parcela de pouca significação no contexto da campanha do candidato, na qual se arrecadou R$ 1.336.500,00 e se gastou R$ 1.326.923,08. Logo, a *cassação* do mandato eletivo não guarda proporcionalidade com as condutas ilícitas praticadas pelo recorrido no contexto de sua campanha eleitoral, razão pela qual se deixa de aplicar a sanção do § 2° do art. 30-A da Lei 9.504/97.
> 5. Recurso ordinário não provido.
> (REspe n° 28448/AM, *DJe* de 10.5.2012, rel. Min. Marco Aurélio).
>
> Destaque-se que a prestação de contas não se confunde com *a* representação instituída pelo art. 30-A da Lei n° 9.504/97, cujo objeto é apurar condutas em desacordo com as normas legais relativas à arrecadação e gastos de recursos. Enquanto na prestação de contas se afere a regularidade das receitas e dos gastos eleitorais, na representação do art. 30-A da Lei n° 9.504/97 cabe ao representante comprovar a existência de ilícitos que tenham relevância jurídica para comprometer a moralidade e a legitimidade da eleição.
> Pelo exposto, nego seguimento ao agravo de instrumento, nos termos do art. 36, § 6°, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral.

Como se vê, as razões veiculadas no regimental consistem na mera reiteração do que foi sustentado no agravo interposto contra a decisão que inadmitiu o recurso especial, de modo que o reforço de argumentação não é capaz de afastar os fundamentos da decisão agravada, o que atrai a incidência do Enunciado da Súmula n° 182 do STJ (AgR-AI nº 3543-56/RJ, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 14.3.2011).

Ademais, conforme consignado na decisão agravada, a modificação do entendimento do TRE/SP, para decidir de acordo com a pretensão da Coligação Agravante, no sentido de assentar a ocorrência de prática de arrecadação ilícita de recursos financeiros para a campanha eleitoral, demandaria o revolvimento do arcabouço probatório, providência vedada nas instâncias extraordinárias, nos termos das Súmulas nºs 279/STF e 7/STJ.

Por fim, registro que a intempestiva abertura da conta bancária específica de campanha eleitoral não é suficiente, *per se,* para a caracterização da prática de arrecadação e gastos ilícitos de recursos de campanha, sendo imprescindível a relevância jurídica da conduta imputada ao candidato para justificar a grave sanção de cassação do diploma, o que não ocorreu na espécie.

A propósito, nesse sentido, cito a jurisprudência desta Corte:

LivroPopulos.indb 553 23/10/2015 09:53:27

ELEIÇÕES 2010. RECURSO ORDINÁRIO. DEPUTADO ESTADUAL. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO. GASTOS. RECURSOS FINANCEIROS. CAMPANHA ELEITORAL. DESPROVIMENTO.
1. Não há nos autos prova inequívoca e robusta a demonstrar a prática da conduta do art. 30-A da Lei das Eleições.
2. A extemporaneidade na abertura da conta bancária específica para campanha não configura, por si só, o ilícito do art. 30-A da Lei n° 9.504/97, especialmente quando os recursos arrecadados no período que precedeu a sua abertura são estimáveis em dinheiro e os serviços são doados.
3. Na representação instituída pelo art. 30-A da Lei n° 9.504/97, deve-se comprovar a existência de ilícitos que extrapolem o universo contábil e possuam relevância jurídica para comprometer a moralidade da eleição, o que não ocorreu na espécie (Precedente: RO n° 194710/AC, Rel. Min. Dias Toffoli, de 12.9.2013).
4. Recurso desprovido.
(RO n° 262332, Rel. Min. Luciana Lóssio, *DJe* de 2.6.2014)

Ex positis, nego provimento ao agravo regimental.
É como voto.

LivroPopulos.indb 554 23/10/2015 09:53:27

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 236-37. 2012.6.05.0113 – CLASSE 6 - RIACHO DE SANTANA - BAHIA
Relator: Ministro Luiz Fux
Agravantes: Tito Eugênio Cardoso de Castro e outro
Advogados: Magno Israel Miranda Silva e outros

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA. PREFEITO E VICE-PREFEITO. DESAPROVAÇÃO. FALHAS QUE COMPROMETERAM A REGULARIDADE DAS CONTAS. DESAPROVAÇÃO. PRELIMINAR. FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N° 182 DO STJ. REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS Nº 279 DO STF E N° 7 DO STJ. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.

1. As despesas realizadas antes da abertura da conta-corrente específica de campanha, bem como a ausência de recibos eleitorais e de notas fiscais, constituem irregularidades aptas a ensejarem a desaprovação das contas do candidato.

2. O ônus de impugnar os fundamentos da decisão que obstou o regular processamento do apelo extremo eleitoral incumbe ao Agravante, sob pena de subsistirem as conclusões do decisum monocrático, nos termos do Enunciado da Súmula n° 182/STJ, verbis*: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada." Precedentes: AgR-AI n° 220-39/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 26.8.2013 e AgR-AI n° 134-63/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 3.9.2013.*

3. 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. Inteligência dos Enunciados das Súmulas nºs 279/STF e 7/STJ.

4. In casu*, os argumentos expendidos na decisão agravada não são suficientes para ensejar a modificação*

LivroPopulos.indb 555 23/10/2015 09:53:27

do decisum recorrido, porquanto os fatos descritos na decisão vergastada demonstram a presença de requisitos elencados pela jurisprudência como ensejadores da desaprovação das contas, notadamente as despesas realizadas antes da inscrição do candidato no CNPJ, bem como da abertura de conta bancária, além da ausência de documentos fiscais comprobatórios de despesas.

5. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 7 de março de 2015.

MINISTRO LUIZ FUX - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, trata-se de agravo regimental interposto por Tito Eugênio Cardoso de Castro e Alan Antônio Vieira contra decisão monocrática de fls. 381-367, mediante a qual neguei seguimento ao agravo de instrumento manejado pelos ora Agravantes, assentando a incidência da Súmula n° 182/STJ e a impossibilidade de reexame do conteúdo fático-probatório dos autos.

Inconformados com a decisão *supra*, os Agravantes interpõem o agravo regimental (fls. 368-377), no qual sustentam, em linhas gerais, que a desaprovação de suas contas teria sido fundada em falhas meramente formais, violando o art. 30, §2°-A, da Lei n° 9.504/97. Apontam, também, divergência jurisprudencial, bem como defendem não pretender o reexame fático-probatório dos autos, mas apenas o reenquadramento jurídico.

Ademais, aduzem que o *decisum* afrontou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, alegando que as supostas irregularidades quanto à *"ausência de indicação de critério de avaliação dos preços praticados no mercado referentes aos bens e serviços prestados atinentes a locação de imóvel, confecção de contratos e horas de voo"* (fls. 375) são irregularidades que não ensejam a desaprovação das contas. Em seguida, argumentam que a transparência das contas foi atingida, haja vista que os bens foram devidamente identificados.

Ao final, asseveram *"que os elementos apresentados aos autos, somados a regra de experiência comum (CPC, ad. 335), permitem concluir pela fidedignidade dos lançamentos contábeis"* (fls. 376).

LivroPopulos.indb 556 23/10/2015 09:53:27

Pleiteiam a reconsideração do *decisum* vergastado, para que seja provido o recurso especial interposto, ou a submissão do regimental ao Colegiado.

É o relatório suficiente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Senhor Presidente, a presente irresignação não merece prosperar.

Ab initio, o presente agravo foi interposto tempestivamente e está assinado por procurador regularmente constituído.

Na decisão monocrática, foi negado seguimento ao agravo sob os fundamentos de incidência da Súmula n° 182/STJ, devido à ausência de impugnação específica da decisão agravada, e de impossibilidade de reexame do conjunto probatório.

Verifico que, ao interpor este agravo regimental, todavia, e diversamente do que preconizam as legislações eleitoral e processual, os Agravantes, novamente, não se desincumbiram de impugnar especificamente o fundamento acerca da incidência da Súmula n° 182/STJ utilizado por mim para obstar o regular processamento de seu agravo de instrumento.

Como é cediço, não merece processamento o agravo que não infirma os fundamentos da decisão denegatória do recurso especial, em razão da ausência de um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade recursal, qual seja, a regularidade formal. Nessa esteira são os seguintes precedentes:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DIVULGAÇÃO DE FOTO E MENSAGEM DE FELICITAÇÃO EM JORNAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. NÃO PROVIMENTO.
> 1. As conclusões da decisão agravada que não foram especificamente impugnadas devem ser mantidas por seus próprios fundamentos.
> *2. A Súmula n° 182/STJ incide no agravo do Instrumento interposto pelo agravante, pois este não infirmou o fundamento da decisão regional que negou seguimento ao recurso especial, limitando-se a repetir os argumentos do especial.*
> 3. Divulgação de foto aliada à mensagem de felicitação em jornal não configura propaganda eleitoral antecipada, se ausentes elementos de caráter eleitoral.

LivroPopulos.indb 557 23/10/2015 09:53:28

> 4. Agravo regimental desprovido. [Grifo nosso]
> (AgR-Al n° 220-39/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 26.8.2013); e
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. ELEIÇÕES 2012. SÚMULA 182 DO STJ. REEXAME. SÚMULA 83 DO STJ. DESPROVIMENTO.
> 1. *Nas razões do Instrumento, os Agravantes deixaram de se voltar contra os fundamentos da decisão agravada, quais sejam, necessidade de reexame de provas e incidência da Súmula 83 do STJ, fazendo incidir a Súmula 182 do mesmo Tribunal.*
> 2. A pretensão de reforma do acórdão regional no que se refere ao efeito visual de *outdoor* da propaganda exige o reexame da matéria fático-probatória, providência que esbarra nas vedações previstas nas Súmulas 7 do STJ e 279 do STF.
> 3. A Súmula 83 do STJ pode ser fundamento utilizado para afastar ambas as hipóteses de cabimento do recurso especial - afronta à lei e dissídio pretoriano.
> 4. Agravo regimental desprovido. [Grifo nosso]
> (AgR-Al n° 134-63/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 3.9.2013).

Ademais, os argumentos expendidos no presente agravo não são suficientes para ensejar a modificação do *decisum* recorrido, porquanto os fatos descritos na decisão vergastada demonstram a presença de requisitos elencados pela jurisprudência como ensejadores da desaprovação das contas, notadamente as despesas realizadas antes da inscrição do candidato no CNPJ, bem como da abertura de conta bancária, além da ausência de documentos fiscais comprobatórios de despesas.

Consoante destacado na decisão ora combatida, o Tribunal de origem, debruçando-se detidamente sobre os fatos e provas, assentou (fls. 228-229):

> Conforme apontado pelo setor técnico deste Tribunal e pelo *Parquet*, subsistem falhas graves que impossibilitam a aprovação das contas.
> Primeiramente, verifica-se a ausência de indicação de critério de avaliação dos preços praticados no mercado referente aos bens e serviços prestados atinentes a locação de imóvel, confecção de contratos e horas de voo, sendo insuficiente a documentação adunada às fls. 128, 129 e 134, que demonstra apenas que os bens ou serviços integram o patrimônio de terceiros ou constituem produtos de suas próprias atividades econômicas, subsistindo a violação ao art. 40, § 3°, da Res. TSE n° 23.376/2012.

LivroPopulos.indb 558 23/10/2015 09:53:28

Com gravidade maior, constata-se ainda a irregularidade atinente às despesas realizadas antes da inscrição do candidato no CNPJ, bem como da abertura de conta bancária, em detrimento do disposto no art. 2°, II e III da citada resolução.
Destarte, entendo que não merece guarida o argumento dos recorrentes de que a imperiosa necessidade de realização de gastos atinentes, por exemplo, a confecção de *jingles*, publicidade de carros de som e cessão de veículos, justifica a irregularidade perpetrada.
Conforme bem pontuado pelo juízo sentenciante, a única hipótese de realização de gastos de campanha antes do registro de candidatura, da inscrição do CNPJ e da abertura de conta bancária é aquela com a finalidade de instalação física de comitês de campanha e, mesmo assim, desde que não tenha sido feito desembolso financeiro.
Assim sendo, como o candidato não comprova que os gastos contratados o foram com a finalidade de instalação física de comitês de campanha, não há como ser superada a falha em questão, mormente considerando que a exigência normativa é justamente para evitar fraude, de forma que o candidato gaste com recursos sem origem, o chamado caixa dois, e posteriormente emita recibo para regularizar despesas no montante que lhe interessar.
Por fim, detecta-se ainda a ausência de documentos fiscais comprobatórios que envolvem o montante de R$ 20.000,00, sendo certo que a documentação acostada às fls. 135/137 se revela imprestável para tal mister, porquanto emitida em data posterior à realização das despesas, em desacordo com o quanto preceitua o art. 29, § 5° da Resolução TSE n° 23.376/2012, que estabelece que os candidatos, partidos políticos e comitês financeiros poderão arrecadar recursos e contrair obrigações até o dia da eleição, e que as despesas já contraídas e não pagas até tal data deverão ser comprovadas por documento fiscal idôneo ou outro permitido pela legislação tributária, emitido na data da realização da despesa.
Em suma, conclui-se que a inobservância quanto às exigências formais acima explicitadas terminou afetando a regularidade e confiabilidade dos recursos empregados na campanha [Grifo nosso].

Observo que, tal como assentado no julgado da Corte a *quo,* este Tribunal tem orientação no sentido de que as despesas realizadas antes da abertura da conta-corrente específica de campanha, bem como a ausência de recibos eleitorais e de notas fiscais, constituem irregularidades aptas a ensejarem a desaprovação das contas do candidato. Sobre esse enfoque, sobreleva enfatizar os seguintes precedentes:

LivroPopulos.indb 559 23/10/2015 09:53:28

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ELEIÇÕES 2012. PRESTAÇÃO DE CONTAS. VEREADOR. DESAPROVAÇÃO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS NO ACÓRDÃO. INVIABILIDADE. NÃO PROVIMENTO.
1. A jurisprudência do TSE tem admitido a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para aprovar as contas com ressalvas quando a irregularidade representa percentual ínfimo e a falha não inviabilizou o controle das contas pela Justiça Eleitoral.
2. Na instância especial, a análise é adstrita ao contexto fático-probatório delineado na decisão recorrida.
3. Inexistindo, no acórdão do Regional, elementos que indiquem o total dos recursos movimentados na campanha para que se possa analisar o percentual que as falhas representam em relação ao todo, fica inviabilizada a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes.
4. *A arrecadação de recursos antes da abertura da conta-corrente específica de campanha e a omissão de despesas na prestação de contas são irregularidades insanáveis e ensejam a desaprovação das contas de campanha.*
5. Agravo regimental desprovido [Grifo nosso].
(AgR-AI nº 780-15/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 18.12.2014);

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CANDIDATO. REJEIÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA. OMISSÃO DE RECEITAS E DESPESAS. ARRECADAÇÃO DE RECURSOS ANTES DO RECEBIMENTO DOS RECIBOS ELEITORAIS. NÃO ABERTURA DE CONTA BANCÁRIA E CONSEQUENTE NÃO APRESENTAÇÃO DOS EXTRATOS. IRREGULARIDADES INSANÁVEIS. RECURSO DESPROVIDO.
1. A não abertura de conta bancária específica, a omissão de receitas e despesas e a arrecadação de recursos antes do recebimento de recibos eleitorais constituem irregularidades que comprometem a confiabilidade das contas de campanha e ensejam a sua desaprovação.
2. Não impugnados os fundamentos da decisão agravada, incide, por analogia, a Súmula n° 182 do STJ.
3. Agravo regimental desprovido [Grifo nosso].
(AgR-AI n° 14-78/PI, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 21.10.2013);

PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL. PARTIDO TRABALHISTA DO BRASIL (PT DO B). EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2006.
1. Verificadas s ausência de comprovação fiscal e a impos-

LivroPopulos.indb 560 23/10/2015 09:53:28

> *sibilidade de aferição da destinação de verbas originárias do Fundo Partidário, impõe-se a desaprovação total das contas da agremiação.*
> 2. A abertura de conta bancária para a movimentação dos recursos do Fundo Partidário é exigida pelo art. 4° da Res.-TSE n° 21.841, e a sua falta consubstancia irregularidade insanável.
> 3. A ausência de esclarecimento sobre as divergências entre o total das despesas efetuadas, conforme consta no Demonstrativo de Receitas e Despesas, e o somatório da movimentação de débitos registrados nos extratos bancários impede o efetivo controle da movimentação financeira do partido e, consequentemente, da correta aplicação dos recursos do Fundo Partidário, conforme as diretrizes estabelecidas no art. 44 da Lei n° 9.096/95.
> Desaprovação total da prestação de contas, com determinação de desconto, na próxima quota mensal a ser repassada do Fundo Partidário, da quantia recebida pelo Diretório Nacional no exercício financeiro de 2006 [Grifo nosso].
> (Pet n° 2.659/DF, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, *DJe* de 25.10.2013).

> Destarte, como dito na decisão atacada, para alterar a conclusão da instância regional, a fim de entender que as referidas irregularidades não têm o condão de macular a lisura da prestação de contas do Agravante, seria necessário proceder ao reexame da matéria fático-probatória dos autos, providência incabível na via especial, nos termos das Súmulas n^{os} 7/STJ e 279/STF.

> Nesse sentido é o seguinte julgado:

> Prestação de Contas. Candidato. - Para rever a conclusão da Corte de origem de que a prestação de contas contém falhas que analisadas em conjunto comprometem a sua confiabilidade e regularidade, seria necessário o reexame de fatos e provas, vedado em sede de recurso especial, a teor da Súmula n° 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental não provido. (AgR-REspe n° 4292-62/AM, Rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJe* de 15.10.2012).

Indo além, no que concerne à aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, melhor sorte não acode aos Agravantes.

Consoante jurisprudência desta Corte Superior, a incidência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade somente é possível quando presentes os seguintes requisitos: *(i)* falhas que não comprome-

LivroPopulos.indb 561 23/10/2015 09:53:28

tam a lisura do balanço contábil; *(ii)* irrelevância do percentual dos valores envolvidos em relação ao total arrecadado; e *(iii)* ausência de comprovada má-fé do candidato.

Conforme pontuado na decisão monocrática, não há informação no acórdão quanto ao percentual da irregularidade ante a totalidade da prestação de contas, o que impossibilita a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

> Prestação de contas de campanha. Candidato. Eleições 2012.
> [...]
> 3. É inviável a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade se não há, no acórdão regional, elementos que permitam mensurar se os valores relativos às falhas identificadas são ínfimos em comparação com o montante dos recursos arrecadados na campanha.
> Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgR-Al n° 1380-76/MG, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, *DJe* de 7.8.2014).

Por fim, observo que não foi ventilada, no momento da interposição do *decisum,* a necessária observância ao disposto no art. 335 do CPC como querem fazer crer os ora Agravantes, restando caracterizada inovação de tese recursal, o que é incabível em sede de regimental.

Tal posicionamento encontra eco na jurisprudência deste Tribunal Superior:

> ELEIÇÃO 2012. REGISTRO DE CANDIDATURA. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. QUITAÇÃO ELEITORAL. APRESENTAÇÃO EXTEMPORÃNEA DE CONTAS DE CAMPANHA.
>
> ELEIÇÕES 2008. CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE. AUSÊNCIA. AFRONTA. ARTIGO 11, § 10, DA LEI Nº 9.504/97. INOVAÇÃO DE TESE. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182 DO STJ. DESPROVIMENTO.
> 1. A alegação de afronta ao § 10 do artigo 11 da Lei n° 9.504/97 constitui inovação recursal, inadmissível nesta instância especial.
> 2. Incide a Súmula 182 do STJ quando o agravante deixa de se voltar contra fundamento suficiente da decisão agravada, consubstanciado, no caso, na deficiência de fundamentação do recurso especial.
> 3. Segundo orientação deste Tribunal, a quitação eleitoral é condição de elegibilidade, razão pela qual não se aplica a

LivroPopulos.indb 562 23/10/2015 09:53:28

ressalva prevista no artigo 11, § 10, da Lei das Eleições, que se refere exclusivamente às causas de inelegibilidade.
4. Agravo regimental desprovido.
(AgR-REspe n° 241-09/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, PSESS de 25.9.2012).

Ex positis, nego provimento ao agravo regimental.
É como voto.

LivroPopulos.indb 563 23/10/2015 09:53:28

LivroPopulos.indb 564 23/10/2015 09:53:28

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N° 336-77. 2012.6.02.0047 - CLASSE 32 - CAMPO ALEGRE - ALAGOAS
Relator: Ministro Gilmar Mendes
Agravantes: Dijalma da Silva Sampaio e outro
Advogados: Gustavo Ferreira Gomes e outros

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA. PREFEITO. OMISSÃO DE RECEITA/DESPESA. DESAPROVAÇÃO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS NO ACÓRDÃO. INVIABILIDADE. NÃO PROVIMENTO.

1. Com base na compreensão da reserva legal proporcional, nem toda irregularidade identificada no âmbito do processo de prestação de contas autoriza a automática desaprovação de contas de candidato ou de partido político, competindo à Justiça Eleitoral verificar se a irregularidade foi capaz de inviabilizar a fiscalização das contas.

2. Não se aplicam ao caso os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois o Tribunal Regional Eleitoral, analisando o conjunto probatório dos autos, concluiu que a irregularidade maculou as contas a ensejar-lhes a desaprovação.

3. A jurisprudência do TSE é firme em que a omissão de receitas/despesas é irregularidade que compromete a confiabilidade das contas.

4. É inviável a aplicação do princípio da insignificância, pois, em se tratando de receita/despesa omitida, inexiste parâmetro quanto ao valor relativo aos serviços prestados e não declarados. Assim, não há como avaliar se se trata, ou não, de quantia com pouca representatividade diante do contexto total das contas.

Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 5 de março de 2015.

MINISTRO GILMAR MENDES — RELATOR

LivroPopulos.indb 565 23/10/2015 09:53:28

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, trata-se da prestação de contas de campanha apresentada por Dijalma da Silva Sampaio e José Luiz Vieira Soares, relativa à campanha ao cargo majoritário do Município de Campo Alegre/AL nas eleições de 2012, e desaprovada pelo juiz eleitoral nos termos da sentença de fls. 287-288.

Interposto recurso, o Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas a ele negou provimento por decisão assim resumida (fl. 337):

> ELEIÇÕES 2012. RECURSO ELEITORAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA. DESAPROVAÇÃO. RECURSO. OMISSÃO DE DESPESA. DESAPROVAÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados. Transcrevo a ementa (fl. 366):

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISCUSSÃO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DA CONTRADIÇÃO, OMISSÃO OU OBSCURIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. DECISÃO UNÂNIME.
> 1. Não são admitidos embargos declaratórios que visam a promover a rediscussão da matéria julgada, para a qual outros são os meios admissíveis.
> 2. O julgador, ao decidir, não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos suscitados pelas partes, bastando que a fundamentação seja suficiente à conclusão lançada no *decisum.*
> 3. Embargos de declaração rejeitados.

Seguiu-se a interposição do recurso especial (fls. 374-387) fundamentado no art. 121, § 4°, incisos I e II, da Constituição Federal e no art. 276, inciso I, do Código Eleitoral.

Os recorrentes pugnam pela nulidade do acórdão que julgou os embargos de declaração, por afronta ao art. 275, incisos I e II, do CE e ao art. 302 do CPC, argumentando, em resumo, que o Regional deixou de se manifestar sobre a manutenção ou não de todas as irregularidades apontadas na sentença e quanto à aplicação dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da insignificância.

No mérito, dizem que a irregularidade assinalada pelo Regional para a manutenção da sentença seria pouco representativa diante da totalidade de gastos da campanha e, por isso, não seria proporcional desaprovar

LivroPopulos.indb 566 23/10/2015 09:53:28

as contas. Citam jurisprudência a fim de comprovar sua tese. Alegam que os limites previstos na Res.-TSE nº23.376/2011 não foram desrespeitados e que o fato não tem potencialidade para influenciar negativamente no pleito eleitoral. Assim, defendem que, ante a ausência de má-fé, a jurisprudência indica que devem ser aplicados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para afastar sua responsabilidade ou aprovar as contas, ainda que com ressalvas.

A presidente do TRE/AL admitiu o recurso apenas com fundamento no art. 276, inciso I, alínea a, do Código Eleitoral (fls. 418-422).

A Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 429-431).

Pela decisão de fls. 433-437, neguei seguimento ao recurso especial.

Seguiu-se a interposição do agravo regimental (fls. 439-450), em que o candidato reitera as alegações constantes no recurso especial, argumentando que estão preenchidos todos os requisitos necessários ao seu conhecimento e pleiteando a aplicação dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da insignificância, pois não teria havido má-fé na omissão da receita/despesa que ensejou a desaprovação das contas.

Pleiteia, assim, a reconsideração da decisão recorrida ou a sua submissão ao Plenário do Tribunal para que o recurso especial seja provido.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (relator): Senhor Presidente, mantenho a decisão agravada, por seus fundamentos, *verbis* (fls. 435-437):

> 2. Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade do acórdão que julgou os embargos de declaração, pois o TRE/AL analisou os fatos de forma suficiente à compreensão da controvérsia, não havendo omissão, obscuridade ou contradição. Conforme assentado no acórdão, "com a prestação de contas retificadora não fora sanada a ausência de indicação da contratação ou da doação de serviços advocatícios" (fl. 341), dessa forma, consignou-se no segundo acórdão que "o Plen4rio, ao analisar o caso, decidiu que uma única falha constituiria motivo suficiente para a manutenção da rejeição das contas" (fl. 368).
>
> Assim, conforme destacado pelo Regional à fl. 364, as questões levantadas nos embargos demonstram o mero inconfor-

LivroPopulos.indb 567 23/10/2015 09:53:28

mismo da parte e o intuito de rediscutir o mérito, o que não se admite em embargos de declaração.
Quanto ao mérito, extraio do acórdão Regional o fundamento que ensejou a manutenção da desaprovação das contas (fls. 341-343):
[...] com a prestação de contas retificadora não fora sanada a ausência de indicação da contratação ou da doação de serviços advocatícios. Esta omissão, por si só, tem o condão de desaprovar as contas dos recorrentes.
Aquiesço, outrossim, com as bem lançadas argumentações do douto Procurador, *in verbis:*
(...) Embora os recorrentes afirmem que a prestação de serviços decorreu de uma doação, nada há nos autos que comprove o alegado. Não há sequer um termo de cessão ou uma declaração do causídico. Não houve ainda, a emissão do recibo eleitoral, obrigatória de acordo com a legislação eleitoral para as doações, sejam elas estimáveis ou não.

In casu, estamos diante de verdadeira omissão de despesa. Não fosse a juntada da cópia da representação oferecida pelos candidatos (fls. 114/124), a Justiça Eleitoral não teria conhecimento da prestação dos serviços advocatícios. Observe-se, ainda, que a petição sequer foi assinada pela advogada indicada como sobrinha do candidato, embora conste o nome dela na procuração.

Mesmo considerando que tenha havido a liberalidade do profissional da advocacia, esta deveria constar na contabilidade dos candidatos, através do respectivo termo de cessão ou documento equivalente [...]

Assim sendo, constatada a existência de falha que macula a regularidade das contas, não há razão para reformar a decisão a *quo.*

Com base na compreensão da reserva legal proporcional, entendo que nem toda irregularidade identificada no âmbito do processo de prestação de contas autoriza a automática desaprovação de contas de candidato ou de partido político, competindo á Justiça Eleitoral verificar se a irregularidade foi capaz de inviabilizar a fiscalização das contas.

No caso, o Tribunal Regional Eleitoral, analisando o conjunto probatório dos autos, concluiu que a omissão da indicação da despesa ou da receita relativamente aos serviços advocatícios é falha grave apta a ensejar a desaprovação das contas, pois "macula a regularidade das contas" (fl. 343).

A jurisprudência do TSE é firme no sentido de que a omissão de receitas/despesas é irregularidade que compromete a regularidade das contas. Nesse sentido:

LivroPopulos.indb 568 23/10/2015 09:53:28

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA. GASTOS DECLARADOS COM MATERIAL PUBLICITÁRIO IMPRESSO. MONTANTE EXPRESSIVO. NÃO DECLARAÇÃO DE RECEITAS OU DESPESAS COM A DISTRIBUIÇÃO. OMISSÃO QUE IMPEDE O EFETIVO CONTROLE DAS CONTAS PELA JUSTIÇA ELEITORAL. REJEIÇÃO. AGRAVO PROVIDO.

1. No caso dos autos, o TRE/SP declarou que, na prestação de contas, foram informados gastos com material publicitários impressos sem a correspondente despesa ou receita proveniente de doações estimáveis em dinheiro.

2. A omissão na declaração de receitas e despesas deve ensejar a desaprovação das contas, já que, segundo a jurisprudência desta Corte, se trata de falha que compromete a aferição da regularidade das contas. Precedentes.

3. Para que fosse revista a moldura fática do acórdão recorrido e concluído que a distribuição do material impresso teria sido realizada por amigos, familiares e correligionários, como pretendia a agravada, seria necessário o reexame dos fatos e provas dos autos, vedado pelas Súmulas nos 7/STJ e 279/STF.

4. Agravo regimental provido.

(AgR-REspe n° 9955-77/SP, rel. Min. Luciana Lóssio, julgado em 29.10.2013 - grifos nossos)

Prestação de contas de campanha. Candidato. Eleições 2012. Desaprovação. Gastos com combustíveis. Recibos incompletos. Fundamento não infirmado.

[...]

3. A omissão de despesa com locação ou cessão de veículos, constatada a partir dos valores despendidos com combustíveis, constitui, em regra, falha que compromete a regularidade das contas. Precedentes.

4. Conforme pacífica jurisprudência do TSE, não se admite a inovação de tese no âmbito de agravo regimental. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR-AgR-AI n° 161-22/BA, rel. Min. Henrique Neves da Silva, julgado em 14.11.2013).

Portanto, não se aplicam ao caso os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista ser a falha grave.

Ademais, registro não ser viável a análise da aplicação do princípio da insignificância, pois, em se tratando de receita/despesa omitida, não há parâmetro quanto ao valor relativo aos serviços advocatícios prestados e não declarados. Assim, não há como avaliar se tratar, ou não, de quantia com pouca representatividade diante do contexto total das contas.

LivroPopulos.indb 569 23/10/2015 09:53:28

Com efeito, a falha apontada pelo Regional a ensejar a manutenção da decisão de primeiro grau que desaprovou as contas refere-se à omissão de receita/despesa com serviços advocatícios que somente chegaram ao conhecimento da Justiça Eleitoral mediante documentação apresentada por outros candidatos ao mesmo pleito objeto dos autos.

Conforme já decidiu este Tribunal, em processo de minha relatoria, "muito embora os serviços advocatícios não tenham relação direta com a divulgação da campanha política, constituem ato acessório a esse fim e, por isso, configuram gasto eleitoral que exige a emissão do respectivo recibo e sua contabilização na prestação de contas" (REspe n° 388-75/MG, julgado em 11.11.2014).

Dessa forma, verificando, nas premissas contidas no acórdão, inexistir, na prestação de contas, registro do pagamento dessa despesa ou ainda quanto ao recebimento de eventual doação estimável em dinheiro da respectiva prestação de serviços, é de se manter essa irregularidade, que, segundo a firme jurisprudência deste Tribunal — conforme precedentes citados na decisão agravada —, é grave, capaz de, por si só, ensejar a desaprovação das contas.

Consoante entendimento deste Tribunal Superior, em se tratando de irregularidades que representam percentual ínfimo em relação aos valores movimentados, é possível a aplicação do princípio da proporcionalidade para aprovar as contas com ressalvas. Nesse sentido: AgR-AI n° 7677-44/RS, rel. Min. DiasToffoli, julgado em 1º.10.2013, e Pet nº 2.661/DF, rel. Min. Marcelo Ribeiro, julgada em 24.4.2012.

Contudo, conforme assentei na decisão agravada, não há como aferir a representatividade dessa irregularidade diante do contexto da campanha, pois inexistem elementos que indiquem o valor da despesa/receita que a ensejou, logicamente por ter sido omitida da prestação de contas dos recorrentes.

Nesse sentido, confira-se:

> Eleições 2012. Prestação de contas de campanha. Rejeição.
> 1. A omissão de despesas com a composição de jingles para a campanha eleitoral constitui, em regra, falha que compromete a regularidade das contas. Precedentes.
> 2. *É inviável a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade quando os elementos constantes no acórdão regional não permitem que se avalie a repercussão da falha no contexto da prestação de contas.*
> Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgR-REspe nº 290-45/AM, rel. Min. Henrique Neves da Silva, julgado em 22.5.2014 — grifo nosso).

LivroPopulos.indb 570 23/10/2015 09:53:28

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. IRREGULARIDADES GRAVES E INSANÁVEIS. DESAPROVAÇÃO. NÃO PROVIMENTO.
1. A falta de recibo eleitoral referente à cessão de veículo configura irregularidade insanável, especialmente porque o candidato informou ter utilizado apenas veículo movido a óleo diesel na campanha e as despesas com combustível demonstram o consumo de aproximadamente 414,65 litros de gasolina. Assim, a evidente incongruência entre as informações prestadas prejudica a fiscalização das contas, acarretando a sua desaprovação.
2. A movimentação de recursos financeiros durante campanha eleitoral, inclusive os arrecadados mediante doação, deve ser registrada por meio de recibo eleitoral, sob pena de desaprovação das contas.
3. *São inaplicáveis os princípios da razoabilidade e proporcionalidade ante a ausência de elementos no acórdão regional que permitam verificar o valor total de recursos movimentados na campanha.*
4. Agravo regimental desprovido.
(AgR-AI n° 740-65/ES, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15.10.2013 - grifo nosso).

Por essas razões, nego provimento ao agravo.

LivroPopulos.indb 571 23/10/2015 09:53:28

ACÓRDÃO Nº 16/2014

PRESTAÇÃO DE CONTAS
PROCESSO Nº 712-26.2012.6.05.0000
CLASSE 25
MUNICÍPIO: Salvador.
PROMOVENTE: Partido dos Trabalhadores – PT – Seção da Bahia, por seu Presidente, Jonas Paulo de Oliveira Neres.
RELATOR: Juiz Cássio Miranda.

Prestação de contas. Partido político. Diretório regional. Eleições de 2012. Divergências entre os recibos eleitorais e a prestação de contas. Movimentação financeira após o período de campanha. Valor significativo. Comprometimento da confiabilidade das contas. Desconto do valor das irregularidades na cota do fundo partidário. Art. 51, § 4º da Resolução TSE nº 23.376/12. Desaprovação.

Desaprovam-se contas de campanha de partido político, diante da constatação de irregularidades em valor significativo, que impedem o efetivo controle desta Justiça Especializada acerca da regularidade e confiabilidade das contas, impondo-se-lhe a sanção de desconto do valor das irregularidades na cota do fundo partidário a que tem direito, nos termos do art. 51, § 4º da Resolução TSE nº 23.376/2012, tendo em vista a liquidez das falhas existentes.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima indicados,

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, à unanimidade, DESAPROVAR AS CONTAS, nos termos do voto do Juiz Relator, adiante lavrado, que passa a integrar o presente Acórdão.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 22 de janeiro de 2014.

SARA SILVA DE BRITO, Juíza-Presidente; CÁSSIO MIRANDA, Juiz Relator; JOSÉ ALFREDO DE PAULA SILVA, Procurador Regional Eleitoral

LivroPopulos.indb 573 23/10/2015 09:53:28

RELATÓRIO

Trata-se de prestação de contas relativa à arrecadação e aplicação de recursos financeiros na campanha eleitoral de 2012 do Partido dos Trabalhadores – PT.

Em relatório preliminar para expedição de diligências, a Secretaria de Controle Interno deste Tribunal emitiu parecer de fls. 340/344, informando que "deve o partido político reapresentar a prestação de contas em nova mídia gerada pelo Sistema de Prestação de contas de campanha Eleitoral-SPCE, com status de prestação de contas retificadora, bem como reapresentar as peças impressas pelo sistema, devidamente assinadas, acompanhadas dos documentos que comprovam as alterações efetuadas", devido à presença de irregularidades na prestação de contas.

Após a apresentação de documentos pela agremiação mediante o Expediente de nº 315.776/2012 e a devida análise do setor técnico acerca de toda a documentação apresentada (parecer de fls. 1212/1221), a Secretaria de Controle Interno concluiu pela subsistência das falhas, abrindo oportunidade ao partido para se pronunciar, no prazo de 72 horas, acerca das irregularidades ainda não contraditadas, nos termos do art.48 da Resolução TSE nº 23.376/2012.

Intimado a se manifestar acerca do relatório final de exames, o promovente apresentou os Expedientes de nºs 39.627/2013, 47.113/2013 e 50.925/2013. Em 6/8/2013 torna a apresentar prestação de contas retificadora por meio do Expediente nº 53.230/2013.

Em relatório de exame lançado às fls. 1952/1960, a Secretaria de Controle interno evidenciou a persistência de irregularidades e impropriedades.

Instado a se manifestar, o Procurador Regional Eleitoral se pronunciou pela desaprovação das contas (fl. 1964).

É o relatório.

VOTO

Embora da análise detida dos autos se constatem algumas falhas meramente formais e insignificantes, subsistem irregularidades graves na prestação de contas apresentada, as quais comprometem a confiabilidade e a regularidade da contabilidade prestada. Tais incorreções foram bem sintetizadas pelo criterioso parecer emitido pelo setor técnico (fls. 1952/1960), cujos principais trechos ora transcrevo:

LivroPopulos.indb 574 23/10/2015 09:53:28

> 9.1) Item 8.1 e subitens: Preenchimento incompleto e/ou incorreto dos recibos eleitorais que respaldam doações no valor montante de R$1.955.000,00 em inobservância ao disposto no art. 33 da Resolução TSE n° 23.376/2012;
>
> 9.2) Item 8.2.1.Preenchimento incompleto e/ou incorreto de recibo eleitoral que respalda doação no valor montante de R$75.000,00 em inobservância do disposto no art.33 da Resolução TSE n° 23.376/2012;
>
> 9.4) Item 8.2.3.1. Subsistência de inconsistência nas contas, no valor de R$750.000,00 sem que tenham sido apresentados documentos capazes de sanear os indícios de irregularidade, nos termos do art.47, Parágrafo 4º, da Resolução TSE n° 23.376/2012;
>
> 9.5) Item 8.3.1. Aplicação de recursos eleitorais (transferências para candidatos e comitê financeiro) após a data da eleição, no valor montante de R$865.000,00 em inobservância ao regramento disposto no art.29 da Resolução TSE n° 23.376/2012;
>
> 9.6) Item 8.3.2. Comprovação/registro irregular da aplicação de recursos eleitorais, no montante de R$127.377,34, em dissonância ao disposto no art.26, caput, c/c art.33 da Resolução TSE n° 23.376/2012;

Pois bem. Ao compulsar os presentes autos, verifiquei que as irregularidades apontadas, de fato, inviabilizam a aprovação das contas, porquanto comprometem inevitavelmente a aferição desta Justiça Especializada.

Quanto ao item 8.1 e subitens, relativos à listagem dos recibos eleitorais com preenchimento incompleto ou irregular, nota-se que embora a ausência de CNPJ dos doadores nos recibos eleitorais P1303.38490.BA.000009(fl. 1079), P1303.38490.BA.000012(fl. 1091) e P1303.38490.BA.000007(fl. 1103) possa ser elidida com as informações trazidas pelo promovente (fl. 1230) e confirmação das mesmas no *site* da Secretaria da Receita Federal do Brasil, realizada pela SCI, as demais falhas apontadas não seguiram a mesma linha.

Desta forma, a ausência do n° DOC/TED/Operação ou data de emissão dos recibos P1303.38490.BA.000005(fl. 1099), 1303.38490.BA.000024(fl. 1107), P1303.38490.BA.000021(fl. 1119), P1303.38490.BA.000022(fl. 1121), P1303.38490.BA.000007(fl. 1103) e P1303.38490.

LivroPopulos.indb 575 23/10/2015 09:53:28

BA.000023(fl. 1105) infringiu o disposto no art. 33 da Resolução TSE nº 23.376/2012, não sendo suficiente para suprir a falha o lançamento dessas informações no Demonstrativo de Recursos Arrecadados – DRA, pois, com isso, fica inviabilizado o cotejo do quanto declarado na referida peça contábil com os dados contidos nos documentos fiscais.

De igual modo, restou ferido o mesmo dispositivo legal supracitado nos recibos de fls. 1109, 1111, 1113, 1115, 1117, 1137/1140, 1143 e 1145, tendo em vista a falta de preenchimento do campo Doc/TED/Operação, assim também a falta de assinatura do doador ou a existência de canhoto de recibo eleitoral em forma de cópia dos recibos.

Observa-se que tais falhas configuram inequívocos óbices ao exercício do poder fiscalizatório desta Justiça Eleitoral, na medida em que tais formalidades visam coibir a arrecadação de recursos provenientes de fontes vedadas, a malversação dos mesmos, além de garantir o cumprimento dos limites de gastos de campanha estabelecidos pela legislação eleitoral, dentre outros objetivos que possuem, como princípio informador, o da probidade na esfera pública.

No que diz respeito ao item 8.2 do relatório conclusivo, relativo à receita da agremiação, constatou-se o "Preenchimento incompleto e/ou incorreto de recibo eleitoral que respalda doação no valor montante de R$75.000,00 em inobservância do disposto no art.33 da Resolução TSE n° 23.376/2012", o recibo em questão é o de nº P1303.38490.BA.000044, fl. 1129, no qual constam informações discordantes daquelas apresentadas no DRA de fl. 357, persistindo a falha mesmo após a apresentação de informações pelo promovente.

Da mesma forma, verificaram-se divergências entre as informações prestadas pela agremiação quando da prestação de contas e aquelas constantes do banco de dados da Justiça Eleitoral em relação às doações feitas pela BRASKEM S/A, no valor de R$400.000,00, e pela EMPRESARIAL ADM & IMÓVEIS LTDA, no valor de R$350.000,00, não sendo acostados documentos idôneos a comprovar a existência ou não de referidas doações, remanescendo, dessa forma, obscuridades e indícios de irregularidades que comprometem a confiabilidade de tais contas, o que é combatido no art. 47, § 4º da Resolução TSE nº 23.376/2012.

Quanto ao item 8.3.1, restou configurada a realização de gastos após o período de campanha eleitoral, o que é expressamente vedado pelo art. 29 da Resolução TSE nº 23.376/2012, configurada na transferência de recursos para candidatos da sua agremiação em entre os dias 1º e 5 de novembro de 2012.

LivroPopulos.indb 576 23/10/2015 09:53:28

Neste sentido, bem pontuou o parecer técnico ao verificar que "persiste a falha, uma vez que a data limite fixada pela legislação eleitoral para contratação de despesas é a data da eleição e no caso em tela a transferência de recursos para candidatos computa-se como gasto eleitoral, configurando realização de despesa após a data da eleição."

Tal proibição tem como objetivo garantir a lisura e coibir o abuso de poder econômico no processo eleitoral. Deveras, todas as normas regulamentadoras do dever de prestar contas por parte dos partidos objetivam garantir transparência, isonomia e controle da probidade na aplicação e arrecadação de recursos públicos e privados, de modo que devem ser estritamente respeitadas pelas agremiações, tal a relevância do interesse público na preservação de ditas normas.

Outras inconsistências encontradas, agora listadas no item 8.3.2, são a omissão na peça demonstrativo de doações efetuadas dos dados relativos às doações realizadas através dos recibos C4005.3096.BA.000005(fl. 609), 00013.33375.BA.000016(fl. 793), C1305.36196.BA.000001(fl. 326), bem como não foram encontrados os recibos eleitorais (via do doador) relativos aos documentos C1305.30996.BA.000005(fl. 395), 00013.33375.BA.000014 (fl. 385), C1305.35947.BA.00001(fl. 399), C1305.39659.BA.000154(fl. 399) e C1305.39659.BA.000187(fl. 399), em flagrante dissonância ao disposto no art. 26, *caput* c/c art. 33 da Res. nº 23.376/2012.

Ademais, conforme assevera o minucioso relatório técnico em seu item 8.3.2, foram encontradas desconformidades entre as peças constantes da contabilidade apresentada e a real movimentação financeira do partido no que concerne aos valores das notas fiscais referentes às despesas contraídas junto aos fornecedores Constantino João de Santana Filho, no valor de R$22.470,00 (fls. 1162/1165) e Camafeu Consultoria LTDA, no valor de R$ 54.907,34 (fl. 1171), em relação ao valor registrado na prestação de contas.

Por fim, restaram, ainda, falhas não sanadas listadas nos itens 8.2.2, 8.3.3.1 e 8.3.5.1 do relatório de exame, não foram analisadas acima por se tratarem de meras irregularidades formais ou de valor irrelevante.

Destarte, considerando que as irregularidades identificadas totalizam o valor de R$3.607.377,00, conclui-se pela impossibilidade de aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista que a falha corresponde a aproximadamente 46,41% do valor global de R$7.771.323,96 auferido na campanha.

E como o caso é de desaprovação das contas, é de ser fixada a pena de suspensão do repasse das cotas do fundo partidário (art. 25, *caput* da Lei nº 9.504/97). Diante da liquidez do valor avaliado nas irregu-

LivroPopulos.indb 577 23/10/2015 09:53:28

laridades, nos termos do art. 51, § 4º da Resolução TSE nº 23.376/2012, aplico a sanção de desconto da importância irregular no valor da quota do fundo partidário a ser repassado ao promovente, qual seja o montante de R$3.607.377,00.

Pelo exposto, em harmonia com o parecer ministerial, voto no sentido de desaprovar as contas apresentadas pelo Partido dos Trabalhadores - PT, referentes à arrecadação e aplicação dos recursos financeiros na campanha eleitoral de 2012, impondo a sanção de desconto do valor de R$3.607.377,00 na quota do fundo partidário a que tem direito, a partir da data da publicação do acórdão.

É como voto.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 22 de janeiro de 2014.

Cássio Miranda
Juiz Relator

LivroPopulos.indb 578 23/10/2015 09:53:29

ACÓRDÃO Nº 112/2015

PRESTAÇÃO DE CONTAS
PROCESSO Nº 2.109-52.2014.6.05.0000
CLASSE 25
MUNICÍPIO: Salvador.
PROMOVENTE: Viviano Braz de Oliveira.
RELATOR: Juiz Salomão Viana.

Prestação de contas. Eleições 2014. Candidato ao cargo de deputado estadual. Natureza judicial do procedimento de prestação de contas. Notificação para regularizar a representação processual. Inércia do candidato. Capacidade postulatória. Não comprovação. Inadmissibilidade. Declaração de que as contas não foram prestadas.

Com a judicialização do procedimento de prestação de contas promovida com o advento da Lei nº 12.034/09, deve ser declarado não prestadas as contas de campanha do candidato que, embora tenha sido devidamente notificado para regularizar a sua representação processual, mantém-se inerte.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima indicados,

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, à unanimidade, JULGAR NÃO PRESTADAS AS CONTAS, nos termos do voto do Juiz Relator, adiante lavrado, que passa a integrar o presente Acórdão.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 26 de fevereiro de 2015.

LOURIVAL ALMEIDA TRINDADE, Juiz-Presidente; SALOMÃO VIANA, Juiz Relator; RUY NESTOR BASTOS MELLO, Procurador Regional Eleitoral.

RELATÓRIO

Trata-se de procedimento de prestação de contas instaurado pela Secretaria de Controle Interno deste Tribunal, em cumprimento à norma contida no art. 30, IV da Lei nº 9.504/97 c/c art. 38, §3º da Resolução TSE nº 23.406/14, sob o fundamento de que Viviano Braz de Oliveira, malgrado tenha sido candidato ao cargo de deputado estadual pelo Partido Renovador Trabalhista Brasileiro – PRTB nas eleições ocorridas em outubro do

LivroPopulos.indb 579 23/10/2015 09:53:29

ano de 2014, não prestou, no prazo de que dispunha para tanto, as contas relativas à sua campanha.

Intimado para praticar, no prazo de 72 horas, o ato de prestação de contas (art. 30, IV da Lei nº 9.504/97), o interessado cumpriu a determinação judicial por meio de peça assinada por ele próprio e pelo administrador financeiro da campanha (fl. 13).

Novamente intimado, desta vez para que regularizasse a sua representação processual no prazo de 72 horas, o candidato manteve-se inerte (fls. 18 e 20).

Instado a se manifestar, o Procurador Regional Eleitoral pronunciou-se no sentido de que seja declarado não prestadas as contas do candidato.

É o relatório.

VOTO

Com o advento da Lei nº 12.034/09, que promoveu alterações na Lei nº 9.504/97, os procedimentos de prestação de contas de campanha deixaram de ter natureza meramente administrativa, passando a ter natureza judicial (art. 30, §§ 5º e 6º da Lei das Eleições).

De sua vez, para regulamentar o procedimento judicial de prestação de contas, o TSE editou a Resolução nº 23.406/2014, em cujo art. 33, § 4º, alude à obrigatoriedade de constituição de advogado para prática do ato de apresentação das contas.

Na verdade, a circunstância de o TSE referir-se a tal obrigatoriedade produz, apenas, o salutar efeito de esclarecer a respeito da exigência legal, uma vez que a regra é a inexistência de capacidade postulatória (a ensejar a necessidade de constituição de advogado) e as exceções devem ser, sempre, expressas, como acontece nos processos trabalhistas e no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

No caso destes autos, a peça rotulada de “extrato da prestação de contas” (fl. 13) – equivalente à petição inicial – foi subscrita somente pelo próprio candidato e pelo administrador financeiro da campanha, sem que tenha quaisquer deles afirmado – e muito menos provado – possuir capacidade postulatória. Trata-se, portanto, de peça cujo conteúdo não pode ser objeto de apreciação, impondo-se, com isso, a declaração de que as contas não foram prestadas.

LivroPopulos.indb 580 23/10/2015 09:53:29

Diante do exposto, em harmonia com a posição esposada pelo ilustre Procurador Regional Eleitoral, voto no sentido de que seja declarado não prestadas as contas de campanha do candidato Viviano Braz de Oliveira, relativas às eleições gerais ocorridas no ano de 2014. Por conseguinte, fica vedado ao mencionado candidato o acesso à certidão de regularidade da situação eleitoral durante o prazo correspondente ao curso do mandato ao qual concorreu.

É como voto.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 26 de fevereiro de 2015.

Salomão Viana
Juiz Relator

LivroPopulos.indb 581 23/10/2015 09:53:29

Desincompatibilização

LivroPopulos.indb 583 23/10/2015 09:53:29

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO N° 668-79. 2014.6.07.0000 - CLASSE 37 - BRASÍLIA - DISTRITO FEDERAL

Relator: Ministro Luiz Fux
Agravante: Ministério Público Eleitoral
Agravado: Rafael Vasconcelos Araujo Pereira
Advogado: Alberto de Medeiros Filho

ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. PRAZO DE "RESPIRO". AFASTAMENTO DE FATO. COMPROVAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRAZO PREVISTO NO ART. 1°, II, D, DA LEI COMPLEMENTAR No 64/1990. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A "quarentena" ou "respiro" são institutos caracterizados como período que antecede as férias e as licenças, dentro do qual o Procurador fica excluído da distribuição de processos no intuito de finalizar o passivo acumulado, ex vi *do art. 7° da Portaria PRFN 1/2012: "no período que anteceder o início do afastamento, os procuradores não receberão processos nos 7 (sete) dias anteriores ao início do gozo, bem como não receberão processos durante o período de gozo dos afastamentos regidos pela Lei 8.112/90 (férias e licenças)".*

2. O prazo de "respiro" equivale às férias e ao recesso para fins de afastamento de fato, porquanto retiram o agente público do exercício de suas funções, sem que a autorização para trabalhar em seu passivo acumulado nesse interregno (respiro) importe tout coort *na percepção de que o pretenso candidato não se desvinculou de fato de suas funções, quando inexistirem provas contundentes nos autos de que efetivamente tenha laborado, sob pena de o* distinguishing *entre os institutos infringir, no limite, o conteúdo essencial do direito fundamental de ser votado* (ius honorum).

3. In casu,

a) o Agravado acostou declaração emitida pela Procuradoria de Fazenda Nacional, a qual certifica que esteve afastado da distribuição desde o dia 4.4.2014.

LivroPopulos.indb 585 23/10/2015 09:53:29

b) Referido documento milita em favor da sua pretensão, e não contra ela.

c) Em hipóteses como a dos autos, em que o pré-candidato acosta documentação confirmando seu afastamento de fato, o ônus de demonstrar que não se procedeu à devida desincompatibilização recai sobre a parte ex adverso*, e*

d) Inexistem elementos probatórios que comprovem que Rafael Vasconcellos Araújo Pereira tenha efetivamente labutado no período de "quarentena".

4. A ratio essendi *que preside a desincompatibilização ostenta como teleologia subjacente evitar, ou, ao menos, amainar, que o agente público se utilize da máquina administrativa em benefício de sua candidatura.*

5. No caso sub examine*, não constam dos autos elementos probatórios mínimos (e.g., assinatura em processos, despachos etc.) que evidenciem que o ora Agravado tenha tirado proveito do período de "respiro" em favor de sua campanha política, de sorte a desequilibrar o prélio eleitoral e a igualdade de chances entre os concorrentes, o que (aí sim) consubstanciaria conduta reprovável.*

6. A má-fé do pretenso candidato não se presume, razão por que conclusão diversa àquela que aqui se sustenta significaria presumi-la sem mínimos lastros probatórios, encerrando, bem por isso, postura judicial que não coaduna com a axiologia subjacente à Carta da República de 1988.

7. Este Tribunal Superior encampa orientação mais abrangente das hipóteses de afastamento de fato para fins de desincompatibilização (Precedente: AgR-REspe n° 82074, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 2.5.2013).

8. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 13 de novembro de 2014.

MINISTRO LUIZ FUX - RELATOR

LivroPopulos.indb 586 23/10/2015 09:53:29

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, cuida-se de regimental interposto pelo Ministério Público Eleitoral contra a decisão de fls. 126-135, mediante a qual dei provimento ao recurso ordinário protocolado por Rafael Vasconcellos Araújo Pereira, deferindo seu registro ao cargo de Deputado Distrital nas eleições de 2014, por entender que logrou desincompatibilizar-se dentro do período de 6 (seis) meses exigido pelo art. 1°, II, *d*, V, *a*, e VI da Lei Complementar n° 64/90.

Em breve relato, o Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal, por maioria, indeferiu a respectiva candidatura ao cargo de Deputado Distrital do ora Agravado, nas eleições 2014. Eis a síntese dos fundamentos expendidos, *verbis* (fls. 40):

> ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. AUSÊNCIA DE DESINCOMPATIBILIZAÇÃO NO PRAZO DE 6 MESES. PERÍODO DE "RESPIRO". FÉRIAS E LICENÇA PARA CAPACITAÇÃO. AFASTAMENTO DE FATO NÃO COMPROVADO. INDEFERIMENTO.
> 1. No âmbito da PFN, o chamado período de "respiro" tem o propósito de evitar que os processos fiquem sem andamento durante o afastamento do procurador e, para que dê conta dos que foram distribuídos, cessa-se a distribuição. O procurador exerce suas atribuições nos processos até então distribuídos, não se podendo considerar que há afastamento de fato de suas atividades funcionais.
> 2. O candidato também não comprovou os afastamentos decorrentes de férias e de licença para capacitação. Impõe-se o indeferimento do registro, pois o candidato não se desincompatibilizou no prazo de 6 meses antes do pleito, consoante exige o art. 1°, II, "d", da LC 64/1990.
> 3. Pedido indeferido.

Os embargos de declaração opostos restaram desprovidos (fls. 70-77).

Contra essa decisão, Rafael Vasconcelos Araujo Pereira interpôs recurso ordinário, com espeque no art. 121, § 4°, III, da Constituição da República e no art. 276, II, do Código Eleitoral em suas razões, a fls. 80-99, Rafael Vasconcelos Araujo Pereira asseverou que se desincompatibilizou das respectivas funções dentro do prazo previsto no art. 1°, II, *d*, V, *a*, e VI, da Lei Complementar n° 64/90 para concorrer ao cargo de Deputado Distrital nas eleições de 2014.

LivroPopulos.indb 587 23/10/2015 09:53:29

Afirmou que, por exercer o cargo de Procurador da Fazenda Nacional, requerera o afastamento das atribuições no dia 5.4.2014, data a partir da qual ficou fora da distribuição dos processos, para o cumprimento do período cognominado de *"respiro"* (ou *quarentena).* Apontou, neste sentido, que a certidão de fls. 31, emitida pela Chefia imediata, comprovaria seu afastamento de fato das atribuições de Procurador da Fazenda, informando, em seguida, que o referido prazo de "respiro"(ou *quarentena)* corresponderia a um período de sete dias, no qual o Procurador da Fazenda Nacional fica afastado da distribuição dos processos, com vistas a finalizar eventual trabalho acumulado, o que *in* caso não teria ocorrido, destacando o documento de fls. 34.

Na sequência, articulou que, ante a negativa da Procuradoria da Fazenda em conceder a licença para atividade política (entendeu-se que o período alusivo ao "respiro" ou "quarentena" não encerraria afastamento de fato), obteve provimento liminar nos autos do MS nº 0045397-14.2014.4.01.3400, em trâmite perante a 14ª Vara Federal, deferida pelo juiz de plantão e confirmada pelo juiz titular, o que restaria demonstrado nos documentos de fls. 23-28. Em vista disso, sustenta que "tal *decisão judicial* é *um documento público oficial de comprovação do afastamento de fato e da* consequente *desincompatibilização do* Recorrente"(fls. 84).

O candidato, a fim de comprovar o efetivo desligamento das respectivas funções, mencionou, mais uma vez, certidão passada pela chefia direta, em que consta ter recebido a última carga de processos em 4.4.2014, seguindo-se o período de *"respiro".* Asseverou que a declaração emitida por autoridade de Estado é documento hábil a comprovar a desincompatibilização do servidor para fins de registro de candidatura, citando, em amparo de sua pretensão, precedentes deste Tribunal.

Argumentou, ainda, que "a *jurisprudência do Tribunal Superior* Eleitoral é *pacífica no sentido de que o recesso forense, férias e licenças configuram afastamento de fato* exatamente *por não haver a distribuição de processos",* razão por que tal elastério exegético deveria ser estendido ao período de *"respiro".* Em suas palavras, não *recebendo mais processos* é *impossível o Procurador influenciar o pleito eleitoral em seu benefício – a "quarentena" (bem como as férias e licenças), [...] também deve receber o idêntico* tratamento" (fls. 92).

Demais disso, e por fim, salienta que, inexistindo elementos que indiquem o exercício das suas funções, não se há de falar em ausência de comprovação da desincompatibilização.

Desta forma, o Recorrente alegou comprovado o desligamento de fato das atribuições desde o dia 5.4.2014 e pleiteia o provimento do recurso, para que seja deferido o respectivo registro de candidatura.

LivroPopulos.indb 588 23/10/2015 09:53:29

Como dito, dei provimento ao recurso ordinário, em *decisum* monocrático, cuja síntese segue abaixo (fls. 126):

> ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEPUTADO DISTRITAL. INDEFERIMENTO. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. AFASTAMENTO DE FATO. COMPROVAÇÃO. PRAZO DE "RESPIRO". OBSERVÂNCIA DO PRAZO PREVISTO NO ART. 1°, II, *d,* DA LEI COMPLEMENTAR N° 64/1990. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

Daí o presente agravo regimental (fls. 138-142). Nele, o Agravante sustenta equivocado o entendimento consignado na decisão atacada, ao equiparar o período alusivo ao "respiro" ou *"quarentena" a* afastamento de fato, haja vista que, nesse ínterim, o Procurador apenas deixa de receber novos processos.

Na sequência, alega que "não é a *parte impugnante que deveria ter comprovado que o pretenso candidato efetivamente trabalhou durante tal período, pois tal conclusão* é *decorrência lógica do próprio instituto 'respiro'. O Parecer PGFN/CJU/COJPN n° 1085/2014, citado pela Secretaria Judiciária do TRE/DF* à *f. 32,* é *claro ao afirmar que, 'no período de respiro', os Procuradores da Fazenda Nacional de DIAFI/PRFNI continuaram trabalhando normalmente. Apenas, não lhes serão distribuídos processos" (*fls. 141).

Ademais, assevera que, "se o *período de 'respiro' tivesse o* alcance *defendido pelo pretenso candidato, haveria nítida ilegalidade, e até improbidade, pois um mero ato administrativo interno não pode dispensar o servidor do exercício de suas funções, ainda mais sem prejuízo da remuneração correspondente" (*fls. 142).

Pleiteia, por fim, a reconsideração da decisão impugnada ou a submissão do regimental ao Colegiado, para que seja provido, negando-se, consequentemente, sequência ao recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Senhor Presidente, o Ministério Público interpôs o presente regimental tempestivamente.

Todavia, em que pesem os argumentos expendidos, resta evidenciado que o Agravante não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar a decisão hostilizada, motivo pelo qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos. Por tal motivo, reproduzo *in totum* o pronunciamento ora hostilizado (fls. 131-134):

LivroPopulos.indb 589 23/10/2015 09:53:29

A questão de fundo debatida nos autos consiste em saber se o Recorrente logrou (ou não) comprovar seu afastamento das funções de Procurador da Fazenda para fins de cumprimento do prazo de desincompatibilização de 6 (seis) meses, ex *vi* do art. 1°, II, *d,* V, *a, e* VI, da Lei Complementar n°64/90.

De acordo com o TRE/DF, o pretenso candidato não comprovou os afastamentos decorrentes de férias e de licença capacitação, assim como do período de sete dias anteriores ás férias e/ou licenças — o chamado "*respiro"*.

Para melhor elucidar a questão, convém perquirir o *telus* subjacente ao instituto da desincompatibilização.

Em uma proposição, a *desincompatibilização* consiste na faculdade outorgada ao cidadão para que proceda à sua desvinculação, fática ou jurídica, de cargo, emprego ou função, públicas ou privadas, de que seja titular, nos prazos definidos pela legislação constitucional ou infraconstitucional, de maneira a habilitá-lo para eventual candidatura aos cargos político-eletivos. Trata-se, segundo de José Afonso da Silva, " [de] *ato pelo qual o candidato se desvencilha da inelegibilidade a tempo de* concorrer à *eleição cogitada. O mesmo termo, por conseguinte, tanto serve para designar o ato mediante o qual o eleito sai de uma situação de incompatibilidade para o exercício do mandato como para o candidato desembaraçar-se da inelegibilidade" (*SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual* à *Constituição.* 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 233). No mesmo sentido, o autorizado magistério da doutrina eleitoralista, quando preleciona ser a desincompatibilização a *"saída voluntária de uma pessoa, em caráter provisório ou precário de direito ou de fato, de um cargo, emprego ou função, pública ou privada, pelo prazo exigido em lei"* (CÂNDIDO, Joel J. *Inelegibilidades no Direito Brasileiro.* 2ª Ed. São Paulo: Edipro, p. 219).

A *ratio essendi* da desincompatibilização reside precisamente na tentativa de coibir — ou, ao menos, amainar — que os pretensos candidatos valham-se da máquina administrativa em benefício próprio, o que, simultaneamente, macularia os princípios da Administração Pública e vulneraria a igualdade de chances entre os *players* da competição eleitoral e a higidez das eleições. Em sede doutrinária, tal entendimento encontra eco em José Jairo Gomes, quando aduz que "a *finalidade desse instituto é evitar o quanto possível que candidatos ocupantes de cargos públicos coloquem-nos a serviço de suas candidaturas, comprometendo não só os desígnios da Administração Pública, no que concerne aos serviços que devem ser prestados com eficiência à população, como também o equilíbrio e a legitimidade das eleições*. " (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral.* 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 170).

LivroPopulos.indb 590 23/10/2015 09:53:29

A despeito de (ser) legítima a preocupação de assegurar-se o equilíbrio e a normalidade do pleito, não se pode olvidar que, do lado oposto da balança, está em jogo o exercício do direito fundamental ao *ius honorum.*

É precisamente à luz dessas premissas teóricas que se deve apreciar a controvérsia.

In casu, o Recorrente afirma que comprovou seu afastamento de fato da sua função de Procurador da Fazenda Nacional no período exigido pela legislação *(i.e.,* 6 meses antes do pleito), em virtude da concessão de férias e licença para capacitação, bem como do período de 7 (sete) dias antes da fruição das férias para a finalizar eventual passivo acumulado, cognominado "*respiro" ou "quarentena".*

No tocante ao período alusivo à licença-capacitação (14/4/2014) e as férias (16/6/2014), o desligamento do agente público é inequívoco: a certidão emitida pela Procuradoria de Fazenda Nacional (fls. 31) e a decisão liminar de fls. 23-27 chancelam o alegado pelo Recorrente.

Remanesce, assim, a discussão acerca do período de *'respiro'*. E, neste ponto, penso que também assiste razão aoRecorrente. O instituto do *'respiro'* ou *'quarentena' é o* período que antecede as férias e as licenças, dentro do qual o Procurador fica excluído da distribuição de processos no intuito de finalizar o passivo acumulado. A respeito da *'quarentena',* assim dispõe o art. 7º da Portaria PRFN 1/2012, *'no período que anteceder o início do afastamento, os procuradores não receberão processos nos 7 (sete) dias anteriores ao início do gozo, bem como não receberão processos durante o período de gozo dos afastamentos regidos pela Lei 8.112/90 (férias e licenças)'.*

No caso vertente, o Recorrente acostou declaração emitida pela Procuradoria de Fazenda Nacional, a fls. 31, logrando afirmar que esteve afastado da distribuição desde o dia 04.04.2014. E tal documento milita em favor da pretensão do Recorrente, e não contra ela. Em hipóteses como a dos autos, em que o pré-candidato acoste documentação confirmando seu afastamento de fato, o ônus de demonstrar que não se procedeu à devida desincompatibilização recai sobre a parte *ex adverso,* e, *in* caso, inexistem elementos probatórios que comprovem que o Recorrente tenha efetivamente labutado no período de *'quarentena'.*

Há justificativas de cunho jurídico-dogmático que amparam a tese. Com efeito, o que está em discussão, no limite, são os limites impostos ao exercício do direito fundamental ao *ius honorum.* E é lição elementar na dogmática da teoria geral dos direitos fundamentais que as restrições ao âmbito de proteção destas liberdades devem ser interpretadas restritivamente (sobre a temática das restrições a direitos fundamentais, ver

LivroPopulos.indb 591 23/10/2015 09:53:29

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela" Constituição.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003). Do ponto de vista prático, tal compreensão exige uma postura do intérprete de conferir o maior elastério hermenêutico às cláusulas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, de maneira a permitir a fruição pelos seus titulares. É precisamente o que vaticina Konrad Hesse quando afirma que o princípio da *máxima efetividade das normas constitucionais* significa que, '*na resolu*ção *dos problemas jur*ídico-*constitucionais,* [deve] ser *dada* a pr*eferência* àqueles pontos de vista que, sob os re*spectivos pressupostos, proporcionam às normas da Constituição força de efeito* ótima'. (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha,* p. 68).

Similar orientação deve ser estendida a *fortiori* quando se procede à leitura dos institutos infraconstitucionais concretizadores e limitadores dos imperativos magnos *(e.g.,* desincompatibilização), máxime porque *'a principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordemjurídica deve ser lida* à luz *dela e passada pelo seu crivo'* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 45). Trata-se do fenômeno, difundido pelo jurista Paulo Ricardo Schier, de *filtragem constitucional (Filtragem Constitucional.* 1999), segundo o qual as normas do ordenamento jurídico, em geral, e, em nosso caso particular, a legislação eleitoral, devem ser apreendidas sob a lente dos vetores constitucionais, de maneira a concretizar os valores nela albergados. Tais premissas dogmáticas presidem — e justificam —, ainda que explicitada nas decisões, a adoção, por este Tribunal Superior Eleitoral, de uma orientação mais abrangente das hipóteses de afastamento de fato para fins de desincompatibilização, de maneira a albergar, inclusive, férias e recesso forense:

Recurso ordinário - Registro de candidatura - Membro do Ministério Público - Candidato a deputado federal - Inelegibilidade - Ex-prefeito - Rejeição de contas - Tribunal de Contas do Estado - Órgão competente - Câmara Municipal.

Desincompatibilização - Art. 1°, II, j, c/c VI da LC n° 64/90 - Férias e recesso forense - Afastamento de fato - Suficiência.

Filiação partidária - Lei Complementar n° 75/93, arts. 80 e 237, V - Lei n° 8.625/93, art. 44 - Licença - Necessidade.

1. Em se tratando de contas de prefeito, o órgão competente para julgá-las é a Câmara Municipal.

2. Para a verificação da desincompatibilização, devem-se levar em conta as férias e os recessos forenses uma vez que, para fins de inelegibilidade considera-se o afastamento de fato do cargo ou da função.

LivroPopulos.indb 592 23/10/2015 09:53:29

3. O membro do Ministério Público deve cancelar sua filiação partidária antes de reassumir suas funções institucionais. Se não o fizer, sua filiação partidária será nula.

(RECURSO ORDINÁRIO n° 647, Acórdão n° 647 de 17/09/2002, Relator (a) Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 17/09/2002 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 14, Tomo 1, Página 221)

Ora, sob o ângulo da dogmática dos direitos fundamentais, inexistem razões de natureza *ontológica* que permitam proceder a um tratamento jurídico diferenciado, de modo a considerar férias e recesso forense como hipóteses de afastamento de fato, e o prazo de '*respiro',* Trata-se, verdadeiramente, de institutos que, ao menos idealmente, retiram o agente público do exercício de suas funções. A circunstância de o agente público poder trabalhar em seu passivo acumulado, no caso do prazo de *'respiro',* não tem o condão de inverter, a meu sentir, o 6nus da parte *ex adversa* de demonstrar que efetivamente que o pretenso candidato não se desvinculou de fato de suas funções. E, *in casu,* repisa-se, não consta qualquer prova de que o Recorrente tenha efetivamente laborado.

Ademais, não vislumbro ultraje a *ratio essendi* que preside a desincompatibilização. Como dito algures, a teleologia subjacente ao referido instituto é evitar, ou, ao menos, amainar, que o agente público se utilize da máquina administrativa em benefício de sua candidatura. E não consta dos autos elementos probatórios mínimos (e.g., assinatura em processos, despachos etc.) que evidenciem que o ora Recorrente tenha tirado proveito do período de *'respiro*' em favor de sua campanha política, de sorte a desequilibrar o prélio eleitoral e a igualdade de chances entre os concorrentes, o que (aí sim) consubstanciaria conduta reprovável. Conclusão diversa á que aqui se sustenta significaria presumir a má-fé do postulante ao cargo eletivo, sem mínimos Rastros probatórios, encerrando, bem por isso, postura judicial que não coaduna com a axiologia subjacente à Carta da República de 1988.

Não bastasse, verifica-se a existência de pronunciamento liminar nos autos do MS n° 0045397-14.2014.4.01.3400, em trâmite perante a 14ª Vara Federal, que expressamente adotou como *ratio decidendi* que o período de *'respiro'* enquadra-se juridicamente como afastamento de fato. Ao deferir a liminar, o juiz federal substituto em plantão, no que foi corroborado pelo titular, *'numa análise superficial, entendo que o prazo de respiro e o período de ausência da escala de distribuição de processos previstos na Portaria PRFN/1 n. 11, de 2012 estão, sim, aptos a caracterizar uma espécie de afastamento de fato das atribuições normais do cargo de* procurador *da fazenda*

LivroPopulos.indb 593 23/10/2015 09:53:29

> *nacional, já que não houve distribuição nem redistribuição de novos* processos'(fls. 25).
> Há mais, porém. Analisando o acórdão hostilizado, pontuo que o voto de desempate do eminente Presidente da Corte Regional Eleitoral assentou expressamente que somente o afastamento de direito pode ser considerado para fins de caracterizar a desincompatibilização. Em seu voto-desempate, o douto magistrado consignou que 'o *prazo de seis meses há de ser observado na sua totalidade,* não compete à Justiça Eleitoral/ fazer ajustes e compensações de períodos os quais o ora candidato esteve afastado de fato, tem que estar afastado de direito. Por essas razões, peço vênia à divergência e, votando *em razão do desempate, acompanho o eminente Desembargador relator'.* (grifou-se). Ora, tal entendimento *per se* autorizaria a reforma do aresto, máxime porque a jurisprudência iterativa da Corte Superior Eleitoral é firme no sentido de que, para fins de desincompatibilização, é exigido o afastamento de fato do candidato de suas funções (Precedente: TSE, AgR-REspe n° 82074, Rel. Min. Henrique Neves, DJE 02/05/2013).
> Aplicando tais premissas ao caso *sub examine,* a demonstração da desincompatibilização exige que *(i)* o pretenso candidato tenha comprovado seu afastamento de fato através de elementos probatórios idôneos, dentro do período exigido pela legislação constitucional e infraconstitucional, e *(ii)* inexistam provas contundentes no sentido de que o agente público efetivamente tenha se utilizado de seu cargo, emprego ou função em proveito de sua candidatura.
> *In casu,* a declaração de fls. 31, emitida pela Procuradoria da Fazenda Nacional, o provimento liminar nos autos do MS e a ausência de provas de que o Recorrente beneficiou-se da sua função em prol de sua candidatura depõem a favor do registro de sua candidatura.

Assim, tendo o Agravado, a meu sentir, logrado demonstrar a desincompatibilização de fato dentro do período de 6 (seis) meses exigido pelo art. 1°, II, *d*, V, *a*, e VI, da Lei Complementar no 64/90, mantenho o deferimento do registro de Rafael Vasconcellos Araújo Pereira.

Ex positis, desprovejo este agravo regimental.

É como voto.

LivroPopulos.indb 594 23/10/2015 09:53:29

ACÓRDÃO

RECURSO ORDINÁRIO N° 783-72.2014.6.26.0000 –CLASSE 37 –SÃO PAULO SÃO PAULO

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Recorrente: Sandra Kennedy Viana
Advogados: Alexandre Cordeiro Brito e outra
Recorrido: Gabriel Marcos Spinula
Advogado: Paulo Sergio Gomes da Silva
Recorrido: Ministério Público Eleitoral

ELEIÇÕES 2014. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. CAUSA DE INELEGIBILIDADE DO ART. 1°, III, b, 3, DA LEI COMPLEMENTAR N° 64/90. INEXISTÊNCIA DE PROVA CABAL DE RECEBIMENTO DE RECURSOS PÚBLICOS. IRRELEVÂNCIA. EXERCÍCIO DE CARGO DE DIRETORIA DE SOCIEDADE DE ASSISTÊNCIA A MUNICÍPIOS. COMPROVAÇÃO.

1. É desproporcional, no processo de registro, atribuir ao impugnante o ônus da prova da efetiva entrada de recursos públicos em entidade de assistência a municípios.

2. A simples previsão estatutária a possibilitar o recebimento de recursos públicos é suficiente para o reconhecimento da sociedade de assistência a municípios de que trata o art. 1°, III, b, 3, da LC n° 64/90.

3. A falta de averbação, por motivos burocráticos, de ata de eleição da diretoria de entidade no cartório de registro civil, não impede o reconhecimento, pela Justiça Eleitoral, do efetivo exercício de cargo de diretoria de entidade para fins de verificação da necessidade de desincompatibilização.

4. Havendo comprovação nos autos, por ata de reunião da associação, datada de menos de 6 (seis) meses do pleito eleitoral, de que a candidata era coordenadora da entidade, demonstrado está o seu efetivo exercício de cargo de diretoria.

5. Recurso ordinário desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o recurso, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 27 de novembro de 2014.

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – RELATORA

LivroPopulos.indb 595 23/10/2015 09:53:29

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: Senhor Presidente, trata-se de recurso ordinário interposto por Sandra Kennedy Viana de acórd4o do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo que, acolhendo pedido formulado na ação de impugnação de registro de candidato, indeferiu seu pedido de registro de candidatura ao cargo de deputado estadual por não ter se desincompatibilizado no prazo legal nos termos do art. 1°, III, *b,* 3, da LC n° 64/90, uma vez que ocupante de cargo de diretoria de associação de assistência a municípios.

O acórdão recorrido foi ementado nos seguintes termos (fls. 530-531):

> REGISTRO DE CANDIDATURA. CARGO DE DEPUTADO ESTADUAL. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL AFASTADA. IMPUGNAÇÕES. QUITAÇÃO ELEITORAL (MULTA). CAUSA DE INELEGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 1°, I, J, DA LEI COMPLEMENTAR N° 64/90 INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE DESINCOMPATIBILIZAÇÃO (ART. 1°, III, b, 3, DA MENCIONADA LEI).
> 1. Preliminar de inépcia da inicial afastada. O impugnante expôs as questões controvertidas relativas a desaprovação de contas da Casa das Leis de forma clara e suficiente a demonstrar a questão da inelegibilidade.
> 2. A requerente regularizou sua situação perante a Justiça Eleitoral, ao pagar as multas eleitorais existentes, antes da interposição do presente pedido de registro de candidatura, o que possibilita o reconhecimento da quitação eleitoral, nos termos do art. 11, § 8°, I, da Lei das Eleições.
> 3. De igual modo, a requerente não incide na causa de inelegibilidade prevista no art. 1°, I, "j", da Lei das inelegibilidades, ante a ausência de um dos requisitos necessários para sua configuração, qual seja, cassação do registro ou do diploma.
> 4. Necessidade de desincompatibilização. Coordenadora Geral de Associação Civil, pessoa jurídica de direto privado, incidência na causa de inelegibilidade prevista no art. 1°, III, b, 3, da Lei Complementar n. 64/90. Precedentes: TSE.
> PRELIMINAR AFASTADA. IMPUGNAÇÃO DA D. PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL PREJUDICADA. IMPUGNAÇÃO DE GABRIEL MARCOS SPINOLA ACOLHIDA. INDEFERIMENTO.

Interpostos embargos de declaração pela Recorrente, assim foram resolvidos (fl. 571):

LivroPopulos.indb 596 23/10/2015 09:53:29

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REGISTRO. AUSIÊNCIA DE VÍCIO NO V. ACÓRDÃO EMBARGADO. PRETENSÃO DE REDISCUTIR O JULGAMENTO DA CAUSA. INTENÇÃO NITIDAMENTE INFRINGENTE. EMBARGOS REJEITADOS.

Em suas razões (fls. 582-596), alega violação ao dispositivo legal em que se fundou a inelegibilidade reconhecida, porque a entidade na qual laborava – CONSAD – é pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, na forma jurídica de associação, e não presta assistência aos municípios, apenas busca a melhoria para a população carente.

Sustenta que, embora a entidade tenha previsão estatutária para receber subsídios dos municípios, isto jamais ocorreu e não há prova nos autos de que tenha ocorrido.

Alega ainda, que exercia a função de coordenadora regional de forma extraoficial porque não houve registro formal da ata, daí porque sequer há falar em cargo de direção, além do que jamais movimentou conta-corrente, recebeu ou destinou qualquer valor.

Contrarrazões pelo Ministério Público Eleitoral (fls. 666-669) sustentando que a previsão estatutária da associação para receber recursos públicos, bem como matérias jornalísticas juntadas aos autos, comprovam a participação ativa das municipalidades na entidade.

A Procuradoria-Geral Eleitoral manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 673-676).

Por decisão monocrática neguei seguimento ao recurso ordinário.

Desta decisão a Recorrente apresentou agravo regimental e, ao analisá-lo, entendi por bem reconsiderar a decisão agravada para trazer o recurso ordinário para análise do Plenário.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora): Senhor Presidente, verifica-se a tempestividade do recurso ordinário, o interesse e a legitimidade recursal.

Cuida-se de recurso ordinário interposto por Sandra Kennedy Viana de acórdão do TRE de São Paulo que, acolhendo pedido formulado na ação de impugnação de registro de candidato, indeferiu seu pedido de registro de candidatura ao cargo de deputado estadual, por não ter comprovado o afastamento do exercício das funções em diretoria de associação de assistência a municípios.

LivroPopulos.indb 597 23/10/2015 09:53:30

I — O EVENTUAL RECEBIMENTO DE RECURSOS PÚBLICOS PELA ASSOCIAÇÃO

Em se tratando de candidata ao cargo de deputado estadual, há se verificar se incide o disposto no art. 1°, VI, da LC n° 64/90, que remete ao inciso V, *b,* que por sua vez remete ao inciso III do mesmo artigo, e especificamente neste caso, à hipótese constante na alínea *b,* 3, do referido inciso III.

Extraio do acórdão recorrido (fls. 537-538):

> No caso, a CONSAD Vale do Ribeira foi constituída sob a forma de *"pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, na forma jurídica de uma associação", nos termos do art. 1º , do seu Estatuto Social (fl. 385). Todavia, utiliza-se de recursos oriundos de "contribuição mensal de cada um dos municípios associados, no valor a ser definido pela Assembleia do Fórum CONSAD VALE DO RIBEIRA", bem como "as doações, legados, auxílios que lhe sejam destinados por quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, nacionais ou internacionais e as subvenções recebidas diretamente da União, dos Estados e dos Municípios ou por intermédio de órgãos públicos da administração direta ou indireta",* nos termos do art. 38 de seu estatuto social, para atingir suas finalidades. O dispositivo invocado pelo impugnante, no entanto, tem aplicação no presente caso, eis que trata de desincompatibilização de diretores de sociedades de assistência aos Municípios. Logo, a requerente era obrigada a se afastar do cargo de Coordenadora Geral da CONSAD Vale do Ribeira para concorrer ao cargo de Deputado Estadual.

É possível se concluir que se trata de associação que presta serviços aos municípios.

Tal se verifica pela simples leitura do art. 4º, do referido estatuto (fls. 385/386):

> Artigo 4°. O CONSAD VALE DO RIBEIRA tem por finalidade:
> I - Executar as atividades previstas no Acordo de Programa de Segurança Alimentar e Desenvolvimento Local que tem como objetivos planejar e executar atividades destinadas a instituir e ampliar as ações de segurança alimentar e nutricional e de promoção do desenvolvimento local dos municípios que o integra, mediante a prestação de serviços ou incentivo ás atividades de outras entidades, buscando atuar, em cooperaçãocom os demais entes públicos e privados, mediante a celebração de parcerias e convênios.
> (sem grifos no original)

LivroPopulos.indb 598 23/10/2015 09:53:30

Quanto à necessidade do recebimento de verbas públicas, diversamente da hipótese constante no art. 1º, II, *g,* da LC n° 64/90, esta ora em questão não exige expressamente que a entidade seja mantida total ou parcialmente por contribuições impostas pelo poder público.

Examinando a jurisprudência desta Corte, concluo que, somente no especial caso em que ficar comprovado que, em nenhuma hipótese, a entidade recebe recursos públicos, é possível se afastar a necessidade de desincompatibilização:

> CONSULTA. DEPUTADO FEDERAL. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO (ART. 1°, III ,"B" ITEM 3, DA LEI 64/90). DIRIGENTE DE ASSOCIAÇÃO DE DIREITO PRIVADO PARA DEFESA DE INTERESSES MUNICIPAIS, QUE NÃO RECEBE EM QUALQUER HIPÓTESE RECURSO FINANCEIRO DO PODER PÚBLICO. RESPONDIDA NEGATIVAMENTE.
> (Consulta 385, Relator Min. Walter Ramos da Costa Porto, julgado em 16/12/97, *DJ — Diário de Justiça,* Volume 1, Data 17.2.1998, Página 19).

Mas havendo eventual recebimento de recursos, é necessária a desincompatibilização:

> CONSULTA. DESINCOMPATIBILIZAÇÀO DE DIRETOR DE SOCIEDADE DE ASSISTÊNCIA A MUNICIPIOS. Diretor de Sociedade de Assistência a Municípios, não tendo esta personalidade eminentemente de direito privado, deve desincompatibilizar-se no prazo de 6 (seis) meses antes do pleito, conforme a Lei Complementar n° 64/90 em seu art. 1°, III, "b", Item 3.
> (Consulta 429, Relator Min. Maurício Corrêa, julgado em 18.4.1998,*DJ* 8.5.1998).

> CONSULTA – ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA A MUNICÍPIO — RECEBIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO NÃO OBRIGATÓRIA DE ÓRGÃO MUNICIPAL E PATROCÍNIO EVENTUAL DE ÓRGÃO ESTADUAL OU FEDERAL — DIRIGENTE QUE PRETENDE SE CANDIDATAR – NECESSIDADE DE AFASTAMENTO. CANDIDATURA A PREFEITO E VICE – AFASTAMENTO NO PRAZO DE QUATRO MESES (LC 64/90, art. 1°, III "b", 3 c/c IV, "a"). CANDIDATURA A VEREADOR –AFASTAMENTO NO PRAZO DE SEIS MESES (LC 64/90, art. 1°, III "b", 3 c/c VII, "b").
> (Consulta 587, Relator Min. Eduardo Alckmin, julgado em 23.3.2000, *DJ – Diário de Justiça,* Volume 1, Tomo -, Data 24.4.2000, Página 27).

LivroPopulos.indb 599 23/10/2015 09:53:30

E, no meu entendimento, é este o caso presente. O estatuto social da associação ora em questão é expresso em prever, como fontes de custeio, contribuições mensais de municípios e subvenções da União, Estados e Municípios:

> Artigo 38. Constituem o patrimônio do CONSAD VALE DO RIBEIRA:
> I—A contribuição mensal de cada um dos municípios associados, no valor a ser definido pela Assembleia do Fórum CONSAD VALE DO RIBEIRA;
> [...]
> III — As doações, legados, auxílios que lhe sejam destinados por quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, nacionais ou internacionais e as subvenções recebidas diretamente da União, dos Estados e dos Municípios ou por intermédio de órgãos públicos da administração direta ou indireta. (fl. 398).

Entendo que não há se exigir comprovação efetiva da entrada do dinheiro no caixa da entidade, uma vez que se trata de matéria de cunho probatório profundo e extenso, incompatível com a celeridade do processo de registro, voltado para a célere análise das condições de elegibilidade e, ausência de inelegibilidades.

Ainda que a candidata apresente extrato de conta bancária sem movimentação, tal não afasta, por exemplo, a existência de outras contas bancárias.

Fato é que a previsão estatutária da entidade é expressa a possibilitar eventual recebimento de recursos públicos.

Ademais, as notícias juntadas ás fls. 313-315 e 335-340 corroboram a demonstração da eventualidade desses recursos.

Portanto, exigir que o impugnante faça prova de que a entidade efetivamente recebeu recursos públicos, a meu ver, é ônus demasiado, mormente se a lei não exige a efetiva percepção destes recursos.

Assim, restou comprovada a finalidade social da entidade voltada para a assistência a municípios, bem como o eventual recebimento de recursos públicos.

II - O EXERCÍCIO DE CARGO DE DIRETORIA PELA CANDIDATA

Quanto ao fato de a Recorrente ter exercido a função de dirigente apenas “extraoficialmente”, como alega em suas razões, tal não a afasta da condição de membro da diretoria para fins da incidência da inelegibilidade em questão.

LivroPopulos.indb 600 23/10/2015 09:53:30

O dispositivo legal é protetivo da normalidade e legitimidade das eleições *contra a influência do poder económico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta* como prevê o art. 14, § 9°, da CF.

A recorrente, como consta na sua defesa (fl. 592), foi realmente eleita na função de coordenadora regional na gestão de 2011/2013 da entidade. Teria apenas faltado o registro formal da ata, ante a não regularização dos antigos membros, conforme se vê na nota de devolução do cartório (fl. 403).

A referida associação é gerida por um "núcleo dirigente", composto por várias pessoas, sendo a primeira delas o *coordenador geral* (art. 21 do estatuto social, fl. 392).

Quanto às atribuições estatutárias do *coordenador geral,* tal se encontram descritas no art. 24 do referido estatuto (fls. 393-394), das quais destaco:

> I–Convocar e dirigir as reuniões do Núcleo Dirigente e do Fórum, e proferir o voto de qualidade em caso de empate;
> [...]
> II — Firmar convênios e contratos após a aprovação do Núcleo Dirigente, em ato conjunto com o Secret4rio Executivo ou, na sua ausência, como o Diretor Financeiro, nos termos e limites previstos no Regimento Interno;
> IV — Abrir, movimentar e encerrar contas bancárias com os recursos do CONSAD VALE DO RIBEIRA, com *a* assinatura conjunta do Diretor Financeiro;

Portanto, resta comprovado que a Recorrente foi eleita internamente para um cargo de direção da entidade, tendo faltado apenas o registro da ata perante o registro público competente.

É fato que o Código Civil assim prevê em seus arts. 45 e 46 (grifei)

> Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.
> Art. 46. O registro declarará:
> I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;
> II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores;

Todavia, como se vê na presente situação concreta, casos há em que, embora a entidade escolha internamente novos diretores, o processo

LivroPopulos.indb 601 23/10/2015 09:53:30

de registro civil das alterações contratuais eventualmente atrase. E a lei civil não ignora estas situações, tanto que, ao tratar do administrador da sociedade simples, quando nomeado por Instrumento, previu (grifei):

> Art. 1.012. O administrador, nomeado por instrumento em separado, deve averbá-lo à margem da inscrição da sociedade, e, pelos atos que praticar, antes de requerer a averbação, responde pessoal e solidariamente com a sociedade.

Desta forma, mormente para fins de aplicação de uma norma voltada para a proteção da coletividade, como é o caso da inelegibilidade em questão, uma vez tendo sido escolhida internamente diretora de entidade privada, sujeita, portanto, a partir deste momento à prática de eventuais atos — cuja validade em decorrência da falta de registro é outra questão —, sua alegação de falta de registro em cartório da alteração contratual não pode ser levada em seu benefício.

Respaldo este entendimento no seguinte raciocínio: se assim fosse, numa situação hipotética, a própria entidade poderia dar causa — propositalmente ou não — a inúmeras nulidades a atrasar o processo de registro o que, então, levaria a afastar a condição de dirigente de certa pessoa, ainda que de fato exercesse a gerência.

Por fim, ainda que se alegue que sua gestão terminaria no ano de 2013, fato é que há prova inconteste nos autos de que continuou a exercer de fato a função de coordenadora da entidade até o final do mês de julho/2014.

Tal documento foi juntado pelo impugnante, e demonstra, de forma insofismável e transparente, que a Recorrente realmente, até aquela data (30.6.2014), ainda exercia a coordenação da entidade.

Inclusive a justificativa do motivo de seu afastamento da entidade — de certa forma a demonstrar sua boa-fé — foi justamente a sua candidatura nas eleições 2014:

> Também, a coordenadora Sandra Kennedy vai encaminhar aos prefeitos envolvidos, uma carta a ser criada nessa reunião, e enviada ao ITESP, para fortalecer a agilidade do processo de envio do projeto à Casa Civil do Estado.
> (fl. 321, sem grifos no original)
> Ao final, a coordenadora Sandra Kennedy, esclarece sobre sua saída do CONSAD, devido sua candidatura, também, já foi eleita uma comissão de coordenação provisória, dentre os membros Já atuantes anteriormente no Colegiado.
> (fl. 323, sem grifos no original)

Portanto, as atividades de diretoria estão comprovadas pela re-

LivroPopulos.indb 602 23/10/2015 09:53:30

gular escolha interna da Recorrente para a função (por ela não negada na contestação), corroboradas pelos documentos juntados aos autos (fls. 317-318 e 320-324), gestão esta que se estendeu até 30.6.2014 (fls. 320-324).

Assim, diante da existência da causa de inelegibilidade descrita art. 1º , III, *b, 3*, da LC n° 64/90, entendo deva ser mantido o acórdão que indeferiu o pedido de registro de candidatura de Sandra Kennedy Viana ao cargo de deputado estadual nas Eleições 2014.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como voto.

LivroPopulos.indb 603 23/10/2015 09:53:30

LivroPopulos.indb 604 23/10/2015 09:53:30

ACÓRDÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO N° 1825-54. 2014.6.16.0000 - CLASSE 37 - RIO DE JANEIRO - RIO DE JANEIRO
Relator: Ministro Gilmar Mendes
Embargante: Elizabeth de Carvalho Sarmento
Advogada: Daniele Martins de Oliveira

ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÀRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA INDEFERIDO.DEPUTADOESTADUAL. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA. REQUERIMENTO DE AFASTAMENTO PROTOCOLADO FORA DO PRAZO.

1. O requerimento de desincompatibilização protocolado fora do prazo legal demonstra que não houve o afastamento do exercício das funções.

2. A alegação da recorrente de que não exerce cargo de arrecadação e fiscalização de tributos não pode ser conhecida, porquanto não foi aduzida nas razões do recurso ordinário, caracterizando inovação recursal, inadmissível na via do agravo regimental. Precedentes.

3. O iter procedimentalis *utilizado pelo TRE/RJ para intimar a requerente a apresentar documentos não lhe causou prejuízo, tendo sido toda a documentação apresentada objeto de análise pela Corte Regional.*

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em receber os embargos de declaração como agravo regimental e desprovê-lo, nos termos do voto do relator.

Brasília, 30 de outubro de 2014.

MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, na origem, a Coligação Unidos pela Família (PSDC/PMN) requereu o registro da candidatura de Elizabeth de Carvalho Sarmento ao cargo de deputado estadual nas eleições de 2014.

LivroPopulos.indb 605 23/10/2015 09:53:30

O TRE/RJ indeferiu o registro em razão da inobservância do prazo de desincompatibilização (fls. 36-38).

Com os embargos de declaração (fls. 40-43), a pretensa candidata juntou novos documentos, pugnando pelo deferimento do registro.

O Regional, apreciando a novel documentação, desproveu os declaratórios (fl. 52-53).

No recurso especial eleitoral (fls. 57-67), Elizabeth de Carvalho Sarmento argumentou que deveria ter sido intimada pessoalmente para apresentar o documento faltante, em razão de ser de caráter pessoal.

Pugnou pela apreciação da documentação juntada com os embargos, sustentando ser suficiente para comprovar sua desincompatibilização no prazo legal.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo não conhecimento do recurso (fls. 78-80).

Em decisão de fls. 82-85, conheci como ordinário o recurso interposto e neguei-lhe seguimento, sob o fundamento de que foi intempestivo o pedido de desincompatibilização do cargo público.

Contra essa decisão, Elizabeth de Carvalho Sarmento interpõe embargos de declaração (fls. 88-91), no qual reitera o argumento de que sua intimação deveria ter sido pessoal e informa não exercer cargo de arrecadação e fiscalização de tributos, mas, sim, na Assessoria de Comunicação Social do Ibama/RJ.

Pleiteia sejam acolhidos os embargos de declaração com efeitos modificativos para deferir o registro da candidatura.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (relator): Senhor Presidente, recebo os embargos de declaração como agravo regimental, nos termos das jurisprudências do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, das quais cito os seguintes precedentes, respectivamente:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO INFRINGENTE. RECEBIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 22, I, j, DO CE. ACÓRDÃO RESCINDENDO REGIONAL. INADMISSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.
> 1. *Recebem-se como agravo regimental os embargos de declaração opostos contra decisão monocrática e com pretensão infringente. Precedentes.*

LivroPopulos.indb 606 23/10/2015 09:53:30

> 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, no âmbito da Justiça Eleitoral, a ação rescisória somente é cabível contra decisão deste Tribunal Superior, na qual se tenha declarado inelegibilidade, não sendo este o caso dos autos, que pretende rescindir decisão de Tribunal Regional.
> 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental e, no mérito, desprovido.
> (ED-AR n° 704-53/PR, rel. Min. Luciana Lóssio, julgado em 7.11.2013 — grifo nosso).
>
> **Embargos de declaração recebidos como agravo regimental**.
> 2. Exceção de incompetência. 3. Manifesta improcedência. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (El n° 13-ED/BA, de minha relatoria, julgado em 18.2.2014 — grifo nosso).

Extraio da decisão agravada (fls. 82-85):

> De fato, a documentação juntada com os embargos de declaração é insuficiente para comprovar a efetiva desincompatibilização. Entre os documentos apresentados, ressalto o acostado fl. 47, datado de 23.6.2014 — já no período vedado —no qual a pré-candidata solicita informações à agremiação partidária a fim de instruir futuro pedido de desincompatibilização, *in verbis*:
>
> *[...] solicito à Direção do PSDC que, o mais breve possível, possa me fornecer os documentos solicitados pelo IBAMA do Rio de Janeiro para que eu tenha condições de solicitar a minha desincompatibilização [sic] do Serviço Público Federal.*
>
> 3. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso ordinário (art. 36, § 6°, do RITSE).

Inicialmente, afasto o argumento de que a agravante não exerce cargo de arrecadação e fiscalização de tributos, por constituir-se em inovação de tese recursal, o que não se admite em agravo regimental. Nesse sentido, cito precedentes:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DO REQUISITO DA POTENCIALIDADE. INOVAÇÃO DE TESE. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.
> **1. É incabível a inovação de tese na via do agravo regimental. Precedentes.**

LivroPopulos.indb 607 23/10/2015 09:53:30

> 2. Nos três meses que antecedem o pleito, impõe-se a total vedação à publicidade institucional, independentemente de haver em seu conteúdo caráter informativo, educativo ou de orientação social (art. 37, § 1°, da CF/88), ressalvadas as exceções previstas em lei.
> 3. A conduta vedada prevista no art. 73, VII, b, da Lei 9.504/97 independe de potencialidade lesiva apta a influenciar o resultado do pleito, bastando a sua mera prática para atrair as sanções legais.
> 4. Agravo regimental não provido.
> (AgR-REspe n° 447-86/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 4.9.2014 — grifo nosso).

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DOAÇÃO ACIMA DO LIMITE LEGAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. INOVAÇÃO RECURSAL. DESPROVIMENTO.
> 1. Para que o agravo obtenha êxito, é necessário que os fundamentos da decisão agravada sejam especificamente infirmados, sob pena de subsistirem suas conclusões. Nesse sentido, é firme a jurisprudência deste Tribunal Superior (REspes n“ 25.948/BA, DJ de 19.2.2008, Rel. Min. Gerardo Grossi; 26.034/GO, DJ de 27.9.2007, Rel. Min. Caputo Bastos e Rcl n° 448/MG, DJ de 28.9.2007, Rel. Min. Cezar Peluso).
> [...]
> 3. *A inovação recursal é inadmissível em sede de agravo regimental, não sendo apta a modificar a decisão hostilizada.*
> 4. Agravo regimental desprovido.
> (AgR-REspe n° 390-12/SC, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 4.4.2013 -grifo nosso).

No que concerne ao argumento da agravante de que deveria ter sido intimada pessoalmente para cumprimento da diligência, observo que o *iter procedimentalis* utilizado pelo TRE/RJ não lhe causou prejuízo, uma vez que, em resposta à intimação, toda documentação levada aos autos pela requerente foi objeto de apreciação pelo Regional, que na oportunidade assim se pronunciou (fl. 53v.):

> A requerente trouxe aos autos o comprovante de desincompatibilização cuja ausência deu ensejo ao indeferimento do requerimento de registro de candidatura, informando não pertencer ao Ministério Público e que a autodeclaração que consta do requerimento de fl. 02 estaria equivocada.
> Aduz ser servidora pública dos quadros do IBAMA trazendo, às fls. 45/46, declaração de desincompatibilização datada de 16 de abril do ano corrente. Ocorre, no entanto, que a referida

LivroPopulos.indb 608 23/10/2015 09:53:30

> certidão informa que a embargante exerce cargo de arrecadação e fiscalização de tributos, de modo que o prazo para desincompatibilização seria de 06 (seis) meses e a embargante deveria estar afastada desde o dia 05 de abril.

Por último, reitero que a declaração de próprio punho de fl. 47, datada de 23.6.2014, na qual Elizabeth de Carvalho Sarmento afirma ainda estar providenciando documentos para solicitar sua desincompatibilização, é prova robusta da inobservância do prazo legal, independentemente do cargo por ela ocupado.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

LivroPopulos.indb 609 23/10/2015 09:53:30

LivroPopulos.indb 610 23/10/2015 09:53:30

ACÓRDÃO Nº 967 /2014

REGISTRO DE CANDIDATURA
PROCESSO Nº 811-25.2014.6.05.0000
CLASSE 38
MUNICÍPIO: Salvador
REQUERENTE: Coligação UNIDOS POR UMA BAHIA MELHOR (DEM/PMDB/PSDB/PTN/SD/PROS/PRB/PSC).
CANDIDATO: Givaldo Fiuza de Almeida.
RELATOR: Juiz Cláudio Césare Braga Pereira.

Registro de candidatura. Eleições 2014. Cargo de Deputado federal. Desincompatibilização. Servidor público. Secretaria da Fazenda do Estado. Art. 1º, inciso II, alínea d, da LC nº 64/90. Afastamento pelo prazo de seis meses anteriores ao pleito. Não comprovação. Indeferimento.

Indefere-se o pedido de registro de candidatura, quando o postulante não comprova o seu afastamento de cargo público, dentro do prazo de 6 (seis) meses anteriores ao pleito, conforme previsto pela legislação de regência, no caso de servidor público vinculado a órgão fazendário.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima indicados,

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, à unanimidade, INDEFERIR O REGISTRO DE CANDIDATURA, nos termos do voto do Juiz Relator, adiante lavrado, que passa a integrar o presente Acórdão.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 19 de agosto de 2014.

LOURIVAL ALMEIDA TRINDADE, Juiz-Presidente; CLÁUDIO CÉSARE BRAGA PEREIRA, Juiz Relator; RUY NESTOR BASTOS MELLO, Procurador Regional Eleitoral.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de registro de candidatura de Givaldo Fiuza de Almeida para o cargo de Deputado Federal nas próximas eleições.

A Coligação UNIDOS POR UMA BAHIA MELHOR protocolizou em 05 de julho de 2014 requerimento de registro de candidatura, subscrito pelo referido candidato, tendo a Secretaria Judiciária publicado edital para ciência dos interessados.

LivroPopulos.indb 611 23/10/2015 09:53:30

Recebi os autos com informação da Seção de Registro de Partidos e Candidatos apontando falha na documentação apresentada pelo candidato, no que tange à exigência de desincompatibilização.

Após a notificação, o candidato apresentou documentação de fls.19/22 e 30/31.

Encaminhados os autos para apreciação do Procurador Regional Eleitoral, este se manifestou pelo indeferimento do registro pleiteado.

É o relatório.

VOTO

Considerando que no pedido de registro de candidaturas nº 766-21.2014.6.05.0000 a Coligação UNIDOS POR UMA BAHIA MELHOR foi considerada apta a concorrer ao pleito próximo, passo à apreciação do vertente pedido de registro.

Observa-se que o requerimento do candidato Givaldo Fiuza de Almeida não fora instruído com a prova de desincompatibilização, consoante informação prestada pela Seção de Registros de Partidos e Candidatos.

Instado a se manifestar, o candidato apresentou documentos de fls. 21/22, consistentes no extrato de processamento do pedido de afastamento de cargo público e cópia de Diário Oficial com o respectivo ato do órgão público.

O Setor Técnico do TRE-BA manteve a anotação de irregularidade, uma vez que o afastamento foi concedido a partir de 08/07/2014.

À fl. 31 o candidato apresentou retificação da publicação no DOE do dia 18/07/2014, comprovando requerimento de afastamento do cargo na data de 03/07/2014.

Pois bem. Da análise dos autos, conforme consta do documento de fl.22, verifica-se que o candidato exerce o cargo de técnico administrativo na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Constata-se, ainda, que o aludido órgão informa que o Sr. Givaldo obteve licença, com início em 08 de julho de 2014, para concorrer a mandato eletivo.

Sucede que, no caso do postulante, a Lei Complementar nº 64/90, em seu art. 1º, inciso II, alínea *d*, prevê a desincompatibilização no prazo de 6 (seis) meses anteriores ao pleito. Confira-se:

> Art. 1º São inelegíveis:
> (...)

LivroPopulos.indb 612 23/10/2015 09:53:30

> d) os que, até 6 (seis) meses antes da eleição, tiverem competência ou interesse, direta, indireta ou eventual, no lançamento, arrecadação ou fiscalização de impostos, taxas e contribuições de caráter obrigatório, inclusive parafiscais, ou para aplicar multas relacionadas com essas atividades;

Neste sentido, trago à baila excertos procedentes do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará:

> RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2006. ART. 1º, II, ALÍNEA d, DA LC Nº 64/90. SERVIDOR PÚBLICO DE FAZENDA ESTADUAL.
> NÃO-AFASTAMENTO DE CARGO PÚBLICO NOS SEIS MESES QUE ANTECEDEM O PLEITO. INELEGIBILIDADE CONFIGURADA.
> 1. O art 1º, II, d, da LC nº 64/90 exige que o servidor público de fazenda estadual afaste-se do cargo que ocupa seis meses antes da realização do pleito. Nas eleições que se avizinham, a data limite é 1º.4.2006.
> 2. Resta configurada a inelegibilidade daquele que não se afasta de seu cargo público dentro do prazo legal.
> 3. Recurso ordinário não provido.
> (RO - RECURSO ORDINÁRIO nº 959 - Teresina/PI. Acórdão de 14/09/2006. Relator(a) Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO. Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 14/09/2006).

> *RECURSO ELEITORAL - REGISTRO DE CANDIDATURA - IMPUGNAÇÃO - VEREADOR -* ***DESINCOMPATIBILIZAÇÃO - PRAZO - SEIS MESES - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL*** *- AUDITOR FISCAL ADJUNTO DA RECEITA ESTADUAL - AGENTE DO FISCO - ART. 1º, INC II, ALÍNEA D, DA LC 64/90 - NECESSIDADE - AFASTAMENTO - NÃO ATENDIMENTO - MANUTENÇÃO DO DECISUM - REGISTRO INDEFERIDO.*
> *1.* ***O prazo para a desincompatibilização de servidor público estadual pertencente ao quadro permanente da Secretaria da Fazenda Estadual,*** *exercendo o cargo de Auditor Fiscal Adjunto da Receita Estadual* ***deve se afastar no prazo de seis meses antes do pleito, porquanto é inerente ao cargo as atribuições, dentre outras, a de coordenar e realizar atividades de tributação, arrecadação, fiscalização, recolhimento e controle dos tributos e demais rendas do erário****.*
> 2. O fato do candidato exercer suas funções e ser lotado na seção de atendimento ao público, não elimina as atribuições do cargo, podendo sê-las efetivadas a qualquer tempo por necessidade do serviço.

LivroPopulos.indb 613 23/10/2015 09:53:30

> 3. Manutenção da decisão. Registro indeferido.
> (TRE-CE - 30: 13638 CE, Relator: MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA, Data de Julgamento: 20/08/2008, Data de Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 20/08/2008). (grifos aditados).

Nesse diapasão, conforme bem pontuado pelo ínclito Procurador Regional Eleitoral, ainda que o requerimento tenha sido realizado no dia 03/07/2014, não atendeu o prazo de 6 (seis) meses exigidos pela aludida lei complementar.

Em face do exposto, voto no sentido de indeferir o pedido de registro do candidato a deputado federal Givaldo Fiuza de Almeida.

É como voto.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 19 de agosto de 2014.

Cláudio Césare Braga Pereira
Juiz Relator

LivroPopulos.indb 614 23/10/2015 09:53:30

ACÓRDÃO Nº 1.259/2010

REGISTRO DE CANDIDATURA
PROCESSO Nº 1.919-38.2010.6.05.0000
CLASSE. 38
MUNICÍPIO: Salvador
REQUERENTE: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB.
INTERESSADO/IMPUGNADO: Helder Lopes Campos. Advs.: Béis.: Mauricio de Oliveira Campo e Luiz Viana Queiroz.
IMPUGNANTE: Hildebrando Ferreira dos Santos. Adv.: Bel. Alexandre Sales Vieira.
RELATOR ORIGINÁRIO: Juiz Salomão Viana.
RELATOR DESIGNADO: Juiz Renato Reis Filho

Requerimento de registro de candidatura. Impugnação. Alegação de desincompatibilização intempestiva. Exercício da atividade de Diretor de Economia e Finanças da Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. Vinculação a órgão hierarquicamente superior. Ausência de atividade gerencial autônoma. Não caracterização da figura de ordenador de despesas ou de gestor administrativo. Inaplicabilidade das normas contidas no art. 1º, I, VI, combinadas com as insculpidas no art. 1º, V, "b" e no art. 1º, III, "b", item 3, todos da LC n. 64/90. Desincompatibilização no prazo legal de 3 (três) meses antes do pleito ex vi do artigo 1º, inciso II, alínea "l", da LC 64/90. Improcedência da impugnação. Deferimento do pleito de registro.

Os servidores públicos candidatos ocupantes de cargos em comissão que, a despeito da nomenclatura do cargo, não exerçam efetivas atividades de direção e gestão administrativas ou ainda de ordenamento de despesas, estando vinculados a órgão hierarquicamente superior, devem se desincompatibilizar no prazo de três meses antes do pleito, sendo este o caso dos autos, no que se julga improcedente a impugnação, deferindo-se o pleito de registro.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima indicados,

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, pelo voto de desempate, vencidos o Relator e os Juízes Eserval Rocha e Cássio Miranda, JULGAR IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO E DEFERIR O REQUERIMENTO DE REGISTRO DA CANDIDATURA designado o Juiz Renato Reis Filho para lavrar o Acórdão, nos termos do seu voto, adiante

LivroPopulos.indb 615 23/10/2015 09:53:30

lavrado, que passa a integrar o presente *decisum*.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 2 de setembro de 2010.

MÁRIO ALBERTO SIMÕES HIRS, Juiz-Presidente; RENATO REIS FILHO, Juiz Relator *designado;* SIDNEY PESSOA MADRUGA, Procurador Regional Eleitoral.

RELATÓRIO

Hildebrando Ferreira dos Santos, postulante à candidatura ao cargo de deputado estadual pelo Partido dos Trabalhadores, apresentou impugnação ao pedido de registro da candidatura de Helder Lopes Campos ao cargo de deputado estadual. O mencionado pedido de registro foi formulado, em 05/07/10, pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB.

Invocando as normas contidas no art. 1º, VI, combinadas com as insculpidas no art. 1º, V, "b", bem como com as constantes no art. 1º, III, "b", item 3, todos da Lei Complementar n. 64/90, o impugnante afirma que o impugnado estaria inelegível, porquanto não teria se afastado das atividades que desempenhava na Assembleia Legislativa do Estado da Bahia em tempo hábil para concorrer a cargo eletivo nas eleições que ocorrerão no mês de outubro deste ano de 2010.

Nesta linha, diz que o impugnado teria exercido a atividade de Diretor de Economia e Finanças (Símbolo FC 07) no órgão aludido, de 07/08/2008 a 14/06/2010, e que, para concorrer a uma vaga no pleito vindouro, deveria ter se afastado de tais atividades no final do mês de março, ou seja, 6 (seis) meses antes da eleição. Todavia, o afastamento somente teria se dado em 14/06/2010.

Em sua defesa (fls. 201/211), o impugnado alega que a Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, por intermédio de sua procuradoria Jurídica, teria confeccionado um documento, que foi entregue a todos os servidores, no qual teriam sido analisadas as situações de diversos servidores públicos que pretendiam concorrer a cargo eletivo no pleito de 2010. No caso da sua situação, disse o impugnado que a conclusão a que chegou a Procuradoria Jurídica foi a de que a sua desincompatibilização somente precisaria acontecer com 3 (três) meses de antecedência em relação à data das eleições, em conformidade com o conteúdo do art. 1º, II, "l", da Lei Complementar n. 64/90.

Aduz, ainda, que não é agente político, não ordena despesas, não dirige quaisquer órgãos técnicos e não integra o alto escalão da Assembleia

LivroPopulos.indb 616 23/10/2015 09:53:30

Legislativa do Estado da Bahia. Ao revés, seria ele um mero auxiliar do Superintendente de Economia e Finanças daquela Casa Legislativa.

Por tais razões, conclui que o prazo de desincompatibilização previsto para ser aplicado a quem for "diretor de órgão estadual" não pode ser aplicado ao seu caso e que a norma em questão foi criada para incidir sobre as situações das pessoas vinculadas ao Poder Executivo.

Por fim, afirma que, em consonância com a tese defendida, o TSE, em resposta a consulta que lhe foi formulada em caso similar (Consulta n. 434 do Distrito Federal) – envolvendo a hipótese de servidor público ocupante de cargo comissionado no Senado Federal –, definiu que o prazo de desincompatibilização para o caso seria de 3 (três) meses.

Aberta vista dos autos à Procuradoria Regional Eleitoral, manifestou-se ela pelo indeferimento do pedido de registro de candidatura do impugnado.

É o relatório.

VOTO

Os fundamentos em que se ancora a impugnação e a linha de defesa adotada pelo impugnado não demandam a produção de quaisquer outras provas, o que exclui a incidência, sobre o caso, das normas contidas no art. 5º e seus §§ e no art. 6º, ambos da Lei Complementar n. 64/90. Nestas situações, apresentada a defesa e não havendo necessidade da adoção de providências preliminares (a exemplo da abertura de oportunidade para que o impugnante se manifeste sobre documentos que tenham sido apresentados pelo impugnado e que sejam relevantes para o julgamento da causa), ou adotadas elas, procede-se ao julgamento conforme o estado do processo.

No caso destes autos, não chegou a ser aberta vista dos autos para que o impugnante se manifestasse, o que, em tese, poderia conduzir à invalidade do procedimento, com a consequente contaminação do acórdão.

Todavia, o caso se subsume, com perfeição, à norma contida no § 2º do art. 249 do CPC, motivo pelo qual não mando suprir a falta do ato.

E aí o que se vê é que o pedido contido na impugnação deve ser acolhido.

Com efeito, do cotejo entre as normas contidas no art. 1º, VI, no art. 1º, V, "b", e no art. 1º, III, "b", item 3, todos da Lei Complementar n. 64/90, resta evidente que o prazo de desincompatibilização para quem desempenha as atividades que eram desempenhadas pelo impugnado – atividades

LivroPopulos.indb 617 23/10/2015 09:53:30

de direção de órgão estadual – é de 6 (seis) meses.

No particular, a lei é de uma clareza meridiana e o legislador complementar não fez qualquer referência quanto a se se trata de atividade desenvolvida junto a determinado Poder, donde ser sobremaneira lassa a tese de que somente quem desenvolve atividade de direção de entidades vinculadas ao Poder Executivo é que estaria sujeito à sua incidência.

Aliás, neste aspecto, vale realçar que as casas legislativas de um modo geral estão infinitamente mais próximas das atividades político-partidárias do que os órgãos integrantes dos Poderes Executivo e Judiciário, donde a falta de substância no argumento de que a atividade desenvolvida pelo impugnado seria inócua pelo fato de ele atuar junto ao Poder Legislativo.

Demais disso, vale ressaltar que o parecer jurídico anexado aos autos pelo impugnado não possui qualquer força para vincular a formação de juízo de valor pelo Poder Judiciário e não pode, por óbvio, se sobrepor à lei.

Ademais, em vários trechos do mencionado parecer há expressa ressalva da situação daqueles *"que incidirem em regra específica da LC n. 64/90 própria do cargo que ocupam"*. Esse é justamente o caso dos autos: o impugnado não é um mero servidor, mas uma pessoa que desempenhava atividades de direção de um órgão estadual e, por isto, o seu caso tem previsão específica no item 3 da alínea "b" do inciso III do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90, que é aplicável às candidaturas aos cargos de deputado estadual e de deputado federal.

Registre-se, ainda, que, ao contrário do quanto afirmado pelo impugnado, a Diretoria de Economia e Finanças não é um órgão desprovido de expressão e poder na Assembleia Legislativa.

Em verdade, trata-se de órgão com atribuições relativas ao planejamento, à coordenação, à execução e ao controle das atividades atinentes à execução e controle orçamentário, às finanças, à contabilidade e tributos e às cotas e verbas parlamentares. Sem nenhuma sombra de dúvidas, estas são atribuições de suma relevância e que envolvem significativa quantidade de recursos financeiros.

É de bom alvitre também deixar claro, ainda, que o órgão aludido não é o último na escala hierárquica da Assembleia Legislativa da Bahia, haja vista que ainda se subdivide em departamentos, e estes, por sua vez, se subdividem em coordenações (fl. 47).

Neste ponto, mesmo que se tratasse de uma atividade desempenhada pelo impugnado sem que houvesse pessoas a ele subordinadas, o só fato de estar ele incumbido das atribuições já mencionadas é suficiente para demonstrar que a ele não pode ser dispensado o tratamento que a lei

LivroPopulos.indb 618 23/10/2015 09:53:31

reserva para um servidor público comum.

Em acréscimo, quanto à resposta dada pelo TSE à consulta n. 434, registre-se que a hipótese objeto de manifestação por aquela corte dizia respeito ao prazo de desincompatibilização de servidor público comissionado do Senado da República, situação totalmente distinta do caso sob exame, em que há uma norma específica regendo a situação o que afasta a incidência da regra geral.

Neste ponto, impende realçar que há funções comissionadas que implicam assunção de direção de órgão, enquanto outras, não. Os casos de funções comissionadas que não implicam assunção de direção de órgão se subsumem à norma geral de desincompatibilização com três meses de antecedência. Já se se tratar de situação em que o desempenho de uma função comissionada implicar a assunção da direção de um órgão estadual, a desincompatibilização deverá acontecer com pelo menos seis meses de antecedência.

Por fim, anote-se que este conjunto de circunstâncias afasta qualquer hipótese de se considerar que o impugnado incorreu em erro escusável, tanto mais quanto a sua desincompatibilização somente se deu cerca de dois meses depois do dia em que deveria ele ter se afastado das suas atividades na Assembleia Legislativa.

Assim, considerando que, no caso, a exoneração do impugnado da função comissionada de Diretor de Economia e Finanças da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia somente se deu a partir de 11/06/2010, é forçoso concluir que a desincompatibilização não foi tempestiva, o que impede o deferimento do registro da sua candidatura.

Do exposto, voto no sentido de que seja julgada procedente a impugnação apresentada e, por conseguinte, indeferido o pedido de registro da candidatura de Helder Lopes Campos ao cargo de deputado estadual pelo Partido dos Trabalhadores.

É como voto.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 12 de agosto de 2010.

Salomão Viana
Juiz Relator

LivroPopulos.indb 619 23/10/2015 09:53:31

VOTO

Pedi vista dos autos na sessão de 12 de agosto de 2010, para examinar, com maior detença, a controvérsia trazida a julgamento, que reside em analisar se o candidato ao cargo de deputado estadual pelo Partido da Social Democracia Brasileiro - PSDB, Helder Lopes Campos, atendeu à regular desincompatibilização do cargo que ocupava.

O processo foi relatado pelo eminente Juiz Salomão Viana que proferiu seu voto, no sentido de julgar procedente a impugnação ofertada pelo candidato do Partido dos Trabalhadores – PT, Hildebrando Ferreira dos Santos, e indeferir o pedido de registro de candidatura do impugnado, por entender que a aludida desincompatibilização se dera a destempo, à luz do art. 1º, inciso VI, c/c art. 1º, inciso V, alínea b, e inciso III, alínea *b*, item 3, da Lei Complementar 64/90.

Antecederam-me, ainda, os ilustres Juízes Eserval Rocha e Cássio Miranda, que acompanharam o Relator.

Bem vistos os autos, verifica-se que o impugnado ocupou o cargo de *Diretor de Economia e Finanças*, da Assembléia Legislativa da Bahia, no período compreendido entre 07/08/2008 a 12/06/2010, ocasião em que, efetivamente, desincompatibilizou-se, consoante o documento acostado à fl. 35, três meses antes do pleito.

A despeito do bem lançado voto proferido pelo eminente relator, no qual se consignou que, por força das funções desempenhadas pelo candidato, o seu afastamento haveria de anteceder, em seis meses, a data das eleições vindouras, entendo que a matéria exige uma reflexão mais detida, acerca da natureza do feixe de atribuições decorrentes do cargo, ultrapassando-se a questão atinente à denominação que lhe fora conferida, à luz da finalidade precípua da lei.

O cargo ocupado pelo impugnado foi criado pela Lei Estadual n.º 8.902/2003 que, ao dispor sobre a estrutura da Assembléia Legislativa do Estado da Bahia, assim estatui:

> *Art. 11. À Diretoria de Economia e Finanças, vinculada à Superintendência de Administração e Finanças, compete planejar, coordenar, executar e controlar as atividades relativas à Execução e Controle Orçamentário, Finanças, Contabilidade e Tributos.* (grifos acrescidos).

De plano, sobressai a peculiaridade de que se trata de um cargo vinculado à Superintendência de Administração e Finanças que, por sua vez, encontra-se subordinado à presidência daquela Casa Legislativa.

LivroPopulos.indb 620 23/10/2015 09:53:31

Merece relevo, ainda, o quanto estabelecido no art. 2º, do citado diploma legal:

> *Art. 2º. São órgãos técnico-administrativos da Assembléia Legislativa do Estado da Bahia:*
> *I – Gabinetes, assim compreendidos: o da Presidência, dos membros da Mesa Diretora, das Lideranças e das Representações Partidárias e dos Parlamentares;*
> *II – Procuradoria Geral;*
> *III – Assessoria de Comunicação Social;*
> *IV – Assessoria de Planejamento;*
> *V – Auditoria;*
> *VI – Superintendência de Administração e Finanças;*
> *VII – Superintendência de Recursos Humanos;*
> *VIII – Superintendência de Assuntos Parlamentares.*(grifos acrescidos).

Depreende-se, da leitura retro, que o órgão técnico-administrativo, portanto, é a Superintendência de Administração e Finanças, e não a diretoria que lhe é subordinada. Não é possível, destarte, aferir que esta exerça qualquer atividade gerencial autônoma. Ao revés, infere-se, isto sim, que existe uma evidente relação de subordinação e controle hierárquico, que retira do impugnado a condição de ordenador de despesas ou de gestor administrativo.

Noutro prisma, a razão de ser do dispositivo que prevê a imprescindibilidade de desincompatibilização de determinados candidatos encontra-se insculpida no próprio §9º, do artigo 14, da nossa Carta Magna, qual seja a de *proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta*.

Nesta direção, tenho que o afastamento do impugnado de suas funções, com antecedência de três meses, atende ao artigo 1º, inciso II, alínea *l*, da LC 64/90.

Nesse sentido, registro o seguinte julgado do Tribunal Superior Eleitoral:

> CONSULTA. ELEIÇÕES MUNICIPAIS. SERVIDORES PÚBLICOS CANDIDATOS OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO LOTADOS EM BRASÍLIA. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. *Os servidores públicos candidatos ocupantes de cargos em*

LivroPopulos.indb 621 23/10/2015 09:53:31

> *comissão lotados em Brasília devem se afastar no prazo de três meses antes do pleito (RESOLUCAO TSE N. 18.019/92).* (TSE - CTA - CONSULTA nº 579 - Brasília/DF. Relator Ministro Maurício Corrêa. Publicado no DJ em 05.05.2000).

Com fincas nas razões expendidas, posiciono-me pela improcedência da impugnação, *data venia*, para deferir o pedido de registro de candidatura de Helder Lopes Campos, ao cargo de Deputado Estadual pelo PSDB.

É como voto.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 2 de setembro de 2010.

Renato Reis Filho
Juiz Relator designado

LivroPopulos.indb 622 23/10/2015 09:53:31

Inelegibilidade

LivroPopulos.indb 623 23/10/2015 09:53:31

ACÓRDÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N° 295-95.2012.6.02.0052 - CLASSE 32 - MATRIZ DE CAMARAGIBE -ALAGOAS

Relator: Ministro Luiz Fux
Embargante: Marcos Paulo do Nascimento
Advogados: Fábio Henrique Cavalcante Gomes e outros
Embargado: Ministério Público Eleitoral
Embargado: Marcos André Matias de Oliveira
Advogada: Maria Gorete Moura Galvão de Araújo

ELEIÇÕES 2012. INELEGIBILIDADE. ART.1º, I, g, DA LC N° 64/90. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. SUPOSTA OMISSÃO. INEXISTÊCIA. ACÓRDÃO QUE DETERMINOU A REMESSA DOS AUTOS AO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL/AL PARA EXAME DA PRESENÇA (OU NÃO) DOS DEMAIS REQUISITOS DE INELEGIBILIDADE DA ALÍNEA G ANTE A COMPETÊNCIA DA CORTE DE CONTAS PARA PROCESSAR E JULGAR AS CONTAS DO PRETENSO CANDIDATO. DESPROVIMENTO.

1. A inelegibilidade encartada na alínea g do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90 é aferível por órgão competente, restando irrelevante a natureza do procedimento por meio do qual as irregularidades foram apuradas, máxime porque basta o reconhecimento de vício insanável que configure, em tese, ato doloso de improbidade administrativa, mediante decisão irrecorrível que não tenha sido suspensa por decisão judicial.

2. A incompetência do órgão aferidor da inelegibilidade, quando afastada, impõe que referida instância, ora declarada competente, analise os demais requisitos exigidos para a caracterização da inelegibilidade. Precedentes: AgR-REspe n° 29.540, rel. Min. Fernando Gonçalves, red. para acórdão Min. Arnaldo Versiani, PSESS em 18.12.2008; AgR-Respe nº 33.048, rel. Min. Joaquim Barbosa, PSESS em 16.12.2008.

3. As decisões do Tribunal de Contas da União, em sede de representação para apurar irregularidades em certames licitatórios, consubstanciam instrumentos decisórios aptos a permitir a análise dos demais requisitos de inelegibilidade, ex vi do art. 1°, inciso I, alínea g, da LC nº 64/90.

LivroPopulos.indb 625 23/10/2015 09:53:31

4. In casu*, a decisão embargada assentou ser a Corte de Contas o órgão dotado de competência para examinar as contas do embargante, ainda que referida decisão tenha sido proferida em sede de representação para fins de apuração de vícios e irregularidades apuradas em convênio celebrado com a União, bastando, bem por isso, que a irregularidade insanável tenha sido confirmada por meio de decisão irrecorrível.*

5. Consectariamente, a desaprovação, a despeito de ocorrida no âmbito da tomada de contas instaurada a partir de representação da Controladoria-Geral da União, é suficiente para determinar a remessa dos autos à Corte Regional Eleitoral alagoana no afã de perquirir a existência (ou não) de irregularidade que possa ser enquadrada como insanável e caracterizadora de ato doloso de improbidade administrativa.

6. O aresto vergastado não se manifestou a respeito dos demais aspectos da causa de inelegibilidade, mas apenas e tão somente sobre a necessidade de o Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas examinar se os demais requisitos estão ou não presentes, pois afastado o fundamento do acórdão recorrido, relativo ao tipo de procedimento adotado perante a Corte de Contas, inexistindo, desse modo, extrapolação dos poderes do relator ou da competência desta Corte Superior no julgamento dos recursos especiais.

7. A omissão, contradição ou obscuridade, quando inocorrentes, inviabilizam o acolhimento dos embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 275 do Código Eleitoral.

8. Os embargos de declaração não se prestam à rediscussão da matéria.

9. In casu*, a suposta omissão apontada pelo Embargante denota o seu mero inconformismo com os fundamentos adotados pelo acórdão, o que não enseja a oposição dos embargos.*

10. Embargos de declaração desprovidos.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do relator.

Brasília, 19 de março de 2015.

MINISTRO LUIZ FUX - RELATOR

LivroPopulos.indb 626 23/10/2015 09:53:31

RELATÓRIO

QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, Marcos André Matias de Oliveira apresentou, a fls. 513-526, Questão de Ordem, na qual aduz, em síntese, que não se faz necessário o retorno dos autos à Corte de origem, e que essa providência acarretará a impunidade dos Recorridos Marcos Paulo do Nascimento e Mário Jorge de Melo.

Alega que "*o v. acórdão do (...) Tribunal Superior Eleitoral conheceu e deu provimento aos recursos, e estranhamente determinou que o processo retorne ao TRE/AL para continuar o julgamento"* (fls. 525).

Nessa esteira, afirma que "a *decisão do TSE que deu provimento aos recursos especiais atendeu ao pedido do recorrente e assim, os recorridos acabaram com os seus diplomas cassados"* (fls. 525).

Convicto de que esse foi o entendimento exarado por esta Corte Superior, articula que "não *há que se falar em devolver o processo ao TRE/AL, que através de acórdão conheceu do recurso RCED 295-95 em tela e no mérito negou provimento, não restando nada para a Corte* a quo *julgar na espécie"* (fls. 525).

Sustenta, ademais, que "a *devolução do processo ao TRE/AL servirá apenas para homenagear a esperada impunidade pelos Recorridos, resultando, no final, ao Recorrente a vitória de pirro, e com isso teriam os Recorridos zombado da justiça e do trabalho dos advogados nesta luta contra a intervenção política — tráfico de influência — no processo, tal qual aconteceu de moldes imoral [sic] no TRE/AL aos olhos dos julgadores alagoanos"* (fls. 526).

Pleiteia, ao final, o acolhimento da Questão de Ordem, para que os Recorridos sejam imediatamente afastados dos respectivos cargos eletivos e tenham seus diplomas cassados.

É o relatório suficiente.

Ab initio, realço que o Recorrente fez uma compreensão açodada acerca das conclusões a que chegou o Plenário desta Corte.

Isso porque consta do acórdão de fls. 434-453 que o Plenário deste Tribunal Superior manteve o *decisum* monocrático exarado pelo então Relator, nos termos do art. 36, § 7º do Regimento Interno da Corte, assentando ser *"irrelevante o nome do procedimento utilizado pelo* órgão *competente para apurar as irregularidades* verificadas *em convênio celebrado com a União, bastando que a irregularidade insanável tenha sido confirmada por meio de decisão irrecorrível. "* (fls. 449).

LivroPopulos.indb 627 23/10/2015 09:53:31

O eminente Ministro Henrique Neves, de quem herdei a relatoria do presente caso, consignou, ademais, "que não *importa que* a *desaprovação tenha ocorrido no âmbito da tomada de contas instaurada a partir de representação da Controladoria-Geral da União, bastando que a decisão exarada pelo* órgão *competente, tenha reconhecido a existência de irregularidade que possa ser enquadrada como insanável e caracterizadora de ato doloso de improbidade* administrativa"(fls. 452).

Extraio ainda do aresto que "não *houve manifestação, na decisão monocrática, a respeito dos demais aspectos da causa de inelegibilidade, mas apenas a necessidade de o Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas, examinar se os demais requisitos estão ou não presentes, pois afastado o fundamento do acórdão recorrido, relativo ao tipo de procedimento adotado perante a Corte de Contas".* Daí por que, segundo o eminente relator no qual fora acompanhado pelos demais pares, "não *houve extrapolação dos poderes do relator ou da competência desta Corte Superior no julgamento dos recursos* especiais"(fls. 450).

Como se percebe, a decisão apenas e tão somente aplicou a jurisprudência terativa da Corte segundo a qual é irrelevante, para fins de caracterização da hipótese do art. 1°, I, alínea *g,* da LC nº 64/90, a natureza do procedimento adotado pelo órgão competente para decidir acerca da existência (ou não) da irregularidade.

Consignou-se, ainda, que os demais aspectos imperativos à configuração da inelegibilidade insculpida no artigo mencionado sequer foram examinados pelo Tribunal a *quo,* motivo pelo qual se determinou o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que prosseguisse no julgamento.

Portanto, considerando a inconsistência dos fundamentos aduzidos na presente Questão de Ordem, indefiro o pedido formulado.

Passo, então, a examinar os embargos de declaração opostos por Marcos André Matias de Oliveira.

LivroPopulos.indb 628 23/10/2015 09:53:31

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, trata-se de embargos de declaração, com pedido de efeitos modificativos, opostos por Marcos Paulo do Nascimento, com arrimo no art. 275 do Código Eleitoral contra acórdão proferido pelo Plenário desta Corte, que negou provimento ao agravo regimental no recurso especial. O acórdão foi assim ementado, *verbis* (fls. 434):

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. INELEGIBILIDADE. REJEIÇÃO DE CONTAS PÚBLICAS.
> 1. Nos termos do art. 36, § 7º do RITSE, pode o relator dar provimento, monocraticamente, a recurso que esteja em consonância com a jurisprudência dominante desta Corte Superior' (AgR-REspe n° 98-12, rel. Min. Laurita Vaz, PSESS em 18.12.2012).
> 2. Na linha da jurisprudência desta Corte Superior, para a incidência da alínea g do inciso I do art. 1° da Lei Complementar n° 64/90, é irrelevante a natureza do procedimento por meio do qual as irregularidades foram apuradas, bastando que o órgão competente tenha reconhecido se tratar de vício insanável que configure, em tese, ato doloso de improbidade administrativa, mediante decisão irrecorrível que não tenha sido suspensa por decisão judicial.
> 3. Afastado o fundamento do acórdão do Tribunal Regional Eleitoral – ausência de decisão do órgão competente no processo cabível – deve ser determinado o retorno dos autos àquela instância para a análise dos demais requisitos exigidos para a caracterização da inelegibilidade. Precedentes: AgR-Respe n° 29.540, rel. Min. Fernando Gonçalves, red. para acórdão Min. Arnaldo Versiani, PSESS em 16.12.2008; AgR-RE8pe n° 33.048, rel. Min. Joaquim Barbosa, PSESS em 16.12.2008.
> Agravo regimental a que se nega provimento.

Em suas razões, o Embargante alega que "*o acórdão embargado foi omisso em relação aos aspectos taxativos previstos na Constituição, e pretende impor interpretação extensiva a dispositivo normativo de caráter indiscutivelmente restritivo*" (fls. 462).

Nessa esteira, assevera que "a *decisão embargada viola o art. 14, § 9°, da Constituição Federal, e confronta-se firmemente com o que dispõe a Lei Complementar n. 64/90 no dispositivo contido no art. 1°, I, alínea* g, *bem como no artigo 11, II, da Lei nº 9504/97*" (fls. 462).

LivroPopulos.indb 629 23/10/2015 09:53:31

Defende que *"andou bem o Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Alagoas quando estabeleceu no julgado guerreado pelo recurso especial que o reconhecimento da inelegibilidade decorre da constatação de que a Corte de Contas tenha julgado e desaprovado contas de gestão ou de função pública, e nunca mediante a utilização de outro mecanismo não previsto na Constituição ou na Lei Complementar"* (fls. 462).

Prossegue sustentando que "não *consta da norma complementar da Constituição nenhuma autorização para o Poder Judiciário criar novas fórmulas, adaptações ou interpretações para fixação de inelegibilidades"* (fls. 463), bem como que "a *decisão (...) admoestada confronta-se com duas questões fundamentais, o princípio da legalidade e o da separação dos poderes, esculpidos nos artigos 5°, II e 2° da Constituição Federal, uma vez que a solução para incluir os gestores que tenham contra si representações julgadas procedentes passa necessariamente por alteração na Lei das Inelegibilidades"* (fls. 464).

Sustenta, ademais, que "*restou claramente delimitado no julgamento da ADPF 144, a negativa da Suprema Corte em admitir a interpretação extensiva das regras de inelegibilidade, afastando, portanto, do Tribunal Superior Eleitoral em estender para a modalidade da representação as cominações do julgamento de contas propriamente dito"* (fls. 467).

Marcos André Matias de Oliveira apresentou contrarrazões a fls. 488-495.

Aberta vista ao Ministério Público Eleitoral, seu prazo transcorreu *in albis* (fls. 498).

Tendo em vista o término do biênio do então Relator do processo, Ministro Henrique Neves (fls. 502), os autos foram a mim redistribuídos (fls. 511).

A fls. 529 e 532-533, juntaram-se petições requerendo prioridade no julgamento do feito.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Senhor Presidente, antes de examinar as razões suscitadas nos presentes embargos, convém tecer breves considerações acerca da petição de fls. 532-533.

Em petição de questionável rigor técnico-jurídico e com diversos erros de português, a causídica afirma que *"enviou pedido PRIORIDADE DE*

LivroPopulos.indb 630 23/10/2015 09:53:31

JULGAMENTO endereçado a Vossa Excelência e o assessor chefe enviou a petição para a SEDIV desde 11/12/2014 e se nega a descer o processo para a juntada do pedido".

Em primeiro lugar, o processo somente foi redistribuído no dia 13.12.2014, circunstância que *per se* já evidenciaria a inexistência de qualquer obstrução dolosa, como supõe o Embargante, da prestação jurisdicional. Até a referida data, o processo ainda se encontrava na relatoria do Ministro Henrique Neves. Desse modo, o Assessor-Chefe de meu Gabinete jamais emitiu qualquer petição ou ofício.

Ademais, e em segundo lugar, o processo foi recebido em meu Gabinete no dia 19.12.2014: no último dia antes do recesso forense. O lapso temporal entre a data do recebimento e a data da liberação do processo para julgamento é perfeitamente justificado pela redistribuição dos autos, bem como para o melhor exame da questão de fundo suscitada. Portanto, deve-se repudiar o tom, profundamente desrespeitoso (e mentiroso), com que o patrono se utiliza para com a minha assessoria.

Feito o breve registro, passo a analisar a controvérsia.

Em que pesem as razões trazidas nos aclaratórios, o acórdão proferido por esta Corte não demanda reparos, porquanto não apresenta o indigitado vício.

In casu, as pretensões deduzidas pelo Embargante, quando da interposição do agravo regimental, foram suficientemente apreciadas no aresto verberado, nos seguintes termos (fls. 441-453):

Reafirmo os fundamentos da decisão agravada (fls. 383-392):

O TRE/AL, soberano no exame das provas, assentou que (fls. 202-207):

> O Recorrente aduz que Marcos Paulo do Nascimento, titular da chapa eleita pelo município de Matriz do Camaragibe, teria sido condenado pelo Tribunal de Contas da União, através do Acórdão n° 3 . 3 8 9 /2010, que, entre outras medidas, o teria inabilitado para o exercício das atividades ou funções públicas, tornando-o inelegível.
> Consignou que, antes do período destinado ao registro de candidatura, o Recorrido Marcos Paulo do Nascimento teria apresentado pedido de reexame da decisão do TCU, razão pela qual seu registro fora defendo. Outra decorrência do pedido de reexame, por sua natureza suspensiva, foi o julgamento improcedente de duas impugnações de registro de candidatura apresentadas na 53ª Zona Eleitoral, através dos processos nºs 29.735/2012 e 29.736/2012.

LivroPopulos.indb 631 23/10/2015 09:53:31

> Adiante, informou que a Corte de Contas teria negado provimento ao pedido de reexame e que o fato teria ocorrido antes das eleições.

Desta forma, discute-se na presente demanda a incidência da inelegibilidade prevista no art. 1°, inciso I, alínea 'g', da Lei Complementar, n° 64/1990, a o candidato eleito Marcos Paulo do Nascimento. Vejamos como dispõe o referido dispositivo:

> Art. 1° 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 ll do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar n° 135, de 2010).

Na abalizada doutrina de José Jairo Gomes, *in* Direito Eleitoral, o comando legal tem o objetivo de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato em vista da experiência pregressa do candidato como agente político (executor do orçamento) e gestor público (ordenador de despesas) (2012, 8. ed., p. 185).

Assim, os requisitos para a configuração da inelegibilidade ora tratada são, ainda com base na lição doutrinária do mesmo autor: (a) existência de prestação de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas; (b) o julgamento e a rejeição das contas; (c) a detecção de irregularidade insanável; (d) que essa irregularidade caracterize ato doloso de improbidade administrativa; (e) decisão irrecorrível do órgão competente para julgar as contas.

Encontro dificuldades já na análise do primeiro requisito para a configuração da inelegibilidade: a existência de prestação de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas. Explico.

Segundo o Recorrente, o Tribunal de Contas da União, nos autos do processo n° 013.206/2008-8 acolheu a Representação formulada pela Controladoria-Geral da União, que por meio do Ofício n° 519/DCOPE/DC/SFC/CGU-PR, de 02/04/2008, levou ao conhecimento daquele Tribunal o relatório de auditoria realizada por aquele Órgão no Município de Matriz de Camaragibe/AL em razão de denúncias de malversação de verbas federais.

LivroPopulos.indb 632 23/10/2015 09:53:31

Significa dizer que o julgamento, emanado pelo TCU, adveio em sede de representação tendo por base auditoria realizada pela Controladoria Geral da União, conforme se vê do Acórdão reproduzido às fls. 20 e ss.

A competência da Corte de Contas para o julgamento de tal representação - que resulta de fiscalização unilateral, sem que o conveniado tenha apresentado toda documentação alusiva à execução material do convênio teria sido atraída pela origem federal dos recursos, para aplicação no Programa Nacional de Alimentação Escolar, no município de Matriz de Camaragibe, entre os exercícios de 2002 e 2008.

A Representação consubstanciou fatos que configurariam irregularidade, ilegalidade ou omissão, com relação a assuntos da competência do Tribunal de Contas da União, apresentadas pela Controladoria-Geral da União com base em relatório de auditoria previamente firmado.

Nesse contexto, não se mostra razoável o entendimento de que se o instrumento processual utilizado seria apto a atrair a inelegibilidade prevista no art. 1°, inciso I, alínea 'g', da Lei Complementar n° 64/1990.

Esclareço que, no caso dos autos, não há registro da apresentação de prestação de contas pelo Recorrido Marcos Paulo do Nascimento ao Tribunal de Contas da União, no que tange a aplicação de recursos do citado programa federal.

Corrobora esse entendimento a parte final do Acórdão TCU, da qual destaco (fl. 70), que determinou a abertura de tomada de contas especial para apuração das irregularidades identificadas:

> 9.7. com fundamento no art. 37 da Resolução TCU n° 191/2006, determinar a constituição de processo apartado, de tomada de contas especial, para fins de citação dos responsáveis a seguir indicados, nos termos propostos na instrução da Secex/AL.

Vejamos, o que estabelece o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, a respeito do procedimento de tomada de contas especial (Título.VI, Capítulo I, Seção II):

> Art. 197 Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União na forma prevista no inciso VIII do art. 5°, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração de tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

LivroPopulos.indb 633 23/10/2015 09:53:31

Entendo, nessa ordem de ideias, que a consequência da inelegibilidade só poderia advir após o efetivo preenchimento de todos os requisitos exigidos para a sua configuração, em especial a condenação em processo de prestação de contas.

Justifico a posição com base no próprio Regimento Interno do TCU. Topograficamente, a Seção II, destinada a tratar da Tomada de Contas Especial, foi inserida no Capítulo I, do Título VI, do aludido Regimento. No mesmo capitulo, na Seção III, há tratativa a respeito das decisões em tais procedimentos – prestações de contas ou tomada de contas especial. Assim, nesses procedimentos, a Corte de Contas pode concluir pela irregularidade das contas. Vejamos como dispõe o art. 209, do RI do TCU:

> Art. 209. O Tribunal julgará as contas irregulares quando evidenciada qualquer das seguintes ocorrências: I- omissão no dever de prestar contas; II - prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, ou infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; III - dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; IV - desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

À frente, o citado regulamento, dispõe em seu art. 220, a comunicação acerca dos responsáveis que tiveram as contas rejeitadas. Sua posição, dentro do mesmo capítulo destinado a tratar das prestações de contas e do procedimento de contas especial, indica que a inelegibilidade só poderia advir nesses procedimentos, mas não em sede de representação. Vale acrescentar que o próprio TCU poderia ter convertido o procedimento - Representação - em Tomada de Contas Especial, conforme comando do art. 252 do respectivo Regimento Interno. Não há registro nos autos da citada conversão, mas apenas a determinação para que tal procedimento seja instaurado, podendo então vir a surgir uma condenação de inelegibilidade.

Extraio, por oportuno, o efetivo conceito formal de Tomada de Contas Especial trazido pela legislação pertinente, *verbis:*

> 'Tomada de Contas Especial é um processo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal e obtenção do respectivo ressarcimento' (art. 3°, *caput,* da IN/TCU n° 5612007).
> 'Tomada de Contas Especial é um processo devidamente formalizado, dotado de rito próprio, que objetiva apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano causado ao Erário, visando ao seu imediato ressarcimento'

LivroPopulos.indb 634 23/10/2015 09:53:31

> (art. 63 da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU/n° 127/2008). Referido processo tem como base a conduta do agente público que agiu em descumprimento à lei ou deixou de atender ao interesse público. Essa conduta se dá pela omissão no dever de prestar contas, pela apresentação de prestação de contas de forma irregular, ou por dano causado ao erário. Antes da abertura da Tomada de Contas Especial, é condição imprescindível que a autoridade competente do órgão ou entidade esgote todas as medidas administrativas internas objetivando a obtenção do ressarcimento pretendido (art. 3°, § 1°, da IN/TCU n° 56/2007), considerando que o processo de TCE é uma medida de exceção e somente deve ser instaurado para apurar responsabilidade por ocorrência de dano, conforme o constante do art. 3° da citada IN/TCU nº 56/2007. Desta forma, entendo que a condenação pelo Tribunal de Contas, analisada no presente feito, não tem o condão de gerar a inelegibilidade dos réus, merecendo ser julgado improcedente o pedido deduzido na inicial.

Os recorrentes apontam violação ao art. 1°, I, g, da Lei Complementar n° 64/90, alegando, em síntese, que o Tribunal de Contas da União, em sede de representação proposta de ofício pela Controladoria-Geral da União, julgou irregular a aplicação de recursos transferidos à Prefeitura de Matriz de Camaragibe/AL pelo Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) e pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) nos anos de 2002 a 2006 e inabilitou Marcos Paulo do Nascimento para o exercício de atividade ou função pública, após o registro de candidatura e antes do pleito eleitoral, estando configurada a inelegibilidade superveniente.

O Tribunal de origem assentou que houve apenas condenação em acórdão proferido em sede de representação, que teve por base auditoria realizada pela CGU para apurar irregularidades em convênios firmados entre a União e o Município de Matriz de Camaragibe/AL, não podendo a referida sanção ser equiparada à rejeição em processo de prestação de contas.

Todavia, esta Corte Superior já firmou entendimento no sentido de que 'é irrelevante, a teor da jurisprudência desta Corte, a natureza do procedimento utilizado pelo órgão competente para aferir irregularidades em convênio com a União, sendo necessário, para a incidência da alínea *g* da LC 64/90, com a redação dada pela LC n° 135/2010, tão somente que a irregularidade insanável tenha sido confirmada em decisão irrecorrível do órgão competente e que não tenha esta sido suspensa por decisão judicial' (AgR-RO n° 4522-98/PB, rel. Min. Hamilton Carvalhido, PSESS em 16.12.2010).

LivroPopulos.indb 635 23/10/2015 09:53:31

A esse respeito, destaco o seguinte trecho do voto do Ministro Hamilton Carvalhido:

> O recorrente cinge-se a sustentar não incidir na espécie a alínea *g* da Lei Complementar n° 64/1990, com as alterações promovidas pela Lei Complementar n° 135/2010, em virtude de que o dispositivo legal em comento traria em seu bojo, como requisito essencial à sua configuração, a necessidade de rejeição de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas, acrescentando não possuir, contra si, qualquer rejeição de contas de tal natureza.
> No seu entender, relatório de auditoria do TCU, confirmado em acórdão daquela Corte que afastou a configuração de dano ao erário, ano tem o condão de atrair o procedimento de tomada de contas especial, não havendo, portanto, falarem contas rejeitadas.
> É outro, no entanto, o entendimento deste Tribunal Superior Eleitoral acerca do tema.
> Esta Corte tem entendido ser irrelevante, para a Incidência da alínea g, da LC n° 64/90, o fato de haver decisão do TCU em procedimento decorrente de inspeção especial, sendo necessário tão somente a verificação de 1) irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, 2) em decisão irrecorrível proferida pelo órgão competente, e 3) que tal decisão não tenha sido suspensa por órgão do poder judiciário.
> Confira-se, a respeito, o seguinte julgado:
> ELEIÇÕES 2008. Agravo regimental no recurso especial. Registro de candidatura ao cargo de prefeito. Rejeição de contas de ex-prefeito em processos decorrentes de inspeção especial. Prática de atos que geraram prejuízo ao erário e aplicação irregular de receitas repassadas por meio de convênio. FUNDEF instituído no âmbito do Estado de Sergipe sem complementação da União. Competência do Tribunal de Contas Estadual. Irregularidades insanáveis. Decisões irrecorríveis. Ação anulatória. Ajuizamento após o período de registro. Inviabilidade de suspensão da inelegibilidade. Não incidência da Súmula 279 do STF. Registro indeferido. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgR-REspe n° 34.066/SE, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, publicado na 17.12.2008)
> Pois bem, na espécie, o Tribunal de Contas da União, órgão competente para análise de contas relativas à aplicação de recursos repassados por meio de convênios celebrados com o Fundo de Assistência da Educação (FNDE), em processo de auditoria, identificou irregularidades e imputou multa ao candidato, Acórdão n° 2.082/2006. Não há notícias de que o teor do acórdão esteja suspenso por decisão judicial.

LivroPopulos.indb 636 23/10/2015 09:53:31

[...]

Transcrevo, ainda, o teor do voto proferido pelo Ministro Arnaldo Versiani no julgamento do referido AgRg-RO n° 4522-98, *in verbis:*

> [...]
> Senhor Presidente, quanto ao julgamento, em si, do recurso ordinário, não tenho nenhuma oposição, pois penso que, se for esse o cconsenso do Tribunal, isto é, de julgar o recurso ordinário, se o relator aceitar, também não me oponho. Sou sempre a favor de ouvir os advogados.
> Mas, neste caso específico, tive precedente muito semelhante e decidi da mesma forma que o relator. Penso, assim como Sua Excelência ponderou, que a certidão do Tribunal de Contas da União apenas acusa o não processamento de três espécies de procedimento administrativo: tomada de contas, prestação de contas e tomada de contas especial. Há, contudo, outros procedimentos em curso, tanto no TCU, - quanto nos tribunais de contas estaduais, que são procedimentos chamados de auditoria, que se subdividem em vários procedimentos, como fiscalização, verificação e inspeção. Além do precedente do Ministro Joaquim Barbosa citado por Sua Excelência, citei na minha decisão anterior recurso bastante antigo do Ministro Sepúlveda Pertence, Recurso n° 10.650, que era exatamente processo de inspeção, que também não se encaixava no conceito de tomada de contas, nem de prestação de contas, mas que, da mesma forma daqueles processos anteriores, resultava também em imputação de débito: ou imputação de débito em que houve dano ao erário, ou outra imputação de débito como, no caso, em que foi aplicada multa por infringência, salvo engano, ao artigo 58, inciso II, da Lei n° 8.443/1992 - o Relator corrija-me se eu estiver equivocado, ou seja, ato praticado com grave infração a norma regulamentar de natureza contábil por dispensa de licitação etc. Então, há esse precedente do Ministro Sepúlveda Pertence e também outro do Ministro Joaquim Barbosa no sentido de que esses processos podem acarretar a mesma inelegibilidade da alínea g.
> [...]

Nesse julgamento, acompanhei também o relator, 'por entender que o nome jurídico dado ao procedimento não altera o seu conteúdo, a sua essência. Se foi feita auditoria e verificadas as irregularidades nas contas, penso ser suficiente para a caracterização da inelegibilidade'.

Cito, ainda, o seguinte precedente de minha relatoria:

> Eleições 2012. Candidato a prefeito. Inelegibilidade. Rejeição de contas. [...]

LivroPopulos.indb 637 23/10/2015 09:53:32

> 2.Para a incidência da alínea g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n° 64/90, não importa a natureza de procedimento por meio do qual as irregularidades foram apuradas, sendo necessário tão somente que o órgão competente tenha reconhecido se tratar de vício insanável que configura em tese ato doloso de improbidade administrativa, por meio de decisão irrecorrível que não tenha sido suspensa por decisão judicial. Precedentes: AgR-RO n° 4522-98/PB, rel. Min. Hamilton Carvalhido, PSESS em 16.12.2010; ED-REspe n° 108-50, Acórdão n° 12960 de 1°. 10.1992, rel. Min. Sepúlveda Pertence, PSESS em 1°.10.1992.
> 3. Em face dessa orientação, consubstanciam decisão apta a ensejar a inelegibilidade por rejeição de contas os acórdãos do Tribunal de Contas da União em sede de representações para apuração de irregularidades em licitação por convênio celebrado, nas quais o candidato foi condenado a ressarcir dano causado ao Erário.
> 4. Afastado o fundamento do acórdão do Tribunal Regional Eleitoral - ausência de decisão irrecorrível do órgão competente -, deve ser determinado o retorno dos autos àquela instância, para que a Corte de origem prossiga na análise dos demais requisitos exigidos para a caracterização da inelegibilidade. Precedentes: AgR-REspe no 29.540/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, redator para acórdão Min. Arnaldo Versiani, PSESS em 16.12.2008, grifo nosso; AgR-REspe n° 33.048/PB, rel. Min. Joaquim Barbosa, PSESS em 16.12.2008. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (ED-REspe n° 103-78, rel. Min. Henrique Neves, DJE de 3.6.2013, grifo nosso.)

Portanto, na linha dos precedentes supracitados, entendo que as decisões do Tribunal de Contas da União, em sede de representação para a apuração de irregularidades em procedimento de licitação, ou seja, em processo decorrente da fiscalização de atos e contratos referentes a convênio celebrado com a União, consubstanciam decisões aptas, em tese, a ensejar a inelegibilidade da alínea g.

Conforme discutido por esta Corte Superior no julgamento do referido AgR-RO n° 4522-98, pouco importa a natureza do procedimento em questão, até porque não é exigida propriamente a decisão no âmbito da prestação de contas do convênio ou em face da instauração de uma tomada de contas especial em relação a ele. Basta, para a incidência da causa de inelegibilidade ora em discussão, que a irregularidade insanável tenha sido reconhecida em decisão irrecorrível do órgão competente e que não tenha sido suspensa por decisão judicial.

LivroPopulos.indb 638 23/10/2015 09:53:32

Nas contrarrazões aos apelos, os recorridos defendem que os acórdãos do TCU, por ocasião do julgamento do RCED, não teriam transitado em julgado, em virtude da interposição de embargos de declaração contra o acórdão do TCU que negou provimento ao pedido de reexame interposto por Marcos Paulo do Nascimento, não estando preenchido o requisito de decisão irrecorrível do órgão competente.

Entretanto, não houve decisão do Tribunal de origem acerca do caráter irrecorrível da decisão do TCU ou dos outros requisitos para a caracterização da causa prevista no art. 1°, I, g, da LC n° 64/90, limitando-se o pronunciamento regional á impossibilidade de incidência da aludida inelegibilidade em decorrência de condenação em sede de representação instaurada por iniciativa da Controladoria-Geral da União.

Desse modo, afastado o fundamento do acórdão recorrido de ausência de decisão do órgão competente, porquanto em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior supracitada, afigura-se necessário o retorno dos autos ao Tribunal a *quo,* a fim de que se prossiga no exame dos demais requisitos exigidos para a caracterização da inelegibilidade.

Os agravantes alegam que a decisão agravada, em violação ao art. 121, § 4°, I e II, da Constituição Federal, não teria se limitado a interpretar a norma infraconstitucional 'ao assentar que inexiste, no caso concreto, decisão irrecorrível pelas irregularidades que sequer foram declaradas insanáveis, pelo TCU em sede de Representação, quando comprovadamente foram opostos embargos de declaração contra a decisão do TCU, consoante consta no relatório do Acórdão n° 9.712 do TRE/AL' (fl. 401).

No caso, o Ministério Público Eleitoral e Marcos Matias de Oliveira interpuseram recurso especial, alegando que o acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas violou o art. 1°, I, g, da Lei Complementar n° 64/90 ao entender que a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União em sede de representação não seria apta, em tese, a atrair a incidência da causa de inelegibilidade descrita no aludido dispositivo.

A decisão agravada se limitou a asseverar que, na linha da jurisprudência desta Corte Superior, é irrelevante o nome do procedimento utilizado pelo órgão competente para apurar as irregularidades verificadas em convênio celebrado com a União, bastando que a irregularidade insanável tenha sido confirmada por meio de decisão irrecorrível.

Em outros termos, não houve manifestação, na decisão monocrática, a respeito dos demais aspectos da causa de Inelegibilidade, mas apenas a necessidade de o Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas examinar se os demais requisitos estão ou não presentes, pois afastado o fundamento do acórdão recorrido, relativo ao tipo de procedimento adotado perante a Corte de Contas, consoante pacífica jurisprudência desta Casa.

LivroPopulos.indb 639 23/10/2015 09:53:32

Ressalto que, 'nos termos do art. 36, § 7°, do RITSE, pode o relator dar provimento, monocraticamente, a recurso que esteja em consonância com a jurisprudência dominante desta Corte Superior' (AgR-Respe nº 98-12, rela Mina Laurita Vaz, PSESS em 18.12.2012), como é o caso dos autos.

Portanto, ao contrário do que afirmam os agravantes, não houve extrapolação dos poderes do relator ou da competência desta Corte Superior no julgamento dos recursos especiais.

No mais, os agravantes alegam que não estariam caracterizados os elementos da causa de inelegibilidade descrita no art. 1°, I, g, da Lei Complementar n° 64/90, sob os argumentos de que não houve julgamento de prestação de contas por irregularidades insanáveis e de que não existe decisão de órgão competente.

Sustentam que a decisão agravada desconsiderou a circunstância de que a decisão do Tribunal de Contas da União não teria transitado em julgado, tendo em vista a interposição de embargos declaratórios contra o acórdão que negou provimento ao pedido de reexame formalizado por Marcos Paulo do Nascimento.

Afirmam, por fim, que a decisão do TCU não identificou falhas insanáveis nas contas relativas aos recursos federais provenientes do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) que caracterizassem atos dolosos de improbidade administrativa.

Porém, conforme esclarecido acima, a decisão agravada não adentrou a análise dos demais requisitos da causa de inelegibilidade, limitando-se a assentar que é irrelevante, para fins de caracterização da hipótese da alínea *g* do inciso I do art. 1° da Lei Complementar n° 64/90, o procedimento no qual a Corte de Contas profere a decisão a respeito da irregularidade.

O entendimento adotado na decisão agravada reflete orientação há muito consolidada nesta Corte Superior, como se vê abaixo:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE DE OMISSÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO: IRRELEVÂNCIA, NO CASO, DA CIRCUNSTÂNCIA DE AS CONTAS ANUAIS DO EXPRESIDENTE DE CÂMARA MUNICIPAL E AINDA NÃO TEREM RECEBIDO PARECER DO TRIBUNAL DE CONTAS, DADO QUE, NO CASO, A INELEGIBILIDADE DECORREU DE JULGAMENTO DE INSPEÇÃO, NO QUAL SE DECLAROU EM DÉBITO O IRRESPONSÁVEL. (ED-REspe n° 10.650, rel. Min. Sepúlveda Pertence, PSESS em 1°10.1992, grifo nosso.)

LivroPopulos.indb 640 23/10/2015 09:53:32

ELEIÇÕES 2008. Agravo regimental no recurso especial. Registro de candidatura ao cargo de prefeito. Rejeição de contas de ex-prefeito em processos decorrentes de inspeção especial. Prática de atos que geraram prejuízo ao erário e aplicação irregular de receitas repassadas por meio de convênio. FUNDEF instituído no âmbito do Estado de Sergipe sem complementação da União. Competência do Tribunal de Contas Estadual. Irregularidades insanáveis. Decisões irrecorríveis. Ação anulatória. Ajuizamento após o período de registro. Inviabilidade de suspensão da inelegibilidade. Não-incidência da Súmula 279 do STF. Registro indeferido. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgR-REspe n° 34.066, rel. Min. Joaquim Barbosa, PSESS em 17.12.2008, grifo nosso.)

ELEIÇÃO 2010. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO. ARTIGO 1°, 1, *g,* DA LC N° 64/90, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC N° 135/2010. RELATÓRIO D E AUDITORIA DO TCU. IRRELEVÂNCIA. PROCEDIMENTO. INCIDÊNCIA CAUSA DE INELEGIBILIDADE. - É irrelevante, a teor da jurisprudência desta Corte, a natureza doprocedimento utilizado pelo órgão competente para aferir irregularidades em convênio com a União, sendo necessário, para a incidência da alínea g da LC 64/90, com a redação dada pela LC n° 135/2010, tão somente que a irregularidade insanável tenha sido confirmada em decisão irrecorrível do órgão competente e que não tenha esta sido suspensa por decisão judicial. - Agravo regimental a que se nega provimento. (Ag-RO n° 4522-98, rel. Min. Hamilton Carvalhido, PSESS em 16.12.2010, grifo nosso.)

ELEIÇÕES 2012. CANDIDATO A PREFEITO. INELEGIBILIDADE. REJEIÇÃO DE CONTAS.
1. Na linha da jurisprudência majoritária deste Tribunal, os embargos de declaração opostos contra decisão monocrática devem ser recebidos como agravo regimental. 2. Para a incidência da alínea g do inciso I do art. 1° da Lei Complementar n° 64/90, não importa a natureza do procedimento por meio do qual as irregularidades foram apuradas, sendo necessário tão somente que o órgão competente tenha reconhecido se tratar de vício insanável que configura em tese ato doloso de improbidade administrativa, por meio de decisão irrecorrível que não tenha sido suspensa por decisão judicial. Precedentes: AgR-RO n° 4522-98/PB, rel. Min. Hamilton Carvalhido, PSESS em 16.12.2010; ED-REspe n° 106-50, Acórdão n° 12960 de 1°. 10.1992, rel. Min. Sepúlveda Pertence, PSESS em 1°. 10.1992. 3. Em face dessa orientação, consubstanciam decisão apta a

LivroPopulos.indb 641 23/10/2015 09:53:32

> ensejar a inelegibilidade por rejeição de contas os acórdãos do Tribunal de Contas da União em sede de representações para apuração de irregularidades em licitação por convênio celebrado, nas quais o candidato foi condenado a ressarcir dano causado ao Erário. 4. Afastado o fundamento do acórdão do Tribunal Regional Eleitoral - ausência de decisão irrecorrível do órgão competente - deve ser determinado o retorno dos autos àquela instância, que a Corte de origem prossiga na análise dos demais requisitos exigidos para a caracterização da inelegibilidade. Precedentes: AgR-REspe n° 29.540/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, redator para acórdão Min. Arnaldo Versiani, PSESS em 16.12.2008, grifo nosso; AgR-REspe n° 33.048/PB, rel. Min. Joaquim Barbosa, PSESS em 16.12.2008. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (ED-REspe n° 103-78, rel. Min. Henrique Neves, DJE de 3.6.2013, grifo nosso.)

Em face dessa orientação, não importa que a desaprovação tenha ocorrido no âmbito de tomada de contas instaurada a partir de representação da Controladoria-Geral da União, bastando que a decisão, exarada por órgão competente, tenha reconhecido a existência de irregularidade que possa ser enquadrada como insanável e caracterizadora de ato doloso de improbidade administrativa.

Todos os demais aspectos e registros da inelegibilidade, em cuja análise o agravante insiste, deverão ser examinados livremente pelo TRE/AL, não cabendo o pronunciamento desta Corte neste momento.

Por essas razões e por aquelas que constam da decisão agravada, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental interposto por Marcos Paulo do Nascimento e por Mario Jorge de Melo.

Com efeito, assentou-se no aresto objurgado que a conclusão do colegiado está em perfeita consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte Superior fixada no sentido de que, para a incidência da alínea *g* do inciso I do art. 1° da Lei Complementar n° 64/90, é irrelevante a natureza do procedimento por meio do qual as irregularidades foram apuradas, bastando que o órgão competente tenha reconhecido se tratar de vício insanável que configure, em tese, ato doloso de improbidade administrativa, mediante decisão irrecorrível que não tenha sido suspensa por decisão judicial (AgR-RO n° 4522-98/PB, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, PSESS em 16.12.2010; ED-REspe n° 103-78, Rel. Min. Henrique Neves, *DJe* de 3.6.2013).

Frise-se que o entendimento jurisprudencial observa expressamente os requisitos exigidos para caracterização da inelegibilidade descrita no aludido artigo, bem como atende a finalidade da norma que, consoante a

LivroPopulos.indb 642 23/10/2015 09:53:32

lição de José Jairo Gomes, é "a *proteção da probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato em vista da experiência pregressa do candidato como agente político (executor do orçamento) e gestor público (ordenador de despesas)"* (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral.* 9° ed. p. 198).

Destarte, vê-se que a suposta omissão suscitada pelo Embargante traduz-se, na verdade, em tentativa, pela via oblíqua, de proceder-se ao rejulgamento da matéria pelo Colegiado do TSE, pretensão que não se revela cabível nos aclaratórios.

O mero inconformismo da parte com o resultado do julgamento não enseja a oposição dos embargos. Nesse sentido, é firme a jurisprudência deste Tribunal de que "a *via aclaratória* não se presta à rediscussão *dos fundamentos do acórdão recorrido. Os embargos de declaração utilizados para esse fim ultrapassam os limites delineados pato* art. 535, *I* e *II*, *do CPC c.c. o* art. 275 *do Código Eleitoral"* (AgR-AI n° 11.708/MG, Rel. Min. Felix Fischer, *DJe* de 15.4.2010).

Consoante disposto nos aludidos dispositivos, os embargos de declaração, por serem dotados de fundamentação vinculada, somente são cabíveis quando houver no acórdão fulminado obscuridade, contradição ou omissão. Precisamente por isso, a inexistência de qualquer desses vícios, ligados ao mérito dos declaratórios, acarreta o seu desprovimento.

Ex positis, desprovejo os embargos de declaração.

É como voto.

LivroPopulos.indb 643 23/10/2015 09:53:32

LivroPopulos.indb 644 23/10/2015 09:53:32

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 502-02. 012.6.22.0032 CLASSE 6 - MACHADINHO DO OESTE - RONDÔNIA

Relator: Ministro Luiz Fux
Agravante: Partido Social Democrata Cristão (PSDC) - Municipal
Advogados: Richard Campanari e outros
Agravados: Mário Alves da Costa e outro
Advogados: Fernando Martins Gonçalves e outros

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO OU GASTOS ILÍCITOS DE RECURSOS EM CAMPANHAS ELEITORAIS (LEI DAS ELEIÇ6ES, ART. 30-A). SALVAGUARDA DA MORALIDADE E LEGITIMIDADE DAS ELEIÇÔES. ILÍCITO ELEITORAL QUE RECLAMA A GRAVIDADE DA CONDUTA. ACÓRDÃO REGIONAL QUE NÃO VISLUMBROU ELEMENTOS GRAVES O SUFICIENTE PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. PREVISÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. DESPROVIMENTO.

1. O ilícito eleitoral insculpido no art. 30-A da Lei n° 9.504/97 reclama, para a sua configuração, a comprovação de que a captação e os gastos de recursos tenham relevância jurídica para comprometer a moralidade e a legitimidade da eleição.

2. O artigo 30-A da Lei 9.504/97, cognominada Lei das Eleições, prevê a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) como medida apta a apurar as condutas elencadas como captar ou gastar ilicitamente recursos durante a campanha eleitoral.

3. A procedência da Ação de Investigação Judicial Eleitoral, com lastro no art. 30-A da Lei das Eleições, adstringe-se à perda do registro ou do diploma e à sanção pecuniária, não abarcando a declaração de inelegibilidade, que será aferida quando da formalização do registro de candidatura, nos termos da alínea j do inciso I do art. 1° da LC n° 64/60.

*4. I*n casu, *o TRE/RO, ao manter a sentença de primeiro grau, com esteio nas provas dos autos, assentaram que a conduta imputada ao Agravado (i.e., a confecção de*

LivroPopulos.indb 645 23/10/2015 09:53:32

madeiras irregularmente empregadas nos cavaletes e placas utilizadas ao longo da campanha política) não revelava gravidade suficiente para ensejar a cassação dos diplomas dos ora Agravados.

5. O art. 36, § 6°, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral autoriza que o Relator negue seguimento a pedido ou a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

6. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 24 de março de 2015.

MINISTRO LUIZ FUX - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, trata-se de agravo regimental interposto pelo Partido Social Democrata Cristão em face da decisão por mim proferida a fls. 868-875, cujos fundamentos encontram-se a seguir resumidos (fls. 968):

> EMENTA: ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL COM AGRAVO. AGRAVO NOS PRÓPRIOS AUTOS. REPRESENTAÇÃO. ARRECADAÇÃO E GASTOS ILÍCITOS DE RECURSOS FINANCEIROS DE CAMPANHA ELEITORAL. ART. 30-A DA LEI DAS ELEIÇÕES. CASSAÇÃO DE MANDATO. INELEGIBILIDADE. PREFEITO E VICE-PREFEITO. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA JURÍDICA DA CONDUTA IMPUTADA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE. AFASTAMENTO DA SANÇÃO DE INELEGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Inicialmente, o Agravante cita o art. 36, § 6°, do Regimento Interno deste Tribunal Superior Eleitoral e argumenta que "o *debate enfrentado pelo nobre relator pertence ao Recurso Especial trancado, a não ao Agravo de Instrumento, interposto em face de uma decisão interlocutória que inadmitira o Especial, cujo debate centra-se nos pressupostos de admissibilidade"* (fls.

LivroPopulos.indb 646 23/10/2015 09:53:32

981). Sustenta que *"nenhuma das hipóteses previstas no aludido artigo foram caracterizadas"* no referido *decisum, "de sorte que o seguimento do Agravo de Instrumento e o seu julgamento colegiado impõe-se por reclamação dos princípios da legalidade e do devido processo legal (CF, art.5º, II e LIV)"* (fls. 982).

Bem por isso, "inexistente [sic] *as hipóteses de julgamento monocrático do Agravo de Instrumento obstado, requer, especialmente com fulcro no princípio da colegialidade, seja reconsiderada a decisão relatora para admitir o Agravo de Instrumento, provendo para determinar a remessa do Recurso Especial para análise e julgamento"* (fls. 984).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Senhor Presidente, este agravo, subscrito por profissional da advocacia regularmente constituído, foi protocolado tempestivamente. Cabe destacar, ademais, que o fato de o recurso haver sido encaminhado via fac-símile não obsta seu conhecimento, ante a autorização, contida no art. 76 da Resolução-TSE n° 23.405/2014, para o emprego desse procedimento.

De início, observo que o art. 36, § 6°, do RITSE possibilita ao Relator negar seguimento a pedido ou recurso intempestivo, manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante deste Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Tal posicionamento encontra eco na jurisprudência deste Tribunal Superior:

> AGRAVO REGIMENTAL. ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. MULTA COMINATÓRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. EXAURIMENTO DO PERÍODO ELEITORAL. AUSÊNCIA DE IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE PECUNIÁRIA. PERDA DE OBJETO. DESPROVIMENTO.
> 1. *O Regimento Interno deste Tribunal, no seu art. 36, § 6°, possibilita ao Relator negar seguimento a pedido ou recurso intempestivo, manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante deste Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. [Grifou-se]*.

LivroPopulos.indb 647 23/10/2015 09:53:32

> 2. No caso *sub examine*, negou-se seguimento ao recurso especial eleitoral prejudicado, uma vez que o acórdão manteve sentença que determinou obrigação de não fazer e estipulou sanção cominatória em caso de descumprimento da ordem judicial, de modo que, passadas as eleições de 2012 e não tendo sido aplicada qualquer multa aos recorrentes, verifica-se o prejuízo das razões recursais, ante a perda de objeto.
> 3. Desprovimento do agravo regimental.
> (AgR-REspe n° 63516/MG, Rel. Min. Lutz Fux, *DJe* de 13.2.2015); e

> ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. REGISTRO DE CANDIDATURA. ALISTAMENTO ELEITORAL. REVISÃO DE ELEITORADO. INSCRIÇÃO CANCELADA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO DA SÚMULA 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA. DESPROVIMENTO.
> 1. O agravante não infirmou todos os fundamentos da decisão agravada. Dessa forma, tem incidência o enunciado da Súmula 182 do STJ.
> 2. Acolher o argumento de que não tomou conhecimento do recadastramento biométrico ocorrido em seu domicílio eleitoral em razão de compromisso profissional demandaria o reexame de fatos e provas, tarefa impossível nesta instância recursal, de acordo com os enunciados 7 do STJ e 279 do Supremo Tribunal Federal.
> 3. Correta observância do que determina o art. 14, § 3°, inciso III, da Constituição Federal, que, expressamente, impõe como condição de elegibilidade o regular alistamento eleitoral.
> *4. O Regimento Interno desta Casa, em seu art. 36, § 6°, determina que o relator negará seguimento a pedido ou recurso intempestivo, manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.* [Grifou-se].
> 5. Agravo regimental desprovido.
> (AgR-REspe n° 290723/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, PSESS de 25.11.2014).

Assim, em que pesem as razões expendidas no regimental, verifico que não possuem aptidão para infirmar a decisão hostilizada, motivo pelo qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos, *verbis* (fls. 970-975):

LivroPopulos.indb 648 23/10/2015 09:53:32

Assento que foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal: a peça do agravo foi protocolada dentro do prazo legal e encontra-se assinada por advogado regularmente constituído nos autos.
In casu, a controvérsia travada nos autos cinge-se em saber se houve (ou não) a prática de captação ilícita de recursos, *ex vi* do art. 30-A, da Lei das Eleições, consubstanciada na utilização de recursos públicos para a confecção de material de campanha eleitoral, a fim de obter votos.
O ilícito eleitoral insculpido no art., 30-A da Lei n° 9.504/97 reclama, para a sua configuração, a comprovação de que a captação e os gastos de recursos tenham relevância jurídica para comprometer a moralidade e a legitimidade da eleição. Com efeito, o artigo 30-A da Lei 9.504/97, cognominada Lei das Eleições, prevê a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) como medida apta a apurar as condutas elencadas como captar ou gastar ilicitamente recursos durante a campanha eleitoral. Ao discorrer acerca da caracterização da captação ou gasto ilícito de recursos e doe elementos necessários à aplicação das correspondentes sanções, José Jairo Gomes preleciona:
'O bem jurídico protegido é a lisura da campanha eleitoral. *Arbor ex fructu cognoscitur*, pelo fruto se conhece a árvore. Se a campanha á alimentada com recursos de fontes proibidas ou obtidos de modo ilícito ou, ainda, realiza gastos não tolerados, ela mesma acaba por contaminar-se, tornando-se ilícita. De campanha ilícita jamais poderá nascer mandato legítimo, pois árvore malsã não produz senão frutos doentios.
Também é tutelada a igualdade que deve imperar no certame.
[...]
Entretanto, a configuração de uma hipótese legal sob o aspecto formal ou abstrato não significa que sua caracterização também se dê material ou substancialmente, pois, para que isso ocorra, há mister haja efetiva lesão ao bem tutelado. Assim, se não se exige que o evento seja hábil para desequilibrar as eleições (embora isso possa ocorrer!), também não se afasta a incidência do princípio da proporcionalidade, que informa todo o sistema jurídico. Por ele, a sanção deve ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão perpetrada ao bem jurídico protegido. É intuitivo que irregularidade de pequena monta, sem maior repercussão no contexto da campanha do candidato, nem na dos demais concorrentes, que não agrida seriamente o bem jurídico tutelado, não seria suficientemente robusta para caracterizar o ilícito em apreço, de sorte a acarretar as sanções de não expedição do diploma e mesmo sua cassação. Mas isso só é aceitável em caráter excepcional, relativamente a irregularidades irrelevantes ou que não sejam graves.'
(GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 7ª ed. São Paulo: Atlas, p. 489-490).

LivroPopulos.indb 649 23/10/2015 09:53:32

Destarte, ante a natureza das sanções previstas no artigo 30-A, § 2°, da Lei das Eleições (i. e. negativa ou cassação do diploma) de se proteger as escolhas democraticamente realizadas, na Ação de Investigação Judicial Eleitoral por captação ou gastos ilícitos de recurso, além da prova da conduta desabonada, exige-se a comprovação da gravidade do ilícito como forma de evitar a imposição de pena desproporcional.

Firmadas essas breves premissas teóricas, passo ao exame da pretensão veiculada neste agravo.

Examinando o acórdão regional, verifico que o TRE/RO, ao manter a sentença de primeiro grau, considerou que não ficou evidenciada gravidade suficiente a ensejar o ilícito previsto no art. 30-A da Lei das Eleições, devendo-se utilizar do teste da proporcionalidade para aplicação das penas de cassação de diploma e de inelegibilidade, como requer o ora Agravante. A este respeito, extraio do acórdão regional os seguintes trechos (fls. 887-888):

> '[...] ainda que reconhecida a conduta narrada na peça inicial, não ficou evidenciada gravidade suficiente para se configurar o ilícito previsto no art. 30-A da Lei das Eleições.
> [...] não está a se tratar de potencialidade, mas de proporcionalidade, o que de exige para aplicação das graves penas previstas para seu descumprimento, conforme demonstrado.
> O fato de os recursos terem sido sonegados na prestação de contas não é, por si só, capaz de ensejar condenação na ação proposta. Ainda que a prestação de contas do recorrido tivesse sido desaprovada, o que não foi o caso, a rejeição não induziria a configuração de captação ilícita de recursos de campanha'.

No que concerne especificamente à aplicação do princípio da proporcionalidade, colho do acórdão resultante dos embargos declaratórios os seguintes excertos (fls. 922-927):

> 'No tocante a *(sic)* questão da proporcionalidade, entendo que o acórdão se lastreou a abalizada análise feita pelo magistrado, no sentido de que não houve gravidade suficiente para a cassação do diploma.
> Ademais, não há provas robustas de quantos cavaletes efetivamente foram fabricados e quantos foram utilizados com material da marcenaria municipal. Não há auto de apreensão do material, que possa materializar a gravidade da ação dos acusados. As declarações de Alan Modolon perante o Ministério Público (fl. 155) de que foram feitos 60 (sessenta cavaletes), e ouvido em juízo como informante (fl. 737), deve ser vista com ressalvas, por questão mais que óbvias, consoante já declinado em linhas anteriores.

LivroPopulos.indb 650 23/10/2015 09:53:32

> Portanto, em relação à proporcionalidade entendo que não há reparos as serem feitos no acórdão, sobretudo quando o legislador inseriu como única opção o indeferimento ou cassação do diploma do candidato, e no caso, consoante argumentos desde o julgamento em primeiro grau, não se mostrou suficiente grave para gerar a pena capital ao candidato Requerido'.

Consoante se depreende do aresto hostilizado, as instâncias ordinárias, com esteio nas provas dos autos, assentaram que a conduta imputada ao Agravado *(i.e.,* a confecção de madeiras irregularmente empregadas nos cavaletes e placas utilizadas ao longo da campanha política) não revelada gravidade suficiente para ensejar a cassação dos diplomas dos ora Agravados.

Desse modo, entendo como escorreita a conclusão do Regional, porquanto, conforme se depreende dos excertos do acórdão recorrido, ficou assentada a necessidade de averiguação da relevância jurídica e da gravidade da conduta ilícita na aplicação da sanção de cassação do diploma dos ora Agravados. É precisamente neste sentido a jurisprudência deste Tribunal:

> '[...] 1. Segundo a jurisprudência do Tribunal, para que seja imposta a sanção de cassação em razão da prática do ilícito previsto no art. 30-A da Lei n° 9.504/97, faz-se necessária a comprovação da proporcionalidade da conduta em relação à penalidade a ser imposta. [...]'.
> (AgR-REspe n° 8565164-08/CE, Rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJe* de 6.10.2012); e

> '[...] 2. Na linha da jurisprudência firmada por esta Corte, para a incidência do art. 30-A, § 2°, da Lei n° 9.504/97, é neCe66áFiS a aferição da relevância jurídica do ilícito, porquanto a cassação do mandato ou do diploma deve ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão ao bem jurídico protegido pela norma. [...]'.
> (REspe n° 6-82/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 14.3.2014).

Ressalta-se que não assiste razão ao Agravante quanto ao seu pedido de inelegibilidade. Deveras, a procedência da Ação de Investigação Judicial Eleitoral, com lastro no ar. 30-A da Lei das Eleições, adstringe-se á perda de registro ou do diploma e á sanção pecuniária, não abarcando a declaração de inelegibilidade. A propósito, cito os precedentes desta Corte sobre o tema:

> '[...] 3. A inelegibilidade não é pena, não cabendo ser imposta em decisão judicial ou administrativa, salvo na hipótese do art. 22 da LC n° 64/90, conforme previsão expressa do seu inciso

LivroPopulos.indb 651 23/10/2015 09:53:32

> XIV, o que não prejudica a respectiva arguição por ocasião de pedido de registro de candidatura, se configurados os seus pressupostos.
> Recurso especial parcialmente provido.'
> (REspe n° 5-57/BA, Rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJe* de 9.9.2011);
>
> '[...] 2. Não cabe impor sanção de inelegibilidade no âmbito de decisão em representação, por captação ilícita de sufrágio, ainda que a eventual condenação - restrita à perda de registro ou do diploma e à sanção pecuniária - possa ser invocada como causa de inelegibilidade prevista no art. I, inciso I, alínea j, da LC n°64/90, o que deve ser dirimido em feito próprio. Agravo regimental a que se nega provimento'.
> (AgR-REspe n° 9496529-76/MA, Rel. Min. Henrique Neves, *DJe* de 7.2.2014); e
>
> '[...] 4. A procedência da representação do art. 30-A da Lei das Eleições não autoriza a imposição da sanção de inelegibilidade, por ausência de previsto legal.
> 5. Recurso especial provido, em parte, apenas para excluir a pena de inelegibilidade. Cassação mantida'.
> (REspe n° 356-35/PA, Rel. Min. Luciana Lóssio, *DJe* de 5.8.2014).

Registro, por oportuno, que, no caso dos autos, a declaração de inelegibilidade consubstancia efeito secundário da condenação por captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha – hipótese prescrita no art. 1°, I, *j*, da Lei Complementar n° 64/60. Daí por que eventual apreciação da inelegibilidade - suscitada com base no art. 1º, inciso I, alínea *j*, da LC n°64/60 - ser discutida na via processual adequada (i.e., processo de registro de candidatura). A inelegibilidade, portanto, consubstancia-se em consequência da condenação, e não sanção própria pela prática do ilícito cometido. Não é outro o entendimento doutrinário:

'Conquanto não haja no texto do artigo 30-A sanção de inelegibilidade, foi ela introduzida pela alínea *j*, I, do artigo 1°, da LC n° 64/90 (inserida pela LC n° 135/2010). Por essa regra, é inelegível, por oito anos a contar das eleições, os que tiveram o diploma cassado, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos em campanha eleitoral. No caso, a inelegibilidade apresenta-se como efeito externo, reflexo ou secundário da decisão que julga procedente o pedido formulado na petição inicial. Não é preciso que ela conste *expressamente* do dispositivo da sentença ou do acórdão condenatório, pois somente será *declarada em* futuro e eventual processo de registro de candidatura (...)'

LivroPopulos.indb 652 23/10/2015 09:53:32

(GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral.* 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 579). [Grifos no original].

Por derradeiro, e pelas razões expendidas, rejeito a decretação da nulidade dos 6.997 votos atribuídos aos Agravados, com espeque no art. 224 c/c art. 30, § 2°, da Lei n° 9.504/97. É que não houve debate nem análise do tema pela Corte a *quo, atraindo,* na espécie, o disposto na Súmula n° 282/STF, *in verbis: 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada'.*

Ex positis, nego seguimento a este agravo, nos termos do art. 36, § 6°, do RITSE.

Ex positis, desprovejo o presente agravo.

É como voto.

LivroPopulos.indb 653 23/10/2015 09:53:32

LivroPopulos.indb 654 23/10/2015 09:53:32

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO N° 1404-69. 2014.6.26.0000 - CLASSE 37 - SÃO PAULO - SÃO PAULO

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Agravante: Ministério Público Eleitoral Agravante: Edson Ferrarini
Advogada: Ivete Maria Ribeiro
Agravante: Eduardo Duarte do Nascimento
Advogado: Ademir Souza e Silva
Agravado: José Abelardo Guimarães Camarinha
Advogados: Hélio Freitas de Carvalho da Silveira e outros

AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2014. DEPUTADO ESTADUAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. INELEGIBILIDADE. ART. 1°, INCISO I, ALÍNEA L, DA LEI COMPLEMENTAR N° 64/90. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DEFERIMENTO DO REGISTRO. DESPROVIMENTO.

1. Não há como reconhecer, em âmbito de registro de candidatura, que o assistente que ingressou posteriormente no processo de registro possa ter os mesmos poderes do assistido, vindo a atuar na relação processual de forma autônoma, como se assistente litisconsorcial fosse. Precedente.

2. Inviável, em sede de agravo regimental interposto por assistente simples, a ampliação da demanda já devidamente delimitada por recurso ordinário e contrarrazões apresentados na origem, quando ainda não admitido o ingresso daquele no feito.

3. Consoante a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, para fim de incidência da inelegibilidade prevista no art. 1°, I, l, da LC n° 64/90, é necessário que a condenação à suspensão dos direitos políticos pela prática de ato doloso de improbidade administrativa implique, cumulativamente, lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito.

4. Hipótese em que expressamente consignado pelo decisum *agravado não se mostrarem presentes nos acórdãos do Tribunal de Justiça, que fundamentaram o indeferimento do registro da candidatura pelo Tribunal Regional Eleitoral, os requisitos necessários à caracterização da causa de inelegibilidade do art. 1°, I, l, da LC n° 64/90.*

LivroPopulos.indb 655 23/10/2015 09:53:33

5. Agravos regimentais desprovidos.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover os agravos regimentais, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 11 de dezembro de 2014.

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA — RELATORA

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: Senhor Presidente, trata-se de três agravos regimentais interpostos por (1) EDSON FERRARINI, eleito suplente de deputado estadual nas Eleições 2014 pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), (2) por EDUARDO DUARTE DO NASCIMENTO, também eleito suplente de deputado estadual pelo Partido Humanista da Solidariedade (PHS) e (3) pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL de decisão pela qual, em juízo de reconsideração, deferi o ingresso no feito dos dois primeiros agravantes na condição de assistentes simples do MINISTÉRIO PÚBLICO, bem como dei provimento a recurso ordinário para deferir o pedido de registro de candidatura de JOSÉ ABELARDO GUIMARÃES CAMARINHA ao cargo de deputado estadual nas Eleições 2014 pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB).

Em suas razões (fls. 1.495-1.507; vol. 7), EDSON FERRARINI sustenta, em suma, a inadequação do deferimento da candidatura levado a termo nos presentes autos, considerando-se mormente as condenações anteriormente sofridas pelo agravado no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, as quais, segundo afirma, por terem redundado na perda de seus direitos políticos e no reconhecimento do dolo e do dano ao erário com a configuração de enriquecimento ilícito, teriam o condão de atrair a inelegibilidade do art. 1°, inciso I, alínea *l*, da Lei Complementar nº 64/90, conforme reconheceu o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

Requer, assim, seja reconsiderada a decisão agravada ou, caso contrário, submetido o regimental a julgamento pelo Colegiado, a fim de que, em ambas as hipóteses, possa ser indeferido o registro da candidatura de JOSÉ ABELARDO GUIMARÃES CAMARINHA ao cargo de deputado estadual.

EDUARDO DUARTE DO NASCIMENTO, por sua vez, alega, primeiramente, em suas razões (fls. 1.513-1.543; vol. 8), ter esta relatora incorrido em erro material, pois, apesar de ter corretamente anulado o

LivroPopulos.indb 656 23/10/2015 09:53:33

decisum anterior para deferir seu ingresso na lide como assistente simples, acabou por convalidar, nesse mesmo juízo de reconsideração, ora agravado, o deferimento do referido registro de candidatura, o que, no seu entender, não poderia ter ocorrido sem que antes lhe tivesse sido aberta vista dos autos para fins de conhecimento do processo e eventual manifestação "dentro dos limites que a lei lhe assegura em assistência ao autor da impugnação" (fl. 1.519).

Quanto ao mais, transcreve trechos de decisões colegiadas proferidas no âmbito do TJ/SP por atos de improbidade em face do agravado, as quais, no seu entender, por força do que disposto no art. 515 do Código de Processo Civil, poderiam ser analisadas por esta Corte Superior para fins de aferição da causa de inelegibilidade desenhada no art. 1°, I, *l*, da LC n° 64/90, porquanto serem integrantes do acervo probatório constante dos autos e terem servido de base para o oferecimento da impugnação por parte do MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL.

Nesse sentido, ressalta julgados deste Tribunal Superior que, segundo afirma, assentariam a necessidade de análise aprofundada dos fundamentos desses acórdãos condenatórios proferidos pela Justiça Comum para fins de classificação do ato de improbidade e posterior aferição dos requisitos da alínea l.

Requer seja reconsiderada a decisão agravada ou, caso contrário, submetido o regimental a julgamento pelo Colegiado, a fim de que, em ambas as hipóteses: i) seja anulado o *decisum* agravado e ratificado o deferimento de seu ingresso na lide a partir do momento anterior à primeira decisão monocrática proferida, abrindo-se-lhe vista dos autos para conhecimento do processo e eventual manifestação, nos termos do art. 50 e seguintes do CPC; ou, ii) seja revista a decisão ora agravada que deferiu o pedido de registro da candidatura de JOSÉ ABELARDO GUIMARÃES CAMARINHA ao cargo de deputado estadual.

Já o MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, em suas razões (fls. 1.553-1.562), alega ser inafastável a presença dos requisitos exigíveis para a configuração da inelegibilidade da alínea l, considerando-se mormente o acórdão exarado pela 5ª Câmara de Direito Público do TJ/SP nos autos da Ação Civil Pública n° 0092693-33.2005.8.26.0000/SP, em cujo bojo ficou comprovado que o desvirtuamento da publicidade institucional, custeada com recursos públicos e visando à promoção pessoal do então prefeito, ora agravado, além de ter implicado em dano ao erário, também importou em nítido enriquecimento ilícito do agente público.

Quanto ao ponto, defende, com fundamento em julgado desta Corte Superior proferido nos autos do RO n° 380-23/MT (rel. Min. JOÃO

LivroPopulos.indb 657 23/10/2015 09:53:33

OTÁVIO DE NORONHA, publicado na sessão de 12.9.2014), ser possível a esta Justiça Especializada aferir a presença dos requisitos para a incidência da indigitada causa de inelegibilidade a partir dos fatos assentados na ação condenatória de improbidade, independentemente da qualificação jurídica que lhes dê o Tribunal de Justiça.

Requer, assim, seja reconsiderada a decisão agravada a fim de que seja negado provimento ao recurso ordinário, com a consequente manutenção do indeferimento do registro de candidatura do agravado; ou, caso contrário, submetido o regimental a julgamento pelo Colegiado.

Nas petições de fls. 1.579-1.581, 1.583-1.584 e 1.592-1.594, o agravante EDUARDO DUARTE DO NASCIMENTO defende que, a despeito de estar pendente de apreciação por esta Corte Superior o recurso de agravo regimental, o TRE paulista totalizou os votos do agravado, colocando-o entre os candidatos aptos a serem diplomados e empossados, em clara contrariedade à realidade dos autos. Assim, requer seja efetuada "a correção do erro ora apontado, de forma urgente e imediata, com as devidas anotações e comunicações que se fizerem necessárias" (fl. 1.584); bem assim, concedido efeito suspensivo ao agravo regimental em questão, determinando-se "o que de necessário para que seja comunicado a corte paulista que não diplome o candidato impugnado" (fl. 1.594).

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora): Senhor Presidente, JOSÉ ABELARDO GUIMARÃES CAMARINHA interpôs recurso ordinário de aresto do TRE de São Paulo que, acolhendo impugnação ajuizada pela Procuradoria Regional Eleitoral, indeferiu seu pedido de registro de candidatura ao cargo de deputado estadual pelo PSB nas eleições de 2014, sob o fundamento de que configurada a causa de inelegibilidade prevista no art. 1°, I, l, da LC nº 64/90, em razão da existência de condenações por improbidade administrativa em decisões proferidas por órgão judicial colegiado do TJ/SP nas Ações Civis Públicas nºs 0012907-77. 2002.8.26.0344; 0016225-58.2008.8.26.0344; e 0092693-33.2005.8.26.0000.

Foram por mim proferidas duas decisões monocráticas. A primeira, às fls. 1.391-1.399 — vol. 7, dando provimento ao recurso para deferir o registro do agravado; e a segunda, às fls. 1.463-1.475, tornando sem efeito a anterior para: i) deferir os pedidos de admissão de EDUARDO DUARTE

LivroPopulos.indb 658 23/10/2015 09:53:33

DO NASCIMENTO e de EDSON FERRARINI na condição de assistentes simples do MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL; e, ii) reiterar o provimento ao recurso ordinário para deferir o pedido de registro de candidatura de JOSÉ ABELARDO GUIMARÃES CAMARINHA ao cargo de deputado estadual nas Eleições 2014.

Daí os três regimentais interpostos, cujos fundamentos ora passo a analisar.

Ab initio, entendo que deve ser afastada a alegação de nulidade da decisão agravada suscitada pelo agravante EDUARDO DUARTE DO NASCIMENTO, em razão de seu ingresso no feito ter sido deferido concomitantemente à renovação do deferimento do registro do agravado, sem que antes lhe tivesse sido facultada vista dos autos para fins de conhecimento do processo e eventual manifestação.

Como cediço, não há como reconhecer, em âmbito de registro de candidatura, que o assistente que ingressou posteriormente no processo de registro possa ter os mesmos poderes do assistido, vindo a atuar na relação processual de forma autônoma, como se assistente litisconsorcial fosse. Confira-se, nesse sentido:

> EMBARGOS. REGISTRO. ACÓRDÃO REGIONAL. ERRO. PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO DO JULGAMENTO, EXTRATO DA ATA E EMENTA.
> [...]
> *2. Consideradas as peculiaridades do registro de candidatura e em face do teor da Súmula TSE n° 11, não há como reconhecer que o assistente que ingressou posteriormente noprocesso de registro possa ter os mesmos poderes da parte assistida e recorrer de forma autônoma.*
> Embargos rejeitados.
> 3° embargante. Candidato a prefeito impugnado.
> 3. A pretensão do candidato a prefeito de ter reconhecido, desde logo, o deferimento de seu pedido de registro evidencia o intento de rediscutir o que já decidido pelo Tribunal, fim para o qual não se prestam os declaratórios.
> Embargos rejeitados.
> (ED-AgR-REspe n° 35.447/MG, rel. Min. ARNALDO VERSIANI, *DJE* 15.10.2009, sem grifos no original).

No caso, portanto, ainda que o *decisum* agravado tivesse se limitado a deferir o ingresso do agravante EDUARDO DUARTE DO NASCIMENTO no feito mediante prévia abertura de vista dos autos, uma eventual manifestação sua estaria, de qualquer forma, dependente da atuação do MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, o que, no caso presente, somente

LivroPopulos.indb 659 23/10/2015 09:53:33

ocorreu em âmbito de agravo regimental, interposto exatamente dessa nova decisão que reiterou o deferimento do registro do agravado.

Não merece prosperar, outrossim, a pretensão do agravante EDUARDO DUARTE DO NASCIMENTO de, com fundamento no art. 515 do CPC, ver devolvida a esta Corte Superior, em âmbito de agravo regimental, a análise de decisões outras do TJ/SP que teriam constado da notícia de inelegibilidade, bem como da impugnação ofertada pelo MPE.

Com efeito, a via regimental presta-se tão somente para impugnar os fundamentos da decisão agravada e não para ampliar a demanda já devidamente delimitada por recurso ordinário e contrarrazões apresentados na origem — ambos devolvendo a esta Corte a análise em torno apenas das referidas ações civis públicas que ensejaram o reconhecimento da causa de inelegibilidade e o indeferimento do registro pelo Tribunal de origem.

Dito isso, passo à análise conjunta dos agravos regimentais naquilo que lhes é comum: a alegação de que as indigitadas condenações por improbidade administrativa sofridas pelo agravado seriam aptas a atrair a inelegibilidade em questão, porquanto ensejadoras da perda dos seus direitos políticos, mediante o reconhecimento do dolo e do dano ao erário com a configuração de enriquecimento ilícito.

A propósito, transcrevo do *decisum agravado*, in *verbis* (fls. 1.468-1.474):

> No caso, como dito, o TRE de São Paulo, ao acolher impugnação ajuizada pela Procuradoria Regional Eleitoral, indeferiu o pedido de registro de candidatura de José Abelardo Guimarães Camarinha ao cargo de deputado estadual pelo PSB nas eleições de 2014, reputando configurada a causa de inelegibilidade prevista no art. 1°, I, /, da LC n° 64/90 – existência de condenações por improbidade administrativa, em decisões proferidas por órgão judicial colegiado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Conforme dispõe a indigitada norma eleitoral, a negativa do registro de candidatura demanda a (i) condenação à suspensão dos direitos políticos por (ii) decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado em função de (iii) ato doloso de improbidade administrativa, o qual configure (iv) lesão ao patrimônio público e (v) enriquecimento ilícito.
> A esse respeito, este Tribunal Superior firmou compreensão segundo a qual a incidência da hipótese de inelegibilidade decorrente de condenação por ato doloso de improbidade administrativa impõe a presença concomitante de *dano ao erário e* de *enriquecimento ilícito,* cujos conceitos estão delimitados na Lei n° 8.429/92. A título de ilustração, confiram-se alguns os julgados sobre o tema:

LivroPopulos.indb 660 23/10/2015 09:53:33

> RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2012. VEREADOR. ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO. DANO AO ERÁRIO E ENRIQUENCIMENTO ILÍCITO. ART. 1°, I, l, DA LC N° 64/90. AUSÊNCIA DA INTEGRAL CAPITULAÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROBIDADE. OMISSÃO. PROVIMENTO PARCIAL.
> 1. *A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, para a configuração da inelegibilidade da alínea I do inciso I do art. 1° da LC n° 64/90, é necessário que o candidato tenha sido condenado por ato doloso de improbidade administrativa, que implique, concomitantemente, lesão ao erário e enriquecimento ilícito (Precedentes: Respe n° 14763, Rel. Min. Laurita Vaz, PSESS de 11.9.2012; REspe n° 22642, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, PSESS de 20.11.2012).*
> 2. Na espécie, o acórdão regional não enfrentou os temas suscitados em sede de embargos de declaração, relevantes ao julgamento da causa, o que configurou a violação ao art. 275, II, do Código Eleitoral.
> 3. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao TRE, a fim de que outro seja proferido, sanando as omissões alegadas nos aclaratórios.
> (REspe n° 278-38/CE, Rel. Ministra LUCIANA LÓSSIO, DJE 24.2.2014; sem grifos no original).

> ELEIÇÕES 2012. REGISTRO DE CANDIDATURA. VEREADOR. INDEFERIMENTO. CONDENAÇÃO POR ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INELEGIBILIDADE. ART. 1°, INCISO I, ALÍNEA l, DA LEI COMPLEMENTAR N° 64/90. NÃO INCIDÊNCIA.
> - *A jurisprudência firmada por este Tribunal nas eleições de 2012 á no sentido de que, para a configuração da inelegibilidade da alínea l do inciso I do art. 1° da LC n° 64/90, é necessário que o candidato tenha sido condenado por ato doloso de improbidade administrativa, que implique, concomitantemente, lesão ao erário e enriquecimento ilícito.*
> Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgR-REspe n° 71-54/PB, Rel. Ministro HENRIQUE NEVES DA SILVA, *DJE* 12.4.2013; sem grifos no original).

Assentou esta Corte Superior, igualmente, não poder esta Justiça Especializada, no processo de registro de candidatura, quando fixado pelo Tribunal de Justiça a ausência de dano e/ou de enriquecimento ilícito, chegar a conclusão diversa, devendo sua atuação se limitar apenas a considerar se o conteúdo da decisão tem o condão de ensejar a causa de inelegibilidade desenhada no art. 1°,I, l, da LC n° 64/90. Confira-se:

LivroPopulos.indb 661 23/10/2015 09:53:33

> ELEIÇÕES 2014. REGISTRO. CANDIDATURA. DEPUTADO ESTADUAL. INELEGIBILIDADE. ALÍNEA L. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.249/92. ART. 11. DANO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. AUSÊNCIA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM. JUSTIÇA ELEITORAL. PROVIMENTO. 1. Para a caracterização da inelegibilidade prevista na alínea l do art. 1º, I, da LC 64/90, é essencial que seja possível, a partir da análise da decisão judicial colegiada ou transitada em julgado, verificar a presença concomitante do dano ao patrimônio público e do enriquecimento ilícito. Precedentes. *2. Afirmado categoricamente pelo órgão competente a ausência de dano e de enriquecimento ilícito, não se pode, no processo de registro de candidatura, chegar a conclusão diversa, pois "a Justiça Eleitoral não possui competência para reformar ou suspender acórdão proferido por Turma Cível de Tribunal de Justiça Estadual ou Distrital que julga apelação em ação de Improbidade administrativa" (RO n° 154-29, rel. Min. Henrique Neves, PSESS em 26.8.2014).* 3. Os princípios da segurança jurídica e da isonomia impõem que as decisões judiciais relativas a um mesmo pleito sejam decididas de forma uniforme. 4. As condenações por ato doloso de improbidade administrativa fundadas apenas no art. 11 da Lei n° 8.429/92 - violação aos princípios que regem a administração pública - não são aptas à caracterização da causa de inelegibilidade Prevista no art. 1°, I, l, da Lei Complementar n° 64/90. Recurso provido para deferir o registro de candidatura. (RO n° 1809-08/SP, Rel. Ministro HENRIQUE NEVES DA SILVA, publicado na sessão de 1°. 10.2014, sem grifos no original).

Lançadas tais ponderações, destaco que, da decisão de fls. nº 834-847v. (vol. 5), proferida nos autos da Ação Civil Pública n° 0012907-77.2002.8.26.0344 (Apelação n° 909.705-5/3-00), não se extraem elementos que demonstrem que o TJ/SP condenou José Abelardo Guimarães Camarinha pela realização de ato de improbidade administrativa que tenha causado enriquecimento ilícito.

A propósito, extrai-se do laborioso parecer, exarado pela douta PGE, que o recorrente

> [...] foi condenado em razão da contratação de servidores sem regular processo seletivo, sob a justificativa de erradicação e do combate ao mosquito "aedes aegypti", valendo-se do Convênio do município de Marília com a União Federal (n° 949/97), cujo repasse ao município deu-se no montante de R$ 755.553,75 (setecentos e cinquenta e cinco mil, quinhentos e cinquenta e três reais e setenta e cinco centavos).

LivroPopulos.indb 662 23/10/2015 09:53:33

> A irregularidade consiste no fato de ter havido desvio de finalidade dos serviços prestados, já que os profissionais ingressaram sem concurso público na municipalidade, para realização de serviço excepcional e urgente, passaram a realizar atividades de natureza permanente, tais como, serviços de coleta de lixo domiciliar, auxiliar de escrita e serviços de capinação de terrenos e ruas.
> É notória a ocorrência de ofensa aos arts. 37, II e IV, da Constituição Federal que preceituam acerca da *"investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público"* e *"os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".*
> Nesse cerne, o Tribunal de Justiça concluiu que "as *contratações são ilegais à medida que se afastaram dos ditames legais ao dispensar concurso público para admissão dos servidores, olvidado, também, o princípio da eficiência que norteia a atividade do administrador"(t.* 842).
> No caso vertente, consoante o voto condutor do acórdão do Tribunal de Justiça Estado de São Paulo (fl. 834-847v.), a condenação do recorrente, neste processo, por improbidade administrativa importou apenas violação aos princípios da administração pública. De plano, não se evidencia o enriquecimento do ex-prefeito, já que os salários, aparentemente, foram pagos aos servidores contratados sem concurso público e tampouco lesão ao erário, pois, conquanto houvesse desvio de função, não restou demonstrado que os referidos servidores deixaram de trabalhar. Assim, não há como dizer que, no caso concreto, houve enriquecimento ilícito do agente público ou de terceiros e/ou dano ao erário. (fls. 1.385-1.386)

Com efeito, o que se constata, dos fundamentos exarados no *decisum* daquele Tribunal de Justiça, é a condenação do ora recorrente pela pr4tica de ato de improbidade administrativa consubstanciada tão somente na inobservância aos princípios da administração pública, conforme atesta o seguinte trecho, *ipsis litteris (II*. 847; vol. 5):

> Ora, as sanções mais severas mostram-se mais compatíveis com os atos mais graves, aqueles que importam em enriquecimento ilícito (art. 9°), ou que causam prejuízo significativo ao erário (art. 10), em que o agente público obtém alguma vantagem patrimonial ou econômica. Não é o caso dos autos. Aqui se cuida de mera contratação irregular de servidores, que, no entanto, prestaram serviços ao poder público, caso que se insere no rol daqueles em que a improbidade se apresenta de menor gravidade (art. 11).

LivroPopulos.indb 663 23/10/2015 09:53:33

O mesmo se diga no tocante à Ação Civil Pública n° 0092693-33.2005.8.26.0000 (fls. 1.091-1.096; vol. 6), em que o recorrente foi condenado à suspensão de seus direitos políticos em razão da prática de ato de improbidade administrativa que importou afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade, em virtude de sua reiterada promoção pessoal em publicidade institucional, quando no exercício do cargo de prefeito, no período de 1997/2000.

Aqui, da mesma forma, o Tribunal de Justiça local assentou não ter havido prejuízo ao erário, tampouco enriquecimento patrimonial por parte do recorrente ou de terceiros, razão pela qual não ficaram configurados todos os requisitos exigíveis para a incidência da inelegibilidade da alínea l.

Para conferir, reproduzo a ementa do julgado (fl. 1.091; vol. 6):

> ***AÇÃO CIVIL PÚBLICA*** *- Improbidade administrativa — Prefeito Municipal que fez constar em publicidade institucional o patronímico de família e o período de sua gestão - Réu que, de maneira dissimulada, tenta eternizar seu mandato, fazendo promoção pessoal para o presente e futuro, na medida em que* remete a *população local à realização de obras, campanhas de* órgãos públicos *etc, pela pessoa do Prefeito e não pela Prefeitura Municipal - Violação dos princípios norteadores da Administração Pública consoante art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa - o Eg. STF firmou entendimento no sentido de que o enquadramento de condutas no art. 11 da Lei n" 8.429/92 requer* a *verificação do elemento subjetivo doloso do agente, em sua modalidade genérica (dolo* lato sensu*) – Prova documental que demonstra a continuidade da conduta - Afronta* aos *princípios da impessoalidade a da* moralidade *– Não obrigatoriedade da aplicação cumulativa das sanções previstas no artigo 12 da Lei da Improbidade Administrativa – Precedentes jurisprudenciais - Perda da função pública e suspensão dos direitos políticos que devem ser aplicadas da modo parcimonioso, porém* com *energia, de modo a servir de exemplo à sociedade, e desestimular o arrivismo eleitoral - Ausência* de prejuízo *ao erário a de enriquecimento Ilícito do requerido - Condenação do Prefeito na suspensão dos direitos políticos por três anos, a partir do trânsito em julgado desta decisão; multa civil de seis remunerações mensais, no valor percebido no último ano de seu mandato (à época dos fatos), acrescida de atualização monetária a partir do julgado de primeiro grau; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dois anos, a partir do trânsito em julgado desta decisão - Apelação ministerial parcialmente provida.*
> (sem grifo no original)

LivroPopulos.indb 664 23/10/2015 09:53:33

Por fim, quanto ao julgamento proferido nos autos da Ação Civil Pública n° 0016225-58.2008.8.26.0344, em que o recorrente também foi condenado por ato de improbidade administrativa, em razão de irregularidades apuradas em suas contas de prefeito relativas ao exercício de 2003 — destaque para a insuficiência na aplicação de recursos, exigidos constitucionalmente, na área de educação, bem como para a elevação do endividamento mediante obtenção de créditos sem lastro, em descumprimento à Lei n° 4.320/64 e à Lei de Responsabilidade Fiscal —, o TJ/SP, em momento algum, assentou a ocorrência de enriquecimento ilícito, o que, por si só, já seria suficiente para o afastamento da cláusula de inelegibilidade prevista no art. 1°, I, l, da LC n° 64/90, incluído pela LC n° 135/2010.

Ocorre que, conforme também lançado no aresto regional, foi exarada, em " 1°. 8.2014, decisão liminar em âmbito de medida cautelar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, concedendo, em favor do ora recorrente, efeito suspensivo ao recurso especial interposto no bojo da referida ACP n° 0016225-58.2008.8.26.0344. Assim, é de ser reconhecida a alteração jurídica superveniente ao registro que afasta a inelegibilidade, fazendo-a incidir na hipótese dos autos, nos termos do art. 11, § 10, da Lei n° 9.504/97, conforme já entendeu este Tribunal:

> Eleições 2012. Registro de candidatura. Vereador. Indeferimento. Condenação por ato doloso de improbidade administrativa. Inelegibilidade. Art. 1°, inciso I, alínea l, da LC n° 64/90. Suspensão. Art. 26-C da LC n° 64/90.
> 1- O candidato obteve, nos termos do art. 26-C da LC n° 64/90, provimento liminar proferido pelo Presidente da Seção de Direito Público do TJSP o qual sustou os efeitos da decisão que o condenou à suspensão dos direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa, razão pela qual não incide a causa de inelegibilidade prevista na alínea I do inciso I do art. 1° da LC n° 64/90.
> 2-Este Tribunal, ao apreciar a questão de ordem na Ação Cautelar n° 1420-85, definiu que a regra do art. 26-C, *caput,* da LC n° 64/90 - a qual estabelece que o órgão colegiado do tribunal competente poderá suspender, em caráter cautelar, a inelegibilidade - não exclui a possibilidade de o relator, monocraticamente, decidir as ações cautelares que lhe são distribuídas.
> 3-Tal entendimento foi reafirmado no julgamento do REspe n° 527-71/SP, rel. Min. Dias Toffoli, PSESS em 13.12.2012, ao se assentar que "a concessão de efeito suspensivo pelo Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça ao recurso especial interposto contra o acórdão do TJ que manteve a condenação por improbidade administrativa é apto para suspender a inelegibilidade, a teor do art. 26-C da LC n°64/90".

LivroPopulos.indb 665 23/10/2015 09:53:33

> 4-De igual modo, esta Corte também já julgou que, "independentemente de a questão ter sido tratada expressamente na decisão liminar", seria possível afastar a inelegibilidade nos termos do art. 26-C da LC n° 64/90 (AgR-REspe n° 687-67/SP, da relatoria do Ministro Arnaldo Versiani, PSESS no dia 30.10.2012).
> Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgR-REspe n° 281-52/SP, Rel. Ministro HENRIQUE NEVES DA SILVA, *DJE* 13.5.2013).

De acordo com a motivação da decisão agravada, as argumentações expendidas nos agravos regimentais não infirmam os fundamentos insertos na decisão hostilizada, não ensejando a reforma pretendida.

Na linha da jurisprudência desta Corte Superior, para a incidência da inelegibilidade do art. 1°, I, l, da LC n° 64/90, é necessário que a condenação à suspensão dos direitos políticos pela prática de ato doloso de improbidade administrativa implique, cumulativamente, lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. Confiram-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

> Eleições 2012. Registro de candidatura. Vereador. Indeferimento. Condenação por ato doloso de improbidade administrativa. Inelegibilidade. Art. 1º, inciso I, alínea /, da Lei Complementar n°64/90. Não incidência.
> *- A Jurisprudência firmada por este Tribunal nas eleições de 2012 á no sentido de que, para a configuração da Inelegibilidade da alínea I do inciso I do art. 1° da LC nº 64/90, á necessário que o candidato tanta sido condenado por ato doloso de improbidade administrativa, que implique, concomitantemente,lesão ao erário e enriquecimento Ilícito. [...]*
> *(AgR-REspe n° 71-54/PB, rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA,DJE 12.4.2013; sem grifos no original).*

> INELEGIBILIDADE - ALÍNEA L DO INCISO I DO ARTIGO 1° DA LEI COMPLEMENTAR N° 64/1990 - REQUISITOS. *A teor do disposto na alínea I do inciso I do artigo 1° da Lei Complementar n° 64/1990, indispensável é ter-se condenação a revelar a suspensão dos direitos políticos, considerado ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimôniopúblico e enriquecimento ilícito.*
> (AgR-REspe nº 178-46/MG, rel. Min. MARCO AURÉLIO, *DJe de* 9.9.2013; sem grifos no original).

Não desconheço que esta Corte, em recente julgado, entendeu ser possível o indeferimento do registro de candidatura se:

LivroPopulos.indb 666 23/10/2015 09:53:33

> [...] a partir da análise das condenações, for possível constatar que a Justiça Comum reconheceu a presença cumulativa de prejuízo ao erário e de enriquecimento ilícito decorrente de ato doloso de improbidade administrativa, ainda que não conste expressamente na parte dispositiva da decisão condenatória.
> (RO n° 380-23/MT, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, publicado na sessão de 12.9.2014).

Tal, contudo, não é o caso dos autos, em que expressamente consignado pelo *decisum* agravado não se mostrarem presentes nos acórdãos do TJ — que fundamentaram o indeferimento do registro da candidatura pelo TRE (Ações Civis Públicas nos 0012907-77.2002.8.26.0344; 0016225-58.2008.8.26.0344; e 0092693-33.2005.8.26.0000) — os requisitos necessários à caracterização da inelegibilidade da alínea l.

Ante o exposto, considerando não infirmados os fundamentos da decisão agravada, conheço dos agravos regimentais, mas nego-lhes provimento, ficando, por conseguinte, prejudicados os pedidos formulados nas petições de fls. 1.579-1.581, 1.583-1.584 e 1.592-1.594.

É como voto.

LivroPopulos.indb 667 23/10/2015 09:53:33

ACÓRDÃO Nº 25/2015

RECURSO ELEITORAL
PROCESSO Nº 796-86.2012.6.05.0045
CLASSE 30
MUNICÍPIO: Senhor do Bonfim
RECORRENTES: Paulo Batista Machado e Camila Maria Libório Machado. Advª.: Camila Maria Libório Machado.
RECORRIDO: Ministério Público Eleitoral.
PROCEDÊNCIA: Juízo Eleitoral da 45ª Zona.
RELATOR: Juiz João de Melo Cruz Filho.

Recurso eleitoral. Representação. Procedência. Aplicação de multa. Prática de conduta vedada a agente público. Artigo 73, inciso V da Lei nº 9.504/97. Dispensa de servidores temporários em período vetado na legislação. Abuso de poder político e econômico. Art. 22, inciso V da LC nº 64/90. Comprovação. Responsabilidade do Prefeito e da Secretária de Ação Social do Município de Senhor do Bonfim. Gravidade das circunstâncias. Manutenção da inelegibilidade. Não provimento.

Preliminar de ilegitimidade passiva.
Afasta-se a prefacial pois a CECOSAP é uma OSCIP e, portanto, um ente meramente executor dos programas de responsabilidade do poder público municipal, sendo inconteste que a gerência dos serviços e respectivos contratados é de responsabilidade da Administração Publica Municipal de Senhor do Bonfim.

Mérito.
Nega-se provimento ao recurso, vez que restou comprovada a dispensa, sem justa causa, de servidores municipais em período vedado, bem como a prática de abuso de poder político e de autoridade, configurando violação aos artigo 73, inciso V da Lei nº 9.504/97 e 22, inciso V da LC nº 64/90.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima indicados,

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, à unanimidade, INACOLHER A PRELIMINAR e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto do Juiz Relator, adiante lavrado, que passa a integrar o presente Acórdão.

LivroPopulos.indb 669 23/10/2015 09:53:33

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 22 de janeiro de 2015.

LOURIVAL ALMEIDA TRINDADE, Juiz-Presidente; JOÃO DE MELO CRUZ FILHO, Juiz Relator; RUY NESTOR BASTOS MELLO, Procurador Regional Eleitoral.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto por Paulo Batista Machado e Camila Maria Libório Machado, Prefeito e Secretária de Assistência Social do Município de Senhor do Bonfim, em face da decisão do Juiz Eleitoral da 45ª Zona que julgou procedente a representação ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral.

Em suas razões de fls. 342/358, os recorrentes suscitam, preliminarmente, a ilegitimidade dos representados no que tange aos servidores contratados pela CECOSAP.

Sustentam a fragilidade do acervo probatório, ao passo que afirmam que os funcionários contratados foram dispensados por justa causa prevista no art. 73, inciso V da Lei nº 9.504/97, ante a falência financeira em que se encontrava à época o Município de Senhor do Bonfim, que estava com insuficiência de recursos financeiros para arcar com a remuneração destes.

Argumentam que agiram em estrito cumprimento do dever legal e que não houve o suposto abuso de poder político ou de autoridade.

Aduzem que as acusações de ocorrência de pressão ou coação nos funcionários são inverídicas e que jamais foi exercida dentro da administração pública municipal qualquer exigência para participação de atos de natureza política, nem houve a prática de pedido de votos ou colagem de adesivos em suas casas ou veículos.

Asseveram que as reuniões realizadas pelo prefeito jamais ocorreram dentro de repartição pública, sendo toda a população do município convidada a participar livremente delas.

Alegam que a decretação de inelegibilidade foi equivocada, pois é necessária que a conjecturada conduta ilícita tenha potencialidade de influenciar no resultado do pleito, fato que não ocorreu no caso em tela, vez que o prefeito Paulo Machado figurou no terceiro lugar com 8,97% dos votos, enquanto que o primeiro colocado obteve 48,83% dos votos.

Por fim, requerem o provimento do recurso, para anular a sentença vergastada.

LivroPopulos.indb 670 23/10/2015 09:53:33

Em contrarrazões, o *Parquet* zonal reitera o aduzido em suas alegações finais e salienta que as assertivas lançadas pelos recorrentes não encontram respaldo no lastro probatório.

Assegura que restou inconteste nos fólios a prática da conduta vedada e do abuso do poder político e de autoridade e, portanto, é justa a aplicação da pena da inelegibilidade.

Ao final, pugna pelo improvimento do recurso.

Instado a se manifestar, o Procurador Regional Eleitoral opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA.

Os recorrentes evocam sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda ao argumento de que, no toca à OSCIP (organização da sociedade civil de interesse público) CECOSAP – Centro Comunitário Social Alto Paraíso, as contratações e dispensas de servidores, que se deram através do respectivo Termo de Parceria nº 001/2012, de 27.01.2012, não tiveram qualquer ingerência da administração municipal.

Ocorre que a CECOSAP é um ente meramente executor dos programas de responsabilidade do poder público municipal, segundo se extrai dos contratos de parcerias colacionados às fls. 90/114 dos autos.

Assim, conforme prova acostada ao caderno processual, a maioria das pessoas contratadas pela CECOSAP já integrava o quadro de servidores temporários da Prefeitura Municipal de Senhor do Bonfim, tendo sido seus contratos, apenas, repassados para a referida OSCIP.

Ademais, o TCM-BA reconheceu a ilegalidade do citado termo de parceria, consoante Parecer nº 784/2011, de fls. 115/125.

Desta forma, é inconteste que a gerência dos serviços e dos respectivos contratados é de responsabilidade da Administração Pública Municipal de Senhor do Bonfim.

Ante o exposto, voto pelo não acolhimento da preliminar suscitada.

MÉRITO.

Bem examinados os fólios e o painel probatório neles existente, concluo que a decisão de primeiro grau deve ser parcialmente mantida.

LivroPopulos.indb 671 23/10/2015 09:53:33

A magistrada zonal entendeu caracterizada a prática da conduta vedada pelo artigo 73, inciso V da Lei nº 9.504/97, que estatui:

> *Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:*
> (...)
> *V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:*
> *(...)* (grifos nossos)

De igual modo, concluiu pela ocorrência do abuso do poder político e de autoridade, em afronta ao disposto no *caput* do art. 22 da Lei Completar nº 64/90:

> *Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:*
> *(...) (grifos nossos)*

Com efeito, o objeto desta demanda versa sobre a ilicitude das rescisões contratuais antecipadas e sem justa causa de funcionários públicos do Município de Senhor do Bonfim, realizadas no período eleitoral, vedado pela legislação de regência, bem como no exercício de coação em relação aos mencionados servidores, configurando abuso de poder político e de autoridade.

Pois bem, alguns dos servidores públicos contratados temporariamente pela CECOSAP já integravam o quadro funcional do Município de Senhor do Bonfim, conforme demonstra o acervo probatório. Infere-se ainda, que as dispensas dos funcionários ocorreram sem justa causa e por razões políticas. Vejamos:

LivroPopulos.indb 672 23/10/2015 09:53:33

Josineide de Andrade Souza, digitadora, lotada na Secretaria de Saúde, foi ouvida em juízo, confirmando o que afirmou perante o Ministério Público (fl. 53):

> *(...) de minha parte eu fui muito pressionada; que era contratada pelo município desde 2009, quando o prefeito era Paulo Machado; que o prazo vencia em janeiro de 2013 e fui exonerada em 09 de outubro, após as eleições; (...) que era cobrada para ir para as caminhadas, diziam que a gente trabalhava para ele; que ele botou a gente lá e a gente tinha que ir para as caminhadas, tinha que apoiar ele; quem dizia isso era Camila (indicando a representada presente); que Camila dava o recado, a gente ia na sala dela e ela falava com a gente, "que sabia quem votava nele e assim que acabasse as políticas sabia o que fazer com quem não votasse"; que meus colegas de meu setor também sofreram pressão; que trabalhava na ação social; que os outros colegas eram Lucidalva, Cleiton, Lucimar;*

Marta Souza Maia Miranda, assistente social lotada na Secretaria de Saúde, foi ouvida em juízo, confirmando o que afirmou perante o Ministério Público (fl. 86):

> *(...)* ***que desde o início de janeiro de 2001 a declarante passou a fazer parte do quadro de servidores do Município de Senhor do Bonfim, através de contrato, prestando serviços na função de Assistente Social, na Secretaria de Saúde deste município, trabalhando de 08:00 às 14:00, de segunda a sexta feira;*** *que, depois de assumir o cargo de Coordenadora da Vigilância Epidemiológica passo a trabalhar durante quarenta horas semanais;* ***que desde o mês de novembro do ano de 2010 o contrato de trabalho da declarante passou a ser celebrado com o Centro Comunitário Social Alto Paraíso – CECOSAP, quando voltou a trabalhar somente trinta horas semanais;*** *que somente no dia de hoje tomou o conhecimento de sua demissão através de amigos que viram a relação com os nomes dos demitidos no site oficial do município; (...)* ***que acredita que sua demissão deve-se à perseguição política, já que a declarante não participava das "caminhadas" do atual prefeito e recebia mensagens via celular da CECOSAP, convidando-a para as caminhadas e encontros do grupo de atual gestor****.*
> *...****tinha treze anos de Prefeitura... era contatada e foi demitida sem comunicação,*** *soube do nome na lista...; o contrato começou em 2001 e quando veio a CECOSAP passou para esta, que era lotada na Secretaria de Saúde; que na questão*

LivroPopulos.indb 673 23/10/2015 09:53:34

> *eleitoral não foi perseguida; ...**que em nenhum momento foi comunicado o motivo de sua saída**; que não lhe disseram se o motivo foi corte de gasto;...* (grifos nossos).

Carla Mônica da Silva, atendente de regulação médica lotada no Serviço de Atendimento Emergencial – SAMU, na função TARM – atendente de regulação médica, embora não tenha prestado depoimento em juízo, de igual modo declarou perante o Ministério Público (fl. 31):

> *(...)* ***que a declarante presta serviço à Prefeitura desde o ano de 2001, na função de gerente (cargo comissionado); que desde o mês de julho de 2011 a declarante presta serviço ao município, através de contrato firmado com a CECOSAP****; que está lotada no serviço de serviço de atendimento emergencial – SAMU, na função TARM (Atendente de Regulação Médica);* ***que o contrato firmado é renovado a cada 6 meses****; que o último contrato foi renovado em junho de 2012 e com validade até dezembro de 2012; que no dia de ontem, 15 de outubro, foi informada pela Coordenadora da SAMU, Sra. Agnete, de que a declarante não mais faria parte do rol de servidores daquele órgão; que Agnete falou que o nome da declarante não estava n**a lista de demissões, porém o Sr.* ***Oldonísio Machado, Secretário de finanças do município, incluiu o nome da mesma na lista dizendo o seguinte: "Não quero que ele fique no município nem no comissionado, nem como contrato. É uma briga pessoal minha'*** *que do cargo comissionado a declarante já havia sido exonerada no dia 08;* ***que sabe que as demissões ocorridas se devem ao fato das pessoas afetadas não estarem participando de atos políticos do então candidato Paulo Machado; que era avisada todos os dias de que quem não o acompanhasse nos atos políticos seria demitido; que esse aviso era repassado pela Chefe de gabinete do Prefeito...,*** (grifos nossos).

De igual sorte, é o que se infere da declaração do sr. José Nilton Vitor Gama, extraída da mídia de fl. 291 e transcrita nas alegações finais do Ministério Público zonal à fl. 307:

> *por conta* ***desavenças políticas entre Paulo Machado e o Elson o depoente foi dispensado, fato que foi assumido pelo próprio Paulo machado*** *quando indagou sobre a sua dispensa; acrescenta* ***que foi dispensado entes de findar o prazo do contrato e que tal fato ocorreu com outras quatro pessoas****...,* (grifos nossos).

LivroPopulos.indb 674 23/10/2015 09:53:34

Também os servidores Andeilze da Conceição Vieira, Carla Mônica da Silva, Gilmar Silva Neto, Irani Santos Terra Nova, Jociano Estevam da Silva, Cleiton de Carvalho Nascimento, Lucidalva Barbosa, Lucimar Cerqueira, Marcos Amorim dos Santos, Valdirene Vanda de Souza e Mariana de Andrade Tudela, contratados da Prefeitura Municipal, que posteriormente, em 2012, firmaram contrato com a CECOSAP, foram dispensados sem justa causa em período vedado, conforme se extrai dos documentos de fls. 21/30, 31/32, 33/35, 36/37, 38/39, 42/47, 57/60, 61/66, 67/71, 72/75 e 84/85, respectivamente.

Vale reiterar que o termo de parceria firmado entre a CECOSAP – Centro Comunitário Social Alto Paraíso e o Município de Senhor do Bonfim foi julgado ilegal pelo TCM-BA, conforme Parecer nº 784/2011, de fls. 115/125, sob o fundamento de "que há de indicações de contratação de pessoal sem concurso público e em inobservância a preceitos da Lei nº 8.666/93, com a realizações de despesas não precedidas de procedimento licitatório, inclusive dispensa ou inexigibilidade."

Como bem pontuou o *Parquet* zonal, à fl. 306, "...O malfadado 'contrato de parceria' nada mais foi que uma manobra do município para burlar a exigência do concurso público".

Resta patente que a CECOSAP é um simples ente executor dos programas de responsabilidade do Poder Público municipal, tendo funcionado como mero instrumento de representação municipal do período, utilizado para encobrir o vínculo real dos servidores públicos municipais.

Reafirmo, ainda, que conforme prova juntada aos autos, a maioria das pessoas contratadas pela CECOSAP já integrava o quadro de servidores temporários da Prefeitura Municipal de Senhor do Bonfim, tendo sido seus contratos, apenas, repassados para a referida OSCIP.

Assim, a prova colacionada não deixa dúvidas acerca do vínculo contratual dos servidores com a Prefeitura Municipal de Senhor do Bonfim, gerida pelo primeiro recorrente e prefeito à época, Paulo Batista Machado.

Ademais, declarações das pessoas acima elencadas demonstram que as dispensas foram efetivadas com abuso do poder político e de autoridade, fundamentadas no fato destes servidores não apoiarem a candidatura do prefeito municipal e candidato à reeleição, Paulo Batista Machado.

Nesses termos, a demissão dos servidores em período vedado caracteriza o abuso de poder político, configurando irregularidade que justifica a cassação dos mandatos do candidato à reeleição.

A alegação de que o Município de Senhor do Bonfim estava com insuficiência financeira para arcar com a remuneração dos servidores não pode

LivroPopulos.indb 675 23/10/2015 09:53:34

ser acatada, pois não configura hipótese enumerada no art. 73, inciso V da Lei nº 9.504/97 e não foi a causa determinante, mas a influência do poder político de forma indevida.

É o que se extrai da declaração prestada pela srª. Andelize da Conceição perante o Ministério Público (fl. 21):

> (...) que a alegação para demissão por corte de despesas não procede, pelo fato de os plantões terem sido remanejados para outros enfermeiro e serão pagos da mesma forma, bem como foram admitidos nos últimos dias outros funcionários, a exemplo de um socorrista; (...).

Impende ainda destacar a responsabilidade da segunda representada, Camila Maria Libório Machado, Secretária de Assistência Social do Município de Senhor do Bonfim.

Ora, a referida Secretária de Ação Social, conforme depoimentos colhidos das testemunhas exerceu grande pressão e coação sobre seus subordinados, para que votassem no seu pai e prefeito, Paulo Batista Machado, primeiro representado, bem como os obrigando a participarem ativamente da sua campanha eleitoral, sob pena de serem despedidos. Portanto, penso que deve ser mantida a declaração de inelegibilidade da segunda recorrente.

De igual modo, em que pese os recorrentes sustentarem ser necessário que as condutas ilícitas tenham potencialidade de influenciar no resultado do pleito, vale ressaltar que procedente a representação com fulcro no abuso do poder de autoridade, deve ser mantida a declaração de inelegibilidade dos representados, independentemente da potencialidade do fato para alterar o resultado da eleição, mas considerando-se apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

Neste sentido é a regra dos incisos XIV e XVI do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90:

> *Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou **Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral**, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou **abuso** do poder econômico ou do **poder de autoridade**, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, **em benefício de candidato ou de partido político**, obedecido o seguinte rito:*
> ...

LivroPopulos.indb 676 23/10/2015 09:53:34

> *XIV – **julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou,** além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou **pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação,** determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;*
> *XVI – **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**.* (grifos nossos).

Sendo este o entendimento do TSE, conforme se infere dos seguintes julgados:

> ELEIÇÕES 2014. CONDUTA VEDADA. ART. 73, VI, "B". LEI DAS ELEIÇÕES. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIVULGAÇÃO DE VÍDEOS DE PROPAGANDA NA INTERNET. PERÍODO CRÍTICO ELEITORAL. USO DE LOGOMARCA DO GOVERNO FEDERAL. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL.
> (...)
> MÉRITO
> (...).
> 11. "A conduta vedada prevista no art. 73, VII, "b", da Lei 9.504/1997 independe de potencialidade lesiva apta a influenciar o resultado do pleito, bastando a sua mera prática para atrair as sanções legais" (REspe 44786, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgamento em 4.9.2014).
> (...)
> CONCLUSÕES
> Representação: a) extinta sem resolução do mérito em relação aos Representados Dilma Rousseff, Michel Temer e Thomas Timothy Traumann, por ilegitimidade passiva; b) procedente em parte, para, confirmando a liminar em maior extensão, determinar que o Presidente do Banco do Brasil efetive não apenas a retirada da logomarca do Governo Federal dos vídeos, mas também imponha a obrigação de suspender definitivamente as veiculações por qualquer forma; e, c) improcedente em relação ao pedido de aplicação de multa em relação ao Presidente do Banco do Brasil.
> (RP - Representação nº 81770 - Brasília/DF. Relator(a) Min.

LivroPopulos.indb 677 23/10/2015 09:53:34

Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. Acórdão de 01/10/2014, Publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 23/10/2014, Tomo 200, Páginas 16-17). (grifos nossos).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DO REQUISITO DA POTENCIALIDADE. INOVAÇÃO DE TESE. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.
1. É incabível a inovação de tese na via do agravo regimental. Precedentes.
2. Nos três meses que antecedem o pleito, impõe-se a total vedação à publicidade institucional, independentemente de haver em seu conteúdo caráter informativo, educativo ou de orientação social (art. 37, § 1º, da CF/88), ressalvadas as exceções previstas em lei.
3. A conduta vedada prevista no art. 73, VII, b, da Lei 9.504/97 independe de potencialidade lesiva apta a influenciar o resultado do pleito, bastando a sua mera prática para atrair as sanções legais.
4. Agravo regimental não provido.
(AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 44786 - Valparaíso/SP. Relator(a) Min. João Otávio de Noronha. Acórdão de 04/09/2014, Publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 23/9/2014, Tomo 178, Páginas 45/46). (grifos nossos).

Portanto, não houve o apontado equívoco na decisão objurgada quanto à declaração de inelegibilidade dos recorrentes pelo prazo de 8 (oito) anos.

Ante o exposto, com fulcro nas razões retro delineadas, voto pelo não provimento do recurso.

É como voto.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 22 de janeiro de 2015.

João de Melo Cruz Filho
Juiz Relator

LivroPopulos.indb 678 23/10/2015 09:53:34

Propaganda

LivroPopulos.indb 679 23/10/2015 09:53:34

ACÓRDÃO

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N° 35.021 (46926-55.2008.6.00.0000) — CLASSE 32 - NOVO HAMBURGO - RIO GRANDE DO SUL
Relator originário: Ministro João Otávio de Noronha
Redator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli
Recorrente: Ministério Público Eleitoral
Recorridos: Tarcisio João Zimmermann e outros
Advogados: Maritânia Lúcia Dallagnol e outros

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2008. PREFEITO E VEREADOR. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. DISTRIBUIÇÃO DE PROPAGANDA IMPRESSA. SANTINHOS. ESCOLA PÚBLICA. PROIBIÇÃO. ART. 37 DA LEI N° 9.504/97. MULTA. PROVIMENTO.

A distribuição de santinhos em escola pública configura propaganda eleitoral irregular, nos termos do art. 37 da Lei n° 9.504/97.

Recurso especial provido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em prover o recurso nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 3 de março de 2015.

MINISTRO DIAS TOFFOLI – REDATOR PARA O ACÓRDÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA: Senhor Presidente, trata-se de recurso especial eleitoral interposto pelo Ministério Público Eleitoral contra acórdão proferido pelo TRE/RS assim ementado (fl. 77):

> Recurso. Propaganda eleitoral irregular em bem público.
> O estabelecimento de sanção pecuniária pela fixação de cartaz em bem público deve ser precedido de notificação do interessado para retirá-la ou recompor o bem lesado. A finalidade da norma, ao coibir propaganda em bem público, é evitar a danificação a esse patrimônio, o que não se configura com a distribuição de panfletos.
> Provimento negado.

LivroPopulos.indb 681 23/10/2015 09:53:34

Na origem, a Coligação Amor por Novo Hamburgo propôs representação em desfavor de Simone de Azevedo Moura (candidata ao cargo de vereador do Município de Novo Hamburgo/RS nas Eleições 2008), de Tarcisio Zimermann (candidato ao cargo de prefeito no referido pleito) e da Coligação Meu Coração Diz Sim pela suposta prática de propaganda eleitoral irregular, nos termos do art. 37, *caput e* § 1°, da Lei 9.504/97.

Alegou que houve a afixação de cartazes e a distribuição de santinhos e folhetos de propaganda eleitoral dos recorridos no interior de escola municipal, considerada bem público.

Em primeiro grau de jurisdição, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, absolvendo-se os representados Tarcísio Zimermann e Coligação Meu Coração Diz Sim, tendo em vista a inexistência de prova nos autos acerca de seu prévio conhecimento sobre a propaganda irregular, e condenando-se a representada Simone de Azevedo Moura, deixando-se, contudo, de aplicar-lhe multa em razão do cumprimento da exigência disposta no § 1° do art. 37 da Lei 9.504/87 (fls. 47-55).

O TRE/RS negou provimento ao recurso eleitoral do Ministério Público e consignou que em relação às propagandas afixadas nas paredes da escola, houve a restauração do bem, o que afasta a aplicação da multa. Quanto à distribuição de propaganda no interior da escola, assentou que a conduta não ensejaria a aplicação de sanção pecuniária, pois a "propaganda em bem público [...] deve ser no próprio bem" (fl. 81), isto é, por meio da afixação de cartazes e faixas ou de pintura ou inscrição a tinta.

Em suas razões (fls. 87-94), o recorrente aduziu, em síntese, que:

a) no acórdão recorrido, violou-se o art. 37, *caput e §* 1°, da Lei 9.504/97, pois o referido dispositivo é claro ao proibir a veiculação de propaganda de qualquer natureza em bens públicos. Assim, a distribuição de santinhos no recinto de escola pública constitui irregularidade punível com multa;

b) a expressa proibição de propaganda mediante pichação, inscrição a tinta, fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados não possui natureza exaustiva e, portanto, não se restringe a essas hipóteses;

c) a restauração do bem como condição para o afastamento da multa - prevista no art. 37, § 1º da Lei 9.504/97 - não se aplica na espécie, haja vista a irreversibilidade da conduta;

d) há dissídio jurisprudencial em relação a julgados do Tribunal Superior Eleitoral, que, no exame de hipóteses análogas, entendeu que a distribuição de material de propaganda no âmbito de bem público viola o art. 37 da Lei 9.504/97.

Os recorridos apresentaram contrarrazões, nas quais sustentaram que (fls. 115-121):

LivroPopulos.indb 682 23/10/2015 09:53:34

a) a Lei 11.300/2006 – que alterou a redação do art. 37, *caput* e § 1°, da Lei 9.504/97 – restringiu a aplicação da multa somente aos casos em que não há restauração do bem;

b) as decisões citadas para fundamentar o dissídio jurisprudencial foram proferidas antes do advento da Lei 11.300/2006, motivo pelo qual não incidem na hipótese dos autos.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 125-129).

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (relator): Senhor Presidente, na espécie, conforme assentado no acórdão regional, é incontroverso que a recorrida Simone de Azevedo Moura praticou ato de propaganda eleitoral, mediante a distribuição de material de campanha ("santinhos") em escola municipal, considerada bem público.

O TRE/RS consignou que a conduta não ensejaria a aplicação de sanção pecuniária, pois a "propaganda em bem público [...] deve ser no próprio bem" (fl. 81), isto é, por meio da afixação de cartazes e faixas ou de pintura ou inscrição a tinta.

A controvérsia dos autos cinge-se, então, à abrangência da vedação contida no art. 37 da Lei 9.504/97, ao estabelecer que:

> Art. 37. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos de uso comum, inclusive postes de iluminação pública e sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, *é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta, fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados.* (sem destaque no original)

Resta saber, portanto, o que estaria compreendido na expressão "propaganda de qualquer natureza".

Inicialmente, destaco que há precedentes antigos desta Corte no sentido de que a distribuição de panfletos de propaganda eleitoral no interior de prédio público é proibida pelo art. 37 da Lei 9.504/97. Transcrevo as ementas:

LivroPopulos.indb 683 23/10/2015 09:53:34

> RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. DISTRIBUIÇÃO DE PANFLETOS NO INTERIOR DE ESCOLA PÚBLICA. HORÁRIO ESCOLAR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 37, § 1°, DA LEI N° 9.504/97. PENA DE MULTA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA.
> *- A distribuição de propaganda eleitoral em escola pública, por meio de distribuição de panfletos, viola o art. 37, § 1°, da Lei n° 9.504/97. Precedente. [...]*
> *(REspe 25.682/MG, Rel. Min. Gerardo Grossi, DJ de 14.9.2007)*
> (sem destaque no original).

> **PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. DISTRIBUIÇÃO DE FOLHETOS EM ESCOLA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.** PRÉVIO CONHECIMENTO CONFIRMADO PELA CERTEZA DA AUTORIA DO ATO VEDADO. ARTS. 14 E 72, PARÁGRAFO ÚNICO, DA RESOLUÇÃO-TSE N° 21.610.
> (AAg 5.348/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ de* 1°.4.2005) (sem destaque no original).

Há, ainda, outro julgado, mais recente, no sentido de que a realização de discurso de propaganda eleitoral no interior de templo religioso também é vedada pelo art. 37 da Lei 9.504/97:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA ELEITORAL. BEM DE USO COMUM. TEMPLO RELIGIOSO. MULTA. DESPROVIMENTO.
> 1. Afirmada, no acórdão regional, a realização de publicidade eleitoral em templo religioso, em desacordo com o art. 37, § 4°, da Lei n° 9.504/97, a alteração dessa premissa esbarra nos óbices previstos nas Súmulas n^{os} 7/STJ e 279/STF.
> 2. Agravo regimental desprovido.
> (AgR-Al n° 15028, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 7.11.2013).

Ressalto que participei do referido julgamento, aderindo ao voto do e. Ministro Relator. Entretanto, analisando a matéria mais detidamente, entendo, com as mais respeitosas vênias, que o art. 37 da Lei 9.504/97 não possui tamanha abrangência.

Com efeito, o texto originário do *caput* do art. 37 da Lei 9.504/97 dispunha que nos bens públicos (bens pertencentes ao Poder Público, bens objeto de cessão ou permissão pública e bens de uso comum) era proibida a pichação, a inscrição a tinta e a veiculação de propaganda, ressalvada a fixação de placas, faixas e assemelhados nos postes, viadutos e pontes, desde que não lhes causasse danos ou dificultasse o uso. Confira-se:

LivroPopulos.indb 684 23/10/2015 09:53:34

> Art. 37. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do Poder Público, ou que a ele pertençam, e nos de uso comum, é *vedada a pichação, inscrição a tinta e a veiculação de propaganda, ressalvada a fixação* de placas, estandartes, faixas e assemelhados nos postes de iluminação pública, viadutos, passarelas e pontes, *desde que* não lhes cause dano, dificulte ou impeça o seu uso e o bom andamento do tráfego.

Observa-se, então, que o dispositivo vedava inscrições feitas diretamente no bem público (pichações e pinturas), mas permitia a fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados nos equipamentos públicos desde que não causasse dano ao patrimônio público. De todo modo, depreende-se que a norma se referia apenas a propagandas de cunho visual, sejam as feitas diretamente no próprio bem público ou as realizadas por meio de artefatos afixados nele.

Com o advento da Lei 11.300/2006, que alterou o *caput* e o § 1º do art. 37 da Lei 9.504/97, restringiu-se ainda mais a possibilidade de realização de propaganda eleitoral em bens públicos, pois se incluiu na proibição a fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados, anteriormente permitida. Transcrevo:

> Art. 37. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos de uso comum, inclusive postes de iluminação pública e sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda *de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta, fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados*. (sem destaque no original).

Entendo, pedindo vênia aos que pensam em contrário, que apesar de a nova redação ter incluído a expressão "é vedada a veiculação de propaganda *de qualquer natureza*", a norma não abrange literalmente as propagandas de qualquer natureza. O dispositivo, a meu ver, seguindo a linha do que estabelecia a redação anterior, ainda se refere apenas àquelas propagandas de cunho visual colocadas no bem público, pois logo em seguida à expressão "de qualquer natureza" há a exemplificação das espécies abrangidas: "inclusive pichação, inscrição à tinta, fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados".

Há outra razão, ainda, que motiva minha mudança de entendimento com relação ao precedente de relatoria do e. Ministro Dias Toffoli.

Nos termos do art. 99 do Código Civil são bens públicos: a) os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; b) os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal,

LivroPopulos.indb 685 23/10/2015 09:53:34

inclusive os de suas autarquias; c) os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público. O art. 37, § 4°, da Lei 9.504/97 acrescenta, ainda, como bens de uso comum do povo, para fins eleitorais, aqueles aos quais a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada.

Pois bem. Nesse contexto, a interpretação do art. 37, *caput,* da Lei 9.504/97 no sentido de que abrangeria **qualquer** propaganda eleitoral em bem público, tal como distribuição de santinhos ou realização de discurso, levaria à vedação desses tipos de propaganda não apenas no interior de prédios públicos e templos, mas também em ruas e praças públicas, bens públicos de uso comum por excelência, o que me parece não ser o objetivo da norma. Afinal, como proibir a distribuição de santinhos nas ruas, como vedar a realização de discursos para captação de votos em praças públicas?

Aliás, no tocante à distribuição de santinhos, caso dos autos, verifica-se que o art. 38 da Lei 9.504/97 dispõe que é livre, sendo desnecessária, inclusive, a obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral. Confira-se:

> Art. 38. Independe da obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral a veiculação de propaganda eleitoral pela distribuição de folhetos, adesivos, volantes e outros impressos, os quais devem ser editados sob a responsabilidade do partido, coligação ou candidato.

Desse modo, a distribuição de folhetos de campanha em interior de prédio público não viola o art. 37 da Lei 9.504/97, porquanto nessas hipóteses não há afixação de publicidade no próprio local (paredes, muros etc.), não havendo, portanto, que se cogitar em dano ao patrimônio público.

Com efeito, o objetivo do art. 37 da Lei 9.504/97 é assegurar a integridade do patrimônio público, evitando que equipamentos públicos sejam pintados, pichados ou tenham neles afixados artefatos de propaganda. Consoante a doutrina de Adriano Soares da Costa as restrições impostas à propaganda eleitoral visam coibir não só os danos de ordem patrimonial, mas também estética e cultural, preocupando-se o legislador com a limpeza das cidades e com o meio ambiente.

Além disso, ressalte-se que para a imposição da multa por propaganda eleitoral em desconformidade com o *caput do* art. 37 da Lei 9.504/97 é exigida a prévia notificação para sua retirada, assim como a ausência de restauração do bem (art. 37, § 1°). Assim, a própria sanção relativa à violação do art. 37 depende da ausência de restauração do bem, por meio da retirada da propaganda. Nesse contexto, apenas se poderia

LivroPopulos.indb 686 23/10/2015 09:53:34

cogitar de retirar as propagandas realizadas por meio de artefatos visuais colados, pintados ou afixados no bem público, não podendo, portanto, ser abrangida outra espécie de propaganda como a distribuição de folhetos ou a realização de discurso.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial eleitoral.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): Ministro João Otávio de Noronha, eu peço vênia a Vossa Excelência, citando o precedente do agravo regimental no agravo de instrumento n° 5348, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e presidência do Ministro Sepúlveda Pertence.

Leio a ementa:

> PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. DISTRIBUIÇÃO DE FOLHETOS EM ESCOLA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. PRÉVIO CONHECIMENTO CONFIRMADO PELA CERTEZA DA AUTORIA DO ATO VEDADO. ARTS. 14 E 72, PARÁGRAFO ÚNICO, DA RESOLUÇÃO-TSE N° 21.610.
> Agravo Regimental a que se nega provimento.
> (AgR-AI n° 5348, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, *DJ* de 1°.4.2005).

Agravo regimental que o eminente Ministro Gilmar Mendes, então relator naquele caso, negou provimento.

A minha preocupação é que se entre numa escola pública e comece a distribuir santinhos.

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (relator): No meu voto, cito o precedente de Vossa Excelência e digo:

> Ressalto que participei do referido julgamento, aderindo ao voto do e. Ministro Relator. Entretanto, analisando a matéria mais detidamente, entendo, com as mais respeitosas vênias, que o art. 37 da Lei 9.504/97 não possui tamanha abrangência. Com efeito, o texto originário do *caput* do art. 37 da Lei 9.504/97 dispunha que nos bens públicos (bens pertencentes ao Poder Público, bens objeto de cessão ou permissão pública e bens de uso comum) era proibida a pichação, a inscrição a tinta e a veiculação de propaganda, ressalvada a fixação de placas, faixas e assemelhados nos postes, viadutos e pontes, desde que não lhes causasse danos ou dificultasse o uso. Confira-se:

LivroPopulos.indb 687 23/10/2015 09:53:34

> Art. 37. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do Poder Público, ou que a ele pertençam, e nos de uso comum, é vedada a pichação, inscrição a tinta e a veiculação de propaganda, ressalvada a fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados nos postes de iluminação pública, viadutos, passarelas e pontes, desde que não lhe cause dano, dificulte ou impeça o seu uso e o bom andamento do tráfego.

Observa-se, então, que o dispositivo vedava inscrições feitas diretamente no bem público (pichações e pinturas), mas permitia a fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados nos equipamentos públicos desde que não causasse dano ao patrimônio público. De todo modo, depreende-se que a norma se referia apenas a propagandas de cunho visual, sejam as feitas diretamente no próprio bem público ou as realizadas por meio de artefatos afixados nele.

Com o advento da Lei 11.300/2006, que alterou o *caput* e o § 1° do art. 37 da Lei 9.504/97, restringiu-se ainda mais a possibilidade de realização de propaganda eleitoral em bens públicos, pois se incluiu na proibição a fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados, anteriormente permitida. Transcrevo:

> Art. 37. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos de uso comum, inclusive postes de iluminação pública e sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos**,** *é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta, fixação de placas, estandartes, faixas eassemelhados.* (sem destaque no original).

Entendo, pedindo vênia aos que pensam em contrário, que apesar de a nova redação ter incluído a expressão "é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza", a norma não abrange literalmente as propagandas de qualquer natureza. O dispositivo, a meu ver, seguindo a linha do que estabelecia a redação anterior, ainda se refere apenas àquelas propagandas de cunho visual colocadas no bem público, pois logo em seguida à expressão "de qualquer natureza" há a exemplificação das espécies abrangidas: "inclusive pichação, inscrição à tinta, fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados".

Ainda que eu queira alongar, e no texto está de modo exemplificativo, não há nenhum exemplo que tenha a natureza que compare à distribuição de mera propaganda, de meros folhetos. É coisa muito distinta. Prossigo:

LivroPopulos.indb 688 23/10/2015 09:53:34

> Há outra razão, ainda, que motiva minha mudança de entendimento com relação ao precedente de relatoria do e. Ministro Dias Toffoli.
> Nos termos do art. 99 do Código Civil são bens públicos: a) os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; b) os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; c) os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público. O art. 37, § 4°, da Lei 9.504/97 acrescenta, ainda, como bens de uso comum do povo, para fins eleitorais, aqueles aos quais a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada.
> Pois bem. Nesse contexto, a interpretação do art. 37, *caput,* da Lei 9.504/97 no sentido de que abrangeria qualquer propaganda eleitoral em bem público, tal como distribuição de santinhos ou realização de discurso, levaria à vedação desses tipos de propaganda não apenas no interior de prédios públicos e templos, mas também em ruas e praças públicas, bens públicos de uso comum por excelência, o que me parece não ser o objetivo da norma. Afinal, como proibir a distribuição de santinhos nas ruas, como vedar a realização de discursos para captação de votos em praças públicas?
> Aliás, no tocante à distribuição de santinhos, caso dos autos, verifica-se que o art. 38 da Lei 9.504/97 dispõe que é livre, sendo desnecessária, inclusive, a obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral. Confira-se:
>
> Art. 38. Independe da obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral a veiculação de propaganda eleitoral pela distribuição de folhetos, adesivos, volantes e outros impressos, os quais devem ser editados sob a responsabilidade do partido, coligação ou candidato.

Desse modo, a distribuição de folhetos de campanha em interior de prédio público não viola o art. 37 da Lei 9.504/97, porquanto nessas hipóteses não há afixação de publicidade no próprio local (paredes, muros etc), não havendo, portanto, que se cogitar em dano ao patrimônio público.

Uma coisa é distribuir panfletos que no final da tarde serão jogados no lixo, não ficarão na parede.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): Ministro João Otávio de Noronha, o candidato pode entrar aqui no Tribunal Superior Eleitoral e sair distribuindo santinho? Pode entrar no Superior Tribunal de

LivroPopulos.indb 689 23/10/2015 09:53:34

Justiça? Pode entrar numa repartição pública e sair distribuindo santinho? Ainda mais em uma escola, atrapalhando a concentração dos estudantes.

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (relator): Estou interpretando a lei. A lei limitou o que era vedado. A lei não dispôs desse tipo. A lei, quando exemplifica, dá o que ela quis proibir, ela dá a intenção.

O Tribunal Superior Eleitoral ó outra coisa. Não vamos falar do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, não é essa a questão. Mas numa escola... até porque não há proibição quanto a isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Essa interpretação literal está muito longe da razão de ser do dispositivo.

O artigo 37, *ad exemplum,* cita viadutos, passarelas, paradas de ônibus ou a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, não exclui as demais.

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (relator): Com a devida vênia, Ministro Luiz Fux, o artigo 37 exemplifica e dá nessa interpretação extensiva, que há de se fazer, devemos nos ater aquilo que a lei quis dizer e por isso ele traz a exemplificação. Nenhum daqueles tipos, tais como, se enquadram, com a devida vênia, a essa distribuição de propaganda.

Acredito que estamos indo além do que dispõe a lei para criar restrições a direitos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): A verdade é que a maioria dos candidatos cumpre a não distribuição de santinhos em locais públicos. A prevalecer a posição de Vossa Excelência, a partir das próximas eleições, todos os locais públicos terão paqueiros entrando nas escolas públicas e distribuindo santinhos. As faculdades, as escolas públicas serão invadidas.

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (relator): No estádio público não pode? A rua não é bem público? No Mineirão, que é um bem do Estado, está lá aquele jogo colossal do Cruzeiro Esporte Clube lotado, como sempre, e ninguém poderá distribuir santinhos?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): Vossa Excelência está confundindo o local público de uso comum.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, a lei é de 1997 e a jurisprudência do Tribunal é de 2007 e no REspe n° 25682, de relatoria do Ministro José Geraldo Grossi é textual: "a distribuição de propaganda eleitoral em escola pública, por meio de distribuição de panfletos, viola o art. 37 da Lei n° 9.504/97".

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (presidente): Apenas concluo o meu voto no sentido de, pedindo vênia ao eminente relator, dar

LivroPopulos.indb 690 23/10/2015 09:53:34

provimento ao recurso do Ministério Público Eleitoral para julgar procedente a representação e condenar todos os representados ao pagamento da multa no valor de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

É como voto.

LivroPopulos.indb 691 23/10/2015 09:53:34

LivroPopulos.indb 692 23/10/2015 09:53:34

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N° 1040-75. 2012.6.05.0122 — CLASSE 32 - PORTO SEGURO - BAHIA

Relator: Ministro Gilmar Mendes
Agravante: Rádio Porto Brasil FM Estéreo Ltda.
Advogados: Fabiano Almeida Resende e outros
Agravadas: Coligação Vamos Cuidar de Porto Seguro e outra
Advogados: Luiz Tadeu de Souza Nunes e outra

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA. CARACTERIZAÇÃO ANTE O DESVIRTUAMENTO DO CONTEÚDO DO PROGRAMA DE RÁDIO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

1. Juízo primeiro de admissibilidade do recurso especial eleitoral: ausência de usurpação de competência do TSE.
2. A veiculação de programa de rádio de conteúdo ofensivo e depreciador com intuito de desconstruir a imagem de candidato ao pleito viola o art. 45, inciso III, da Lei n° 9.504/1997. Na linha da jurisprudência do TSE, "a livre manifestação do pensamento, a liberdade de imprensa e o direito de crítica não encerram direitos ou garantias de caráter absoluto, atraindo a sanção da lei eleitoral, *a posteriori,* no caso de ofensa a outros direitos, tais como os de personalidade" (AgR-AI n° 42-24/PR, rel. Min. Castro Meira, julgado em 17.9.2013).
3. As razões do agravo regimental são mera repetição das alegações apresentadas no agravo de instrumento e no recurso especial, que teve seguimento negado.
4. Decisão agravada mantida por seus fundamentos.
5. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o agravo regimental, nos temos do voto do relator.

Brasília, 26 de fevereiro de 2015.

MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhores Ministros, na origem, a Coligação Vamos Cuidar de Porto Seguro e Cláudia Silva Santos Oliveira ajuizaram representação com pedido de liminar contra a Rádio Porto

LivroPopulos.indb 693 23/10/2015 09:53:34

Brasil FM Estéreo Ltda. e Ubaldino Pinto Júnior por propaganda eleitoral negativa mediante a divulgação em programa de rádio de mensagem com conteúdo ofensivo e difamatório.

O pedido foi julgado parcialmente procedente para aplicar multa no valor de R$21.282,00 (vinte e um mil, duzentos e oitenta e dois reais) à Rádio Porto Brasil FM Estéreo Ltda., nos termos do art. 27, § 2°, da Res.-TSE n° 23.370/2011 (fls. 71-76).

Interposto recurso, o Tribunal Regional Eleitoral da Bahia negou-lhe provimento. O acórdão está assim ementado (fl. 97):

> Recurso. Representação. Propaganda eleitoral negativa. Ação julgada parcialmente procedente. Aplicação de multa. Pedido de reforma de sentença. Tentativa de denegrir imagem de candidato. Vedação do art. 45, III da Lei n° 9.504/97. Imposição de multa à rádio. Manutenção da decisão. Desprovimento. Nega-se provimento a recurso, aplicando-se à recorrente a multa prevista no art. 45, § 2° da Lei n° 9.504/97 porquanto, veiculadas, durante a programação da emissora, críticas que denotam a intenção de criar uma imagem negativa da candidata da coligação recorrida.

Irresignada, a Rádio Porto Brasil FM Estéreo Ltda. protocolou recurso especial eleitoral (fls. 108-114), fundamentado no art. 276, inciso I, alínea a, do Código Eleitoral e no art. 121, § 4°, da CF/1988. Apontou violação do art. 5°, incisos IV e IX, da Carta da República, por ter sido restringida sua liberdade de expressão e de imprensa. Alegou que a mensagem divulgada apenas veiculara fatos notórios de repercussão nacional com a intenção de prestar esclarecimentos aos ouvintes e não de depreciar a imagem da recorrida Cláudia Silva Santos Oliveira.

Pleiteou o provimento do recurso para que a representação fosse julgada improcedente.

A presidente do TRE/BA inadmitiu o recurso especial, por entender não preenchidos os pressupostos específicos de admissibilidade, por estar a decisão regional em consonância com o entendimento do TSE e pela impossibilidade de reexame do conjunto probatório (fls. 117-119).

Contra essa decisão, a Rádio Porto Brasil FM Estéreo Ltda. apresentou agravo de instrumento (fls. 122-126). Afirmou, em suma, o atendimento a todos os requisitos para a admissão do apelo e que a decisão a qual negou seguimento ao agravo de instrumento usurpara a competência do TSE.

A Procuradoria-Geral Eleitoral exarou parecer pelo não conhecimento do agravo (fls. 139-141).

LivroPopulos.indb 694 23/10/2015 09:53:35

Pela decisão de fls. 143-147, neguei seguimento ao recurso especial por entender que as peculiaridades fáticas do caso concreto revelam estar caracterizada a propaganda eleitoral negativa, em razão de o conteúdo do programa de rádio ultrapassar os limites previstos na legislação ao depreciar a imagem da candidata.

No regimental interposto às fls. 149-156, a agravante reafirma os argumentos apresentados no agravo de instrumento e no recurso especial, de que o presidente do Regional na decisão de admissibilidade do especial haveria usurpado a competência do TSE, tendo em vista que adentrou no mérito do recurso, e de que a conduta da rádio estaria amparada pela liberdade de expressão e de imprensa.

Pleiteia a reconsideração do pronunciamento "atacado ou a submissão do regimental ao Colegiado, para ser provido, acolhendo-se o pedido formulado no especial.

Os autos vieram-me conclusos e, em 11.12.2014, foram recebidos no gabinete.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (relator): Senhores Ministros, mantenho a decisão agravada por seus fundamentos, *verbis* (fls. 145-147):

> Inicialmente, não merece acolhida a alegação de que houve invasão da competência deste Tribunal Superior pelo juízo primeiro de admissibilidade do recurso especial eleitoral, pois "o Tribunal a *quo* pode adentrar no mérito recursal sem que isso implique usurpação de competência do TSE, uma vez que esta Corte não está vinculada ao juízo de admissibilidade realizado na instância de origem" (AgR-AI n° 325-06/PR, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 7.11.2013).
> O Tribunal Regional Eleitoral, ao analisar o conjunto probatório dos autos, concluiu que, a mensagem divulgada pela Rádio consistia em propaganda eleitoral negativa com intuito de desconstruir a imagem de candidato, tendo em vista seu teor abusivo e depreciador. Extraio do acórdão regional (fls.101-104):
> Com efeito, tenho que a decisão zonal não comporta reforma, uma vez que no programa impugnado, a rádio recorrida, de fato, violou a legislação eleitoral ao difundir opinião contr4ria a candidato, incutindo nos ouvintes uma imagem negativa da candidata à prefeitura de Porto Seguro no pleito de 2012.

LivroPopulos.indb 695 23/10/2015 09:53:35

[...]
Vale registro de que é de nenhuma substância o argumento da recorrente no que diz respeito à notoriedade dos fatos apresentados no programa da rádio, tendo em vista que esta não se restringiu a veicular a notícia. Na oportunidade, de modo diverso, expôs argumentos abusivos e depreciadores acerca do ocorrido, fazendo referência à carreira política da candidata, o que toma incontroversa a ocorrência de propaganda eleitoral negativa.
Conforme a transcrição de fls. 18/24, referente ao "Programa Livre", veiculado, em 6.9.2012, pela Porto Brasil FM Estéreo LTDA. conduzido pelos locutores Ubaldino e Gabiru, constata-se que os radialistas referiam-se à Sra. Claudia Silva Santos Oliveira desqualificando-a em função dos seus feitos.

Destacam-se os seguintes trechos:

Ubaldino: *Inclusive a deputada Claudia teve* domingo na *feira do Baianão circulando pela feira quando ela foi vaiada muita gente gritava 'Olha o agulhão aí gente.* (fl. 19)
Gabiru: *...criou e se estabeleceu uma crise política na campanha da deputada Claudia Oliveira e isso é inquestionável, é admitido até pelos próprios aliados da deputada. (*fl. 19)
Ubaldino: *Olha, Gabiru, eu tava em* Salvador, *cheguei ontem* à *tarde, e no meio político em Salvador eu visitei* muitas *lideranças, deputados, tive em vários lugares em Salvador e as pessoas não conseguem entender porque ela insistiu na mentira (...) ela falar que vai desviar a metade do dinheiro de uma ponte já é motivo para cassar o seu mandato, agora o mais grave que isso é ela é pega, quando ela é desmascarada com esse vídeo bombástico que ela fala que vai roubar metade do dinheiro foi* a *desculpa* esfarrapada *que ala arrumou. Essa* desculpa *esfarrapada dizendo que ala não falou bilhão, isso que virou piada nacional. Por que ela quer brincar com* a inteligência *das pessoas, é ala brincar, insultar as pessoas. (fl.* 19)
Ubaldino: *..sabe o que ela faz Gabiru, vou falar uma linguagem bem do conhecimento geral, ê a mesma coisa que um neném tivesse sujo da coco e você for limpar a bundinha da dele com mais coco ainda, que ai lambuza tudo.* (fl.19)
Ubaldino: *A desculpa á tão desmoralizante que virou piada, e aí o meio político, os experts da política fala: 'Quem foi que orientou essa deputada a fazer literalmente essa cagada?.' Porque foi sem dúvida nenhuma o termo da palavra é essa, ala consertar uma merda com outra grande merda.* (fl.19). (grifos nossos)

LivroPopulos.indb 696 23/10/2015 09:53:35

> Não há dúvida de que os documentos acima elencados fazem prova suficiente de que foram feitos comentários pejorativos á recorrida em período expressamente vedado.
> É certo que as explanações atendem a denegrir a imagem da recorrida, privilegiando candidato de corrente contrária, em violação ao disposto no artigo 45, III da Lei n° 9.504/97, que veda a difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, a partir de 1° de julho do ano da eleição.

Da moldura fática delineada pelo TRE, depreende-se que, de fato, o conteúdo ultrapassou os limites previstos na legislação, portanto, é inviável o reenquadramento jurídico dos fatos para o fim de afastar a multa aplicada. Nesse sentido, cito julgados a seguir:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMISSORA DE RÁDIO. TRATAMENTO PRIVILEGIADO. CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO.
> 1. As conclusões da decisão agravada que não foram especificamente impugnadas devem ser mantidas por seus próprios fundamentos.
> 2. A veiculação de programa de rádio em que o entrevistado atribuiu características pejorativas, além de acusações graves, a candidato caracteriza o ilícito previsto no art. 45, IV, da Lei 504/97, na medida em que se dá tratamento privilegiado aos demais candidatos da disputa eleitoral, que não foram alvo de críticas e acusações públicas no espaço concedido pela emissora.
> 3. Reavaliar os critérios utilizados pelo Tribunal *a quo* para a fixação do valor da multa acima do mínimo legal, a fim de minorar o quantum fixado, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que ê incabível em sede de recurso especial, nos termos das Súmulas n^{os} 7/STJ e 279/STF.
> 4. Agravo regimental desprovido.
> (AgR-AI n° 26677/ES, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 19.12.2013).

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO REGIMENTAL DE INSTRUMENTO. ELEIÇÔES 2010. PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA. INTERNET. DESPROVIMENTO.
> 1. Na espécie, o TRE/SP consignou que a irregularidade consiste na divulgação, em sítio da internet, de material calunioso e ofensivo contra a honra e a dignidade dos agravados, conduta vedada pelos arts. 45, III, § 2°, e 57-C, § 2°, da Lei 9.504/97, e 14, IX, da Res.-TSE 23.191/2010, e que extrapola o livre exercício da liberdade de expressão e de informação.
> 2. O acórdão recorrido não merece reparos porquanto alinhado com a jurisprudência do TSE de que a livre manifestação do

LivroPopulos.indb 697 23/10/2015 09:53:35

> pensamento, a liberdade de imprensa e o direito de crítica não encerram direitos ou garantias de caráter absoluto, atraindo a sanção da lei eleitoral no caso de seu descumprimento (Rp n° 1975-05/DF, Rel. Min. Henrique Neves, PSESS de 2.8.2010).
> 3. O STF, no julgamento da ADI 4.451/DF, manteve a parcial eficácia do art. 45, III, da Lei 9.504/97 e concluiu que o direcionamento de críticas ou matérias jornalísticas que impliquem propaganda eleitoral favorável a determinada candidatura, com a consequente quebra da isonomia no pleito, permanece sujeito ao controle *a posteriori* do Poder Judiciário.
> 4. O pedido para redução da multa não merece conhecimento, pois constitui verdadeira inovação de tese recursal, vedado em sede de agravo regimental (AgR-REspe 82-19/PE, de minha relatoria, PSESS de 29.11.2012). De todo modo, a agravante não indicou qualquer elemento que demonstre a desproporcionalidade ou a irrazoabilidade da multa.
> 5. Agravo regimental não provido.
> (AgR-AI nº 800533/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18.4.2013).
>
> Propaganda eleitoral antecipada.
> 1. Não há violação ao art. 275, I e II, do Código Eleitoral, pois a Corte de origem, de forma fundamentada, assentou que, segundo a Lei n° 9.504/97, a propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição, não prevendo marco temporal anterior
> 2. Configuram propaganda eleitoral antecipada negativa críticas que desbordam os limites da liberdade de informação, em contexto indissociável da disputa eleitoral do pleito vindouro.
> Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgR-REspe n° 3967112/MG, rel. Min. Arnaldo Versiani, julgado em 10.2.2011).

De fato, o TSE já sedimentou o entendimento de que "é possível o Tribunal de origem, em análise de admissibilidade, apreciar o mérito do recurso especial eleitoral sem que isso configure usurpação de competência, sobretudo porque as decisões desta Corte Superior não estão vinculadas ao juízo de admissibilidade recursal" (AgR-AI n° 667-98/MG, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 11.9.2014).

Ademais, a decisão do TRE está em harmonia com a jurisprudência do TSE no sentido de que "a livre manifestação do pensamento, a liberdade de imprensa e o direito de crítica não encerram direitos ou garantias de caráter absoluto, atraindo a sanção da lei eleitoral, a *posteriori,* no caso de ofensa a outros direitos, tais como os de personalidade. Precedentes: Rp 1975-05/DE, Rel. Min. Henrique Neves, PSESS de 2.8.2010 e AgRg-AI

LivroPopulos.indb 698 23/10/2015 09:53:35

800533, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* de 20.5.2013" (AgR-AI n° 42-24/PR, rel. Min. Castro Meira, julgado em 17.9.2013).

Por fim, ressalto que nas razões do regimental a Rádio Porto Brasil FM Estéreo Ltda. não trouxe nenhum elemento capaz de afastar os fundamentos da decisão agravada, limitando-se a reproduzir os argumentos do agravo de instrumento e do recurso especial. Incide a espécie na Súmula n° 182/STJ. Nesta linha os seguintes precedentes:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPRESENTAÇÃO. DEBATE POLÍTICO. ELEIÇÕES 2012. ACUSAÇÕES QUE SUPOSTAMENTE CONFIGURAM CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. PEDIDO DE PREVISTA NA LEGISLAÇÁO APLICAÇÃO DE MULTA NÁO DE REGENCIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INCURSÃO DO JUÍZO PRIMEIRO DE ADMISSIBILIDADE NO MÉRITO. NÃO PRECLUSÃO DO SEGUNDO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. FUNDAMENTAÇAO DEFICIENTE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO (SUMULA 182/STJ). DESPROVIMENTO.
> […]
> *2. Para afastar a decisão agravada, é necessário que seus fundamentos sejam especificamente impugnados, não sendo suficiente a mera repetição das razões trazidas no recurso especial (Súmula nº 182/STJ).*
> [...]
> Agravo regimental desprovido.
> (AgR-AI n° 714-81/SC, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22.4.2014 - grifo nosso).

> AGRAVO REGIMENTAL. REPRESENTAÇÃO. PESQUISA ELEITORAL. PRÉ-CANDIDATO. INCLUSÃO DO NOME NAS PESQUISAS. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE.
> I - Na representação ajuizada com fundamento em artigo da Lei n° 9.504/97, é cabível o recurso inominado previsto no § 8° do art. 96 da Lei n° 9.504/97 e no art. 33 da Res.-TSE n° 23.193/2009.
> II - Até a data limite para a solicitação de registro de candidatura, não há obrigatoriedade de na pesquisa constarem os nomes de todos os possíveis ou pré-candidatos. Precedente.
> III - *O recorrente limitou-se a reproduzir os argumentos já apresentados na inicial da representação, razão pela qual a decisão deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos*.
> IV - Nego provimento ao recurso.
> (AgR-Rp n° 706-28/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13.5.2010 –grifo nosso).

LivroPopulos.indb 699 23/10/2015 09:53:35

Inexistindo razões para reformar a decisão agravada, mantenho-a por seus fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

LivroPopulos.indb 700 23/10/2015 09:53:35

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 2586-26.2014.6.14.0000 – CLASSE 32 – BELÉM – PARÁ

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Agravante: Dirceu Ten Caten Pies
Advogados: Nelson Italo Garcia Monteiro e outros
Agravado: Ministério Público Eleitoral

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. FIXAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO. REDUÇÃO. NÃO PROVIMENTO.

1. A multa fixada pelo descumprimento da obrigação de fazer tem por objetivo competir o jurisdicionado a cumprir a ordem judicial, e não reparar danos ocasionados.

2. Considera-se que a multa diária fixada no importe de R$ 1.000,00 é condizente com o princípio da proporcionalidade, devendo a parte arcar com as consequências de sua inércia, uma vez que levou sete dias para cumprir a decisão judicial.

3. Agravo regimental não provido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o agravo regimental, term os do voto do relator.

Brasília, 23 de abril de 2015.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA: Senhor Presidente, trata-se de agravo regimental interposto por Dirceu Ten Caten Pies contra decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial eleitoral e reduziu a multa cominatória fixada na origem para R$ 1.000,00 (mil reais), totalizando R$ 7.000,00 (sete mil reais).

Na decisão agravada, assentou-se haver necessidade de reforma do acórdão regional para manter a relação de proporcionalidade entre as *astreintes e* a multa estabelecida em decorrência da propaganda irregular realizada em bem público, reduzindo-a.

LivroPopulos.indb 701 23/10/2015 09:53:35

Nas razões do regimental, o agravante sustentou, em resumo, que a redução da multa foi insuficiente, pois não se encontrou a proporcionalidade adequada. Alegou que a propaganda irregular se resumiu a um único cavalete colocado em local proibido. Por fim, pugnou pela reconsideração da decisão agravada ou pela submissão da matéria ao Colegiado.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (relator): Senhor Presidente, conforme assentado na decisão agravada, diante da necessidade de uma relação de proporcionalidade entre a multa cominatória e a estabelecida em decorrência de propaganda irregular realizada em bem público, entendeu-se necessária a redução das *astreintes* para R$ 1.000,00 (mil reais) por dia, totalizando R$ 7.000,00 (sete mil reais), devido ao descumprimento da decisão judicial durante sete dias, quantia que se encontra dentro do parâmetro previsto no § 1° do art. 37 da Lei 9.504/97.

No caso, a cominação da multa diária fixada na origem em R$ 14.000,00 (quatorze mil reais) buscava impedir a continuação da propaganda irregular, porquanto foi colocado cavalete em canteiro público, ofendendo o art. 37, § 5°, da Lei 9.504/97. No entanto, o cumprimento da decisão judicial somente ocorreu sete dias após o prazo de 48 horas concedido para a retirada do material.

A título de comparação demonstrou-se que, caso não houvesse a estipulação de astreintes e não tivesse sido cumprida a decisão de retirada da propaganda, o infrator estaria sujeito à sanção de R$ 2.000,00 (dois mil reais) a R$ 8.000,00 (oito mil reais). Portanto, considerou-se que a multa cominatória no importe de R$ 14.000,00 (quatorze mil reais) superava o valor da penalidade prevista para o descumprimento da obrigação principal.

Desse modo, constatou-se a ausência de observância, pelas instâncias ordinárias, dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois a irregularidade limitou-se a um cavalete e as astreintes superaram o valor da sanção pela propaganda irregular em bem público, reduzindo a multa diária para R$ 1.000,00 (mil reais) por dia, totalizando R$ 7.000,00 (sete mil reais).

Por sua vez, a alegação contida no agravo regimental de que a redução da multa cominatória foi insuficiente não pode prosperar, pois, quando o juiz fixa multa pelo descumprimento de determinada obrigação de fazer, o objetivo é que sua imposição sirva como meio coercitivo para o

LivroPopulos.indb 702 23/10/2015 09:53:35

cumprimento da obrigação. Nessa circunstância, as *astreintes* não objetivam reparar danos ocasionados, mas sim competir o jurisdicionado a cumprir a ordem da autoridade judiciária.

Dessa forma, considera-se que a multa diária fixada no importe de R$ 1.000,00 (mil reais) é condizente com o princípio da proporcionalidade, devendo a parte arcar com as consequências de sua inércia, uma vez que levou sete dias para cumprir a decisão judicial.

Assim, os argumentos expostos pelo agravante não são suficientes para afastar a conclusão da decisão agravada, motivo pelo qual ela deve subsistir.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

LivroPopulos.indb 703 23/10/2015 09:53:35

ACÓRDÃO Nº 118/2015

RECURSO ELEITORAL
PROCESSO Nº 20-51.2013.6.05.0013
CLASSE 30
MUNICÍPIO: Salvador
RECORRENTE: Antonio Carlos Peixoto de Magalhães Neto. Advs.: Ademir Ismerim Medina e Sávio Mahmed.
RECORRIDA: União – Fazenda Nacional, por seu procurador, Luiz Fernando Carvalho de Souza.
PROCEDÊNCIA: Juízo Eleitoral da 13ª Zona.
RELATOR: Juiz João de Melo Cruz Filho.

Recurso. Execução fiscal. Multa. Propaganda irregular. Partido e candidato. Condenação individualizada. Quitação da multa do candidato. Partido político. Não pagamento. Inscrição na dívida ativa. Solidariedade entre partido e candidato na sanção pecuniária imposta ao primeiro. Não existência. Provimento.

Considerando-se que a condenação pela propaganda irregular recaiu, individualmente, tanto sobre o candidato como sobre o partido, tendo o primeiro efetuado o pagamento da multa a ele imposta, seu nome deve ser excluído da execução da multa aplicada ao partido tendo em vista não existir a solidariedade vislumbrada na decisão recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima indicados,

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, à unanimidade, DAR PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto do Juiz Relator, adiante lavrado, que passa a integrar o presente Acórdão.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 26 de fevereiro de 2015.

LOURIVAL ALMEIDA TRINDADE, Juiz-Presidente; JOÃO DE MELO CRUZ FILHO, Juiz Relator; RUY NESTOR BASTOS MELLO, Procurador Regional Eleitoral.

LivroPopulos.indb 705 23/10/2015 09:53:35

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso interposto por Antonio Carlos Peixoto de Magalhães Neto, em face da decisão do Juízo Eleitoral da 13ª Zona que indeferiu seu pedido de exclusão da execução fiscal referente à multa imposta por força de realização de propaganda irregular.

O recorrente aduz que as multas referentes à sua condenação e à do partido foram inscritas na Dívida Ativa da União, respectivamente, sob os nºs 50 6 09 005988-41 e 50 6 09 005987-60, CDAs distintas e autônomas que resultaram em deslindes diversos, vez que a sua fora devidamente paga, o que não se deu com a do Partido Democratas, em relação à qual não lhe compete qualquer responsabilidade e legitimidade.

Defende que, no caso concreto, a condenação em multa, transformada em título executivo, foi devidamente individualizada, de modo que o litisconsórcio anterior não representaria solidariedade nessa demanda.

Sustenta que em que pese a sentença ter sido proferida contra ambos, não haveria qualquer relação de solidariedade quanto aos créditos condenados.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a decisão na parte que indeferiu sua exclusão da execução em foco, que somente deve prosseguir em relação ao partido.

Intimada para se manifestar sobre a decisão e sobre o recurso interposto, a União requereu a juntada das consultas extraídas do sistema da Procuradoria Geral da Fazenda que se encontram às fls. 283/284.

Com vista dos autos, o Procurador Regional Eleitoral auxiliar, considerando que a própria PFN pediu a substituição da CDA, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O ponto a ser desatado no recurso em comento é a existência ou não de solidariedade entre o partido e o candidato, ambos condenados por propaganda irregular, após a imputação de multas individualizadas, que tiveram inscrições distintas na dívida ativa.

Em decisão proferida pelo Juízo Eleitoral da 20ª Zona cuja cópia reside às fls. 109/113 dos autos, o Partido Democratas e o ora recorrente foram condenados ao pagamento de multa no valor de R$ 21.282,00 (vinte

LivroPopulos.indb 706 23/10/2015 09:53:35

e um mil, duzentos e oitenta e dois reais) cada um, pela prática de propaganda eleitoral antecipada.

Como bem destacou o Procurador Eleitoral auxiliar em seu opinativo, nos termos previstos no artigo 241 do Código Eleitoral, em se tratando de propaganda eleitoral, existe uma solidariedade entre o partido e o candidato que porventura venha a cometer excessos em sua realização, como se deu no caso dos autos, que tratou de propaganda antecipada durante o horário destinado à propaganda partidária.

Ocorre que a decisão prolatada no feito responsabilizou a ambos, tendo sido imposta a cada um, individualmente, sanção pecuniária de mesmo valor pela conduta irregular praticada.

Foram feitas duas inscrições na dívida ativa, tendo a União proposto a execução fiscal referente à de nº 50 6 09 005987-60, apontando como devedores tanto o Partido Democratas como Antonio Carlos Peixoto de Magalhães Neto.

Citados os executados, o recorrente fez prova de ter promovido o pagamento da multa a ele imposta nos autos do Processo nº 11046 011843/2009-78, inscrito na Procuradoria da Fazenda Nacional em 13/11/2009.

Para tanto, apresentou, além de cópia da certidão de quitação eleitoral emitida em 18/6/2012 (fl. 48), consulta emitida pelo Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte, na página da Procuradoria da Fazenda Nacional, demonstrando a inexistência de inscrições em seu nome, vez que a relativa ao processo em tela encontrava-se extinta por pagamento com ajuizamento a ser cancelado (fls. 49/52). Juntou, ainda, cópia do comprovante de pagamento da multa em questão (fl. 60).

Assim, embora o termo de inscrição da multa cuja execução ora se questiona tenha sido lavrado apontando o Partido Democratas como devedor e Antonio Carlos Peixoto de Magalhães Neto como corresponsável e devedor solidário (fl. 238), entendo que essa solidariedade se deu quando da imputação da multa, tendo sido afastada pela circunstância da condenação ter sido individualizada e não solidária, bem como pelo adimplemento da dívida pelo recorrente.

Tanto que em requerimento de fls. 254/255, a Fazenda Nacional pleiteou a substituição da certidão da dívida ativa que havia acompanhado a inicial, esclarecendo que o processo administrativo que antecedeu a execução também dera origem ao débito representado pela CDA de nº 50 6 09 005988-41, em nome de Antonio Carlos Peixoto de Magalhães Neto, reconhecendo que o referido débito já fora extinto por pagamento,

LivroPopulos.indb 707 23/10/2015 09:53:35

concluindo que a execução somente deveria prosseguir em relação ao Partido Democratas.

Diante disso, como bem destacado pelo *Parquet*, em casos de solidariedade passiva, o exequente tem o poder de escolher contra quem move a execução de modo que, se a própria PFN pediu a substituição da CDA, não cabe ao Judiciário substituir-se ao interesse da União.

Com esses fundamentos, em estrita consonância com o opinativo ministerial, voto pelo provimento do recurso para excluir o recorrente da execução fiscal, que somente deve ter prosseguimento em relação ao Partido Democratas, na forma requerida pela Fazenda Nacional.

É como voto.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 26 de fevereiro de 2015.

João de Melo Cruz Filho
Juiz Relator

LivroPopulos.indb 708 23/10/2015 09:53:35

ACÓRDÃO Nº 1.192/2014

REPRESENTAÇÃO
PROCESSO Nº 2.678-53.2014.6.05.0000
CLASSE 42
(EXPEDIENTE No 57.175/2014 – RECURSO)
MUNICÍPIO: Salvador
RECORRENTES: Coligações UNIDOS PELA BAHIA e UNIDOS PARA UMA BAHIA MELHOR. Advs: Ademir Ismerim Medina, Sávio Mahmed Qasem Menin e Lílian Maria Santiago Reis.
RECORRIDOS: 1. Coligação PRA BAHIA MUDAR MAIS
Advs.: Adriano Soares da Costa, Ícaro Werner de Sena Bitar e outros.
2. Partido Comunista do Brasil – PC do B – Seção da Bahia. Adv.: Vandilson Pereira Costa.

RELATOR: Juiz Salomão Viana.

Recurso. Representação. Propaganda eleitoral irregular. Improcedência. Alegação de inexistência de motivação recursal. Inocorrência. Reiteração de alegações anteriormente feitas. Possibilidade. Campanha eleitoral. Estado Democrático de Direito. Debate político. Possibilidade de críticas ao governo de determinado partido ou de certo candidato. Sistema jurídico eleitoral. Modo de interpretação. Coligações, partidos e pessoas naturais postulantes a cargos públicos. Crivo da censura. Impossibilidade de exclusão. Fomento ao debate político. Desenvolvimento da consciência crítica dos eleitores. Exibição da imagem de ex-presidente e de governador não candidatos. Possibilidade. Enunciado do art. 45, § 6º da Lei nº 9.504/97. Interpretação sistemática do conteúdo do § 6º do art. 45 e do *caput* do art. 54, ambos da Lei nº 9.504/97. Negativa de provimento ao recurso.

1. Há motivação na peça recursal mesmo que as alegações repitam o conteúdo de peça apresentada antes do proferimento da decisão impugnada, já que, assim, a parte recorrente revela, claramente, as razões pelas quais entende que o ato decisório deve ser reformado. Afinal, se, por meio da decisão, foram contrariados argumentos anteriormente colacionados pela parte recorrente, não se pode negar que a repetição dos argumentos no bojo do recurso tem o propósito de convencer o órgão julgador recursal a respeito do desacerto da decisão;

2. Considerando o âmbito de um processo de eleições, frases que materializam críticas ao adversário, sem que

LivroPopulos.indb 709 23/10/2015 09:53:35

seja atingida a honra de quem quer que seja, se alojam, com conforto, no amplo espaço que o regime democrático abre para que o debate político se instaure;

3. Desborda os limites do bom senso querer impedir, num Estado Democrático de Direito, que sejam feitas críticas, mesmo que duras, ao "governo" de determinado partido ou de certo candidato, sob o fundamento de que tal prática implicaria divulgar a candidatura do adversário;

4. O sistema jurídico eleitoral exige que a interpretação das normas que o regem deve reverenciar o Estado Democrático de Direito, o que implica a impossibilidade de se excluir as coligações, os partidos e as pessoas naturais postulantes a cargos públicos do natural crivo da censura, da crítica e dos questionamentos, advindos tanto dos grupos políticos opositores quanto dos meios de comunicação social;

5. Situações inerentes ao regime democrático e, portanto, salutares para o fomento do debate político e para o desenvolvimento da consciência crítica dos eleitores não podem ser objeto de intervenção do Poder Judiciário;

6. O conjunto normativo contido no enunciado do art. 45, § 6º da Lei nº 9.504/97 admite o uso, na propaganda regional, de imagem e de voz de candidato ou militante de partido político que integre a coligação no âmbito nacional;

7. A interpretação sistemática do conteúdo do § 6º do art. 45 e do caput *do art. 54 , ambos da Lei nº 9.504/97 conduz à conclusão de que não há sentido lógico em permitir o mais – participação de pessoa filiada a partido que não integra a mesma coligação no âmbito estadual, mas integra no âmbito nacional – e vedar o menos – participação de pessoa filiada a partido que não integra a mesma coligação no âmbito estadual para eleições proporcionais, mas integra, igualmente no âmbito estadual, para as eleições majoritárias;*

8. Recurso a que se nega provimento.

Visto, relatado e discutido o expediente acima indicado,

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, à unanimidade, INACOLHER A ALEGAÇÃO DE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO, nos termos do voto do Juiz Relator, adiante lavrado, que passa a integrar o presente Acórdão.

LivroPopulos.indb 710 23/10/2015 09:53:35

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 9 de setembro de 2014.

LOURIVAL ALMEIDA TRINDADE, Juiz-Presidente; SALOMÃO VIANA, Juiz Relator; RUY NESTOR BASTOS MELLO, Procurador Regional Eleitoral.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pelas Coligações UNIDOS PELA BAHIA e UNIDOS PARA UMA BAHIA MELHOR contra decisão final por mim proferida nos autos nascidos em razão da propositura, pela recorrente, de representação contra a Coligação PRA BAHIA MUDAR MAIS e Partido Comunista do Brasil – PC do B.

Nas suas razões recursais, a parte recorrente repisa os mesmos argumentos por ela própria suscitados anteriormente no sentido *(i)* de que a propaganda seria irregular porquanto realizada no intuito de favorecer candidato às eleições majoritárias; *(ii)* de que haveria a intenção de ridicularizar a coligação autora, e *(iii)* de que a exibição, nas peças publicitárias, das imagens do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, da presidente Dilma Roussef e do atual governador Jaques Wagner é vedada, já que estas pessoas não são candidatas ao pleito majoritário em âmbito estadual.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso.

Em suas contrarrazões, a parte recorrida alega inexistência de motivação recursal. No mérito, refuta a ocorrência de invasão, no horário reservado à propaganda de candidatos ao pleito proporcional, de tema afeto ao horário reservado para a publicidade de candidatos ao pleito majoritário e defende a manutenção da decisão guerreada, reiterando as alegações lançadas na peça de resposta. Ao final, propugna pela negativa de provimento ao recurso.

É o relatório.

LivroPopulos.indb 711 23/10/2015 09:53:35

VOTO

Quanto ao juízo de admissibilidade, o ato contra o qual o recurso foi interposto é recorrível. De sua vez, (*i*) o recurso está previsto em lei; (*ii*) à vista das alegações nele contidas, é o adequado para o caso; (*iii*) foi interposto tempestivamente, e (*iv*) atende às exigências formais. Além disso, inexistem fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer e o recorrente possui legitimidade recursal e interesse. Encontram-se, pois, satisfeitas todas as exigências intrínsecas e extrínsecas para que o recurso interposto seja conhecido, motivo pelo qual deve ele ser admitido.

Nenhum amparo merece a alegação de inexistência de motivação recursal.

É que a leitura da peça por meio da qual a parte recorrente manifesta a sua irresignação com a decisão recorrida – mesmo que as alegações repitam o conteúdo de peça apresentada antes do proferimento da decisão impugnada – revela, claramente, as razões pelas quais entende ela que o ato decisório deve ser reformado. Aliás, se, por meio da decisão, foram contrariados argumentos anteriormente colacionados pela parte recorrente, não se pode negar que a repetição dos argumentos no bojo do recurso tem o propósito de convencer o órgão julgador recursal a respeito do desacerto da decisão.

Assim, foi integralmente atendida esta específica exigência formal posta para que possa o recurso ter o seu mérito apreciado.

No mérito, o recurso não merece provimento.

Com efeito, quanto aos temas que foram objeto de deliberação na decisão recorrida, as partes não trouxeram aos autos qualquer circunstância nova de natureza fática ou relativa ao exercício de concretização da norma a ser aplicada ao caso concreto, adstringindo-se, no particular, a repisar, quase que integralmente, os argumentos lançados nas peças por elas próprias apresentadas anteriormente.

Este conjunto conduz a que, quanto a tais temas, os mesmos fundamentos que sustentam a decisão impugnada passem a sustentar, agora, o voto no sentido de que seja negado provimento ao recurso interposto. E os fundamentos são os seguintes:

> *(...) a base fática em que se ancora a postulação lançada pela parte autora é a seguinte:*
> *(...) foi apresentada irregular propaganda eleitoral em favor dos candidatos ao cargo de governador, Sr. Rui Costa, com a utilização das falas abaixo transcritas:*

LivroPopulos.indb 712 23/10/2015 09:53:35

Narrador: Nossos deputados ajudaram a alfabetizar mais de 1 milhão e 300 mil baianos. Mas tem uma turma do atraso aí que só faz falar mal. E aí, vai votar na turma do atraso? Aonde! Vote nos deputados que fazem a Bahia avençar, vote na força de Lula (imagem de Lula). (...)
(...) é possível verificar que o objetivo dos representados é ridicularizar a coligação autora, na medida em que trata faz referência à 'turma do atraso'. (...)
Além disso, durante a fala do candidato a deputado, aparece ao fundo as fotos da presidente Dilma, do ex-presidente Lula e do governador Jaques Wagner, o que também é vedado, já que a legislação só permite que apareça ao fundo imagens dos candidato majoritários e estas pessoas não são candidatos a governador da Bahia.

Sucede que, considerando o âmbito de um processo de eleições, frases como as que a parte autora entende lesivas ao seu patrimônio jurídico se alojam, com conforto, no amplo espaço que o regime democrático abre para que o debate político se instaure.
É que elas fazem referência ao fato de parlamentares que integram determinado grupo político haverem emprestado o seu apoio a iniciativas do Poder Executivo. Efetivamente, não se pode negar que os membros do Poder Legislativo atuam, também, discutindo projetos que são do interesse da Administração e que integram programas de governo.
De mais a mais, "no propósito de assegurar em sua mais absoluta plenitude o direito do eleitor de se informar sobre as respectivas Campanhas, a legislação disciplinou o horário da propaganda em relação a cada um dos cargos em disputa. Disciplina que não tolhe o direito de crítica, nem impede a comparação entre administrações de agremiações antagônicas" (TSE, Rp nº 243589, acórdão de 02/09/2010, publicado na sessão de 02/09/2010).
É por isto não há motivo lógico para que as críticas feitas caracterizem propaganda irregular.
Ademais, desborda os limites do bom senso querer impedir, num Estado Democrático de Direito, que sejam feitas críticas, mesmo que duras, ao "governo" de determinado partido ou de certo candidato, sob o fundamento de que tal prática implicaria divulgar a candidatura do adversário.
Nesta linha, vale o registro de que "A linguagem utilizada, ainda que agressiva, folhetinesca e imprópria, não ultrapassa o limite da crítica contundente" (TSE ARP n. 482 – Brasília/DF).
Outrossim, não há ilicitude em fazer "Referências ao comportamento do candidato em gestões passadas" ou em "Afirmar que o candidato adversário não cumpre promessas eleitorais (...)" (TSE, Rp 353312 – Brasília/DF e Rp 343879 – Brasília/

LivroPopulos.indb 713 23/10/2015 09:53:35

DF), tampouco há irregularidade na "afirmação feita durante propaganda eleitoral gratuita, ainda que com maior ênfase no tocante ao período de comparação entre governos", uma vez que tal ato "consubstancia mera crítica política" (TSE, Rp 287840 – Brasília/DF).

Aliás, há uma marca clara no modo como o sistema jurídico eleitoral exige que sejam interpretadas as normas que o regem: deve haver reverência ao Estado Democrático de Direito, o que implica a impossibilidade de se excluir as coligações, os partidos e as pessoas naturais postulantes a cargos públicos do natural crivo da censura, da crítica e dos questionamentos, advindos tanto dos grupos políticos opositores quanto dos meios de comunicação social.

Assim, situações como as descritas na petição inicial são inerentes ao regime democrático e, portanto, são salutares para o fomento do debate político e para o desenvolvimento da consciência crítica dos eleitores.

O mesmo se dá quanto à alegação de ilegalidade na exibição da imagem da candidata à presidência Dilma Rousseff. Efetivamente, o conjunto normativo contido no enunciado do art. 45, § 6º da Lei nº 9.504/97 admite o uso, na propaganda regional, de imagem e de voz de candidato ou militante de partido político que integre a coligação no âmbito nacional. É o que se dá no caso destes autos, em que o PC do B integra a coligação nacional pela qual foi lançada a candidatura de Dilma Rousseff.

No que se refere à alegação de irregularidade na exibição da imagem do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva e do atual governador do Estado, Jaques Wagner, razão também não assiste à parte autora. É que a interpretação sistemática do conteúdo do § 6º do art. 45 e do caput do art. 54 , ambos da Lei nº 9.504/97, conduz à conclusão de que é regular a participação das pessoas indicadas na peça inaugural.

Efetivamente, malgrado o Partido dos Trabalhadores – agremiação a que estão filiados Luís Inácio Lula da Silva e Jaques Wagner – não integre, juntamente com o PC do B, coligação estadual para a disputa das eleições proporcionais, o aludido partido – o PT – integra, juntamente com o PC do B, uma coligação estadual formada para a disputa das eleições majoritárias. Assim, não há sentido lógico em permitir o mais – participação de pessoa filiada a partido que não integra a mesma coligação no âmbito estadual, mas integra no âmbito nacional – e vedar o menos – participação de pessoa filiada a partido que não integra a mesma coligação no âmbito estadual para eleições proporcionais, mas integra, igualmente no âmbito estadual, para as eleições majoritárias.

LivroPopulos.indb 714 23/10/2015 09:53:35

Não há, portanto, qualquer motivo para que a decisão recorrida seja reformada.

Por todo o exposto, admito o recurso interposto e, no mérito, a ele nego provimento.

É como voto.

Sala das Sessões do TRE da Bahia, em 9 de setembro de 2014.

Salomão Viana
Juiz Relator

LivroPopulos.indb 715 23/10/2015 09:53:36

Bibliografia

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

LivroPopulos.indb 717 23/10/2015 09:53:37

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

ALMEIDA, Herivelto de; LEHFELD, Lucas de Souza. Democracia participativa, acesso à informação e o cidadão na tutela dos direitos coletivos: novo enfoque sobre a busca pela cidadania plena e o acesso à Justiça. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*: RDCI, São Paulo, v. 22, n. 86, p. 259-279, jan./mar. 2014.

ALVES ARAÚJO, Andréa; MICHALKA JR., Camilo. Regularizar a participação popular pode ser a saída para a atual crise da democracia representativa. *Revista Nacional de Gerenciamento de Cidades*, São Paulo, v. 1, n. 7, 2014.

BIANCHINI, Fernando Novelli. *Democracia representativa sob a crítica de Schmitt e democracia participativa na apologia de Tocqueville*. Campinas, SP: Millennium, 2014. 233 p.

BRAMRAITER, Juliana. Os reais efeitos do voto nulo na atualidade e seu reflexo para o regime da democracia representativa no Brasil. *Revista Estudos Legislativos*, Porto Alegre, n. 7, p. 61-93, 2014.

CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Crise da democracia representativa e revitalização dos partidos políticos no Brasil. *Revista dos Tribunais*: RT, São Paulo, v. 103, n. 949, p. 39-67, nov. 2014.

CARVALHO FEITOSA, Heloisa de; NETTO, Mariana Corrêa. Os novos rumos da democracia representativa em face da suposta crise de representatividade. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (Org.). *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latinoamericano* [recurso eletrônico]. Caxias do Sul, RS : Educs, 2014. p. 119.

CAVAZZANI, Ricardo Duarte. Crise da democracia representativa e os reflexos sobre a separação dos poderes: o enfraquecimento do estado. *Constituição, economia e desenvolvimento*, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 339-361, jul./dez. 2014.

DE BASTIANI, Ana Cristina Bacega. Reflexões Sobre a Crise da Democracia Representativa no Brasil Pós Constituição Federal de 1988. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 257-283, 2014.

FETZNER, Adriana Borba. Congresso Nacional silenciado: participação dos movimentos sociais na democracia representativa e a cobertura da mídia. *Revista Ciências do Trabalho*, São Paulo, n. 2, p. 65-80, maio/out. 2014.

FONSECA, Rafaela Aparecida; LACERDA, Josiane Auxiliadora; PEREIRA, José Roberto. A crise da democracia representativa e o voto distrital como alternativa. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 44, p. 142-163, jan./jun. 2014.

GRIGOLI, Juliana de Jesus. Quatro modelos normativos de democracia representativa: as versões elitista, liberal, pluralista, participativa e deliberativa. *Pensamento Plural*, Pelotas, RS, n. 14, p. 113-126, 2014.

KALIL, Marcus Vinicius Alcântara. Democracia representativa, programa partidário e legitimação da atuação parlamentar. *Revista Eletrônica Orlando Gomes***:** revista do Curso de Direito da Faculdade Ruy Barbosa, Salvador, v. 1, n. 1, p. 65-81, jul./dez. 2014.

KRAUSPENHAR, João Henrique. *A Fidelidade Partidária no Contexto da Democracia Representativa Brasileira*. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/127395>. Acesso em: 29 abr. 2015.

LEISTER, Ana Carolina; CHIAPPIN, José. Teoria da Democracia de Sartori: uma defesa da democracia representativa. *Revista Política Hoje*, Recife, v. 22, n. 2, p. 65-86, 2014.

MARTON, Ronaldo. O cidadão e a política tributária na "democracia representativa". *Revista Fórum de Direito Tributário*: RFDT, Belo Horizonte, v. 12, n. 70, p. 79-94, jul./ago. 2014.

MISSAU RUVIARO, Eduardo; MISSAU RUVIARO, Henrique. Os reflexos da rede na democracia representativa: uma análise da eleição presidencial brasileira de 2014 sob a ótica de aplicativos sociais. *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico*, Florianópolis, n. 11, p. 163-186, 2014.

OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. Uma nova democracia representativa? Internet, representação política e um mundo em transformação = A new representative democracy? Internet, political representation and a changing world. *Revista de Direito Administrativo*: RDA, Rio de Janeiro, n. 264, p. 187-221, set./dez. 2013.

LivroPopulos.indb 720 23/10/2015 09:53:37

PARLAMENTO, democracia representativa e democracia participativa. *Revista Direito e Política*, Itajaí, SC, v. 3, n. 2, p. 180-205, 2015.

RIBEIRO, Rodrigo Barros da Silva. *A crise de legitimidade da democracia representativa e o processo de ampliação da democracia participativa*. 2012. 44 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2012.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. Democracia e participação política dos povos indígenas: a questão da representação especial. *Interesse Público*: IP, Belo Horizonte, v. 16, n. 88, p. 55-68, nov./dez. 2014.

SILVEIRA, Jacqueline Passos da. *A complementaridade entre democracia direta e representativa no parlamento mineiro*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2014.

REFORMA POLÍTICA

ANDRADA, Doorgal Gustavo Borges de. *A reforma política e seus temas:* no contexto brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. 108 p.

ARAGÃO, Murillo de. *Reforma política:* o debate inadiável. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.189 p.

ARANTES, Aldo et al (Org.). *A OAB e a reforma política democrática*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2014.

ERICKSEN, Lauro. Reforma política e financiamento de campanha: entre a ideologia e (des) necessidade. *Revista FIDES*, Natal, v. 5, n. 2, 2014.

MARQUES, Magnus Henry da Silva. *O poder constituinte achado na rua*: as ideologias jurídicas e as respostas ao movimento pela assembleia constituinte exclusiva para a reforma política. 2014. 67 f. Monografia (Graduação em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Aplicadas, Curso de Graduação em Direito, 2014. Disponível em: <http://monografias.ufrn.br:8080/jspui/handle/123456789/895>. Acesso em: 29 maio 2015.

MORAES, Filomeno; TONET, Luciano. *Democracia e constitucionalismo no Brasil e o "eterno retorno" da reforma política*. 2014. Universidade de

LivroPopulos.indb 721 23/10/2015 09:53:37

Fortaleza (UNIFOR). Trabajo presentado en el Quinto Congreso Uruguayo de Ciencia Política, “Qué ciencia política para qué democracia?”, Asociación Uruguaya de Ciencia Política, 7-10 de octubre de 2014. Disponível em: <http://aucip.org.uy/docs/v_congreso/ArticulospresentadosenVcongresoAucip/AT14-PoliticaComparada/Moraes-Tonet_Democraciaeconstitucionalismo.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2015.

MORAIS, Marina Almeida. Reforma eleitoral no Brasil: uma análise do sistema de sufrágio brasileiro e a possibilidade do voto distrital. *Verba Legis*: Revista jurídica de Direito Eleitoral, Goiânia, n. 9, p. 46-51, 2014.

MOREIRA, Marcelo Sevaybricker. A poliarquia brasileira e a reforma política: análise de uma contribuição de Wanderley Guilherme dos Santos à teoria política. *Dados:* Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 57, n. 2, p. 293-323, abr./jun. 2014.

OLIVEIRA, Lívia Macedo Barreto de. *A lei da ficha limpa*: um importante marco para uma reforma política do Brasil. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba-UEPB, Centro de Ciências Jurídicas, Guarabira, PB. 2014. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br. Acesso em: 29 maio 2015.

RAMOS, Raissa Holanda. Reforma política: uma análise dos seus elementos perante a constituição federal. *Revista Pesquisas Jurídicas*, Natal, v. 2, n. 2, p. 61-80, 2014.

ROCHA, Marta Mendes da; DA SILVA, Raquel Gonçalves. A agenda da reforma política no Brasil. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n.16, p. 213-246, jan./abr. 2015.

SANTOS, Luciano Gomes dos. Direito, estado, participação e reforma política no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen*, Belo Horizonte, v. 5, n. 5, 2014.

SILVA, Felipe Alexandre Monteiro da. *Assembleia Constituinte exclusiva para a reforma política:* análise de sua constitucionalidade. 2014. Artigo Científico (Especialização) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/FelipeAlexandreMonteirodaSilva.pdf>. Acesso em: 29 maio 2015.

SILVA, Patrick et al. Reforma política no Brasil: indagações sobre o impacto no sistema partidário e na representação. *Opinião Pública*, Campinas, v. 21, n. 1, p. 1-32, abr. 2015.

LivroPopulos.indb 722 23/10/2015 09:53:37

TONET, Luciano. *A violência, a corrupção e a fraude eleitoral*: herança coronelista a ser corrigida por uma reforma política. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza-UNIFOR, 2014. Disponível em: <http://www2.unifor.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=927941>. Acesso em: 2 jun. 2015.

CIDADANIA

ALMEIDA, Herivelto de; LEHFELD, Lucas de Souza. Democracia participativa, acesso à informação e o cidadão na tutela dos direitos coletivos: novo enfoque sobre a busca pela cidadania plena e o acesso à justiça. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 22, n. 86, p. 259-279, jan./mar. 2014.

ANSELMO, Márcia; ALLES, Natália Ledur. Representações do Jornal Boca de Rua: propostas de cidadania para grupos em situação de vulnerabilidade social. IN: COMUNIÇÃO, informação e cidadania: refletindo práticas e contextos. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 161-173.

ARAÚJO, Gilvan Charles Cerqueira de. O paradoxo democrático, a cidadania e o (neo) liberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, SC, v. 9, n. 1, p. 517-541, jan./abr. 2014. Disponível: <http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5766>. Acesso em: 8 jun. 2015.

ARRUDA, Eloisa de Souza. Fóruns: espaço de cidadania. *Revista APMP:* revista da Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, v. 18, n. 57, p. 75-76, jan./abr. 2014. Disponível em: <http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/APMP_revista/2014_apmp_revista_janeiro_abril.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2015.

BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. As mulheres e a conquista da cidadania. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 22, n. 89, p. 157-166, out./dez. 2014.

BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. Hannah Arendt e o conceito de cidadania. *Revista de Direito Constitucional e Internacional,* São Paulo, n. 90, jan./mar. 2015. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/18317/41689.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 maio 2015.

BARROS, Bruno Melo Corrêa; GOULART, Gil Monteiro. A prática da democracia eletrônica: o desafio da cidadania em face do direito ao acesso

LivroPopulos.indb 723 23/10/2015 09:53:37

à informação. *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, Florianópolis, n. 11 p. 62-86, 2014.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Cidadania, igualdade e democracia como bens jurídicos protegidos pela categoria dos atos de improbidade administrativa eleitoral. *Paraná Eleitoral*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 209-239, 2014.

BRASIL. *Direito das pessoas com deficiência*: cidadania: qualidade ao alcance de todos. Brasília: Senado Federal, Gabinete do Senador José Agripino, [2014?]. 246 p.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio Urquhart. A busca de uma cidadania sul-americana no contexto da Unasul. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, SC, v. 9, n. 2, p. 1116-1140, maio/ago. 2014. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/about/contact>. Acesso em: 11 jun. 2015.

CALLEGARI, José Antonio. *Ouvidoria de Justiça*: cidadania participativa no sistema judiciário. Curitiba: Juruá, 2014. 194 p. (Biblioteca de justiça, sociologia e teoria do Direito).

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. 254 p.

A CIDADANIA está em ação: realizações do Ministério Público de Pernambuco - 2013/2014 Ministério Público do Estado de Pernambuco. Organização Assessoria Ministerial de Comunicação. Recife: Procuradoria Geral de Justiça, 2014. 116 p.

CONSERINO, Cassio Roberto. Correlações entre a segurança pública, cidadania, corrupção e os direitos constitucionais de petição, representação e reunião. *Repertório IOB de jurisprudência*: tributário, constitucional e administrativo, n. 19, p. 654-649, 1. quinz. out. 2014.

COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Ercorsin de. *Educação em direitos e defensoria pública*: cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva. Curitiba: Juruá, 2014. 177 p.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. A sociedade da informação e o meio ambiente digital em face do exercício da cidadania e dignidade do adolescente como pessoa humana. In: DIREITO da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência. São Paulo: Atlas, 2014. p. 84-109.

LivroPopulos.indb 724 23/10/2015 09:53:37

FRANCISCONI, Jorge Guilherme. O futuro das nossas cidades: governança e cidadania. In: CULTURA, favela cidade e o futuro das nossas cidades. Rio de Janeiro: Fórum Nacional: Instituto Nacional de Altos Estudos - INAE, 2014. p. 204-240.

GAUER, Ruth Maria Chitt. *Constituição e cidadania*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2014. 107 p.

IORIO Filho, Rafael Mario. *Uma questão de cidadania*: o papel do Supremo Tribunal Federal na intervenção federal (1988-2008). Curitiba: CRV, 2014. 136 p.

LIMA, Alexandre José Costa. Cidadania não-liberal e fraternidade: as contribuições de Arendt e Schmitt. In: CIDADANIA, participação política e fraternidade: uma abordagem multidisciplinar. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2014. v. 1, p. 59-86.

LUNARDI, Fabrício Castagna. *A reconstrução do controle difuso de constitucionalidade luz da questão institucional:* política, cidadania, democracia discursiva e experimentalismo. 2014. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília, DF, 2014.

LUZ, Lia; MORIGI, Valdir José. O ciberespaço e a reconfiguração da esfera pública: os *blogs* cubanos como prática de cidadania. In: COMUNICAÇÃO, informação e cidadania: refletindo práticas e contextos. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 193-210.

MARTINS, Juliane Caravieri. A cidadania como princípio constitucional material e fundamental: contributo à teoria da Constituição. In: CONSTITUCIONALISMO contemporâneo: questões fundamentais da teoria da constituição. Curitiba: Juruá, 2014. p. 243-278.

MARZOCHI, Marcelo. Direito, literatura e cidadania. *Informativo jurídico Consulex*, Brasília, DF, v. 18, n. 412, p. 44-45, mar. 2014.

MILAK, Heloisa da Silva Krol. Cidadania, república e democracia: análise de caso. In: DIREITO constitucional brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1, p. 189-197.

NICHEL, Andressa. A experiência de construção colaborativa do marco civil da internet: as possibilidades da participação cidadã diante da crise democrática do sistema representativo. *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, Florianópolis, n. 11 p. 62-86, 2014.

LivroPopulos.indb 725 23/10/2015 09:53:37

NUNES, Helom César da Silva. Cidadania para todos: a emenda constitucional 80/2014 e o fortalecimento do acesso justiça. *ADV Advocacia Dinâmica:* seleções jurídicas, Rio de Janeiro, p. 33-34, jul. 2014.

OLIVEIRA, Elizabeth. Comunicação e sustentabilidade: reflexões sobre o papel da mídia na construção de novas práticas de cidadania. *Sinais Sociais,* Rio de Janeiro, v. 9, n. 26, p. 123-149, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.sesc.com.br/portal/publicacoes/sesc/revistas/sinaissociais>. Acesso em: 11 jun. 2015.

OLIVEIRA NETO, Arthur Narciso de. Voto eletrônico: tecnologia a serviço da cidadania. *Estudos Eleitorais*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 9-28, jan./abr. 2014.

PELLENZ, Mayara et al. A cibercidadania como espaço de interação pública global. *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, Florianópolis, n. 11 p. 62-86, 2014.

POLETTI, Ronaldo. Cidadania. *Consulex*: revista jurídica, Brasília, v. 18, n. 427, p. 9, nov. 2014.

ROCHA, Alexandre Almeida; NEGRI, Sandra. Os modelos de constitucionalidade e a construção da cidadania na formação da República no Brasil. In: REFLEXÕES teóricas sobre direito material e processual: estudos jurídicos em homenagem ao jubileu de diamante da criação da Faculdade Estadual de Direito de Ponta Grossa. Blumenau: Legere, 2014. p. 67-88.

SILVA, Guilherme de Abreu e. Elegibilidade dos analfabetos: por uma reconfiguração à luz da plenitude da cidadania. *Paraná Eleitoral:* revista brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política, v. 3, n. 2, p. 39-66, 2014.

SANDEL, Michael. Justiça e cidadania. Entrevista por Bruno Garcia. *Revista de História da Biblioteca Nacional*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 107, p. 52-57, ago. 2014.

SANTOS, Gustavo Ferreira; GOMES, Ana Cecília de Barros. Direito ao protesto e Constituição: parâmetros constitucionais para uma cidadania ativa. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais,* Belo Horizonte, v. 8, n. 30, p. 587-603, set./dez. 2014.

SILVA, Camila Pellegrino Ribeiro da; Sandra Sueli Ferreira NUNES. Um conteúdo mínimo para a cidadania = A minimum content for citizenship. *Repertório de Jurisprudência IOB*: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, n. 2, p. 65-59, 2. quinz. jan. 2014.

LivroPopulos.indb 726 23/10/2015 09:53:37

SILVA, Marconi Aurélio e; ANDRADE, Fernando Gomes de; LOPES, Paulo Muniz (Org.). *Cidadania, participação política e fraternidade*: uma abordagem multidisciplinar. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

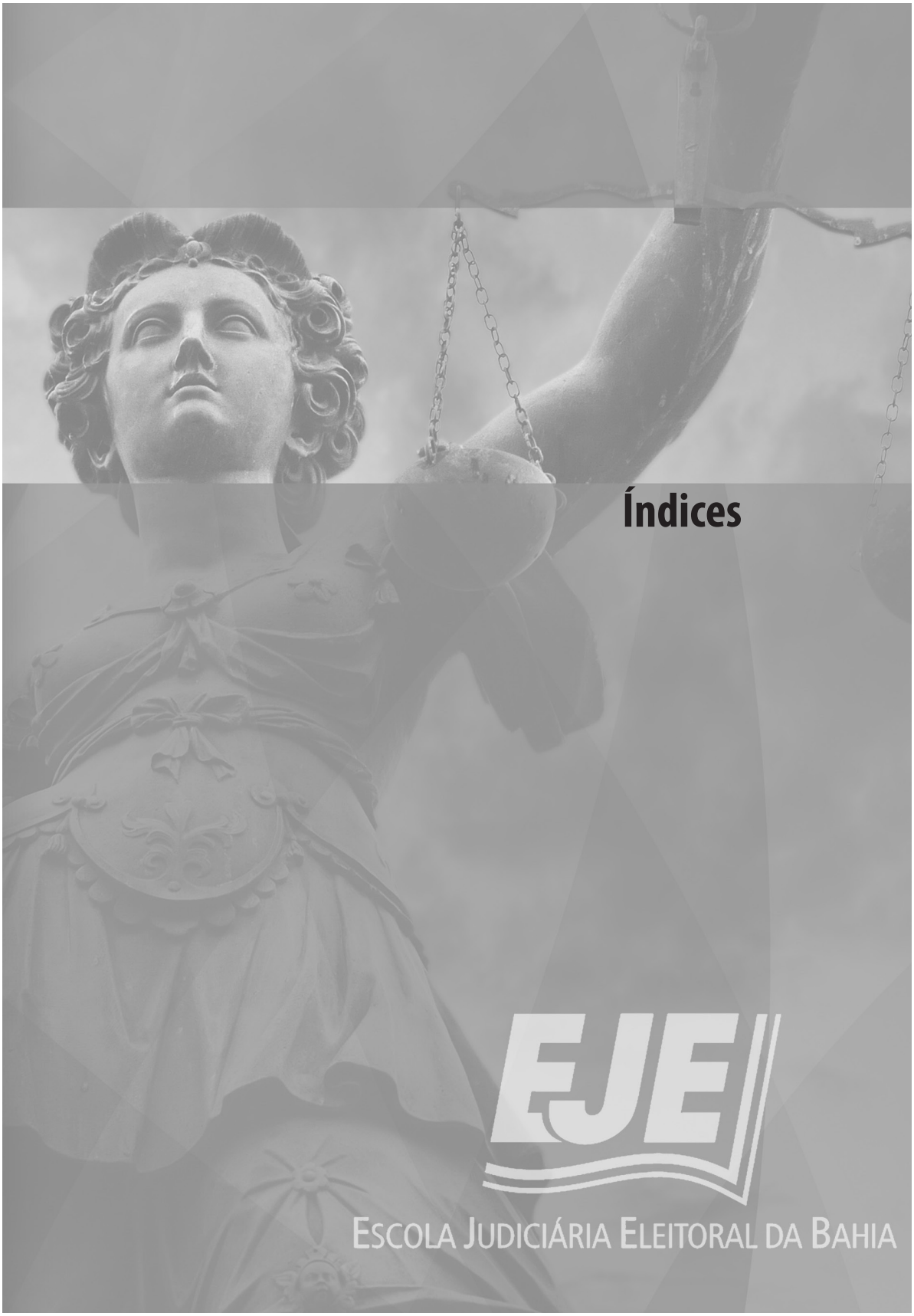
SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal*: criminologia, princípios e cidadania. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 246 p.

TIVERON, Raquel. *Justiça restaurativa e a emergência da cidadania na dicção do direito:* a construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília: Thesaurus Jurídica, 2014. 574 p.

UCHA, Marcelo Ribeiro. *Justiça, direito e cidadania*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 259 p.

VIEGAS, Carlos Athayde Valadares. *Legitimidade democrática da jurisdição constitucional*: cidadania e pós-modernidade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. 174 p.

LivroPopulos.indb 727 23/10/2015 09:53:37



Índices

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

LivroPopulos.indb 729 23/10/2015 09:53:38

A

Abuso de poder econômico e político. Agravo regimental no recurso especial eleitoral. Ação de investigação judicial eleitoral. Cargo. Prefeito e vice-prefeito. Captação ilícita de sufrágio. Pedido de juntada de voto divergente. Acórdão regional. Nulidade. Não acatamento. Litisconsórcio passivo necessário. Inexistência. *Querela nullitatis*. Não cabimento. Caracterização dos ilícitos eleitorais. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Desprovimento. (AgR. n° 706-67. 2012.6.09.0045) 421

Abuso de poder econômico e político. Eleições 2012. Recurso especial. Ação de impugnação de mandato eletivo. Diploma. Cassação. Inelegibilidade. Impossibilidade. Novas eleições. Provimento parcial. (REspe n° 1-38.2013.6.20.0042) 395

Abuso de poder político. Meios de comunicação social. Agravo Regimental. Agravo nos próprios autos. Eleições 2012. Configuração. Fundamentos do *decisum* agravado não infirmados. Súmula 182 do Superior Tribunal de Justiça. Desprovimento**.** (AgR. n° 927-49. 2012.6.16.0144) 415

C

Captação ilícita de sufrágio. Ação cautelar. Decisão liminar. Recurso especial. Efeito suspensivo. Programas sociais. Benesses. Troca de votos. Elementos probatórios. Inquérito civil. Agravo regimental. Não provimento**.** (AgR. n° 194443-2014.6.00.0000).....469

Captação ilícita de sufrágio. Agravo regimental. Ação de investigação judicial eleitoral. Prefeito e vice-prefeito. Súmula nº 182. Arcabouço fático-probatório. Debilidade. Conjunto probatório. Reincursão. Impossibilidade. Desprovimento. (AgR. nº 685-17. 2012.6.17.0127).....455

Captação ilícita de sufrágio. Eleições 2010. Agravo regimental. Erro material. Existência. Recurso ordinário. Tempestividade. Diploma. Cassação. Impossibilidade. Perda de objeto. Término do mandato. (AgR. nº 1489-36. 2010.6.03.0000) 463

Captação ilícita de sufrágio. Recursos. Ação de investigação judicial eleitoral. Procedência. Abuso de poder econômico. Voto. Oferta de vantagens. Contas. Pagamento. Provimento parcial. (AC. 62/2015).....485

LivroPopulos.indb 731 23/10/2015 09:53:38

Conduta vedada. Agente público. Governador. Publicidade institucional. Configuração. Multa. Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Eleições 2014. Representação. Desprovimento. (AgR. nº 1443-45. 2014.6.16.0000) 525

Conduta vedada. Agente público. Secretária municipal de educação. Coação. Servidores. Colocação de placas. Abuso do poder político. Configuração. Recurso especial eleitoral. Agravo regimental. Ação de investigação judicial eleitoral. Desprovimento. (AgR. nº 798-72. 2012.6.19.0043).....515

Conduta vedada. Captação Ilícita de Sufrágio. Programa social. Manipulação. Escopo eleitoral. Tempestividade. Ação cautelar. Liminar. Recurso especial. Efeito suspensivo. Excepcionalidade. Agravo regimental. Não provimento. (REspe n° 2-56.2008.6.18.0041) 507

Conduta vedada. Agente público. Recurso eleitoral**.** Representação. Ilegitimidade passiva. Multa. Servidores temporários. Dispensa. Período vedado. Abuso de poder político e econômico. Art. 22, inciso V da LC nº 64/90. Comprovação. Responsabilidade. Prefeito. Secretária de Ação Social. Município. Inelegibilidade. Manutenção. Não provimento. (AC. 25/2015) 669

Conduta vedada. Representação. Prefeito e Secretário Municipal de Saúde. Agentes públicos. Conduta vedada. Abuso de poder político. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Exame abstrato. Compatibilidade subjetiva. Demissão de servidores. Período vedado. OSCIP. Justa causa. Ausência. Princípio da impessoalidade. Violação. Multa. Inelegibilidade. (AC. 6/2015) 531

Contas de campanha. Agravo regimental. Eleições 2012. Prefeito. Ação de investigação judicial eleitoral. Conta bancária. Abertura. Intempestividade. Captação. Gasto ilícito. Recursos financeiros de campanha eleitoral. Não caracterização. Agravo regimental desprovido. (AgR. nº 3-12. 2013.6.26.0213) 547

Contas de campanha. Eleições 2012. Agravo regimental. Prestação de contas de campanha. Prefeito. Desaprovação. Falhas. Conta corrente. Abertura. Despesas anteriores. Recibos. Notas fiscais. Ausência. Desaprovação. Preliminar. Falta de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada. Súmula n° 182 do STJ. Arcabouço fático-probatório. Revolvimento. Impossibilidade. Razoabilidade. Proporcionalidade. Im-

LivroPopulos.indb 732 23/10/2015 09:53:38

possibilidade. Inovação recursal. Inadmissibilidade. Desprovimento. (AgR. nº 236-37. 2012.6.05.0113) 555

Contas de Campanha. Eleições 2012. Agravo regimental. Recurso especial. Prestação de contas de campanha. Prefeito. Omissão de receita/despesa. Serviços advocatícios. Desaprovação. Proporcionalidade. Razoabilidade. Não aplicação. Acórdão. Ausência de elementos. Inviabilidade. Não provimento. (AgR. nº 336-77. 2012.6.02.0047)..... 565

D

Desincompatibilização. Eleições 2014. Agravo regimental. Desincompatibilização. Procurador da Fazenda Nacional. Candidatura. Deputado Distrital. Prazo de "respiro". Afastamento de fato. Comprovação. Manutenção da decisão. Agravo desprovido. (AgR. nº 668-79. 2014.6.07.0000) 585

Desincompatibilização. Eleições 2014. Agravo regimental. Registro de candidatura. Deputado estadual. Indeferimento. Servidora pública. Arrecadação e fiscalização de tributos. Requerimento. Afastamento. Fora do prazo. Agravo Regimental. Não provimento. (ED.n° 1825-54. 2014.6.16.0000) 605

Desincompatibilização. Eleições 2014. Recurso ordinário. Registro de candidatura. Causa de Inelegibilidade. Existência. Diretoria de sociedade de assistência a municípios. Exercício. Afastamento antes do prazo. Não comprovação. Recebimento de recursos públicos. Inexistência de prova. Recurso ordinário. Não provimento. (RO. nº 783-72.2014.6.26.0000).....595

I

Inelegibilidade. Eleições 2012. Agravo regimental. Ação de investigação judicial eleitoral. Captação. Gastos ilícitos. Recursos. Campanhas eleitorais. Eleições. Salvaguarda. Moralidade. Legitimidade. Ilícito eleitoral. Conduta. Gravidade. Delito. Não caracterização. Relator. Decisão monocrática. Tribunal Superior Eleitoral. Regimento interno. Previsão. Manutenção da decisão. Desprovimento. (AgR. n° 502-02. 2012.6.22.0032) 645

LivroPopulos.indb 733 23/10/2015 09:53:38

Inelegibilidade. Eleições 2012. Embargos de declaração. Suposta omissão. Inexistência. Requisitos de inelegibilidade. Comprovação. Tribunal de Contas. Competência. Julgamento. Processo. Candidato. Desprovimento. (ED. n° 295-95.2012.6.02.0052) 625

Inelegibilidade. Não caracterização. Recurso ordinário. Eleições 2014. Deputado estadual. Registro de candidatura. Deferimento. Agravo regimental. Não provimento. (AgR. n° 1404-69. 2014.6.26.0000) 655

P

Prestação de contas. Deputado estadual. Natureza judicial. Prestação de contas. Procedimento. Notificação. Regularização. Representação processual. Candidato. Inércia. Capacidade postulatória. Não comprovação. Inadmissibilidade. Contas não prestadas. (AC. 112/2015) 579

Prestação de contas. Partido político. Diretório regional. Recibos eleitorais Divergências. Movimentação financeira após o período de campanha. Valor significativo. Contas. Confiabilidade. Comprometimento. Desconto. Cota. Fundo partidário. Irregularidade. Desaprovação. (AC. 16/2014) 573

Propaganda eleitoral extemporânea. Ação de investigação judicial eleitoral. Procedência. Gravação ambiental. Licitude. Abuso de poder político. Prédio público. Utilização em campanha. Comprovação. Cestas básicas. Camisas. Distribuição. Medicamentos. Doação irregular. Inauguração de obra pública. Comparecimento. Campanha eleitoral. Cessão. Bens. Servidores públicos. Distribuição. Materiais de construção. Latas de cerveja. Pagamento de Aluguel. Caracterização das condutas. Acervo probatório insuficiente. Captação ilícita de sufrágio. Abuso de poder econômico e político. Não comprovação. Provimento parcial. (AC. 127/2014).....431

Propaganda eleitoral irregular. Representação. Improcedência. Motivação recursal. Inexistência. Reiteração de alegações. Possibilidade. Campanha eleitoral. Estado Democrático de Direito. Debate político. Críticas ao governo. Sistema jurídico eleitoral. Modo de interpretação. Censura. Impossibilidade de exclusão. Debate político. Fomento. Exibição da imagem de ex-presidente e de governador não candidatos. Possibilidade. Recurso. Não provimento. (AC. 1.192/2014).....709

Propaganda eleitoral irregular. Recurso especial eleitoral. Eleições 2008. Prefeito e vereador. Representação. Propaganda impressa. Cartazes. Afixação. Santinhos. Distribuição. Escola pública. Proibição. Multa. Provimento. (REspe n° 35.021 –46926-55.2008.6.00.0000) 681

LivroPopulos.indb 734 23/10/2015 09:53:38

Propaganda eleitoral irregular. Recurso especial eleitoral. Multa cominatória. Fixação. Obrigação de fazer. Descumprimento. Decisão. Agravo regimental. Redução. Proporcionalidade. Não provimento. (AgR. n° 2586-26. 2014.6.14.0000). 701

Propaganda eleitoral negativa. Eleições 2012. Agravo regimental em recurso especial. Representação. Imagem. Desconstrução. Conteúdo ofensivo. Depreciação. Caracterização. Programa de rádio. Desvirtuamento. Decisão agravada. Manutenção. (AgR. n° 1040-75. 2012.6.05.0122) 693

Propaganda institucional irregular. Recurso. Representação. Eleições municipais. Propaganda institucional do Estado da Bahia. Desequilíbrio. Conduta vedada. Multa. Majoração. Descabimento. Condição de agente público. Ausência. Descabimento. Desprovimento. (AC. 1.335/2013).....539

Propaganda irregular. Recurso. Execução fiscal. Multa. Partido. Candidato. Condenação individualizada. Quitação. Partido político. Não pagamento. Inscrição na dívida ativa. Sanção pecuniária. Solidariedade. Não existência. Provimento. (AC. 118/2015) 705

R

Registro de candidatura. Deputado federal. Desincompatibilização. Servidor público. Estado. Secretaria da Fazenda. Afastamento anterior ao pleito. Prazo. Não comprovação. Indeferimento. (AC. 967/2014).....611

Registro de candidatura. Impugnação. Desincompatibilização intempestiva. Diretor de Economia e Finanças da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Exercício. Órgão hierarquicamente superior. Vinculação. Atividade gerencial autônoma. Ausência. Ordenador de despesas. Gestor administrativo. Não caracterização. Desincompatibilização. Prazo legal. Improcedência da impugnação. Deferimento do pleito de registro. (AC. 1.259/2010).....615

LivroPopulos.indb 735 23/10/2015 09:53:38

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão nº 6, de 20.1. 2015 531
Acórdão nº 16, de 22.1. 2014 573
Acórdão nº 25, de 22.1. 2015 669
Acórdão nº 62, de 5. 2. 2015 485
Acórdão nº 112, de 26. 2. 2015 579
Acórdão nº 118, de 26. 2. 2015 705
Acórdão nº 127, de 5. 3 . 2015 431
Acórdão nº 138, de 10. 3. 2015 395
Acórdão nº 256, de 18. 4 . 2013 507
Acórdão nº 312, de 2. 12. 2014 547
Acórdão nº 967,de 19. 8. 2014 611
Acórdão nº 1.192, de 9. 9. 2014 709
Acórdão nº 1.259, de 2. 9. 2010 615
Acórdão nº 1.335, de 21. 11. 2013 539
Acórdão nº 23637, de 7. 3 2015 555
Acórdão nº 29595, de 19. 3 . 2015 625
Acórdão nº 33677, 5. 3 .2015 565
Acórdão nº 35021, de 3. 3. 2015 681
Acórdão nº 50202, de 24. 3. 2015 645
Acórdão nº 66879, de 13. 11. 2014 585
Acórdão nº 68517, de 10. 03. 2015 455
Acórdão nº 70667, de 17. 3. 2015 421
Acórdão nº 78372, de 27. 11. 2014 595
Acórdão nº 79872, de 25. 11. 2014 515
Acórdão nº 92749, de 12. 2. 2015 415
Acórdão nº 104075, de 26. 2. 2015 693
Acórdão nº 140469, de 11.12. 2014 655
Acórdão nº 144345, de 19. 5. 2015 525
Acórdão nº 148936, de 19. 3. 2015 463
Acórdão nº 182554, de 30. 10. 2014 605
Acórdão nº 194443, de 24. 3. 2015 469
Acórdão nº 258626, de 23. 4. 2015 701

LivroPopulos.indb 737 23/10/2015 09:53:38