



Revista do
TRE-RS

Janeiro/Junho de 2018





Tribunal Regional Eleitoral
do Rio Grande do Sul

Revista do
TRE-RS

Janeiro/Junho de 2018

Revista do TRE-RS

Ano 23, n. 44

Nova Fase



Tribunal Regional Eleitoral
do Rio Grande do Sul

Revista do TRE-RS / Tribunal Regional Eleitoral, Rio Grande do Sul. – Vol. 1,
n. 1 (set./dez. 1996)- . – Porto Alegre: TRE-RS, 1996- .
v. ; 22,5 cm.

Semestral, 2011- .
Quadrimestral, 1996-2010.
ISSN 1806-3497

1. Direito Eleitoral – Periódicos. I. Brasil. Tribunal Regional Eleitoral (RS).

CDU 342.8(816.5) (05)

Responsável pela Ficha Catalográfica: Liliane P. Santa Helena - CRB 10/2007

COMPOSIÇÃO DO PLENO

PRESIDENTE

Desembargador Jorge Luís Dall'agnol

VICE-PRESIDENTE E CORREGEDORA REGIONAL ELEITORAL

Desembargadora Marilene Bonzanini

DESEMBARGADORES ELEITORAIS

Desembargador Eleitoral Luciano André Losekann

Desembargador Eleitoral Silvio Ronaldo Santos de Moraes

Desembargador Eleitoral Eduardo Augusto Dias Bainy

Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira

Desembargador Eleitoral Gerson Fischmann

PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL

Doutor Luiz Carlos Weber

DIRETOR-GERAL DA SECRETARIA

Antônio Augusto Portinho da Cunha

CONSELHO EDITORIAL

Adisson Leal

Doutor em Ciências Jurídico-Civis pela Universidade de Lisboa. Professor do IDP.

André Luiz Olivier da Silva

Doutor em Filosofia pela Unisinos. Professor da Unisinos.

André Marengo

Doutor em Ciência Política. Professor Titular de Ciência Política da UFRGS.

Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Doutor em Direito pela UFRGS e pela USP. Professor da UFRGS.

Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis

Doutor em Direito pela USP. Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP).

Diogo Rais Moreira

Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor da FGV-SP e da Universidade Mackenzie.

Eduardo Munhoz Svartman

Pós-Doutor em Ciência Política pela George Washington University (EUA). Professor da UFRGS.

Fabício Dreyer de Ávila Pozzebon

Doutor em Direito pela PUC-RS. Professor da PUC-RS.

Gisele Mazzoni Welsch

Doutora em Direito pela PUC-RS. Professora universitária.

Juliana Rodrigues Freitas

Doutora em Direito pela UFPA/ Università di Pisa – Itália). Professora do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Luiz Felipe Silveira Difini

Doutor em Direito pela UFRGS. Professor da UFRGS. Desembargador do TJ-RS. Foi Presidente do TRE-RS.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves

Doutor em Direito pela PUC-SP. Procurador Regional Eleitoral junto ao TRE-SP.

Luiz Magno Pinto Bastos Júnior

Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade McGill (Canadá). Professor da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

Maria Lúcia Rodrigues de Freitas Moritz

Doutora em Ciência Política pela UFRGS. Professora da UFRGS.

Marilda de Paula Silveira

Doutora em Direito pela UFMG. Professora do IDP.

Rafael Da Cás Maffini

Doutor em Direito pela UFRGS. Professor da UFRGS. Foi Juiz Substituto do TRE-RS.

Silvana Krause

Doutora em Ciência Política pela Katholische Universität Eichstätt Ingolstadt (Alemanha). Professora da UFRGS.

EXPEDIENTE

DIRETORIA DA EJERS

Desembargador Jorge Luís Dall’Agnol
Diretor

Desembargadora Marilene Bonzanini
Vice-Diretora

EDITOR DA REVISTA

Desembargador Eleitoral Miguel Antônio Silveira Ramos

EQUIPE DA EJERS

Adriana da Silva
Ângelo Soares Castilhos
Eduardo Silva da Silva
Cristiano Friedrich Boiko
Fabiana Guimarães dos Santos
Larissa Hernandez Duarte

BIBLIOTECÁRIA RESPONSÁVEL

Liliane Pinto Santa Helena

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

Jefferson Cardoso da Silva
Seção de Expedição e Artes Gráficas - TRE-RS

SUMÁRIO

Apresentação.....	11
<i>Desembargador Jorge Luís Dall’Agnol</i>	
Introdução	13
<i>Desembargador Eleitoral Miguel Ramos</i>	
Autores desta edição	15
Reformas eleitorais em perspectiva comparada.....	21
<i>André Marengo</i>	
A nova cláusula de desempenho e a cláusula de desempenho que o STF não decidiu: fragmentação partidária ou livre participação das minorias?	49
<i>Marilda de Paula Silveira / Mariana Albuquerque Rabelo</i>	
Rejeição de contas públicas e inelegibilidade: uma dupla análise vertical de compatibilidade da causa de impedimento	89
<i>Rodrigo Terra Cyrineu</i>	
A liberdade à informação do eleitor e o seu núcleo de questionamentos: Por que? Para que? Por quem?.....	115
<i>Juliana Rodrigues Freitas / Paulo Victor Azevedo Carvalho</i>	
Propaganda Eleitoral – novos tempos, novos desafios	143
<i>José Luís Blaszk</i>	
Da cruz aos códigos: novas formas de abuso de poder e os mecanismos de proteção da integridade eleitoral no arquétipo brasileiro	167
<i>Frederico Franco Alvim / Volgane Oliveira Carvalho</i>	

Eleições suplementares: reflexões sobre os recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral..... 205

Ângelo Soares Castilhos / Rafael Maffini

Intervenção de terceiros nas ações eleitorais coletivas: (novas) perspectivas de coletivização do processo a partir do CPC/2015.... 243

Roberta Maia Gresta

O sistema de precedente no âmbito do Novo Código De Processo Civil e sua aplicabilidade no Direito Eleitoral..... 309

Maria Stephany dos Santos

Incidente de resolução de demandas repetitivas: aplicabilidade no âmbito da Justiça Eleitoral 337

Camila de Freitas Gondim

Perspectivas da educação política mundo afora: a declaração de Nova Déli sobre educação do eleitor 375

Adisson Leal / Fábio Lima Quintas

Lavagem de dinheiro em campanhas eleitorais 399

Daniela Wochnicki / Letícia Garcia de Farias

APRESENTAÇÃO

Desembargador Jorge Luís Dall’Agnol

A edição inaugural da Revista do TRE-RS circulou em 1996, ano no qual foi utilizada, pela primeira oportunidade, a urna eletrônica. O espaço temporal que nos distancia daquele ano é brevíssimo. A tecnologia, contudo, mudou nosso mundo e também a nossa forma de realizarmos eleições.

A urna de lona, os votos impressos e os mapas eleitorais cederam lugar à tecnologia, à sua segurança e rapidez. Há ainda certa nostalgia; mas, os desafios por segurança, celeridade e adequação, foram mais eloquentes.

Assim, a Revista de Direito Eleitoral do Estado no qual nasceu Assis Brasil - padrinho da Justiça Eleitoral Brasileira - também precisava avançar. É o que se apresenta no presente número, instaurador de uma nova fase de sua existência de mais de 20 anos.

Abandonando um modelo que serviu à época, com feição bastante local, centrada na reprodução de julgados, propomos uma publicação dinâmica e moderna, com caráter nacional, desde o seu respeitado Conselho Editorial aos temas que se lança a enfrentar. Assis Brasil impactou o país com sua obra e queremos, em alguma medida, contribuir no diálogo e no estudo do Direito Eleitoral. Precisamos, portanto, ir além.

Uma via para cumprir tal desiderato é a interdisciplinariedade. O fenômeno eleitoral transcende o direito. É evento político, econômico e social. Daí invocarmos o Convênio

celebrado por meio da Escola Judiciária Eleitoral com o Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFRGS para garantir efetiva ampliação do nosso olhar e do nosso alcance. Garante-se, ainda, alta e reconhecida qualidade acadêmica.

Ao mesmo tempo, pela primeira vez, lançamos edital público para coleta de artigos. Trata-se, aliás, de uma chamada de fluxo permanente. São especialmente convidados os mais de cem alunos e professores do Curso de Especialização em Direito Eleitoral realizado em convênio com a Fundação Escola Superior do Ministério Público os quais, em breve, deverão começar a entregar seus trabalhos. Ao mesmo tempo, os outros 40 servidores, lotados nos Cartórios Eleitorais gaúchos, que participam de curso de Extensão e atualização, por força de investimento do TRE-RS em seu corpo funcional.

Esta Revista, portanto, se comunica com outras dimensões da atuação do TRE-RS, sobretudo no fomento da cidadania consciente, da participação idônea no processo eleitoral e na sua prestação jurisdicional. Ela quer servir de subsídio aos juízes, aos estudantes de Direito Eleitoral e à comunidade como um todo. Novamente, a tecnologia garantirá tamanho acesso por sua versão eletrônica, disponibilizada nos mais diferentes canais.

Certamente, o processo eleitoral brasileiro precisa ser aperfeiçoado. Desde 1996, a urna eletrônica tem sofrido inúmeras melhorias técnicas. Da mesma sorte, a presente revista merece progressão contínua. Afinal, o papel da Justiça Eleitoral numa sociedade democrática é o de justamente assegurar o aperfeiçoamento das suas instituições, pela lisura do voto e pela legitimidade do processo eleitoral. A esta missão, adere a presente publicação em sua nova fase.

INTRODUÇÃO

Desembargador Eleitoral Miguel Ramos

É com grata satisfação que relançamos a revista jurídica do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, no seu 23º ano, em seu número 44, com algumas reestruturações em termos de conteúdo, de normatização e de objetivos do projeto.

A partir deste número, a editoração da Revista do TRE/RS passa a ser de responsabilidade da Escola Judiciária Eleitoral do Rio Grande do Sul (EJERS), cujos servidores, com o vasto conhecimento na área, trabalharam de forma incansável para que, num prazo exíguo, fosse reestruturado o Conselho Editorial e tivéssemos o número de artigos suficientes sobre temas e questões atuais do Direito Eleitoral para sua publicação.

A revista volta a ter a regularidade semestral e passa a ser um periódico de caráter científico, interdisciplinar (Direito Eleitoral e Ciência Política), com o objetivo de disseminar o conhecimento jurídico, por meio de artigos criteriosamente selecionados, destinados a acadêmicos, advogados, magistrados, membros do Ministério Público e demais atores, do mundo jurídico ou não, como forma de democratizar saberes e proporcionar o diálogo entre todos.

Nosso objetivo é voltar a ser um dos mais respeitados veículos de divulgação na área, por meio da publicação da produção doutrinária eleitoralista e política, nacional e estrangeira, de autores renomados no mundo jurídico e da ciência política. Por este motivo, reestruturamos as normas de publicação e de avaliação de artigos.

Em breve, pretendemos contar com o Qualis, sistema de avaliação de periódicos científicos da CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, como forma de qualificar ainda mais a produção científica publicada.

Desejamos a todos uma boa leitura.

AUTORES DESTA EDIÇÃO

Adisson Leal

Ex-Assessor-chefe da (EJE/TSE), Mestre em Direito Constitucional, Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Lisboa e pesquisador visitante da Ludwig-Maximilians-Universität München (Alemanha).

André Marengo

Professor Titular do Departamento de Ciência Política e do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Comendador da Ordem do Mérito Aeronáutico, membro do Grupo de Pesquisa/CNPq Instituições Políticas Comparadas [ufrgs.br/ipoc]. Versão anterior deste texto foi publicada na Revista de Ciência Política, Santiago-Chile.

Ângelo Soares Castilhos

Especialista em Direito Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (FMP) e em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (UNIASSELVI). Analista Judiciário - Área Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul (TRE-RS). Chefe da Seção de Estudos Eleitorais da Escola Judiciária Eleitoral do Rio Grande do Sul (EJERS). Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP) e do Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral (IGADE).

Camila de Freitas Gondim

Analista Judiciária – área judiciária do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

Daniela Wochnicki

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS - Porto Alegre, R.S, Brasil) e especialista em Processo Civil: Grandes Transformações – curso EAD (Universidade do Sul de Santa Catarina, S.C). Atua como Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul (TRE/RS - Porto Alegre, R.S, Brasil).

Fábio Lima Quintas

Ex-Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE). Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professor.

Frederico Franco Alvim

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA). Mestre em Direito (UNIMEP). Especialista em Direito e Processo Eleitoral (UFG). Especialista em Direito Eleitoral (UNAM). Especialista em Poder Judiciário com ênfase em Direito Eleitoral (EJE-MT/AVM). Ex-Assessor-Chefe da Assessoria Especial da Presidência do Tribunal Superior Eleitoral. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Autor das obras: Manual de Direito Eleitoral (Fórum, 2012); Curso de Direito Eleitoral (Juruá, 2016); e Cobertura política e integridade eleitoral: efeitos da mídia sobre as eleições (Habitus, 2018). Professor de cursos de pós-graduação.

Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP).

José Luís Blaszak

Advogado e professor de Direito Eleitoral e de Direito Administrativo. Foi juiz-membro do TRE/MT na classe jurista e presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/MT. É membro do COPEJE - Colégio Permanente de Juristas da Justiça Eleitoral.

Letícia Garcia de Farias

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS - Porto Alegre, R.S, Brasil) e especialista em Direito Processual Civil (Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS - Porto Alegre, R.S, Brasil). Atua como Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul (TRE/RS - Porto Alegre, R.S, Brasil).

Juliana Rodrigues Freitas

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará, com estágio na Universidade de Pisa, Itália. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Pós-Graduada em Direito do Estado pela Universidade Carlos III de Madri, Espanha. Professora da Graduação e Mestrado do Centro Universitário do Pará. Advogada.

Maria Stephany dos Santos

Graduada em Direito na Faculdade ASCES/PE (2013); Pós-graduada em direito eleitoral na EJE (TRE/PE) (2015); Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP), Membro da Comissão de Direito Eleitoral da

OAB/PERNAMBUCO; Cursando introdução à Filosofia do Direito em Harvard. Participante no Grupo de extensão - Direito Constitucional Comparado - UFMS; Participante no Grupo de Pesquisa observatório eleitoral financiamento eleitoral - eleições 2016 (IDP). Participante nos Grupos de Extensão; “Extensão universitária em Ciência Política, pela Universidade de São Paulo USP. Participante nos Grupos de Pesquisa e Extensão; “A Configuração De Improbidade Nas Licitações E Contratos Administrativos: O Cidadão E O Ministério Público Como Legitimados Para O Controle Da Administração Pública” e “retórica da argumentação jurídica”. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Eleitoral e Público. Advogada.

Mariana Albuquerque Rabelo

Graduada em Direito e Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Pós-graduanda em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogada.

Marilda de Paula Silveira

Mestre em direito administrativo e doutora em direito público pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenadora dos cursos de Pós-graduação em direito eleitoral da Escola de Direito de Brasília - EDB/IDP. Professora de graduação nas disciplinas de direito administrativo e eleitoral da Escola de Direito de Brasília - EDB/IDP. Professora do programa de mestrado, na linha de pesquisa Constituição e Sociedade da Escola de Direito de Brasília - EDB/IDP. Líder da pesquisa em rede sobre financiamento de campanhas e Constituição. Membro fundadora da ABRADep (Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político) e diretora do IBRADE (Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral). Sócia da Silveira e Unes Advogados Associados.

Paulo Victor Azevedo Carvalho

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Advogado.

Rafael Maffini

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Professor Adjunto de Direito Administrativo e Notarial do Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da UFRGS; Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS; Juiz Substituto do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, em vaga destinada a advogados para o biênio 2016/2018; Advogado em Porto Alegre; Sócio Diretor do escritório Rossi, Maffini, Milman & Grandi Advogados.

Roberta Maia Gresta

Doutoranda em Direito Político (UFMG). Mestre em Direito Processual (PUC Minas). Professora de Graduação em Direito (Faculdade Arnaldo Janssen) e de Pós-graduação lato sensu (PUC Minas). Assessora-chefe de Gabinete de Juiz Membro (TRE/MG). Instrutora colaboradora (EJE-TRE/MG).

Rodrigo Terra Cyrineu

Advogado, membro-fundador da ABRADep (Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político) e especialista em Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Eleitoral pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso.

Volgane Oliveira Carvalho

Mestre em Direito (PUCRS). Especialista em Direito Processual (UNAMA). Analista Judiciário do Tribunal

Regional Eleitoral do Maranhão. Autor das obras: Direitos políticos no Brasil: o eleitor no século XXI (Juruá, 2016); e Manual das inelegibilidades (Juruá, 2018). Professor de pós-graduação. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP).



**REFORMAS ELEITORAIS
EM PERSPECTIVA COMPARADA**

André Marenco

RESUMO: Busca-se, em uma análise das reformas dos sistemas eleitorais entre 1800 e 2002, estabelecer um padrão acerca das alterações sofridas pelas instituições eleitorais em uma perspectiva comparada.

PALAVRAS-CHAVE: Reformas eleitorais. Sistemas eleitorais. Perspectiva comparada.

ABSTRACT: In an analysis of the reforms of the electoral systems between 1800 and 2002, it is sought to establish a pattern about the changes undergone by electoral institutions in a comparative perspective.

KEY WORDS: Electoral reforms. Electoral systems. Comparative perspective.

APRESENTAÇÃO

Sob que circunstâncias, democracias promovem reformas eleitorais? Para Boix (1999) a força de partidos emergentes e a capacidade dos competidores tradicionais em resolver problemas de coordenação constituem as explicações para a questão da mudança nas instituições eleitorais: quando partidos desafiantes são fracos e/ou partidos tradicionais mostram-se capazes de resolver problemas de coordenação, a tendência é a manutenção de fórmula majoritária; inversamente, sob a concorrência de partidos desafiantes relevantes e diante da impossibilidade de coordenar votos do eleitorado conservador, a probabilidade seria a introdução de representação proporcional. Em direção semelhante, Colomer (2003) sugere que dispersão e pluralismo partidário *prévios* provocam ajustes nas regras eleitorais, gerando incentivos para a substituição de fórmulas majoritárias por representação proporcional, indicando uma direção de causalidade inversa à proposta por Duverger (partidos => sistema eleitoral, e não o contrário). Nos dois modelos, mudanças são produto de componentes exógenos, localizados em especial na distribuição de preferências do eleitorado. A questão a ser respondida neste trabalho diz respeito aos padrões de *path-dependency* produzidos pelas próprias instituições eleitorais: em que medida, a extensão temporal das regras eleitorais termina por induzir um efeito de *positive feedback* (Pierson, 2004), tornando reversão e mudanças pouco prováveis, mesmo após alterações no formato da competição na arena eleitoral, provocadas por fatores demográficos, políticos ou culturais. Ou ainda, a matriz institucional prévia condiciona o escopo das mudanças na engenharia eleitoral, limitando o alcance das mudanças a variações incrementais do modelo original? Para analisar este problema, foram examinados

203 reformas em regras eleitorais, em 93 países, entre 1800 e 2002, compreendendo mudanças de modelos de representação eleitoral (majoritários/RP/mistos) ou de tipos de ordenamento de candidatos (partidário/voto preferencial).

REFORMA ELEITORAL EM PERSPECTIVA

Na sequência, o trabalho analisa processos de mudança nas regras eleitorais, verificadas entre 1800 e 2002. Foram consideradas como reformas eleitorais, alterações na fórmula de conversão de votos em cadeiras, envolvendo substituição entre instituições majoritárias, mistas e de representação proporcional. Foram verificadas também, mudanças internas em instituições majoritárias (uni ou plurinominal e *plurality* ou *runoff*) bem como variações entre modelos de RP baseados em ordenamento partidário prévio de listas eleitorais (listas fechadas), ou ainda, aqueles que adotaram procedimento de voto preferencial para definir a ordem e os ocupantes da cota de cadeiras proporcionais conquistadas por cada partido. Procurou-se registrar o ano em que ocorre cada uma das mudanças eleitorais, a direção da troca, fatores contextuais como o desempenho econômico, as condições de competição política, e a durabilidade de cada formato institucional, definido pelo intervalo temporal entre uma reforma e outra.

A distinção entre instituições majoritárias (MAJ), mistas (MIX) e de representação proporcional apresenta-se consolidada na literatura de estudos eleitorais e não apresenta maiores problemas (Lijphart & Grofman, 1984; Lijphart, 1999). Mais complexa parece a distinção entre distintos procedimentos de ordenamento de candidatos, promovidos em sistemas de representação proporcional.

Por **listas fechadas (LF)**, compreende-se aqui, procedimento no qual os partidos apresentam antecipadamente, uma

relação ordenada de seus candidatos, restando aos eleitores um sufrágio impessoal na lista (legenda) de sua preferência. As cadeiras são distribuídas entre os candidatos partidários conforme a ordem previamente estabelecida, até completar-se a cota proporcional partidária. Ordenamento partidário de listas pode ser encontrado, entre outros casos, na Argentina, Indonésia, Noruega, Portugal, Espanha e África do Sul.

Regras de ranqueamento de candidatos que permitem algum tipo de competição intra-partidária foram classificadas como de **voto preferencial (VP)**. O modelo mais usual de ranqueamento definido pela interferência do eleitor na definição da ordem final consiste na **lista aberta**, ou não ordenada, encontrada em países como Brasil, Finlândia, Suécia, República Checa e Chile, e corresponde à formato no qual partidos indicam seus candidatos sem uma ordem de preferências prévia, sendo prerrogativa dos eleitores definir esta hierarquia, através de voto nominal conferido ao postulante de sua escolha. Somados os votos dos candidatos de cada partido, estabelecida a cota proporcional de cadeiras que cabe à cada legenda, estas são distribuídas conforme a ordem de votos nominais obtidos por cada candidato. Foram consideradas também como voto preferencial, as **listas flexíveis**, como a do sistema eleitoral belga, quando partidos apresentam listas eleitorais previamente ordenadas, havendo, contudo, possibilidade do eleitor alterar este ordenamento, à medida em que deposite votos preferenciais para algum candidato em quantidade suficiente para reposicioná-lo na lista final, ordenada após a apuração dos sufrágios. No sistema de **lemas**, o eleitor vota em uma lista sub-partidária, determinando a cota proporcional partidária e, simultaneamente, a distribuição intra-partidária de cadeiras, entre os diferentes lemas. Embora cada sub-lema constitua uma lista pré-ordenada, a definição da nominata final dos candidatos partidários eleitos depende da distribuição intra-partidária de preferências do eleitorado, permitindo alocar o

Uruguay entre os casos de voto **preferencial** (Colomer, 2004; Rose, 2000) A Colômbia apresenta mecanismo semelhante. No entanto, sua fórmula de conversão de votos em cadeiras baseada no quociente eleitoral, combinado à primazia das maiores sobras elimina o recurso da transferência e compartilhamento intra-partidários dos sufrágios (Archer & Shugart, 2002). Por fim, o *single transferible vote*, aplicado na Irlanda e Malta, permite uma ordenação prévia das preferências do eleitorado, dirigindo a transferência do voto, caso as primeiras opções sejam desperdiçadas. Após uma primeira apuração, descartam-se as primeiras opções dos candidatos menos votados, bem como dos votos em excesso daqueles que alcançaram o quociente eleitoral. Este procedimento é repetido sucessivamente, até que as vagas em disputa sejam preenchidas.

Uma dúvida que poderia ocorrer a esta altura seria a da possibilidade de classificar-se dentro de uma categoria única de **voto preferencial**, procedimentos distintos como listas inteiramente não ordenadas, listas previamente ordenadas, mas sujeitas a alteração pelos eleitores, *doble voto simultáneo*, *panachage*, e, ainda, *single transferible vote*. Sem desconhecer as peculiaridades de cada um dos procedimentos disponíveis que prevêm a interferência do eleitor na distribuição das cadeiras partidárias, sua equivalência parte da premissa de que qualquer esforço analítico de interpretação de processos políticos implica em um exercício de redução, pelo qual algumas propriedades são subsumidas, enquanto outras, salientadas. O mesmo se passa quando utiliza-se “representação proporcional” como categoria de análise: a despeito das singularidades existentes dentro das instituições que empregam RP, decorrentes de diferentes fórmulas para a distribuição de sobras, magnitude eleitoral, *threshold*, tipos de listas e preenchimento das cadeiras partidárias, RP tem sido utilizada como uma variável para explicar graus de proporcionalidade, dispersão partidária ou desempenho institucional¹. O que se está acentuando ao empregar-se “voto preferencial”, como uma categoria

analítica são suas semelhanças quanto à possibilidade de interferência do eleitor e a competição intra-partidária, como condições para a definição da ocupação de cadeiras partidárias², procurando, a seguir, testar se os efeitos decorrentes deste modelo correspondem àqueles previstos pela literatura.

No intervalo de 202 anos entre 1800 e 2002, foram registradas 203 mudanças de regras eleitorais, envolvendo 93 nações. França (12), Itália (09), Grécia (09), Espanha (08) e Portugal (07), apresentaram as maiores reincidências de reformas, sugerindo a instabilidade das instituições eleitorais adotadas nestes países. Austrália, Canadá, Estados Unidos e Reino Unido adotaram sua configuração eleitoral original ainda no século XIX, sem alterações significativas desde então. Em um intervalo temporal menor, a Finlândia mantém seu modelo de RP com voto preferencial desde 1906.

Distribuição das reformas eleitorais segundo período e modelo adotado

	Período				total
		Até 1899	1900 a 1945	Após 1945	
Reforma	MAJ	95,5 (42)	29,2 (14)	32,4 (36)	45,3 (92)
	MIX	2,3 (01)	8,3 (04)	23,4 (26)	15,3 (31)
	LF	2,3 (01)	41,7 (20)	29,7 (33)	26,6 (54)
	VP	-	20,8 (10)	14,4 (16)	12,8 (26)
	tot	100 (44)	100 (48)	100 (111)	100 (203)

Fontes: Polity IV; ksghome.harvard.edu/~pnorris; idea.int; ipu.org; electoral-reform.org.uk; ifes.org; odci.gov/cia; Colomer (2004); Norris (2004); Rose (2000).

¹ *In proportionality-based classifications of electoral systems, list PR and the single transferable vote are commonly put together and regarded as polar opposites of plurality-based methods.* (Grofman, 2005, pp.736)

² **Em direção semelhante à empregada por Crisp et alii** (2004, pp. 830): *Multiple lists from the same party (subparty lists) or open lists, on the other hand, mean legislative candidates must not only distinguish themselves from members of other parties but also from members of the electoral banner to which they have staked their own fortunes.*

MAJ- majoritário; MIX- misto; LF- RP com lista fechada;
VP- RP com voto preferencial

Quando considera-se o modelo de instituição eleitoral adotado em cada reforma e o período em que a mudança foi promovida, pode-se constatar que até o final do século XIX, praticamente todo o exercício de engenharia eleitoral movia-se em torno a sistemas majoritários de representação. As únicas exceções são o modelo misto, adotado em Portugal, em 1896, após um ano de funcionamento de um sistema majoritário, e a fórmula de representação proporcional introduzida originalmente na Bélgica, em 1899, após 68 anos de operação de fórmula majoritária uninominal. Ângulo alternativo para capturar-se a popularidade de sistemas majoritários até o final do século XIX, pode ser alcançado quando verifica-se que 45,6% (ou 42 das 92 ocorrências) de todas as reformas que implementaram regras majoritárias verificaram-se ainda dentro daquele intervalo, em contexto que corresponde à restrições ao sufrágio universal masculino. Contudo, pode-se notar um *revival* de instituições majoritárias após 1945, quando cerca de uma em cada 3 mudanças nas regras eleitorais provocaram a implantação deste modelo. Por outro lado, a dimensão do fenômeno pode ser melhor compreendida quando introduz-se a informação que 30 das 36 reformas que geraram instituições majoritárias após 1945 tiveram como *background* sistemas não-competitivos. Processos de descolonização (16) e de liberalização pós-soviética (10) ofereceram incentivo significativo para o incremento no número de casos de reformas pró-majoritárias. Também não deve passar despercebido que após 1945, verifica-se um incremento significativo na frequência de reformas eleitorais, alcançando marca superior à soma dos dois períodos anteriores.

A primeira metade do século XX representa contexto marcado por forte inflexão na direção de representação

proporcional, constituindo, pela agregação LF/VP mais de 60% das mudanças eleitorais registradas naquele período. Da mesma forma, o período posterior a 1945 apresentou fluxo importante na direção de fórmulas Mistas, que foram implementadas em quase $\frac{1}{4}$ das reformas introduzidas. Analisando a informação por outro ângulo, verifica-se que 26 das 31 mudanças em direção de sistemas mistos foram promovidas a partir de 1945, representando 83,9% dos casos de mudança pró-instituições mistas.

Informação relevante para a reconstituição de padrões de mudança eleitoral é oferecida pelo registro do fluxo de cada reforma, considerando-se o status quo e a instituição adotada. A tabela a seguir disponibiliza esta informação:

Fluxo de reformas eleitorais conforme a origem

		Reforma				
		MAJ	MIX	LF	VP	
Status quo	Não competitivo	64,1 (59)	38,7 (12)	59,3 (32)	57,7 (15)	58,1 (118)
	MAJ	28,3 (26)	38,7 (12)	29,6 (16)	15,4 (04)	28,6 (58)
	MIX	1,1 (01)	-	7,4 (4)	1,1 (01)	2,9 (06)
	LF	6,5 (06)	12,9 (04)	-	23,1 (06)	7,9 (16)
	VP	-	9,7 (03)	3,7 (02)	-	2,5 (05)

Fontes: Polity IV; ksghome.harvard.edu/~pnorris; idea.int; ipu.org; electoral-reform.org.uk; ifes.org; odci.gov/cia; Colomer (2004); Norris (2004); Rose (2000).

MAJ- majoritário; MIX- misto; LF- RP com lista fechada;
VP- RP com voto preferencial

Status quo constituído por instituições não-competitivas e de fórmula majoritária respondem por 86,7% do background prévio à introdução de novas regras eleitorais.

Variações neste padrão podem ser encontrados em reformas que introduzem sistemas mistos, quando menor frequência de associação à contexto autoritário prévio é compensado por sua criação como alternativa à procedimentos majoritários puros. Por outro lado, modelos de representação proporcional com voto preferencial apresentam menor probabilidade de serem implantados em substituição à sistemas majoritários, apresentando-se, em maior frequência, relacionados à mudança de modelos de lista em instituições de representação proporcional, alterando lista fechada por procedimentos de competição intra-partidária por votos preferenciais.

Fluxo de reformas eleitorais conforme o resultado

		Reforma				
		MAJ	MIX	LF	VP	
Status quo	Não competitivo	38,4 (59)	14,3 (12)	36,6 (32)	11,2 (15)	100 (118)
	MAJ	44,8 (26)*	20,7 (12)	27,6 (16)	6,9 (04)	100 (58)
	MIX	16,7 (01)	-	66,7 (4)	16,7 (01)	100 (06)
	LF	37,5 (06)	25,0 (04)	-	37,5 (06)	100 (16)
	VP	-	60,0 (03)	40,0 (02)	-	100 (05)
		45,3 (92)	15,3 (31)	26,6 (54)	12,8 (26)	100 (203)

*neste caso foram consideradas mudanças entre instituições majoritárias, como plurality/runoff

Fontes: Polity IV; ksghome.harvard.edu/~pnorris; idea.int; ipu.org; electoral-reform.org.uk; ifes.org; odci.gov/cia; Colomer (2004); Norris (2004); Rose (2000).

MAJ- majoritário; MIX- misto; LF- RP com lista fechada;
VP- RP com voto preferencial

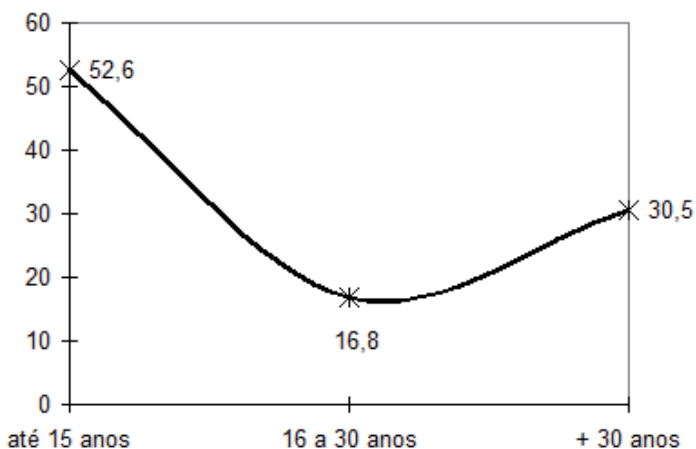
Considerando-se um continuum fixado com base no grau de competição oferecido pelo *status quo* **não competitivo**<MAJ<MIX<LF<VP (Colomer, 2004), verifica-se que 59,1% das reformas eleitorais obedecem a um padrão contíguo. Os casos mais frequentes de desvio em relação a este padrão ocorrem quando da mudança a partir de um *status quo* não-competitivo, com a introdução de fórmula proporcional (32 casos) e na passagem de majoritário para LF (16 casos). Estes desvios podem ser compreendidos quando identifica-se o intervalo temporal da mudança: até a primeira metade do século XX, a substituição de *status quo* não-competitivo ou majoritário por representação proporcional constituía a alternativa mais provável, em decorrência da própria escassez de alternativas mistas. As alternativas mais prováveis a um *status quo* não-competitivo são constituídas por regras eleitorais majoritárias ou representação proporcional com LF, com reduzida frequência para a introdução de instituições eleitorais mistas ou de RP-VP. Fórmulas majoritárias foram substituídas, predominantemente por variações de regra de maioria.

Além da direção das mudanças, parece relevante considerar-se o efeito produzido pelo tempo no incremento aos custos de reversão para o *status quo* institucional. Interpretações baseadas na compreensão de processos políticos como configurados por padrões *path-dependent* sugerem que prolongamento temporal de uma dada estrutura institucional deve gerar efeito de retornos crescentes (North, 1990; Pierson, 2004): a repetição das regras implica em rotina institucional, reduzindo os custos de transação presentes nas interações e no jogo político, molda estratégias dos agentes aos constrangimentos e oportunidades definidos pelas instituições estabelecidas, ao mesmo tempo que amplia a incerteza quanto à alterações nos *payoffs*, promovidas por novo arranjo institucional. *Incumbents* eleitos por determinada fórmula eleitoral teriam sempre resistência em alterar estas regras, uma vez que esta alternativa

poderia inverter as condições da competição eleitoral, alterando seus prospectos de manutenção/mobilidade na carreira política. E quanto mais prolonga-se o tempo de vida de cada modelo institucional, maiores os custos de transação necessários para a promoção de uma coalizão pró-mudança - ou na linguagem de Tsebelis (2002), menor o *winset* - indicando presença de associação negativa entre tempo e probabilidade de reforma institucional.

Procurou-se mensurar esta premissa, considerando o tempo de vida do *status quo* eleitoral, prévio à cada reforma institucional, ou seja a duração, em anos de um modelo de regra eleitoral, antes de sua substituição. Os casos foram divididos em três grupos: aqueles em que a reforma ocorre em até 15 anos de funcionamento das regras anteriores; reformas verificadas no intervalo entre 16 e 30 anos de vida do modelo prévio e, finalmente, reformas implementadas após longo período de operação do *status quo*, superior a 30 anos de duração. A distribuição dos casos é apresentada na figura abaixo:

Tempo de duração do status quo antes da reforma eleitoral



Fontes: Polity IV; ksghome.harvard.edu/~pnorris; idea.int; ipu.org; electoral-reform.org.uk; ifes.org; odci.gov/cia; Colomer (2004); Norris (2004); Rose (2000).

Conforme o esperado, a maior frequência de reformas eleitorais verifica-se em um intervalo de tempo curto, após a implantação do *status quo* prévio. Ou seja, regras institucionais apresentam maior risco de ruptura, quanto mais recentes sejam ou menos tempo tenham de operação. Neste caso, os custos de transação para as mudanças provavelmente sejam menores, processos de recrutamento político ainda não tenham selecionado uma geração de candidatos com estratégias inteiramente enquadradas sob as novas oportunidades e os riscos com nova mudança sejam mais modestos. Também conforme o previsto, à medida em que o tempo de duração das novas regras seja estendido para um intervalo entre 16 e 30 anos, a frequência de mudanças nas regras eleitorais declina dramaticamente, indicando uma estrutura de oportunidades em que provavelmente a configuração institucional já tenha se *institucionalizado*, sido incorporada às estratégias dos competidores, e os próprios novos competidores já sejam aqueles produzidos pelas fórmulas em vigor.

Contudo, surpresa verifica-se com o incremento verificado na frequência de reformas eleitorais, em instituições dotadas de períodos mais longos (acima de 30 anos) de existência. Deveria ser esperado que tendo alcançado duração extensa, a probabilidade de mudança fosse ainda menor, o que não parece ocorrer. Assim, a premissa que instituições em operação produzem efeitos de retornos temporais crescentes, ampliando os custos de reversão, e adquirindo condição *path-dependent*, deve incorporar a complexidade presente nesta situação, identificando as contingências que limitam o **prazo de validade** institucional. Ou seja, mesmo após sua institucionalização, instituições não parecem infensas a fatores - endógenos ou contextuais - que alteram a eficácia das

regras para gerar equilíbrio, induzindo os agentes a novos cálculos de *payoffs*, com benefícios decorrentes da mudança institucional. A próxima seção deste trabalho retomará este problema, tentando isolar fatores diferenciais que podem afetar a estabilidade de cada arranjo eleitoral, segundo a duração de cada intervalos temporais e, especialmente, identificar as condições que podem contribuir para a quebra do equilíbrio institucional após longa durabilidade prévia sob a mesma configuração institucional.

Antes disto, pretende-se identificar se existem intervalos temporais distintos, segundo cada fluxo de mudança institucional. A tabela abaixo oferece a informação sobre o tempo médio de prolongamento do *status quo*, em relação à alternativa institucional adotada:

**Intervalo temporal entre adoção status quo e reforma eleitoral,
segundo modelos eleitorais (em anos)**

		Reforma				
		MAJ	MIX	LF	VP	media
Status quo	Não competitivo	6	25	30	56	27
	MAJ	21	23	29	41	25
	MIX	5	-	12	3	9
	LF	7	21	-	39	23
	VP	-	16	8	-	13

Fontes: Polity IV; ksghome.harvard.edu/~pnorris; idea.int; ipu.org; electoral-reform.org.uk; ifes.org; odci.gov/cia; Colomer (2004); Norris (2004); Rose (2000).

MAJ- majoritário; MIX- misto; LF- RP com lista fechada;

VP- RP com voto preferencial

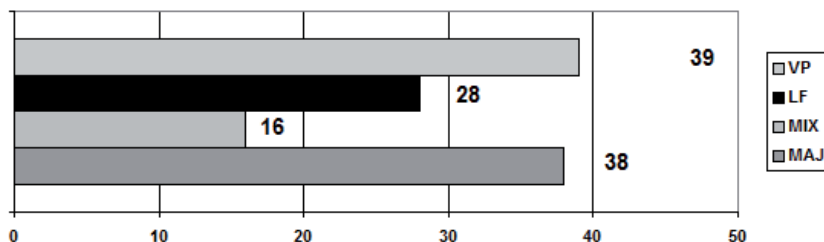
A continuidade temporal do *status quo* está relacionada assim à distância da alternativa de reforma, em relação às regras

ou ao formato da competição eleitoral prévios. Desta forma, mudança nas instituições eleitorais pode ser mais provável, e abreviar a duração da fórmula antiga, quando as diferenças entre *status quo* e *winset* forem menores, indicando padrão predominante de mudança dentro de uma matriz institucional original. Quando o *status quo* é representado por instituições não-competitivas, ou ainda, fórmulas eleitorais majoritárias, sua durabilidade temporal aumenta progressivamente, à medida em que alternativa de reforma seja oferecida dentro do contínuo $MAJ < MIX < LF < VP$, correspondendo às margens de competição permitidas à partidos e candidatos, ou ao escopo de escolha oferecido aos eleitores. Fórmulas de representação proporcional com voto preferencial são adotadas somente após longos períodos de funcionamento de regras majoritárias ou proporcionais de lista fechada. O inverso não parece verdadeiro: a troca por sistemas menos inclusivos pode ocorrer após intervalos temporais mais limitados, como na passagem $LF \Rightarrow MAJ$. A discrepância apresentada pela reforma $MAJ \Rightarrow MAJ$, com tempo médio de 21 anos, não contradiz a natureza incremental que parece caracterizar a adoção de mudanças nas regras eleitorais.

Por outro lado, os tempos médios de persistência do *status quo* apresentados acima não devem ser confundidos com a resiliência temporal de cada modelo eleitoral. Nos dados informados até aqui, considerou-se apenas o intervalo de tempo de operação entre uma determinada fórmula eleitoral e sua substituição por outro sistema. Portanto, cada modelo foi considerado, apenas, quando permutado por outra alternativa. Contudo, grande número de casos conheceram equilíbrio, após mudança institucional em um ponto mais ou menos distante no passado. Para corrigir esta distorção, foram incorporados os tempos relativos à mudanças que produziram equilíbrios estáveis, ou seja, casos em que uma vez introduzida reforma, a instituição foi mantida até o presente. Este procedimento permite uma medida aproximada dos valores médios

de duração de cada uma das regras eleitorais em exame, conforme apresentado na figura abaixo:

**Duração temporal média diferentes modelos eleitorais
(média, em anos)**



Fontes: Polity IV; ksghome.harvard.edu/~pnorris; idea.int; ipu.org; electoral-reform.org.uk; ifes.org; odci.gov/cia; Colomer (2004); Norris (2004); Rose (2000).

MAJ- majoritário; MIX- misto; LF- RP com lista fechada;
VP- RP com voto preferencial

Os 5 casos de representação proporcional com voto preferencial que foram substituídos por RP/lista fechada ou fórmula mista e apresentaram tempo de vida breve, representam uma exceção dentro do grupo de instituições com esta configuração eleitoral. No seu conjunto, democracias que adotam RP/voto preferencial apresentaram os mais elevados tempos médios de duração. Finlândia (88), Irlanda (83), Uruguay (71), Brasil (59) são exemplos de configurações em equilíbrio estável, traduzido em elevada continuidade temporal. Sistemas majoritários apresentam, igualmente, padrões estáveis, em níveis equivalentes aos de VP. Estados Unidos, Reino Unido, Canadá e Austrália, com instituições eleitorais formadas ainda no século XIX, ou, no limite, no início do XX, contribuem para definir esta propriedade das instituições majoritárias. No extremo oposto, fórmulas mistas revelam continuidade institucional bem mais modesta, alcançando apenas 16 anos de duração média. Entre os fatores que podem ter

contribuído para esta precariedade, deve-se considerar que 26 das 31 reformas com adoção deste modelo ocorreram após 1945, e, de forma mais saliente, 19, sómente após 1990. Por outro lado, uma hipótese que poderia merecer ser colocada à prova de testes mais rigorosos seria a associação entre a constituição híbrida deste sistema, com duas distintas estruturas de incentivos (majoritária e proporcional) para carreiras políticas e a indução a estratégias de defecção em relação às regras, fragilizando o equilíbrio institucional existente.

Na sequência, procurou-se explorar as variáveis que podem influenciar a promoção de reformas eleitorais. Para examinar se a ocorrência de mudanças nas regras eleitorais obedece a padrões convergentes ou diferenciados, segundo o intervalo de tempo prévio do *status quo*, foram rodadas três sequências de regressão logística, considerando como variável dependente, as variáveis *dummy* (1 para anos com reformas, 0 para anos sem reformas) referentes a reformas em prazo **curto** (até 15 anos), **médio** (de 16 a 30 anos) ou **longo** (acima de 30 anos). Os resultados estão contidos na tabela abaixo, que, por simplificação, apresenta apenas os coeficientes B, significância e erro-padrão (entre parênteses).

**Regressão logística: reformas conforme tempo prévio
em relação à variáveis escolhidas (B, sig, S.E.)**

		Intervalo status quo/reforma		
		Curto	Médio	Longo
Variáveis independentes	% PIB anual	-0.109*** (0.021)	-0.023 (0.594)	-0.047 (0.044)
	Competição Polity IV	0.468** (0.151)	0.328 (0.260)	0.574** (0.198)
	Anos regime político prévio	-0.041** (0.013)	0.001 (0.010)	0.006 (0.007)
	Regime	2.206*** (0.509)	-4.968 (25.039)	0.919 (0.267)

Fontes: Polity IV; ksghome.harvard.edu/~pnorris; idea.int; ipu.org; electoral-reform.org.uk; ifes.org; odci.gov/cia; Colomer (2004); Norris (2004); Rose (2000).

*** sig a 1% ** sig a 5%

Reformas eleitorais implementadas após recente período de operação do *status quo* eleitoral podem ser afetadas por uma combinação de fatores resultantes do desempenho econômico, rupturas institucionais, incremento na competição eleitoral e precária institucionalização do regime democrático. De forma mais imediata, a sobrevivência de fórmulas eleitorais está associada à continuidade do regime político, com mudanças nas regras de conversão de votos em postos políticos resultando da alteração na configuração das instituições políticas. Em outras palavras, a curto prazo, inovação eleitoral é mais provável quando ocorre em decorrência de ruptura institucional, do que como produto de escolhas promovidas dentro da rotina das instituições em vigência. Da mesma forma, continuidade/mudança nas regras eleitorais parece sensível ao desempenho da economia, medido conforme a variação anual do PIB. Reformas produzidas após intervalo curto de duração das regras eleitorais anteriores apresentam taxas médias negativas de crescimento do PIB nacional (-4,46%), em contraste com os valores médios dos anos sem reformas (0,65%). A mesma relação não ocorre no grupo das reformas após tempo médio (1,33% x -2,475) ou longo (0,48% x -3,67%), quando o desempenho econômico nos anos **com** reformas é maior e positivo, face à variação média negativa em anos **sem** reformas. Isto parece indicar que instituições eleitorais de implantação recente são sensíveis ao desempenho econômico, sucumbindo quando este é negativo. Contudo, após intervalos maiores de funcionamento (provavelmente a partir de 15 anos), regras eleitorais adquirem resistência ao contágio da economia, podendo ser reformadas, mas neste caso, devido a fatores que não crises econômicas.

Finalmente, a única variável com associação estatisticamente significativa (a 5%) com reformas eleitorais após 30 ou mais anos de funcionamento das regras prévias foi “competição eleitoral”, segundo indicador da Polity IV. O que pode sugerir que os *increasing returns* oferecidos pelo tempo e pela rotina institucional, se podem sobreviver a ciclos econômicos, parecem menos elásticos face ao incremento na competição, traduzida em maior fragmentação política e eleitoral, a testar a flexibilidade das regras eleitorais em vigor para produzir representação política.

Na sequência, pareceu sugestivo testar a relação entre os modelos eleitorais prévios e intervalos temporais de duração do status quo. Trata-se, em outras palavras, de verificar se existem probabilidades distintas de duração (curta/média/longa) de cada instituição. Esta informação pode ser verificada na tabela abaixo:

Intervalo de tempo em relação ao status quo eleitoral

	Curto	Médio	Longo
AUT	54,5 (6)	9,1 (1)	36,4 (4)
MAJ	47,4 (27)	21,0 (12)	31,6 (18)
MIX	83,3 (5)	-	16,7 (1)
LF	50,0 (8)	18,7 (3)	31,2 (5)
VP	80,0 (4)	-	20,0 (1)

Fontes: Polity IV; ksghome.harvard.edu/~pnorris; idea.int; ipu.org; electoral-reform.org.uk; ifes.org; odci.gov/cia; Colomer (2004); Norris (2004); Rose (2000).

Modelos de representação proporcional com voto preferencial (VP) e fórmulas mistas (MIX) apresentam maior probabilidade de serem substituídos por regras alternativas, nos primeiros anos de sua implantação. As únicas exceções foram representadas pela substituição de fórmula mista por majoritária em Portugal (1915) e a reforma do sistema proporcional com voto

preferencial por sistema misto, na Itália, em 1993. No caso da reforma italiana, a substituição do voto preferencial após intervalo de operação longo pode ser compreendido como resultado do contexto de colapso da *partitocrazia* peninsular e descrédito face ao desempenho da classe política (Guzzini, 1994) ativados pelo impacto de denúncias de corrupção e o envolvimento com redes ilegais, provocando a implosão no sistema partidário italiano, com uma forte retração em sua organização mais tradicional, a democracia-cristã, o virtual desaparecimento dos socialistas, e a eclosão de novas e correntes como *Forza Itália*. Realinhamento político com impactos sobre estratégias de carreira e descontinuidade no recrutamento parlamentar. Tendo-se mantido em um patamar próximo a 35% desde 1953, a renovação nas cadeiras parlamentares atinge a marca de 70% nas eleições para a legislatura 1994/96 (Briquet, 1999; Bartolini & D'Alimonte, 1995). Esta cifra deve ser creditada a duas condições, que contribuíram para incrementar as chances eleitorais de novatos na carreira. Em primeiro lugar, a sanção proferida pelo eleitor, particularmente em relação aos segmentos mais comprometidos com a experiência prévia da classe política. Simultaneamente, a desistência de número expressivo de veteranos em recandidatar-se pode ter contribuído para facilitar a conquista de uma cadeira por desafiantes novos. O importante aqui é interpretar o significado desta evasão, e para isto, a hipótese de Briquet parece instigante: *dans un grande partie des cas, le renouvellement s'explique par le fait que le nombre des députés de la XI législature (1992-1994) ne sont pas représentés, soit qu'ils aient anticipé une défaite prévisible, soit que leur implication dans les affaires de corruption ait incité les appareils partisans nationaux à leur refuser leur investiture* (Briquet, 1999: 257). De fato, o índice de recandidatura dos então parlamentares em 1994 corresponde à 49%, inferior aos 65% de 1987 e 54% de 1992, e, mais revelador, ainda, dentre aqueles que se reapresentam apenas 21% obtiveram êxito em conservar sua cadeira.

A evasão atinge de forma desigual as principais correntes: mais forte entre os democratas-cristãos (63%) do que nos ex-comunistas (34,6%), da mesma forma que a confirmação do mandato é obtida por apenas 12% dos re-candidatos do PPI, contra cerca de metade entre os *sinistros*. A leitura desta informação parece evidente: a única reforma de modelo proporcional com voto preferencial após longo intervalo de duração prévia, parece ter sido resultado de forte crise que atinge a elite política e legislativa italiana, traduzida em aumento nos índices de *retirement* parlamentar. Sem expectativas de continuidade na carreira legislativa (*static ambition*), *incumbents* tornam-se indiferentes em relação à incerteza gerada por uma mudança nas regras eleitorais, neutralizando os efeitos inerciais provocados pela longa duração temporal das mesmas instituições.

Regras eleitorais mistas e de representação proporcional com voto preferencial produzem, entre outros efeitos, um incremento no custo de informação para o eleitor definir a direção de seu voto. Sistemas mistos, por sua estrutura híbrida, implicando em uma duplicação de candidaturas apresentadas sob distintas regras eleitorais—majoritárias e proporcionais, tornando mais complexa a compreensão dos procedimentos de conversão de votos em cadeiras e a própria oferta de candidaturas. Se representação proporcional costuma reduzir incentivos para *voto* estratégico, e com isto, incrementar a dispersão na oferta eleitoral (Cox, 1997), representação proporcional com voto preferencial tende a vir acompanhada por maior número de partidos efetivos, quando comparada com modelos proporcionais de lista fechada (Marenco dos Santos, 2005). Isto representa, igualmente, ampliação nos custos de informação eleitoral para os votantes, uma vez que maior número de legendas, significa maior complexidade para discernir o conteúdo específico de seus rótulos e a *clareza de responsabilidade* governamental de cada uma (Powell, 1990). Mas, além de incrementar o número de legendas nominais, instituições proporcionais de voto preferencial, oferecem

oportunidade para a apresentação de candidaturas personalizadas, a disputar preferências intra-partidárias junto ao eleitorado. Mais legendas e, sobretudo, voto preferencial dentro de cada legenda constituem incremento substantivo no volume de informação cobrado do eleitor para que este decida como conferir seu sufrágio. Da mesma forma, neste contexto, organizações partidárias dispõem de recursos escassos para controlar o ingresso e mobilidade em carreiras políticas, ou selecionar o acesso a cargos e postos entre candidatos individuais. Em períodos de implantação recente - especialmente quando acompanhado por fatores exógenos prejudiciais, como desempenho econômico negativo - é de se esperar que o apoio a estas regras seja mais precário, seja por eleitores, seja por dirigentes partidários. Contudo, sequências de tempo representam oportunidade para economia nos custos de informação eleitoral, permitindo que eleitores convertam reputação personalizada (induzida pelo voto preferencial) em reputação partidária. Em outro trabalho (Marengo dos Santos, 2005), foi possível isolar uma relação entre o tempo médio de vida das organizações partidárias e as taxas de volatilidade eleitoral: países em que o tempo médio de vida dos partidos é mais elevado, patamares de volatilidade do voto são mais reduzidos, confirmando o efeito de positive *feedback* promovido pela rotinização da competição eleitoral. Por outro lado, a inclusividade oferecida pelo voto preferencial se traduz em um aumento na presença de *veto-players* (facções e lemas partidários, candidaturas individuais) para os quais a mudança do status quo representa uma alternativa de grande incerteza. Isto quer dizer, que com o tempo, modelos de representação proporcional com voto preferencial constituem um core de improvável defecção.

Nas últimas duas décadas, a agenda da ciência política internacional permitiu desenvolvimentos teóricos e resultados empíricos capazes de demonstrar que *institutions matter*, condicionando estratégias e resultados políticos. Lacuna importante

reside no desenvolvimento de uma “teoria das instituições”, conforme Diermeier e Krehbiel, capaz de voltar seu foco para a explicação das condições responsáveis pela formação institucional, e em que medida escolhas, estratégias e contextos interferem no desenho de instituições, que, bem sabemos, depois de criadas, irão modular escolhas, estratégias e contextos.

BIBLIOGRAFIA

BARTOLINI, Stefano & D’ALIMONTE, R. Les elections parlementaires de 1994 em Italie. Competition majoritaire et réalignement partisan. Paris, *Revue Française de Science Politique*, 45/6, 1995

BLAIS, André; YOUNG, Robert & TURCOTTE, Martin. (2005). “Direct or indirect? Assessing two approaches to the measurement of strategic voting”. *Electoral Studies*, Vol. 24, Issue 2, pp. 163-346.

BOIX, Carles. Setting the rules of the game: the choice of electoral systems in advanced democracies. *American Political Science Review*, 93/3, september 1999.

BRIQUET, Jean-Louis. L’impératif du changement. Critique de la classe politique et renouvellement des parlementaires dans la crise italienne (1992-1994). IN: OFFERLÉ, Michel. *La Profession politique*. Paris, Belin, 1999

CAIN, Bruce, FERREJOHN, John, and FIORINA, Morris (1987). *The Personal Vote: Constituency Service and Electoral Independence*. Cambridge, Harvard University Press.

CAREY, John & SHUGART, Matthew. (1996) "Incentives to cultivate a personal vote: a rank ordering of electoral formulas". *Electoral Studies*, vol. 13, n° 4, pp. 417-439.

COLOMER, Josep. Its's parties that choose electoral systems (or Duverger's Laws Upside Down). Paper prepared for the American Political Science Association Annual Meeting, Philadelphia, 28-31 August 2003.

COLOMER, Josep (ed). (2004) *Handbook of electoral system choice*. Palgrave-Macmillan, New York and London.

COX, Gary. (1997) *Making votes count: strategic coordination in the world's electoral systems*. Cambridge University Press.

CRISP, Brian; ESCOBAR-LEMMON, Maria; JONES, Bradford; JONES, Mark and TAYLOR-ROBINSON, Michelle. (2004) "Vote-seeking incentives and legislative representation in six presidential democracies". *The Journal of Politics*, vol. 66, n° 3, pp. 823-846.

DIERMEIER, Daniel and KREHBIEL, Keith. Institutionalism as a methodology. *Journal of Theoretical Politics*, 15/2, 2003.

DUVERGER, Maurice. (1954) *Os partidos políticos*. Brasília, UNB.

DUVERGER, Maurice. Duverger's Law: forty years later. IN: GROFMAN, Bernard & LIJPHART, Arend. (1986) *Electoral laws and their political consequences*. New York, Agathon.

FISICHELLA, Domenico. The double-ballot system as a weapon against anti-system parties. IN: LIJPHART, Arend & GROFMAN, Bernard. (1984) *Choosing na electoral system*. New York, Praeger.

GROFMAN, Bernard. (2005) “Comparisons among electoral systems: Distinguishing between localism and candidate-centered politics”. *Electoral Studies*, Vol. 24, Issue 4, pp. 735-740.

GUZZINI, Stefano. La longue nuit de la première république: l’implosion clientéliste em Italie. Paris, *Revue Française de Science Politique*, 44/6, décembre 1994.

HALL, Peter & TAYLOR, Rosemary. Political science and the three ‘new institutionalisms’. *Political Studies*, XLIV, 1996.

LE DUC, Lawrence; NIEMI, Richard NORRIS, Pippa. (1996) *Comparing democracies*. Elections and voting in global perspective. Sage, Thousand Oaks.

LIJPHART, Arend. (1990) “The political consequences of electoral laws, 1945-85”. *American Political Science Review*, vol.84, n° 2, pp. 481-497.

LIJPHART, Arend & GROFMAN, Bernard. *Choosing an electoral system*. Issues and alternatives. New York, Praeger, 1984.

LIJPHART, Arend. The puzzle of Indian democracy: a consociational interpretation. *American Political Science Review*, Washington: 90/2, june 1996.

LIJPHART, Arend. (1999) *Patterns of democracy: government, forms and performance in thirty-six countries*. New Haven, Yale University Press.

MARENCO DOS SANTOS, André. Modelos de lista eleitoral em perspectiva comparada. XXIX Encontro Anual da ANPOCS, Caxambú, 2005.

MOE, Terry. The politics of structural choice: toward a theory of public bureaucracy. IN: WILLIAMSON, O. (ed). *Organization Theory*. Oxford University Press, 1990.

NORRIS, Pippa (2002). *Democratic Phoenix: Reinventing Political Activism*. New York: Cambridge University Press.

NORRIS, Pippa. (2004) *Electoral engineering*. Voting rules and political behavior. Cambridge University Press.

NORTH, Douglass[1990]. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press.

OSTROM, Elinor. *Governing the Commons. The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PETERS, B.Guy. *Institutional theory in political science: the new institutionalism*. Cassel, 1999.

PIERSON, Paul. (2004) *Politics in time*. History, institutions and social analysis. Princeton University Press.

RAE, Douglas. (1967) *The political consequences of electoral laws*. New Haven, Yale University Press.

ROSE, Richard. (2000) *International Encyclopedia of Elections*. Washington, Congressional Quaterly Press.

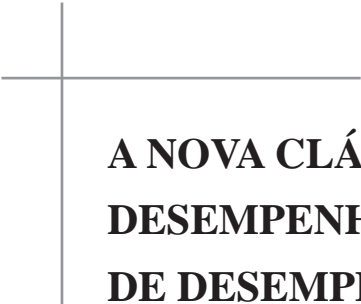
SARTORI, Giovanni. (1996) *Engenharia constitucional*. Como mudam as constituições. Brasília, Unb.

SCHEPSLE, Kenneth. Studying institutions: some lessons from the rational choice approach. IN: FARR, James; DRYZEK, John & LEONARD, Stephen. *Political Science in History. Research programs and political traditions*. Cambridge University Press, 1995.

TAAGEPERA, Rein. (1984) The effect of district magnitude and proprieties of two-seat districts. IN: LIJPHART, Arend & GORFMAN, Bernard. *Choosing na electoral system*. New York, Praeger.

TAAGEPERA, Rein & SHUGART, Matthew. (1989) *Seats and votes: the effects and determinants of electoral systems*. New Heaven, Yale University Press.

TSEBELIS, George [2002]. *Veto Players. How Political Institutions Work*. Princeton, NJ: Princeton University Press.



**A NOVA CLÁUSULA DE
DESEMPENHO E A CLÁUSULA
DE DESEMPENHO QUE O STF
NÃO DECIDIU: FRAGMENTAÇÃO
PARTIDÁRIA OU LIVRE
PARTICIPAÇÃO DAS MINORIAS?**

Marilda de Paula Silveira
Mariana Albuquerque Rabelo

RESUMO: Pelo presente artigo pretende-se analisar os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade das normas que estabeleciam instrumentos considerados cláusula de desempenho para as agremiações partidárias. Avalia-se a conveniência de lege ferenda para fixação de uma nova cláusula de desempenho e os parâmetros de constitucionalidade, tomando como pressuposto a teoria da representação no sistema partidário brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: reforma política; partidos políticos; cláusula de desempenho.

ABSTRACT: This article intends to study political reform, regarding, in a specific matter that is the election threshold. We intend to study this idea based upon classic theory of representation and its effects in political parties. Also, the study will analyze the considerations from Supreme Court in Brazil (Supremo Tribunal Federal) to judging unconstitutional the article that fixed election threshold. In fact, we don't understand that election threshold is a bad idea for democracy, but it is necessary to create a new way of doing this. It will make democracy stronger and better in Brazil. Analyzing each of the votes regarding unconstitutionality can help to solve this problem and find a better way for political parties system.

KEY WORDS: Political Reform; Political Parties; Election Threshold.

INTRODUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO: como a fragmentação partidária se sustentou até aqui

Não demorou muito, desde o julgamento das ADIs 1351 e 1354, no final de 2006, para que se iniciasse o debate sobre o acerto ou desacerto da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos que estabeleciam um sistema legal de cláusula de barreira ou cláusula de desempenho¹.

Toda a crítica e a demanda por uma norma que iniba a criação e perpetuação de novos partidos têm três fundamentos centrais:

- i) ampliação da estabilidade política e da governabilidade em função da facilitação do diálogo entre executivo e legislativo;
- ii) eliminação das “legendas de aluguel” que corrompem o sistema pela venda de seus ativos (tempo de televisão, dinheiro e posição nas casas legislativas);
- iii) enfraquecimento dos “donos de legenda” cujo objetivo não é o fortalecimento partidário, mas usufruir do acesso ao dinheiro do partido e do poder que a posição lhe garante.

Toda essa temática já era preocupação quando do julgamento de referidas ADIs, tendo em vista que, naquele momento, 29 (vinte e nove) partidos tinham registro deferido pelo Tribunal Superior Eleitoral, aptos a “*participar do processo eleitoral, receber*

¹ Essa distinção, adotada por alguns autores, define como cláusula de desempenho aquela que impõe requisitos (sobretudo relacionados à representatividade) para que o partido acesse determinados direitos e como cláusula de barreira aquela que impõe restrições à própria existência ou funcionamento do partido.

recursos do fundo partidário e ter acesso gratuito ao rádio e à televisão” (art. 7º, § 2º e 3º da Lei 9.096/97). Não obstante, diante da severidade da cláusula de desempenho prevista nos arts. 13, 41, 48, 49 e 57 da Lei 9.096/95, o STF entendeu que a norma não passava pelo filtro de constitucionalidade por violar o art. 17 da CR, o pluralismo político, o dever de preservação das minorias, a proporcionalidade e, ainda por inexistir previsão constitucional expressa para tanto.

Naquele contexto, o Relator Min. Marco Aurélio, registrava que “*apenas sete partidos*” conseguiriam ultrapassar a cláusula de desempenho de 5% dos votos válidos distribuídos em 9 estados com, no mínimo, 2% em cada estado. Relata os seguintes partidos capazes de alcançar, naquele momento, os requisitos previstos naquela cláusula de desempenho: PT (14,49% dos votos), PMDB (14,51% dos votos), PSDB (13,76% dos votos), PFL (10,88% dos votos), PP (7,11% dos votos), PSB (6,21% dos votos) e PDT que “*passando rente à trave*”, segundo o próprio Ministro, alcançou 5,19% dos votos.

Significava dizer que os outros 22 (vinte e dois) partidos não teriam funcionamento parlamentar, além de acessar apenas e tão somente a 1% do Fundo Partidário, dividido entre todos os partidos, além de 2 (dois) minutos de propaganda em bloco. Esses partidos nem sequer chegavam a ultrapassar o primeiro requisito de percentual de votação: 1) PTB (4,72%), 2) PL (4,35%), 3) PPS (3,99%), 4) PV (3,65%), 5) PC do B (2,12%), 6) PSC (1,86%), 7) PSOL (1,23%), 8) PRONA (0,97%), 9) PMN (0,94%), 10) PTC (0,86%), 11) PHS (0,46%), 12) PSDC (0,38%), 13) PT do B (0,32%), 14) PAN (0,32%), 15) PRB (0,25%), 16) PRP (0,25%), 17) PSL (0,20%), 18) PRTB (0,18%), 19) PTN (0,16%), 20) PSTU (0,11%), 21) PCB (0,05%) e 22) PCO (0,03%).

Naquele momento, a Corte ainda não tinha se manifestado sobre a **fidelidade partidária** que passou a estabelecer, como hipótese de justa causa, a migração para **novo partido político**.

Foi pouco depois, em 2007, que o TSE **editou a Res. 22.610/2007**, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo STF. A partir de então, impulsionado pela *justa causa*² atrelada a criação de novos partidos, o número de legendas se elevou ainda mais. De 2011 a 2015, 8 (oito) novas agremiações foram criadas³ e o número total de partidos chegou a 35 (trinta e cinco)⁴.

O número ainda mais elevado de partidos, o agravamento da crise de governabilidade, a falta de representatividade de inúmeros partidos nanicos e as chamadas “legendas de aluguel”⁵ fizeram surgir novas propostas para inserção de uma outra cláusula de desempenho no sistema eleitoral brasileiro.

Parte dos autores, como Eneida Desiree Salgado, citando Orides Mezzaroba, entende que “*a opção constitucional pelo princípio da necessária participação das minorias nas instituições e nas decisões políticas é incompatível com a adoção de uma cláusula de desempenho para os partidos políticos*”⁶. A corrente majoritária, contudo, defende a necessidade e a constitucionalidade de uma nova

2 “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.”

3 PSD, em 27.9.2011; PPL, em 4.10.2011; PEN, em 19.6.2012; PROS, em 24.9.2013; SD, em 24.9.2013; NOVO, em 15.9.2015; REDE, em 22.9.2015 e PMB, em 29.9.2015.

4 Informação de setembro de 2016.

5 FARHAT, Said. Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil. São Paulo: Melhoramentos; Fundação Petrópolis, 1996. p. 556.

6 SALGADO, Eneida Desiree. Princípios constitucionais eleitorais. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 184.

cláusula de desempenho menos severa e menos excludente que a anterior. Discute-se, contudo, **se haveria cláusula pétrea impeditiva de nova cláusula de desempenho e, não havendo, qual seria a regulação possível.**

1. NÚMERO EFETIVO DE PARTIDOS: o que o STF não considerou e o agravamento do quadro de fragmentação partidária

No momento em que declarou a inconstitucionalidade da cláusula de desempenho prevista pela Lei 9.096/95, o Supremo Tribunal Federal considerou como relevante o número de partidos políticos com registro no TSE (29). A discussão não levou em conta o **número efetivo de partidos**⁷, conceito que pauta os debates daqueles⁸ que estudam a fragmentação partidária no ramo da Ciência Política.

Os debates foram travados em torno da proteção das minorias e da proporcionalidade, sem que fosse enfrentado outro aspecto constitucional tão relevante quanto: nosso sistema político

⁷ O conceito de número efetivo de partidos, introduzido por Marku Laakso e Ren Taagepera em 1979, define o grau de fragmentação do sistema partidário ponderando a força relativa das legendas que o compõem. O valor calculado aponta a quantidade de partidos com alguma relevância em um dado sistema político. Por exemplo, um NEP de 3,20 indica que um sistema partidário é “de fato” fragmentado em três partidos, mesmo que haja outros que o compõem. O NEP é calculado dividindo-se 1 pelo somatório do quadrado das proporções de votos ou de cadeiras obtidos pelos partidos em uma dada eleição conforme a fórmula abaixo, onde indica a fração de votos ou cargos obtidos pelo partido:

$$NEP = 1 / \sum_{i=1}^n p_i^2$$

Quando calculado utilizando-se votos, o NEP exprime a fragmentação eleitoral do sistema partidário, isto é a quantidade de partidos que contam efetivamente para a competição em eleições. O NEP calculado a partir das cadeiras exprime a fragmentação de uma casa legislativa em termos dos partidos com alguma força substantiva dentro da instituição. O

encontra limites na fragmentação partidária? Em caso positivo, até que ponto a Constituição autoriza restringir essa fragmentação?

O questionamento tem lugar porque embora haja poucos consensos na ciência política, a conclusão de que a fragmentação partidária prejudica a governabilidade é um deles. Com efeito, segundo Bonavides (2000, p. 324), a experiência com a adoção da representação proporcional, em diversas nações, permitiu a verificação de alguns de seus aspectos negativos, sendo o principal deles a fragmentação partidária que leva ao enfraquecimento e à instabilidade dos governos daí decorrentes⁹.

E, nesse ponto, o Brasil chama a atenção do mundo.

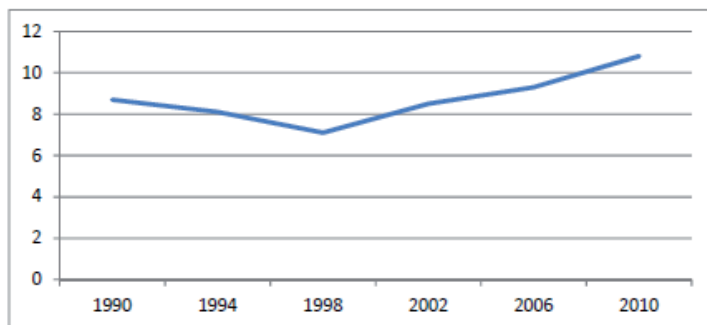
Desde 2000, que o Brasil figura entre os países com maior número efetivo de partidos do mundo. Consultando o banco de dados de Pippa Norris (2008), verifica-se que a média entre 138 países do mundo, no ano 2000, era de 4,1 partidos. Somente três países apresentavam um número efetivo de partidos superior ao do Brasil: Israel, Bélgica e Líbano. Durante a década de 90, na América Latina, a média entre a quase totalidade de países democráticos foi de 3,6 (Alcántra Sáez e Freidenberg, 2002). Enquanto isso, no Brasil, o número efetivo de partidos, entre 1990 e 2010, é de 8,8.

primeiro, o NEP eleitoral, é frequentemente utilizado para mensurar o grau de dispersão da competição política em um país, isto é, para saber se a disputa por cargos envolve poucos ou muitos partidos. O segundo, o NEP parlamentar, indica o grau de dispersão do poder legislativo entre os partidos que compõem um órgão legislativo. Através dele pode-se saber quantos partidos estão em condições de influenciar de forma efetiva o processo legislativo.

⁸ Eleições e ideologia (Downs, 1999); Qualidade da democracia (Lijphart, 2003); Governabilidade (Schumpeter, 1961; Sartori, 1982); Sociologia política (Lipset e Rokkan, 1967)

⁹ Na mesma direção, cita-se Nicolau (2004), que ao estudar os efeitos dos sistemas eleitorais, sobre o número de partidos políticos, verifica que os sistemas proporcionais tendem a gerar uma maior fragmentação partidária, o que afeta a governabilidade. Também compartilham de tal conclusão Targepera e Shugart (1989) e Lijphart (1994)

Gráfico 1. Número Efetivo de Partidos Parlamentares (NEPP) na Câmara dos Deputados 1990-2010



Fonte: LEEX e Melo (2010)¹⁰

Diante dessa realidade de um Parlamento com enorme dispersão partidária, a tomada de decisões depende necessariamente da realização de alianças entre agremiações para a formação de um *governo de coalizão*. Ocorre que tais alianças nem sempre são formadas em virtude das afinidades ideológicas entre os partidos. Não surpreende a afirmação recorrente de que muitas das alianças partidárias seriam formadas por razões pouco republicanas.

Especificamente no que tange à realidade brasileira, o cientista político Sérgio Abranches¹¹ cunhou, nos anos de 1980, o termo “presidencialismo de coalizão” para designar o regime de governo do país, que emerge de uma combinação entre representação proporcional, multipartidarismo e presidencialismo, pouco usual nas democracias modernas.

¹⁰ REBELLO, Maurício Michel. *A fragmentação partidária no Brasil: visões e tendências*. Disponível em: <<http://www.anpocs.com/index.php/papers-36-encontro/gt-2/gt10-2/7955-a-fragmentacao-partidaria-no-brasil-visoes-e-tendencias/file>> . Acesso em: 12 out 2017.

¹¹ ABRANCHES, S. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. In: *Revista de Ciências Sociais*, Vol. 31, n. 1, Rio de Janeiro, 1988.p. 19 a 27

Segundo as observações do autor, a interação das características acima citadas gera um quadro em que o Presidente da República, apesar de vitorioso nas urnas normalmente não consegue que seu partido tenha uma maioria ampla no Congresso. Assim, para conquistar base de sustentação política no Parlamento e, em última instância conseguir governabilidade, o executivo realiza grandes coalizões, cuja formação se efetiva no mais das vezes a partir de uma lógica em que o apoio das agremiações é negociado com cargos no governo¹². Mais recentemente, outros pesquisadores se dedicaram ao estudo do tema, citando-se, por todos, Sérgio Antônio Ferreira Victor¹³.

Não são poucas as notícias que dão conta das dificuldades enfrentadas pela fragmentação partidária que exigiriam o chamado governo de coalizão. Esse modelo enfraquece a tomada de decisão e favorece acordos que podem levar à corrupção¹⁴.

Esse cenário levou o Congresso a discutir e aprovar uma nova cláusula de desempenho. A questão é saber como esse novo modelo enfrenta a decisão já tomada pelo STF, quando do julgamento das ADIs 1351 e 1354, que declarou inconstitucional cláusula de desempenho que já pretendeu vigor no nosso sistema. Cabe, assim, analisar: 1) quais os argumentos apresentados pelo STF e 2) se o novo modelo não se opõe a esses argumentos.

¹² Idem nota 11.

¹³ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de Coalizão – exame do atual sistema de governo brasileiro – Série IDP Saraiva*. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁴ Cita-se, a título de exemplo, notícia recentemente veiculada pela Folha de São Paulo, intitulada: *Temer libera verbas para garantir apoio à reforma da Previdência*, que informa que o Presidente da República planejou conferir maior celeridade à liberação de verbas a serem utilizadas para financiar obras e projetos nas bases eleitorais de deputados que se comprometessem a favor da reforma da Previdência. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/05/1882300-temer-libera-verbas-para-garantir-apoio-a-reformada-previdencia.shtml>> Acesso em: 12 out 2017.

2. COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRIMEIRA CLÁUSULA DE DESEMPENHO: ADIs 1351 e 1354, seus fundamentos e distinções

Para que se possa avaliar o alcance do precedente firmado nas ADIs 1351 e 1354 e a possibilidade de que nova cláusula de desempenho seja regulada em parâmetros diversos (em lei ordinária ou em emenda constitucional) é preciso identificar as razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a considerar inconstitucional o modelo previsto nos arts. 13, 41, 48, 49 e 57 da Lei 9.096/97.

E qual era o **sistema de desempenho previsto naquele momento?** O que decorria das limitações previstas nos dispositivos acima referidos. Embora o Código Eleitoral, a Lei 9.504/97 e a Lei 9.096/95 prevejam outras restrições¹⁵ que podem ser, também, consideradas cláusulas de desempenho, foi o conjunto de três limitações previsto a partir do art. 13 da Lei 9.096/95 que foi qualificado como “cláusula de barreira” e julgado pelo STF. São elas:

- i) **funcionamento parlamentar (em todas as casas legislativas):** para que o partido tivesse direito a funcionamento parlamentar, seria preciso atender a dois requisitos:
 - a) obter, no mínimo, **cinco por cento** dos votos válidos para a Câmara Federal e

¹⁵ **Pedágio de 10%:** Código Eleitoral, Art. 108. Estarão eleitos, entre os candidatos registrados por um partido ou coligação que tenham obtido votos em número igual ou superior a 10% (dez por cento) do quociente eleitoral, tantos quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido. Parágrafo único. Os lugares não preenchidos em razão da exigência de votação nominal mínima a que se refere o caput serão distribuídos de acordo com as regras do art. 109.

Número mínimo de apoio para criação do partido: Art. 7º da Lei 9.096/97: § 1º Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove, no período de dois anos, o apoio de

- b) que fossem distribuídos em, no mínimo 9 (nove) estados (=1/3), com o mínimo de 2% do total de cada um deles (art. 13 e 29, §6º);
- ii) **fundo partidário**: 99% (noventa e nove por cento) seria distribuído entre os partidos que tivessem funcionamento parlamentar (nos termos do art. 13) e 1%, apenas, seria distribuído, em partes iguais, a todos os partidos (art. 41);
- iii) **propaganda partidária**: os partidos que não atendessem ao art. 13, teriam apenas **dois minutos** de propaganda partidária em bloco (cadeia nacional), por semestre, sem direito a inserções. Já os partidos que alcançassem os requisitos do art. 13 teriam vinte minutos de propaganda em bloco além de quarenta minutos distribuídos em inserções, por semestre (art. 49).

Considerando esse conjunto de restrições, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, consideraram que *esta específica* cláusula de desempenho seria inconstitucional. Buscando sistematizar os argumentos, identificou-se nove **fundamentos autônomos**:

eleitores não filiados a partido político, correspondente a, pelo menos, 0,5% (cinco décimos por cento) dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado que haja votado em cada um deles.

Quociente eleitoral: Código Eleitoral, Art. 107. Determina-se para cada partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração.

Exigência de quociente eleitoral para distribuição das sobras: Código Eleitoral, art. 109: § 2º Somente poderão concorrer à distribuição dos lugares os partidos ou as coligações que tiverem obtido quociente eleitoral.

- 1) representaria um sistema que **coloca a limitação ao funcionamento parlamentar em um extremo**:
“tem-se a plena procedência do que apontado como extremos quer sob o ângulo do funcionamento parlamentar, excluído no que não alcançados os patamares do art. 13, quer quanto à participação no fundo partidário, praticamente neutralizada em face das percentagens de noventa e nove por cento e de um por cento para rateio geral, quer em relação à propaganda partidária [...] ainda no tocante à razoabilidade, mostra-se impróprio a existência de partidos políticos com deputados eleitos e sem o desempenho parlamentar cabível, cumprindo ter em presente que, a persistirem partidos e parlamentares a ele integrados, haverá, em termos de funcionamento parlamentar, o esvaziamento da atuação das minorias” (Min. Marco Aurélio, p. 33 do voto).

- 2) **traz “repercussões avassaladoras” à sobrevivência e crescimento dos partidos políticos minoritários**:
“O que se contém no art. 17 da Carta Federal diz respeito a todo e qualquer partido político legitimamente constituído, não encerrando a norma maior a possibilidade de haver partidos de primeira e segunda classes, partidos de sonhos inimagináveis em termos de fortalecimento e partidos fadados a morrer de inanição, quer sob o ângulo da atividade concreta no Parlamento, sem a qual é injustificável a existência jurídica, quer da necessária difusão do perfil junto ao eleitor em geral, dado indispensável ao desenvolvimento relativo à adesão quando do sufrágio, quer visando, via fundo partidário, a recursos para

fazer frente à impiedosa vida econômico-financeira” (Min. Marco Aurélio, p. 47 do voto).

- 3) após narrar as repercussões concretas naquele momento, conclui que **as restrições legais não atendem ao princípio da razoabilidade**: *“o registro destes dados servirá ao exame da razoabilidade das exigências legais [...] A previsão quanto à competência do legislador ordinário para tratar do funcionamento parlamentar há de ser tomada sem esvaziar-se os princípios constitucionais, destacando-se com real importância revelador do pluripartidarismo. Vale dizer, se deixaram à disciplina legal os parâmetros do funcionamento parlamentar sem, no entanto, viabilizar que norma estritamente legal determinasse a vida soberba de alguns partidos políticos e a morte humilhante de outros”* (Min. Marco Aurélio, p. 43 do voto).
- 4) **a matéria depende de previsão constitucional**, pois até 1985, a cláusula de desempenho tinha disciplina constitucional (art. 149, VII da CR/67, art. 152, VII da EC 1/69, art. 152, II da EC 11/78 e art. 152, §1º da EC 25/85): *“A carta acabou alterada mediante lei ordinária!”* (Min. Marco Aurélio, p. 54). *“Tenham presente que a necessidade do trato constitucional da matéria, conforme a tradição, conforme assegurada a liberdade de criação dos partidos, foi percebida quando dos trabalhos de revisão da Carta de 1988”* (Min. Marco Aurélio, p. 53), *“conclui-se, portanto, que, anteriormente, a matéria tinha disciplina constitucional”* (Min. Marco Aurélio, p. 46); *“a lei*

básica de 1988 não manteve a vinculação surgida com a Constituição de 1967 [...] nem se diga que o inciso IV do art. 17 remete ao funcionamento parlamentar à disciplina mediante lei, podendo esta última dispor sobre algo de fundamental relevância, ou seja, sobre a criação de partidos políticos de primeira e segunda categorias, considerando o desempenho nas urnas” (Rel. Min. Marco Aurélio, voto p. 51)¹⁶.

- 5) **o pluripartidarismo é um dos fundamentos da república e esta cláusula de desempenho afronta essa autonomia:** *“o art. 1º revela como um dos fundamentos da própria república o pluralismo político – inciso V. Já o parágrafo único do citado artigo estabelece que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Este, ao fixar as condições de elegibilidade, menciona a necessária filiação partidária, ou seja, não existe a possibilidade de o cidadão, sem o respaldo do partido político, lograr mandato eletivo, presente o sufrágio universal, o voto direto e secreto [...] Relembrem: como fundamento da república, versou-se o pluralismo político e, quanto aos partidos políticos, previu-se a livre criação, fazendo-se clara referência ao pluripartidarismo” (Min. Marco Aurélio, p. 46/47).*
- 6) **A limitação afronta a liberdade dos partidos políticos:** *“o capítulo V de título compreendido em*

¹⁶ Em seu voto, o e. Relator esclarece que, em 1994, houve proposta de alteração do texto para inclusão de cláusula de barreira de “cinco por cento dos votos válidos, excluídos os brancos e os nulos, apurados em eleição geral e distribuídos em pelo menos um terço dos estados, atingindo dois por cento em cada um deles”.

parte básica da Constituição Federal – o II, porque trata dos direitos e garantias fundamentais – encerra como medula a liberdade dos partidos políticos, predicado inafastável quanto a essas pessoas jurídicas de direito privado. Pedagogicamente consigna a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos [...] Vê-se relevo maior atribuído à multiplicidade política.” (Min. Marco Aurélio, p. 47).

7) afronta ao dever de preservação das minorias:

“Ainda sob o ângulo do pluripartidarismo, da representatividade dos diversos segmentos nacionais, é dado perceber a ênfase atribuída pela Carta Federal às minorias. No tocante às comissões permanentes e temporárias da Câmara dos Deputados e do Senado, o §1º do art. 48 assegura, sem distinguir, considerada a votação obtida, o número de eleitos, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares [...] Em última análise, as revisões constitucionais encerram a neutralização da ditadura da maioria, afastando do cenário nacional óptica hegemônica e, portanto, totalitária. Concretizam, em termos de garantias, o pluralismo político tão inerente ao sistema proporcional, sendo com elas incompatível regramento estritamente legal a resultar em condições de exercício e gozo a partir da gradação dos votos obtidos” (Min. Marco Aurélio, voto p. 50). “No caso, mais propriamente cláusula de desempenho. Não mata: deixa morrer” (Min. Sepúlveda Pertence, p. 85).

- 8) nessas condições, **a distribuição do fundo partidário e do tempo de propaganda partidária em patamares “ínfimos” afronta, também, a razoabilidade:** *“Não é aceitável, sob o ângulo da razoabilidade, tal equação, dividindo sete partidos o grande bolo de 99% do que vier a ser arrecadado para o Fundo Partidário e os vinte e nove partidos registrados no TSE, inclusive esses sete, um por cento. O mesmo enfoque é dado verificar em termos de horário reservado à propaganda partidária”* (Min. Marco Aurélio, p. 58).
- 9) não se pode dar à maioria o direito de restringir os direitos e liberdades fundamentais da minoria: *“Que fique ressaltado, em verdadeira profissão de fé, em verdadeiro alerta aos desavisados, encontrar-se subjacente a toda esta discussão o ponto nevrálgico concernente à proteção dos direitos individuais e das minorias, que não se contrapõe aos princípios que regem o governo da maioria – cuja finalidade é o alcance do bem-estar público, a partir da vontade da maioria, desde que respeitados os direitos dos setores minoritários, não se constituindo, de forma alguma, em via de opressão destes últimos. No estado democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre – é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo,*

enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria” (Min. Marco Aurélio, p. 61).

Suprimida a cláusula de desempenho, o que se pôde constatar foi o contínuo aparecimento de novos partidos políticos. Além do mais, nas eleições que se seguiram, verificou-se uma tendência à elevação do número efetivo de partidos com participação parlamentar: nas eleições de 2010 o NEP brasileiro ficou em 10,8¹⁷, chegando a inéditos 13,06 em 2014, ano em que 28 agremiações conseguiram assento na Câmara dos Deputados.

Esse quadro de profunda dispersão partidária e os obstáculos que ele gera a governabilidade motivaram a criação de uma nova cláusula de desempenho, sendo imperioso analisar essa nova regra para verificar sua compatibilidade com os argumentos expendidos pelo Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade da norma anterior.

3. A NOVA REGRA VIGENTE: há compatibilidade com a posição do STF?

Todos os problemas de governabilidade e a ânsia por uma reforma política fizeram com que o Congresso aprovasse uma nova cláusula de desempenho, desta vez, por emenda constitucional (EC 97/17, art. 17, §§ 3º e 5º). A regra prevê que só poderão receber recursos do Fundo Partidário e ter acesso gratuito ao rádio e TV, os partidos que conseguirem, na disputa para a Câmara dos Deputados:

- a) no mínimo 3% (três por cento) dos votos válidos,

¹⁷ REBELLO, Maurício Michel. *A fragmentação partidária no Brasil: visões e tendências*. Disponível em: <<http://www.anpocs.com/index.php/papers-36-encontro/gt-2/gt10-2/7955-a-fragmentacao-partidaria-no-brasil-visoes-e-tendencias/file>>. Acesso em: 12 out 2017.

- distribuídos em pelo menos 1/3 (um terço) das unidades da Federação com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou,
- b) se tiverem elegido ao menos 15 (quinze) deputados, em pelo menos 1/3 (um terço) das unidades da federação.

Delimitados os termos da nova cláusula de desempenho, o que se pode notar é que são nítidos os esforços engendrados pelo legislador no sentido de contornar os fundamentos empregados pelo Supremo Tribunal Federal para declarar inconstitucional a cláusula de desempenho instituída pela Lei 9.096/97.

Nessa direção, um primeiro fato a ser notado é que a matéria foi agora regulamentada por meio de Emenda Constitucional (EC nº 97), em consonância com o que se defendeu nas ADIs 1351 e 1354: sendo a autonomia partidária uma garantia constitucional, qualquer limitação que se lhe pretendesse impor só poderia ser efetivada por meio de alteração constitucional.

O segundo ponto que chama a atenção é o fato de que, diferentemente do que estabelecia a cláusula de desempenho prevista pela Lei 9.096/97, a nova formulação não impede o funcionamento parlamentar dos partidos que não atingirem os percentuais mínimos de votação.

Essa foi sem sombra de dúvidas o alvo dos argumentos mais contundentes do STF ao declarar a inconstitucionalidade da cláusula de desempenho prevista na Lei 9.096/97. Destarte, como se pôde verificar a partir dos fundamentos que embasaram o julgamento das ADIs 1351 e 1354, a Corte Suprema entendeu que a vedação ao funcionamento parlamentar teria como consequência o esvaziamento da atuação das minorias, vulneraria a liberdade das agremiações partidárias e afrontaria ainda o pluripartidarismo, fundamento de nossa República Federativa.

A despeito do posicionamento contrário de nossa Corte Constitucional, em vários países com regimes democráticos consolidados limita-se o funcionamento parlamentar de partidos que não possuam uma representatividade mínima. Citam-se, como exemplos, a França, Itália, Suécia e Alemanha, que exigem percentuais mínimos de votação para que os partidos possam obter representação nas Casas Legislativas¹⁸. Os estudiosos favoráveis a esse mecanismo defendem que ele desmotiva a criação e proliferação de legendas de aluguel e a compra e venda de votos nos parlamentos, fortalecendo o sistema democrático.

A questão é certamente instigante, todavia, longe de se aprofundar nesse debate, o Congresso Nacional limitou-se a elaborar uma versão “mais branda” da cláusula de desempenho, que não afeta o funcionamento parlamentar das agremiações partidárias, evitando assim uma identificação imediata da nova regulamentação com o ponto mais controvertido da cláusula de desempenho já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Para além de referidos pontos de distanciamento com o regramento anterior, a EC 97/17 estabeleceu uma regra de transição para vigência da cláusula de desempenho: os percentuais de votação para alcance de representatividade aumentam gradativamente, até a efetiva implementação, nas eleições de 2030, da regra de 3% dos votos válidos ou 15 deputados eleitos.

Nos termos da regra de transição estabelecida pela EC nº 97, terão acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão os partidos que:

- i) *Na legislatura seguinte às eleições de 2018:*
 - Receberem 1,5% dos votos válidos para a Câmara

¹⁸ REIS, M. Cláusula de desempenho e fortalecimento dos sistemas representativo e partidário no Brasil. *In Estudos Eleitorais*, vol. 9, n. 1, Brasília, 2014, p. 101 e 102.

dos Deputados, distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da federação, com um mínimo de 1% dos votos válidos em cada uma delas; ou

- Elegerem ao menos 9 deputados federais, distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da federação.

ii) *Na legislatura seguinte às eleições de 2022:*

- Receberem 2% dos votos válidos obtidos nacionalmente para deputado federal em 1/3 das unidades da federação, sendo um mínimo de 1% em cada uma delas; ou

- Elegerem pelo menos 11 deputados federais distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da federação.

iii) *Na legislatura seguinte às eleições de 2026:*

- Receberem 2,5% dos votos válidos nas eleições de 2026, distribuídos em 1/3 das unidades da federação, com um mínimo de 1,5% de votos em cada uma delas; ou

- Elegerem um mínimo de 13 deputados em 1/3 das unidades federativas.

O estabelecimento da regra de transição certamente cumpre papel de enorme relevância no sentido de conferir às agremiações partidárias tempo hábil para que possam se adaptar à nova cláusula de desempenho.

Para que se possa ter uma ideia de seu impacto sobre os partidos, verifica-se que caso houvesse sido aplicada na legislatura seguinte às eleições de 2014 a cláusula que estará vigente em 2033, nada menos do que 22 agremiações¹⁹ ficariam fora da distribuição

¹⁹ Os partidos NOVO, Rede e PMB não participaram das eleições de 2014, todavia, com os deputados que possuem hoje também não atingiriam os critérios impostos pela cláusula de barreira.

do fundo partidário e perderiam o acesso à propaganda gratuita em rádio e televisão, conforme demonstra a tabela a seguir:

Tabela 1. Partidos que, pela votação obtida nas eleições gerais de 2014, seriam barrados pela cláusula de desempenho instituída pela EC 97/2017.

PARTIDO	PERCENTUAL DE VOTOS VÁLIDOS	Nº ABSOLUTOS DE DEPUTADOS ELEITOS
1- PC do B	1,96%	10
2- PCB	0,07%	0
3- PCO	0,01%	0
4- PEN	0,69%	2
5- PHS	0,97%	5
6- PMN	0,48%	3
7- PPL	0,15%	0
8- PPS	2,10%	10
9- PROS	2,03%	11
10- PRP	0,74%	3
11- PRTB	0,47%	1
12- PSC	2,59%	13
13- PSDC	0,52%	2
14- PSL	0,83%	1
15- PSOL	1,79%	5
16- PSTU	0,19%	0
17- PT do B	0,85%	2
18 - PTC	0,35%	2
19- PTN	0,74%	4
20- PV	2,06%	8
21- Rede	0	4
22- PMB	0	2

Fontes: Elaboração própria a partir de dados divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral

Diante da inequívoca gravidade das restrições impostas pela cláusula de desempenho, a criação da regra de transição constitui instrumento voltado a amenizar o impacto do novo regramento sobre o sistema partidário e, em última instância, viabilizar a implementação do novo regramento constitucional.

Por outro lado, não se pode deixar de atentar para o fato de que, um dos fatores bastante criticados pelo STF foi justamente a falta de razoabilidade na fixação do percentual do fundo partidário e do tempo de rádio e televisão que seria dividido entre os partidos que não alcançassem a cláusula de desempenho. E, quanto a esse ponto, o novo regramento é ainda mais duro, pois exclui por completo a divisão do fundo partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão os partidos que não atingirem a cláusula de desempenho.

Todavia, uma conclusão acerca da compatibilidade da nova cláusula de desempenho com a Constituição depende de uma análise sistêmica das demais mudanças trazidas pela reforma eleitoral. Só assim é possível verificar se o novo regramento impõe limitações inconstitucionais ao pluripartidarismo e à representação das minorias.

No que tange à distribuição do fundo partidário, não há dúvidas de que vedar o acesso das legendas minoritárias aos recursos oriundos do fundo partidário poderia inviabilizar o seu funcionamento e, nessa direção, o regramento poderia ferir os preceitos constitucionais supracitados.

No entanto, não se pode deixar de considerar que com a reforma eleitoral foi criado o chamado Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC)²⁰, para financiar campanhas

²⁰ A criação do FEFC ocorreu por meio da promulgação da Lei n. 13487/2017, que alterou a Lei n 9.504/97, inserindo-lhe o art. 16-C que dispõe:

eleitorais com recursos públicos. O fundo será composto por pelo menos 30% (trinta por cento) das emendas de bancadas de deputados e senadores o que, segundo dados da própria Câmara dos Deputados²¹, alcançará o montante de R\$ 1,7 bilhão (um bilhão e setecentos mil reais) em 2018, valor muito superior ao do fundo partidário que, em 2017 teve uma dotação orçamentária de R\$ 819 milhões (oitocentos e dezenove milhões de reais)²².

O Fundo Especial de Financiamento de Campanha não se submete à cláusula de desempenho, e será distribuído nos moldes em que disciplinado pela Lei 13.488/17, que incluiu o art. 16-D, na Lei das Eleições:

Art. 16-D. Os recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), para o primeiro turno das eleições, serão distribuídos entre os partidos políticos, obedecidos os seguintes critérios:

I - 2% (dois por cento), divididos igualmente entre todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;

Art. 16-C. O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) é constituído por dotações orçamentárias da União em ano eleitoral, em valor ao menos equivalente:

I - ao definido pelo Tribunal Superior Eleitoral, a cada eleição, com base nos parâmetros definidos em lei;

II - a 30% (trinta por cento) dos recursos da reserva específica de que trata o inciso II do § 3o do art. 12 da Lei no 13.473, de 8 de agosto de 2017.

²¹ MACEDO, L. Câmara aprova criação de fundo público de financiamento de campanhas. Brasília, 5 outubro 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/545056-CAMARA-APROVA-CRIACAO-DE-FUNDO-PUBLICO-DE-FINANCIAMENTO-DE-CAMPANHAS.html>> . Acesso em 09 de outubro de 2017.

²² JUNGBLUT, C. Fundo Partidário será de R\$ 819 milhões em 2017, o mesmo de 2016. *O Globo*, Brasília, 15 dezembro 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/fundo-partidario-sera-de-819-milhoes-em-2017-mesmo-de-2016-20656120>>. Acesso em 12 outubro 2017.

II - 35% (trinta e cinco por cento), divididos entre os partidos que tenham pelo menos um representante na Câmara dos Deputados, na proporção do percentual de votos por eles obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;

III - 48% (quarenta e oito por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes na Câmara dos Deputados, consideradas as legendas dos titulares;

IV - 15% (quinze por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes no Senado Federal, consideradas as legendas dos titulares.

Para que se possa dimensionar os impactos desse novo regramento sobre os valores a serem repassados às agremiações partidárias, faz-se uma comparação entre os valores distribuídos entre todas as agremiações partidárias no ano de 2017, e os valores que serão distribuídos em 2018, considerando-se a estimativa de que o fundo público de financiamento de campanhas distribuirá R\$ 1,7 bilhão (um bilhão e setecentos milhões de reais).

Antes da reforma eleitoral	Depois da reforma eleitoral
(5% do fundo partidário)	(2% do FEFC)
R\$ 40.950.000,00	R\$ 34.000.000,00

Fontes: Elaboração própria a partir de dados divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral

O quadro mostra que a diferença entre os valores distribuídos entre todas as agremiações antes e depois da reforma eleitoral não é substancial, o que afastaria o argumento de que a falta de recursos levaria inevitavelmente à extinção dos partidos minoritários. Destarte, mesmo com as limitações impostas pela cláusula de desempenho, as agremiações partidárias minoritárias

ainda terão condições de financiar suas campanhas a partir dos recursos proveniente do FEFC.

Entretanto, é necessário notar que o fundo especial de financiamento de campanhas só será distribuído em anos eleitorais, e os valores não utilizados no decorrer das campanhas deverão ser devolvidos ao Tesouro Nacional²³.

Assim, em anos não eleitorais as legendas que não alcançarem a cláusula de desempenho terão seu orçamento duramente afetado, o que pode comprometer o desempenho de suas atividades centrais e, com o tempo, inviabilizar a existência de algumas agremiações. Some-se a isso o fato de que o financiamento privado - tanto de campanhas quanto de partidos - foi duramente afetado pela decisão do Supremo Tribunal Federal que proibiu que pessoas jurídicas financiem a atividade partidária²⁴.

No que tange à propaganda, a reforma extinguiu a propaganda partidária gratuita, no rádio e na televisão, de modo que, a partir de 2018, não mais existe tempo de rádio e TV destinado à divulgação da ideologia, das propostas e dos valores das agremiações partidárias ao público em geral. Assim, os partidos contarão com acesso gratuito ao rádio e à TV apenas para a propaganda eleitoral, direcionada de maneira mais específica à promoção de candidaturas e à conquista de votos. Com efeito, a reforma iguala as agremiações e a cláusula de desempenho não as diferencia nesse aspecto.

Não se desconhece que a propaganda política vem cada vez mais se utilizando de novos meios de comunicação para divulgar

²³ De acordo com o que dispõe o §11, do art. 16-C da Lei 9.504/97, incluído pela Lei nº 13.487/2017: Os recursos provenientes do Fundo Especial de Financiamento de Campanha que não forem utilizados nas campanhas eleitorais deverão ser devolvidos ao Tesouro Nacional, integralmente, no momento da apresentação da respectiva prestação de contas.

²⁴ ADI 4650, Rel. Min. Luiz Fux.

e promover agremiações, candidatos e suas propostas. Nesse sentido, a reforma eleitoral permitiu o chamado impulsionamento de conteúdo²⁵, que consiste na possibilidade de que o candidato pague diretamente ao provedor da aplicação de internet, com sede e foro no País, para que sua propaganda tenha maior destaque nas redes.

Todavia, o rádio e a televisão são ainda hoje os meios de comunicação mais difundidos em nosso país, sendo certo que a propaganda ali veiculada tem a capacidade de atingir um número elevado de eleitores que, de outro modo, não teriam contato com os conteúdos divulgados pelas diferentes agremiações.

Com a reforma eleitoral, a Lei das Eleições passou a proibir expressamente qualquer tipo de propaganda política paga no rádio e na televisão²⁶. Assim, ao vedar o acesso gratuito às agremiações que não atingirem a cláusula de desempenho, a norma exclui por completo qualquer possibilidade de que tais legendas possam propagar sua ideologia e promover seus candidatos por esses meios de comunicação.

²⁵ A questão foi regulamentada pela Lei n. 13.488/17, que inseriu o inciso XV, no art. 26 da Lei 9.504/97. O dispositivo possui a seguinte redação:

Art. 26. São considerados gastos eleitorais, sujeitos a registro e aos limites fixados nesta Lei: (...)

XV - custos com a criação e inclusão de sítios na internet e com o impulsionamento de conteúdos contratados diretamente com provedor da aplicação de internet com sede e foro no País.

(...)

§2º Para os fins desta Lei, inclui-se entre as formas de impulsionamento de conteúdo a priorização paga de conteúdos resultantes de aplicações de busca na internet.

²⁶ Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição.

(...)

§ 2º Não será permitido qualquer tipo de propaganda política paga no rádio e na televisão. (Redação dada pela Lei nº 13.487, de 2017).

Não são poucas as críticas direcionadas ao monopólio partidário na atualidade. E, boa parte das críticas direcionam-se à clássica ideia de que os partidos políticos constituem uma reunião de pessoas que congregam a mesma ideologia, em prol da implementação de políticas públicas que guardem consonância com sua base principiológica²⁷. Nesse contexto, o cerceamento de seu acesso ao rádio e à televisão se torna ainda mais severo: afinal, a difusão de princípios e ideologias, que seria um dos cerne da atividade partidária e pressuposto básico de seu desenvolvimento, fica ainda mais limitada.

Nota-se que essa nova modelagem da cláusula de desempenho buscou evitar um embate direto com os fundamentos empregados pelo STF para declarar a inconstitucionalidade do regramento anterior: foi regulada por meio de emenda constitucional, não impõe a perda de funcionamento parlamentar e estabelece uma regra de transição para sua implementação.

Contudo, ainda assim, resta um espaço relevante de debate: parte significativa dos debates travados no Supremo Tribunal Federal direcionou-se à preservação dos partidos minoritários, entendendo-se que esse quadro traria vulneração ao preceito constitucional do pluripartidarismo.

E, no ponto, não há dúvidas de que a cláusula de desempenho da EC 97/2017 certamente tem potencial de arrefecer o desenvolvimento e mesmo impedir a sobrevivência de algumas siglas. Fato que não traz inconstitucionalidade em si, pois tem o potencial de impedir uma distorção histórica: legendas que, durante

²⁷ Na mesma direção, Paulo Bonavides (2000, p.449) cita os conceitos de partido político formulados por Jellinek para quem “em sua essência, são grupos que, unidos por convicções comuns, dirigidas a determinados fins estatais, buscam realizar esses fins” e Kelsen, segundo quem “Os partidos políticos são organizações que congregam homens da mesma opinião para afiançar-lhes verdadeira influência na realização dos negócios públicos”.

anos, não elegem representantes e, ainda assim, recebiam recursos públicos e tempo de TV. A questão que se coloca, portanto, é se essa limitação seria inconstitucional nesse novo contexto.

Passa a ser necessário indagar qual o espaço concedido aos partidos minoritários para que, com menor representatividade, possam expor suas ideias e conquistar gradativo apoio popular durante e após o período de transição.

Em termos de propaganda partidária, o acesso ao rádio e TV está vedado para todas as legendas, fora do período eleitoral, o que acaba por equiparar as agremiações. Na propaganda eleitoral gratuita no rádio e TV - durante o período eleitoral - o tempo destinado às agremiações menores foi reduzido: antes da reforma de 2015, 1/3 do tempo era distribuído igualitariamente entre os partidos; atualmente, a divisão é de 90% proporcionalmente ao número representantes da Câmara dos Deputados e apenas 10% distribuídos igualitariamente²⁸.

²⁸ Art. 47 [...] I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem; (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

H - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram:

H - do restante, 1/3 (um terço) distribuído igualitariamente e 2/3 (dois terços) proporcionalmente ao número de representantes eleitos no pleito imediatamente anterior para a Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram. (Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013) (Vide ADI-5105)

II - 10% (dez por cento) distribuídos igualitariamente. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015).

A redução do tempo de propaganda eleitoral no rádio e TV torna extremamente difícil a exposição de candidatos pelas legendas que ainda não possuem ou possuem representação reduzida na Câmara dos Deputados. Argumenta-se que a medida teria por objetivo impedir a negociação de tempo por legendas dispostas a formar coligações.

Contudo, para além da vedação de coligações nas eleições proporcionais que passa a vigor a partir das eleições de 2020 (art. 17, §1º da CR/88 com redação da EC 97/17), regra que vedasse o transporte de tempo de rádio e TV das legendas para as coligações majoritárias alcançaria maior efetividade, sem impor prejuízo tão significativo às legendas que buscam crescimento sem formar essas alianças.

Restariam os outros meios de publicidade para que os partidos possam alcançar os eleitores: internet e propaganda em geral. Entretanto, embora a propaganda partidária não sofra grandes restrições fora do período eleitoral, as últimas reformas eleitorais cuidaram de restringir enormemente os instrumentos de divulgação de candidaturas.

Não se pode mais veicular material de propaganda nem mesmo em bens particulares, excetuada a colocação de bandeiras ao longo de vias públicas, desde que móveis e que não dificultem o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos e de adesivo plástico em automóveis, caminhões, bicicletas, motocicletas e janelas residenciais, desde que não exceda a 0,5 m² (meio metro quadrado). Note que a reforma de 2017, Lei 13.488/17, regula o local de colocação do adesivo: janelas residenciais.

Mas não é só. Para além das limitações materiais de divulgação que revelam enormes restrições aos instrumentos de propaganda, os partidos precisam de recursos para financiar publicidade que viabilize a divulgação de suas ideias. Afinal, somente se a informação alcançar a base de eleitores seria possível romper as limitações de representatividade.

E, no que se refere ao financiamento temos o seguinte cenário:

- i) os partidos e as campanhas não podem receber nenhum tipo de financiamento de pessoas jurídicas;
- ii) as doações de pessoas físicas para os partidos não são limitadas, mas para as campanhas estão limitadas à 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição;
- iii) a partir da legislatura de 2018, os partidos que não ultrapassarem a cláusula de desempenho, não terão acesso aos recursos do fundo partidário e ao tempo de rádio e TV na campanha eleitoral;
- iv) no processo eleitoral, os partidos terão acesso ao Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) apenas para gastos efetuados nas eleições.

Em suma, identifica-se o seguinte quadro: as legendas que não ultrapassarem a cláusula de desempenho somente serão financiadas, fora do processo eleitoral, por recursos de pessoas físicas, com os quais terão o desafio de alcançar a base e eleitores. Apenas durante o processo eleitoral receberão parcela reduzida do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) - que deverá ser devolvido caso não utilizado nos, aproximadamente, 45 (quarenta e cinco) dias de campanha, sem acesso à propaganda eleitoral no rádio e TV. Com esses recursos e diante de legislação extremamente restritiva, as legendas sem representação ou com representação minoritária enfrentarão o desafio de alcançar os eleitores com suas plataformas.

Não há dúvida de que sem exposição de plataformas e sem informação ao eleitor, não é possível viabilizar a convenção de apoio em votos que, aos poucos, viabilizariam a composição de uma base na Câmara dos Deputados para ultrapassar - se for o caso

- a cláusula de desempenho. O eleitorado não pode querer o que absolutamente desconhece.

Não se quer dizer com isso, por evidente, que todos os partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral devam alcançar representatividade. O que o pluripartidarismo exige é que todos os partidos tenham condições de alcançar os eleitores para expor suas pretensões e, aderindo ao eleitorado, ampliar sua representatividade.

Ocorre que, buscando viabilizar a governabilidade e impedir as legendas de aluguel, a reforma como um todo acabou por inviabilizar o surgimento e crescimento de novas legendas, impondo estagnação àqueles que se encontram na posição de minoritários. Sem acesso a fontes de financiamento sustentáveis e sem condições de informar o eleitor sobre suas pretensões, as siglas que não ultrapassam a cláusula de barreira têm pouca ou nenhuma chance real de romper essa condição.

Se, de um lado, o novo modelo de cláusula de desempenho não veda o funcionamento parlamentar, acaba por restringir de forma quase absoluta a possibilidade real de ampliação do apoio popular para que as siglas minoritárias voltem a participar da distribuição do fundo partidário e do tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão.

4. CLÁUSULA DE DESEMPENHO: número de deputados federais x número de deputados estaduais e vereadores - o que viabiliza a representatividade?

Como visto, a cláusula de desempenho aprovada pelo Congresso brasileiro leva em conta o número de votos recebidos para a Câmara Federal. Essa perspectiva considera que, no Brasil, não há partidos locais, mas partidos nacionais.

Esse parâmetro, entretanto, suscita controvérsias na medida em que frequentemente se argumenta que por não contemplar os votos recebidos nas demais esferas da federação, o regramento não refletiria de forma fidedigna a representatividade das agremiações e, conseqüentemente, geraria graves distorções no sistema partidário.

O modelo adotado pelo legislador brasileiro inspirou-se no formato implementado em outros países como Alemanha, Itália e Espanha. Todavia, a tese acerca da necessidade de que se leve em conta os votos recebidos nas demais esferas da federação ganha força em razão das especificidades do contexto brasileiro.

A primeira delas diz respeito às proporções continentais do país, que são acompanhadas de uma enorme heterogeneidade entre suas diversas regiões. Assim, muitos dos partidos com representação no Congresso Federal poderiam não possuir representação consistente nos diversos estados da federação, ou nos municípios e vice e versa.

Outro ponto que merece atenção é o fato de que a Constituição outorga aos municípios competência constitucional para legislar, de forma que seria absolutamente legítimo que uma agremiação buscasse dar voz aos interesses populares que representa por meio de uma estratégia que privilegiasse a eleição de prefeitos e vereadores. Essa opção, todavia, seria inviabilizada pela forma como foi moldada a cláusula de desempenho em nosso país.

Diante de tais argumentos, parece relevante verificar se a crítica encontra fundamento na realidade. Com efeito, se a representatividade das agremiações quando consideradas as eleições estaduais e municipais é substancialmente distinta daquela aferida com base apenas nas eleições para deputado federal.

Para tanto, foi realizada uma análise comparativa da representatividade dos partidos políticos nas três esferas da federação, a partir da seguinte metodologia: em um primeiro momento as agremiações foram listadas de acordo com o percentual de votos obtidos nas eleições de 2014 para os cargos de deputado

federal e deputado estadual, e nas eleições de 2016 para vereador; em seguida, essa mesma ordem foi criada levando-se em conta o número de candidatos eleitos pela agremiação.

A escolha dos critérios “percentual de votos recebidos” e “número de candidatos eleitos” deu-se porque são esses os parâmetros utilizados pela cláusula de desempenho criada pela EC 97/2017.

Os resultados obtidos estão expostos nas tabelas abaixo:

Tabela 2. Partidos listados em ordem decrescente a partir do percentual de votos válidos recebidos nas eleições de 2014 (para os cargos de deputado federal e deputado estadual) e 2016 (para o cargo de vereador).

Posição	Partido	Dep. Federal
1	PT	13,92
2	PSDB	11,37
3	PMDB	11,08
4	PP	6,6
5	PSB	6,44
6	PSD	6,13
7	PR	5,79
8	PRB	4,54
9	DEM	4,2
10	PTB	4,02
11	PDT	3,62
12	SD	2,76
13	PSC	2,59
14	PV	2,06
15	PROS	2,03
16	PPS	2,01
17	PC do B	1,96
18	PSOL	1,79
19	PHS	0,97
20	PT do B	0,85
21	PSL	0,83
22	PRP	0,74
23	PTN	0,74
24	PEN	0,69
25	PSDC	0,52

Posição	Partido	Dep. Estadual
1	PT	12,11
2	PSDB	11,48
3	PMDB	10,69
4	PSD	6,24
5	PSB	6,11
6	PDT	5,04
7	PP	4,7
8	DEM	4,09
9	PR	3,94
10	PTB	3,52
11	PSC	3,3
12	PV	3,14
13	PC do B	2,81
14	PRB	2,54
15	PROS	2,33
16	SD	2,16
17	PPS	2,09
18	PSOL	1,8
19	PTN	1,6
20	PSL	1,57
21	PEN	1,51
22	PHS	1,14
23	PT do B	1,14
24	PRP	1,13
25	PTC	1,01

Posição	Partido	Vereador
1	PMDB	4,21
2	PSDB	3,58
3	PSD	2,71
4	PP	2,48
5	PSB	2,33
6	PDT	2,27
7	PT	2,1
8	DEM	1,9
9	PR	1,79
10	PTB	1,73
11	PRB	1,43
12	PSC	1,08
13	PPS	1,07
14	SD	0,99
15	PV	0,99
16	PC do B	0,7
17	PHS	0,65
18	PROS	0,6
19	PTN	0,58
20	PSL	0,55
21	PRP	0,49
22	PTC	0,42
23	PMN	0,37
24	PEN	0,35
25	PSOL	0,34

26	PMN	0,48
27	PRTB	0,47
28	PTC	0,35
29	PSTU	0,19
30	PPL	0,15
31	PCB	0,07
32	PCO	0,01
26	PMN	0,81
27	PSDC	0,8
28	PRTB	0,64
29	PPL	0,33
30	PSTU	0,16
31	PCB	0,07
32	PCO	0,01
26	PT do B	0,34
27	PSDC	0,34
28	PRTB	0,28
29	PMB	0,19
30	REDE	0,15
31	PPL	0,09
32	NOVO	0,06
33	PCB	0

Tabela 3. Partidos listados em ordem decrescente a partir do número de candidatos nas eleições de 2014 (para os cargos de deputado federal e deputado estadual) e 2016 (para o cargo de vereador).

Posição	Partido	Dep. Federal	Posição	Partido	Dep. Estadual	Posição	Partido	Vereador
1	PT	68	1	PMDB	139	1	PMDB	7.559
2	PMDB	65	2	PT	106	2	PSDB	5.364
3	PSDB	54	3	PSDB	96	3	PP	4.742
4	PP	38	4	PSD	73	4	PSD	4.639
5	PSD	36	5	PSB	63	5	PDT	3.766
6	PR	34	6	PDT	57	6	PSB	3.630
7	PSB	34	7	PP	50	7	PTB	3.057
8	PTB	25	8	DEM	45	8	PR	3.012
9	DEM	21	9	PR	45	9	DEM	2.899
10	PRB	21	10	PTB	38	10	PT	2.813
11	PDT	20	11	PSC	35	11	PPS	1.671
12	SD	15	12	PRB	32	12	PRB	1.618
13	PSC	13	13	PROS	30	13	PSC	1.523
14	PROS	11	14	PC do B	25	14	PV	1.521
15	PC do B	10	15	PV	25	15	SD	1.436
16	PPS	10	16	PPS	22	16	PC do B	1.004
17	PV	8	17	SD	21	17	PROS	984
18	PHS	5	18	PTN	17	18	PSL	878
19	PSOL	5	19	PSL	16	19	PHS	873
20	PTN	4	20	PEN	14	20	PTN	764
21	PMN	3	21	PT do B	14	21	PRP	615
22	PRP	3	22	PRP	12	22	PTC	571
23	PEN	2	23	PSOL	12	23	PMN	526
24	PSDC	2	24	PHS	10	24	PEN	522
25	PT do B	2	25	PTC	10	25	PT do B	491
26	PTC	2	26	PSDC	9	26	PSDC	418
27	PRTB	1	27	PMN	8	27	PRTB	390
28	PSL	1	28	PRTB	8	28	PMB	218
29	PCB	0	29	PPL	3	29	REDE	180
30	PCO	0	30	PCB	0	30	PPL	111
31	PPL	0	31	PCO	0	31	PSOL	56
32	PSTU	0	32	PSTU	0	32	NOVO	4
						33	PCB	1

Fontes: Elaboração própria a partir de dados do TSE.

A partir dos dados apresentados, foi possível verificar que, tanto quando se leva em conta o percentual de votos recebidos pelas agremiações como quando se considera o número de candidatos eleitos, a classificação obtida pelos partidos em âmbito federal, estadual e municipal é bastante similar e, na maior parte dos casos, não varia mais do que cinco posições.

De fato, a partir da tabela n. 2, verifica-se que apenas 5 partidos (cerca de 15% das agremiações) sofreram variações superiores a 5 posições na classificação obtida em cada uma das esferas da federação, são eles: PT, PRB, PSOL, PT do B e PTC. Também no caso da tabela n. 3, são apenas 5 os partidos cujas classificações variaram em mais de 5 posições: PT, PHS, PSOL, PMN, PSL.

Diante de tais dados, demonstra-se que são mínimas as diferenças na representatividade dos partidos brasileiros nos âmbitos federal, estadual e municipal, o que evidencia que o parâmetro utilizado pelo legislador brasileiro para a fixação da cláusula de desempenho, qual seja, os votos obtidos para a Câmara dos Deputados, não gera distorções consideráveis no sistema partidário.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou, inicialmente, sistematizar os argumentos que impulsionam as discussões acerca da necessidade de estabelecimento de mecanismos que inibam a fragmentação partidária, destacando-se os seguintes:

- i) ampliação da estabilidade política e da governabilidade;
- ii) eliminação das “legendas de aluguel” e
- iii) enfraquecimento dos “donos de legenda”. Além do mais, foi traçado um panorama do sistema partidário brasileiro quando do julgamento pelo STF das ADIs 1351 e 1354, e a forma como o número de agremiações veio se multiplicando até os dias atuais.

Abordou-se de maneira mais específica a enorme fragmentação que marca o sistema partidário do país, explicitando-se as dificuldades que decorrem desse quadro, notadamente no que tange à governabilidade. Um Congresso multipartidário impõe ao Executivo enormes desafios para conquistar base de sustentação política e, no caso brasileiro, vem se mostrando como um fator que favorece a realização de acordos que, muitas vezes, dificultam a gestão dos interesses públicos.

No cenário, foram explicitados os termos da cláusula de desempenho prevista pela Lei 9.096/95, cuja constitucionalidade foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal. Sistematizou-se os principais argumentos empregados pelo STF, no bojo das ADIs 1351 e 1354, para declarar a inconstitucionalidade daquela norma, dentre os quais é possível destacar a existência de violação ao art. 17 da CF, ao pluralismo político, ao dever de preservação das minorias, à proporcionalidade, bem como a inexistência de previsão constitucional expressa a autorizar o estabelecimento de tal mecanismo.

Diante desse parâmetro, examinou-se a nova cláusula de desempenho, inserida no ordenamento jurídico pátrio por meio da EC nº 97, que alterou o §3º, do art. 17 da Constituição Federal, estabelecendo requisitos para que os partidos políticos tenham direito ao fundo partidário e acesso ao rádio e à televisão. A partir daí foi possível analisar se a nova cláusula de desempenho vai de encontro aos argumentos empregados pelo STF para declarar a inconstitucionalidade do regramento anterior.

Verificou-se que o legislador empregou nítidos esforços no sentido de evitar uma identificação imediata com alguns dos pontos mais criticados pelo STF na cláusula de desempenho da Lei n. 9.096/97. Nessa direção, a nova cláusula de desempenho foi instituída por meio de emenda constitucional, não veda o funcionamento parlamentar e estabeleceu uma regra de transição, para que a sua implementação seja realizada de forma gradativa.

De outro lado, no que tange aos recursos do fundo partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão, o novo regramento foi ainda mais severo que o anterior, banindo por completo dessa distribuição os partidos que não atingirem a cláusula de desempenho. Conforme se demonstrou, o impacto da norma sobre as agremiações é em parte amenizado por inovações trazidas pela reforma eleitoral, como a criação do fundo especial para o financiamento de campanhas e a possibilidade de realização de propaganda por meio do impulsionamento de conteúdos na internet. Todavia, ainda assim os impactos da cláusula de desempenho são significativos e, com o tempo, podem inviabilizar a existência de algumas siglas partidárias.

Por fim, foi analisado um argumento bastante recorrente quando se discute a implementação da cláusula de desempenho, segundo o qual ao considerar apenas a votação obtida pelas legendas nas eleições para a Câmara dos Deputados, estar-se-ia criando uma grave distorção no sistema partidário, pois assim estaria sendo desconsiderada a representatividade dos partidos em âmbito estadual e municipal.

A despeito dos relevantes argumentos que embasam essa posição, ao analisar os resultados das eleições de 2014 para os cargos de deputado federal e deputado estadual, e do pleito de 2016, para o cargo de vereador, foi possível verificar que, em geral, a representatividade dos partidos não sofre variações significativas no âmbito das três esferas da federação. Assim, é possível concluir que a adoção do critério que leva em conta apenas a votação obtida pela legenda na eleição para a Câmara dos Deputados para a aplicação da cláusula de desempenho não é capaz de gerar distorções relevantes no sistema partidário.

BIBLIOGRAFIA

ABRANCHES, S. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. In: *Revista de Ciências Sociais*, Vol. 31, n. 1, Rio de Janeiro, 1988.

BOGHOSSIAN, B; URIBE, G; CARVALHO, D. Temer libera verbas para garantir apoio à reforma da Previdência, *Folha de São Paulo*, Brasília, 09 maio 2017, Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/05/1882300-temer-libera-verbas-para-garantir-apoio-a-reforma-da-previdencia.shtml>> Acesso em: 12 out 2017.

BONAVIDES, P. *Ciência Política*. 10ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

FARHAT, S. *Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil*. São Paulo: Melhoramentos; Fundação Petrópolis, 1996.

JUNGBLUT, C. Fundo Partidário será de R\$ 819 milhões em 2017, o mesmo de 2016. *O Globo*, Brasília, 15 dezembro 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/fundo-partidario-sera-de-819-milhoes-em-2017-mesmo-de-2016-20656120>>. Acesso em 12 outubro 2017.

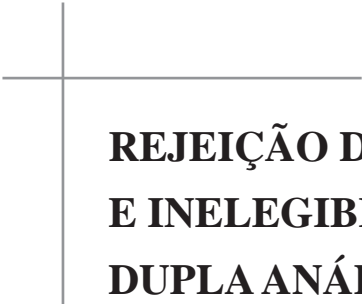
MACEDO, L. Câmara aprova criação de fundo público de financiamento de campanhas. Brasília, 5 outubro 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/545056-CAMARA-APROVA-CRIACAO-DE-FUNDO-PUBLICO-DE-FINANCIAMENTO-DE-CAMPANHAS.html>> . Acesso em 09 de outubro de 2017.

SALGADO, E. D. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

REBELLO, M. M. *A fragmentação partidária no Brasil: visões e tendências*. Disponível em: <<http://www.anpocs.com/index.php/papers-36-encontro/gt-2/gt10-2/7955-a-fragmentacao-partidaria-no-brasil-visoes-e-tendencias/file>>

REIS, M. Cláusula de desempenho e fortalecimento dos sistemas representativo e partidário no Brasil. *In: Estudos Eleitorais*, Vol. 9, n. 1, Brasília, 2014, p. 90-104.

VIANA, J. P. A cláusula de barreira na Alemanha. *In: Estudos Eleitorais*, Vol. 2, n. 2, Brasília, 2006, p. 79-98.



**REJEIÇÃO DE CONTAS PÚBLICAS
E INELEGIBILIDADE: UMA
DUPLA ANÁLISE VERTICAL DE
COMPATIBILIDADE DA CAUSA DE
IMPEDIMENTO**

Rodrigo Terra Cyrineu

RESUMO: A inelegibilidade oriunda da rejeição de contas públicas, sendo originada por deliberação extrajudicial, deve ser analisada à luz da Constituição, a fim de que seja verificada sua compatibilidade com os direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Rejeição de contas públicas. Inelegibilidade. Constituição.

ABSTRACT: Ineligibility arising from the rejection of public accounts, which is originated by extrajudicial deliberation, must be analyzed in the light of the Constitution, in order to verify its compatibility with fundamental rights.

KEY WORDS: Rejection of public accounts. Ineligibility. Constitution.

1 - INTRODUÇÃO:

No atual - e correto - desenho institucional republicano, todo e qualquer ordenador de despesas deve prestar contas aos órgãos de fiscalização. Os recursos públicos são alvo de intensa e pormenorizada análise dos órgãos de controle, em especial das Cortes de Contas Municipais, Estaduais e da União. E é correto que assim o seja.

Justamente por esse caráter obrigatório da prestação de contas, à qual todo gestor se submete, a causa de inelegibilidade dela decorrente é a mais observada nos processos de registro de candidatura.

E, para além dessa alta incidência, a sua interpretação enviesada vem sendo alvo de críticas e preocupações pela academia e pela própria comunidade jurídica, a exemplo da recente decisão do Tribunal Regional Eleitoral paulista que assentou, tal qual noticiado pelo sítio eletrônico CONJUR, que *“a rejeição de contas de prefeitos pelo tribunal de contas, aprovada pelo legislativo municipal, é suficiente para caracterizar ato de improbidade administrativa”, não se exigindo “o dolo específico de causar prejuízo ao erário ou atentar contra os princípios administrativos, tendo em vista que o dolo é genérico e consiste na vontade de praticar a conduta em si”*.¹

Entretanto, a simples desaprovação de contas, pelo caráter técnico-contábil inerente aos procedimentos fiscalizatórios

¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-01/rejeicao-contas-suficiente-caracterizar-inelegibilidade>. Acessado em: 02 de junho de 2018.

dessa natureza, não pode ser considerada como causa hábil a reduzir a capacidade eleitoral passiva do cidadão, tal qual se previu na redação originária da Lei Complementar nº. 64/1990² e na atual redação que foi dada ao art. 1º, inciso I, alínea “g”³, pela Lei Complementar nº. 135/2010 (Lei da Ficha-Limpa).

Uma análise sistemática da Constituição Federal é suficiente para colocar em xeque a validade dessa causa restritiva ao sufrágio passivo, sem contar a sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos⁴, incorporado ao nosso ordenamento jurídico pátrio no ano de 1992.

O presente estudo tem o propósito de demonstrar que a aludida causa de inelegibilidade, a despeito da sua festejada aceitação social (porque, afinal de contas, é impopular contrapor a Lei da Ficha Limpa em dias atuais), não passa no duplo escrutínio material de validade.

Para tanto, importa ter em mente que a referida causa de inelegibilidade não foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs. 29 e 30, não havendo obstáculo para o reconhecimento de sua incompatibilidade por qualquer juiz eleitoral

² “Art. 1º. São inelegíveis: I - Para qualquer cargo: (...) g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão”.

³ “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 irrecurável do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição”.

⁴ Sobre o tema, importa não olvidar a contribuição pioneira de FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

em sede de controle difuso, dada a inexistência de coisa julgada com eficácia erga omnes.

2 – A INCOMPATIBILIDADE TOMANDO-SE COMO PARADIGMA A CONSTITUIÇÃO:

O dispositivo diz serem inelegíveis “*os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição*”.

O problema é que nosso sistema constitucional, ainda que não o tenha dito em letras garrafais, reservou o tema *improbidade administrativa* ao exame exclusivo do Poder Judiciário, única instituição habilitada a dizer se um cidadão cometeu conduta ímproba. Não é outra a leitura que se pode extrair dos §§4º e 5º do artigo 37 da Constituição Federal⁵, os quais remetem à noção de ação em ambos os textos.

Ademais, em razão da delegação constitucional, o legislador ordinário (Lei nº. 8.429/1.992) disciplinou os atos de improbidade (arts. 9º ao 11⁶) e as respectivas sanções (art. 12), bem como a autoridade estatal competente para fixa-las (parágrafo único do artigo 12). A esse propósito, a Lei de Improbidade Administrativa

⁵ “Art. 37. (...) § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento

é clara: “Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente” (art. 12, p.ú.). O artigo 23 da citada lei reforça a reserva jurisdicional para fins de improbidade ao estatuir – verbis: “As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas (...)”.

É bem verdade que os artigos 14 e 15 da LIA fazem remissão à autoridade administrativa e ao PAD da Lei nº. 8.112/1990 (Estatuto do Servidor Público Federal). Todavia, a autoridade administrativa, a exemplo do *Parquet*, investigará previamente e, conforme alude o artigo 16, “havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público”.

Por fim, o artigo 20 arremata: “A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”. É dizer: tudo leva ao Judiciário, invariavelmente – e felizmente, pois, conforme consagrado no regime constitucional alemão, modelo de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, “a reserva de juiz, com um controlo preventivo através de uma instância independente e neutra, conduz a uma melhor protecção possível dos direitos do afectado”⁷.

ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

⁶ O rol é extremamente longo e a sua transcrição não acrescentaria nada ao escopo do trabalho.

⁷ MICHAEL, Lothar; Morlok, Martin. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 472.

A atuação do legislador ordinário, complementado o espaço normativo propositalmente deixado sob sua responsabilidade pelo constituinte, dá vida e sentido ao texto constitucional, porquanto o desenvolve e o complementa, podendo-se daí extrair o princípio da *reserva de jurisdição* em tema de improbidade administrativa.

A interpretação constitucional pela via do legislador é algo plenamente aceito pela doutrina contemporânea, a exemplo de Luís Roberto Barroso quando ensina que “*o próprio constituinte conferiu ao legislador a prerrogativa de desenvolver e concretizar a Constituição, fazendo uma escolha valorativa dentro dos limites impostos pelas possibilidades semânticas do enunciado constitucional*”⁸.

No entanto, dizer que a temática da improbidade administrativa é de competência reservada ao Poder Judiciário não é suficiente para se deslegitimar a causa de inelegibilidade em análise, eis que é a Justiça Eleitoral quem reconhece o impeditivo legal.

Por todos, confira-se a lição de José Jairo Gomes:

A inelegibilidade enfocada decorre do ato de rejeição de contas pelo órgão competente. Trata-se de efeito (secundário) da decisão de rejeição. De sorte que a inelegibilidade não é constituída por ato própria da Justiça Eleitoral, a qual apenas aprecia os fatos e as provas que lhe são apresentados, reconhecendo-a ou afastando. Cabe a essa Justiça proceder ao enquadramento jurídico dos fatos.⁹

Em outras palavras, assentando-se que é o Poder Judiciário o órgão constitucionalmente indicado para a verificação de improbidade administrativa, resta saber qual de seus órgãos tem

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 167.

⁹ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 248.

competência para tanto. Isto é, definida a palavra ao Judiciário, resta saber a qual jurisdição constitucionalmente escalada para dizer sobre “*ato doloso de improbidade administrativa de natureza insanável*”.

Tal questão passa a ser perceptível quando se analisa a temática sobre o enfoque institucional, isto é, sob o prisma das capacidades¹⁰ inerentes à cada instituição contemplada no ordenamento jurídico brasileiro. É dizer: num cenário em que mais de uma instituição se sinta apta a tomar determinada decisão, é preciso sugerir qual a melhor resposta.

Não se trata, evidentemente, de se abdicar de uma responsabilidade, mas sim de reconhecer que, dada a circunstância de tensão a respeito de uma determinada problemática abstratamente possível de ser solvida em várias sedes, relegar à instituição mais prepara a resposta. É exatamente isso que Frederick Schauer entende ao asseverar que: “an agent who says, ‘This is not my job’, is not necessarily abdicating responsibility. One form of taking

¹⁰ “Uma possível explicação para a importância dos elementos objetivos das capacidades institucionais decorre da crença de que o desenho institucional é um mecanismo sofisticado de administração de confiança e de desconfiança entre tomadores institucionais de decisão e que, por isso, é capaz de fornecer elementos não-subjetivos para reforçar a confiabilidade ou compensar a desconfiança por trás de uma instituição. É como se fosse impossível inferir das regras de desenho institucional que, em relação à promoção de determinadas finalidades, o planejamento social “acredita mais na instituição X”, “desconfia mais da instituição Y” etc. e que, em função desses sinais e visando a administrar tais relações, o sistema jurídico é moldado. Mais ou menos poder e mais ou menos discricionariedade são, assim, funções do grau de confiança pressuposto para diferentes instituições. E é em função desse grau de confiança que são definidas as competências e os objetivos a serem realizados por cada instituição em uma determinada ordem jurídica. Por isso, a referência a aspectos institucionais objetivos visa a mostrar que as decisões de certa instituição merecem credibilidade porque tanto o desenho como a realidade institucional estabelecem condições para que ela possa tomá-las da melhor maneira possível em comparação com outras instituições”. ARGUELHES, Diego W.; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In **Direito, Estado e Sociedade**. n. 38, jan/jun 2011, p. 42.

responsibility consists in taking the responsibility for leaving certain responsibilities to others”.¹¹

Para os fins ora pretendidos, é despidianda a análise das capacidades subjetivas, muitas vezes ligadas às autoridades que compõem as instituições em situação de tensão (no caso em análise:

- i) Cortes de Contas e Paramentos;
- ii) Justiça Eleitoral; e
- iii) Justiça Comum Estadual e/ou Federal). Tais capacidades (pessoais, repita-se) são de índole altamente subjetiva e, portanto, não conferem parâmetro seguro para uma correta solução em caso de tensão interinstitucional. O que importa, em verdade, são as capacidades objetivas, isto é, aquelas extraídas da própria moldura arquitetada pelo (ou no) arranjo institucional pátrio.

Arguelhes e Leal, a propósito das capacidades objetivas, esclarecem:

(...) acreditamos que as capacidades objetivas podem ser concretamente definidas em função de dois grandes grupos. Cada instituição tem capacidades funcionais, relacionadas ao arranjo dentro do qual operam, às finalidades para as quais foram concebidas e às capacidades cognitivas efetivas dos seus principais atores (por ex, juízes, para o Judiciário, e deputados e senadores, para o Legislativo federal), definidas, sobretudo, em função da sua formação. Além disso, cada instituição tem capacidades materiais, relacionadas ao aparato técnico-administrativo que a integra

¹¹ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford/New York: Oxford University Press, 1991, p. 162 *apud* ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. op. cit., p. 10.

e aos recursos disponíveis para efetivar transformações. As capacidades institucionais materiais se referem, assim, a elementos como a estrutura física, a quantidade e formação do corpo funcional de apoio (assessores, escreventes, técnicos etc.), o orçamento disponível e tudo o mais que diga respeito à estrutura administrativa da instituição. Por sua vez, as capacidades institucionais funcionais podem ser subdivididas em jurídicas e epistêmicas. No primeiro caso, a referência direta é ao conjunto de competências e limitações específicas fixadas pelo desenho institucional para certa instituição. No segundo caso, elas dizem respeito tanto às capacidades efetivas de assimilar e lidar com informações, que podem variar quantitativa e qualitativamente, como aos modos de processamento de informações desenvolvidos internamente.¹²

No julgamento do RE nº. 848826/DF, o Ministro Luiz Fux invocou o argumento das capacidades institucionais no âmbito eleitoral para concluir que, nos casos de conta de gestão, as decisões das Cortes de Contas deveriam ser definitivas, não cabendo decisão do Parlamento respectivo, eis que, em seu entender, o desenho institucional dos Tribunais de Contas lhes conferem maior *know-how* para a análise técnico-contábil. Confira-se:

Aqui, por oportuno, acredito que possa ser invocado o argumento das capacidades institucionais para justificar a adoção desse arranjo constitucional de competências. Consoante averbei, em sede doutrinária (FUX Luiz. Princípios Eleitorais. In.: NORONHA, João Otávio; PAE KIM, Richard. Estudos em Homenagem ao Ministro Dias Toffoli – prelo), o argumento das

¹² ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. op. cit., p. 43.

capacidades institucionais encerra um princípio informativo da atuação do magistrado eleitoral, segundo o qual deve reconhecer suas limitações cognitivas para adentrar no mérito de determinadas matérias que demandem alguma expertise, bem como analisar os possíveis efeitos sistêmicos de seus pronunciamentos, ancorado na doutrina de Cass Sunstein (SUNSTEIN, Cass R. Beyond Judicial Minimalism. Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Paper, 2008, p. 1).

Em outras palavras, a tese das capacidades institucionais pode – e deve – ser compreendida como um vetor interpretativo para subsidiar o aplicador sempre que existir dúvida razoável acerca da melhor exegese de uma dada disposição constitucional, precisamente a hipótese dos autos, em que se discute o sentido e o alcance dos arts. 31, § 2º; 71, I; e 75, todos da Carta Magna.

Aplicando o argumento das capacidades institucionais ao caso vertente, tem-se que as Cortes de Contas possuem maior expertise e knowhow para apreciar as contas pontuais de gestão, quando cotejada com as Câmaras Municipais. (...)¹³

A respeito desse último tema envolvendo a competência das Câmaras Municipais ou das Cortes de Contas para analisar e julgar contas de gestão dos Prefeitos, a doutrina eleitoral de vanguarda¹⁴ também vem invocando o argumento das capacidades institucionais, a revelar o crescimento da exploração dessa teoria no âmbito jurídico brasileiro.

¹³ P. 15 do voto do Ministro Luiz Fux. RE 848826, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017.

¹⁴ FRAZÃO, Carlos Eduardo. A competência para julgamento das contas de governo de gestão dos Prefeitos: o argumento das capacidades institucionais. In.: FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. Novos Paradigmas do Direito Eleitoral. Fórum: Belo Horizonte: 2016, p. 149-159.

Como se vê, a teoria das capacidades institucionais leva a sério os méritos e deméritos de diferentes instituições em um determinado arranjo institucional, o que sempre vai reclamar análise caso a caso, como a que ora se propõe a propósito da tensão interinstitucional entre Justiça Eleitoral e Justiça Comum (Federal ou Estadual)¹⁵.

Essa competência não é da Justiça Eleitoral. A improbidade administrativa é confiada, tal qual ensina J. J. Gomes Canotilho quando analise a Constituição portuguesa, a um *bloco de competência reservada*, a qual se observa “*quando a disciplina jurídica de determinadas matérias é exclusivamente confiada a uma certa fonte normativa*”¹⁶.

A Constituição brasileira diz que “*os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei*” (art. 37, §4º), sendo a lei aqui referida uma norma única e exclusiva: a Lei nº. 8.429/1.992.

E não poderia ser diferente, porquanto a mesma Constituição estabelece, no capítulo dos direitos fundamentais, que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” (art. 5º, LIV), devendo ser entendido o vocábulo “*devido*”, no caso da redução do *ius honorum* em decorrência de ato de improbidade, o “*processo legal*” regulamentado na Lei nº. 8.429/1.992.

¹⁵ Não custa repetir que é de aceitação geral no âmbito doutrinário que descabe às Cortes de Contas e aos Parlamentos constituir o cidadão em causa de inelegibilidade. Esta competência, diz a ilustrada maioria no campo acadêmico, caberia à Justiça Eleitoral quando da análise do título extrajudicial (decisão de rejeição de contas) que lhe é submetido no processo de impugnação ao registro de candidatura.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 699

Ainda diz a Lei Maior, em reforço a esse argumento, que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII). A autoridade competente para processar e sentenciar o cidadão por *ato de improbidade* é o juiz da causa, seja este da Justiça Comum Estadual ou Federal, e não os Tribunais de Contas/Parlamentos ou a Justiça Eleitoral.

A Justiça Eleitoral, que tem como marca a sumarização do processo, já que informado pelo princípio da celeridade, não cumpre bem o papel de garantidora do devido processo legal ao qual tem direito o ordenador de despesas que teve suas contas rejeitadas. É dizer: o microsistema processual eleitoral impede que o Juiz Eleitoral diga, no processo de registro de candidatura, se o candidato praticou, ou não, ato de improbidade.

É que o postulado do *due process of law*, nele inseridos o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), reclama mais do que o mero endereçamento de petição ao Juiz contrapondo a acusação da prática de improbidade (é isso que ocorre na Justiça Eleitoral, *locus* em que o magistrado, com a decisão de rejeição de contas em mãos, qualifica juridicamente o fato lá constatado, tal qual defende José Jairo Gomes, dentre outros).

Consoante lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica”¹⁷.

A tutela jurídica, por óbvio, é aquela estipulada no caput do artigo 17 da LIA, dispositivo este que estatui que a ação de improbidade seguirá o rito ordinário, qual seja, o do Código de

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 459.

Processo Civil, com ampla dilação probatória. A esse propósito, confira-se a orientação do C. STJ:

(...) 2. - Não se achando a causa suficientemente madura, seu julgamento antecipado, à luz do art. 330, I, do CPC, enseja a configuração de cerceamento de defesa do réu condenado que, oportunamente, tenha protestado pela produção de prova necessária à demonstração de suas pertinentes alegações, tal como ocorrido no caso em exame.

3. - Hipótese em que se deve anular a sentença, em ordem a ensejar a abertura de regular instrução probatória.¹⁸

No fundo, é uma questão de interpretação dos arranjos institucionais constitucional e legal, a qual necessariamente deve se guiar, em sede de restrição ao *ius honorum*, de forma a se privilegiar o direito fundamental de participação do cidadão.

Sobre a prevalência da interpretação que homenageia o plexo de direitos fundamentais, confira-se a lição dos constitucionalistas alemães Bodo Pieroth e Bernhard Schlink:

Com o imperativo da *interpretação conforme* aos direitos fundamentais, estes direitos influenciam a interpretação e a aplicação da lei ordinária pelos tribunais e pela Administração. O esforço metodologicamente correto da interpretação de uma disposição do direito ordinário permite a cada passo diversas interpretações; e quando estão em causa cláusula gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a jurisprudência e a Administração têm uma margem de interpretação especialmente ampla. Neste caso, a vinculação aos direitos fundamentais (art. 1º, n. 3) exige que a decisão a favor de uma ou de outra

¹⁸ REsp 1538497/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 17/03/2016.

interpretação se oriente pelos direitos fundamentais. Essa decisão tem de fazer valer os direitos fundamentais e interpretar o direito ordinária de forma a proteger os direitos fundamentais e a preservar e a promover a liberdade.¹⁹

A exegese que resguarda de maneira mais eficaz o *ius honorum* e o plexo de normas do *due process of law* é, sem dúvida nenhuma, a de que descabe aos órgãos competentes para a análise de contas constituir, em desfavor do cidadão, causa impeditiva eleitoral, ou mesmo à Justiça Eleitoral reconhecer a inelegibilidade do candidato com base no processo de rejeição de contas, sendo imprescindível a persecução do cidadão nos moldes da Lei de Improbidade.

Do contrário, o candidato se sujeita a todo tipo de infortúnio. No processo de contas, no qual o resultado é a regularidade contábil do gestor, quase que aritmética, num modelo cartesiano incompatível com o sistema de responsabilização da Lei de Improbidade, o qual exige elemento subjetivo. No processo eleitoral, no qual será julgado com base naquela decisão do órgão competente para a análise contábil, sem mínima possibilidade de contraprova acerca dos fatos e, principalmente, do ânimo que inspirou a realização da conduta ou o próprio *non facere* (em caso de omissão juridicamente relevante).

Mas, para piorar, o que se vê, ao fim e ao cabo, é a existência de dois regimes de inelegibilidade distintos acerca da mesma causa (“improbidade administrativa”), a vulnerar o vetor interpretativa da proporcionalidade e/ou o princípio do *due process of law* na sua faceta substantiva (material).

¹⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2012, pp. 71-2.

Como cediço na metódica jurídica, o dever de proporcionalidade constitui necessária e incontornável exigência de moderação e prudência a orientar toda a atuação estatal. Sua função é permitir a harmonia axiológica de todo o sistema normativo. Sua fundamentação é a própria ideia, de toda aceita nos círculos jurídicos, de princípios jurídicos como mandamentos de otimização em face de restrições fáticas e jurídicas, cuja teoria tem, como expoente, Robert Alexy²⁰. Sua aplicação é sistematicamente dividida em três etapas: necessidade, adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

Tendo isso em mente, vê-se que a alínea “l”²¹ da mesma Lei de Inelegibilidades exige, para efeito de restrição ao *ius honorum*, ato de improbidade administrativa de natureza dolosa e que importe cumulativamente *enriquecimento ilícito* e *lesão ao erário*, bem ainda que se tinha fixado a pena de *suspensão dos direitos políticos*. A alínea “g”, por seu turno (e como já se viu), exige apenas rejeição de contas por ato de improbidade que configurar de irregularidade insanável, abrindo ensancha para todo tipo de voluntarismo do intérprete.

Indaga-se: a medida é necessária? Não, porque já existe outro regramento impeditivo de candidaturas por cidadãos condenados por improbidade. É adequada? Também não é, porque não resguarda, ao cidadão, os meios de defesa e, pior, não estabelece requisitos seguros e objetivos para sua incidência. É proporcional (aqui sob o prisma da proporcionalidade em sentido estrito)? Não,

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116.

²¹ “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”.

porque atinge o âmbito de proteção do *ius honorum* sem a mínima objetividade, o que pode ser facilmente percebido em comparação aos requisitos da alínea “L”, conferindo um alto grau de subjetivismo ao magistrado eleitoral.

A inadequação do duplo regime restritivo (alíneas “g” e “l”) é uma conclusão inevitável sobretudo à luz do postulado da proporcionalidade em sentido estrito, o qual é assim sintetizado por Robert Alexy:

Como ensina Alexy, ‘o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção’.²²

A reforçar essa desproporção, basta ver que a referida causa de inelegibilidade não se adequa às diretrizes mínimas sugeridas pela Comissão Europeia para a Democracia através do Direito (Comissão de Veneza) que assim estipula os requisitos para as medidas restritivas do *ius honorum*:

- d. Privação do exercício do direito de voto e de elegibilidade:
 - i. A privação do exercício do direito de voto e de elegibilidade pode ser prevista, desde que submetida às seguintes condições cumulativas:
 - ii. Deve estar prevista na lei;
 - iii. Deve respeitar o princípio da proporcionalidade; a privação da elegibilidade pode estar sujeita a condições menos estritas que a privação do direito de voto;
 - iv. Deve ser fundamentada por interdição cujos motivos respeitem à saúde mental ou a condenações por crimes graves;

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 636.

v. Além disso, a privação dos direitos políticos ou a interdição por motivos relacionados com a saúde mental devem ser impostas por decisão específica de um tribunal.²³

A exigência de proporcionalidade, ocorrência de infração grave e prolação de decisão de um tribunal constituem pautas mínimas não observadas pela Lei Complementar n.º. 64/1990 no que diz respeito à alínea “g” do inciso I do artigo 1º.

Portanto, não existem justificativas legítimas, à luz da ordem constitucional e legal, a respaldar a validade material da alínea “g” do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar n.º. 64/1990, mas isso não é tudo.

3 - A INCOMPATIBILIDADE TOMANDO-SE COMO PARADIGMA A CONVENÇÃO:

Maurício Ramires, ao se referir à fala da Presidente da Suprema Corte da Finlândia, Pauliine Koskelo, alerta que *“os juízes de mentalidade paroquial não estão preparados para trabalhar com as demandas de um direito que se transnacionalizou. O mundo se lhes apresenta e impõe reconhecimento”*.²⁴

É partindo também dessa premissa, e não só das normas domésticas, que se deve enfrentar o tema da restrição ao *ius honorum* mediante julgamentos administrativos e/ou políticos de índole contábil.

²³ Disponível em: http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/codigo_boa_conduta_pt.pdf. Acessado em: 02 de junho de 2018.

²⁴ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional**: o uso da jurisprudência estrangeira pela Justiça Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 99.

O artigo 23.2 da Convenção Americana instituiu a reserva de jurisdição para aplicação da severa pena de inelegibilidade decorrente de processo, ao estatuir que a *“lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de (...) ou condenação, por juiz competente, em processo penal”*.

Obviamente que o intérprete não deve se ater à literalidade pura do dispositivo, a ponto de concluir que apenas processos de natureza criminal *stricto sensu* seriam hábeis a inviabilizar o sufrágio passivo do cidadão. O referido dispositivo deve ser lido evolutivamente, sobretudo se se levar em consideração o tempo em que foi redigido, de modo a compreender que todo e qualquer processo judicial que envolva a aplicação de penalidades e que esteja no rol de inelegibilidades da LC n.º 64/1990 poderá implicar em óbice à candidatura.

O mesmo raciocínio não deve ser aplicado, contudo, aos processos de julgamento de contas pelos Tribunais de Contas, aos procedimentos disciplinares dos conselhos profissionais, aos processos administrativos instaurados pela Administração Pública e aos julgamentos de agentes políticos pelas Casas Legislativas, seja em sede de prestação de contas ou por quebra de decoro parlamentar.

No que atine aos Tribunais de Contas, é forçoso reconhecer que, embora detenham autonomia institucional frente à atual ordem constitucional e sejam órgãos da mais relevada importância republicana, suas decisões não podem gerar inelegibilidade do cidadão levando-se em consideração a norma convencional citada anteriormente.

A análise das Cortes de Contas restringe-se à questão contábil, embora haja muito de juridicidade em suas decisões. Entretanto, a própria forma com que se dá a tramitação dos julgamentos das contas dos ordenadores de despesa, em comparação com um procedimento judicial (ação de improbidade ou ação penal,

por exemplo), evidenciam a precariedade de garantias necessárias a legitimizar a imposição de óbice ao sufrágio passivo.

Ademais, em se constatando irregularidade nas contas que se configure como ato de improbidade administrativa ou crime contra a administração pública, o Tribunal, como dever de ofício, deverá encaminhar os autos ao Ministério Público para que tome as providências pertinentes na qualidade de titular da ação penal ou de detentor de legitimidade ativa na ação de improbidade, não havendo qualquer prejuízo à repressão de ilícitos e, por corolário, o impedimento daqueles que comprovadamente, em processo judicial, tenham assacado o erário.

A ampla possibilidade instrutória observada nos processos judiciais é garantia do cidadão contra julgamentos precários das Cortes de Contas, restritos às normas de contabilidade pública e que não aprofundam, com a intensidade e os pormenores necessários, no exame dos fatos ocorridos sob a égide de um contraditório efetivo e de uma ampla possibilidade de contrapor as provas advindas com a acusação ministerial.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no conhecido caso *López Mendoza vs Venezuela*, entendeu por irregular a aplicação de sanção de inabilitação (o mesmo que a inelegibilidade brasileira) por um órgão administrativo venezuelano, senão veja-se:

107. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que

haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana.

108. La Corte estima pertinente reiterar que “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.

109. En virtud de lo que antecede, la Corte determina que el Estado violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Leopoldo López Mendoza.²⁵

Além disso, a Corte Interamericana reconheceu, naquele mesmo caso, violação às garantias convencionais de contraditório efetivo e de motivação convincente das decisões, senão veja-se:

149. En consecuencia, el Estado es responsable por la violación del deber de motivación y el derecho a la defensa en los procedimientos administrativos que derivaron en la imposición de las sanciones de inhabilitación, establecidos en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza.²⁶

²⁵ Decisão disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf
Acesso em: 02 de junho de 2018.

²⁶ Decisão disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf
Acesso em: 02 de junho de 2018.

Daí o porquê de ser salutar a análise da irregularidade detectada pelo Tribunal de Contas em sede de ação de improbidade administrativa, sobretudo porque as sanções previstas na Lei nº. 8.429/1992 não são automáticas e, portanto, são passíveis de gradação pelo magistrado na fixação da pena, atendendo, portanto, às exigências da Convenção Americana tocante à necessária fundamentação da gravíssima sanção de suspensão dos direitos políticos.

Se o raciocínio até então exposto justifica o afastamento da inelegibilidade da alínea “g” em relação às Cortes de Contas, com maior razão a sua adoção para fins de rechaçar qualquer possibilidade de um governante tornar-se inelegível por rejeição de contas da respectiva Casa Legislativa fiscalizadora.

Ora, além de ser um julgamento realizado nos mesmos moldes daqueles realizados pelos Tribunais de Contas, isto é, com instrução limitadíssima, existem, ainda, duas agravantes que evidenciam a violação às garantias convencionais previstas no Pacto de São José da Costa Rica: os julgamentos são estritamente políticos - a evidenciar ausência absoluta de imparcialidade do corpo julgador - e o corpo técnico auxiliar é absolutamente deficitário em relação àquele normalmente existente nas Cortes de Contas, o que denota a mais absoluta ausência de juridicidade no processo deflagrador da pretendida inelegibilidade.

É certo que a Constituição Federal dispõe acerca da competência das Casas Legislativas para a análise das contas dos Chefes do Poder Executivo. Isso, contudo, não implica que eventual reprovação deva ser automaticamente tratada como causa de inelegibilidade.

Muito pelo contrário. Assim como se propôs em relação aos Tribunais de Contas, até mesmo porque o encaminhamento dos autos ao *Parquet* é medida costumeira e oficiosa, é necessário que haja a judicialização de eventual apontamento denotador de

irregularidade severa, seja sob a ótica da improbidade ou mesmo sob a ótica criminal, para que então, após esgotados os mecanismos de prova e contraprova, possa exsurgir um édito condenatório legítimo, justo e suficientemente ancorado em instrução processual regada de garantias e, assim, harmônica aos direitos e garantias processuais plasmados no Pacto de São José da Costa Rica.

4 - CONCLUSÃO:

O que se disse alhures, a bem da verdade, não é nenhuma novidade. Outros tantos mais qualificados já o disseram. É o caso de Marilda de Paula Silveira²⁷. Também de Geórgia Ferreira Martins Nunes e Orlando Moisés Fischer Pessuti²⁸, estes últimos em outro contexto, mas sob o mesmo fundamento. Sob a estrita roupagem da *inconvencionalidade*, também o disse Marcelo Peregrino²⁹.

O que se pretende com o presente estudo é demonstrar que a análise do tema vem sendo ignorada pelos Tribunais, os quais jamais se debruçaram sobre todos esses pormenores que invariavelmente conduzem à invalidade da causa restritiva do *ius honorum* prevista na alínea “g” do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº. 64/1990.

²⁷ <https://jota.info/colunas/e-leitor/e-leitor-stf-decide-quem-julga-contas-mas-e-inelegibilidade-07082016>.

²⁸ NUNES, Geórgia Ferreira Martins; PESSUTI Orlando Moisés Fischer. *A (in)competência dos tribunais de contas para aferir ofensa à lei geral das eleições na apreciação das contas dos gestores públicos*. In: PEREIRA, Rodolfo Viana; SANTANO, Ana Claudia (Orgs.). **Conexões Eleitoralistas**. Belo Horizonte: Abradep, 2016, p. 63-99.

²⁹ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Mais do que isso, a proposta é provocativa: seria papel exclusivo do órgão de cúpula controlar a constitucionalidade e a convencionalidade de limitações e restrições aos direitos fundamentais? Evidentemente que não, a despeito da prática induzir à resposta contrária.

O modelo abstrato idealizado por Hans Kelsen não é propício à defesa dos direitos políticos, como já salientou Mauro Cappelletti³⁰ e Maurício Ramires, pois, nas palavras do último, “a limitada legitimidade ativa para a propositura de ação constitucional na Carta de 1920 fez com que as questões levadas ao Tribunal se concentrassem nos interesses dos órgãos políticos, ficando de fora as leis lesivas dos direitos individuais de liberdade”³¹.

No Brasil, o modelo abstrato não se mostra hábil a uma análise escorreita das disfunções inerentes às causas limitadoras do *ius honorum*, pois só a riqueza dos fatos, própria da análise do controle difuso, pode informar o magistrado com todos os elementos necessários à melhor conclusão a propósito de eventuais desproporções.

Novamente os alemães, a propósito dos direitos fundamentais como parâmetro de controle, têm muito a nos ensinar: “*a interpretação conforme à Constituição direito ordinário não é primariamente a função do Tribunal Constitucional Federal, mas dos tribunais sectoriais*”³².

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. Ed. Reimp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, pp. 106-7.

³¹ RAMIRES, Maurício. op. cit., p. 65.

³² MICHAEL, Lotar; MORLOK, Martin. op.cit., p. 122.

É chegada a hora dos Juízes e Tribunais pátrios avocarem para si a responsabilidade de proteger os direitos políticos, harmonizando a Lei das Inelegibilidades ao vetores constitucionais e convencionais.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Roberto. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARGUELHES, Diego W.; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. In **Direito, Estado e Sociedade**. n. 38, jan/jun 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. Ed. Reimp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FRAZÃO, Carlos Eduardo. *A competência para julgamento das contas de governo de gestão dos Prefeitos: o argumento das capacidades institucionais*. In.: FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos

Eduardo. **Novos Paradigmas do Direito Eleitoral**. Fórum: Belo Horizonte: 2016.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12^a ed., São Paulo: Atlas, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

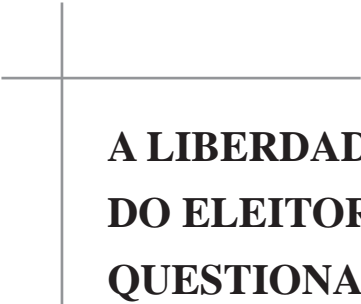
MICHAEL, Lothar; Morlok, Martin. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUNES, Geórgia Ferreira Martins; PESSUTI Orlando Moisés Fischer. *A (in)competência dos tribunais de contas para aferir ofensa à lei geral das eleições na apreciação das contas dos gestores públicos*. In: PEREIRA, Rodolfo Viana; SANTANO, Ana Claudia (Orgs.). **Conexões Eleitoralistas**. Belo Horizonte: Abradep, 2016.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2012.

RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional**: o uso da jurisprudência estrangeira pela Justiça Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford/NewYork: Oxford University Press, 1991 *apud* ARGUELHES, Diego W.; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. In: **Direito, Estado e Sociedade**. n. 38, jan/jun 2011.



**A LIBERDADE À INFORMAÇÃO
DO ELEITOR E O SEU NÚCLEO DE
QUESTIONAMENTOS: POR QUE?
PARA QUE? POR QUEM?¹**

Juliana Rodrigues Freitas
Paulo Victor Azevedo Carvalho

¹ Artigo originalmente publicado na coletânea Tratado de Direito Eleitoral, pela editora Fórum, organizado por Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira e Walber de Moura Agra.

RESUMO: A liberdade de informação do eleitor, na condição de pilares de uma sociedade democrática, deve corresponder também a uma correta informação acerca das atividades políticas e administrativas dos agentes públicos. O acesso à informação e a educação política possibilitarão a emancipação do cidadão-eleitor.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de informação. Democracia. Eleitor.

ABSTRACT: The freedom of information of voters, as pillars of a democratic society, must also correspond to correct information about the political and administrative activities of public agents. Access to information and political education will enable the emancipation of citizen-voters.

KEY WORDS: Freedom of information. Democracy. Voter.

1. INFORMAÇÕES INICIAIS

A liberdade de expressão e, conseqüentemente, a de informação se consolidaram como pilares das sociedades democráticas, modernas e esclarecidas. A disponibilização do acesso às informações outrora centralizadas em um nicho específico, restrito e exclusivo de uma pequena parcela detentora dos centros deliberativos de poder econômico, político e social ganha especial destaque hodiernamente, especificamente no tocante ao processo eleitoral.

A liberdade à informação decorre de um contexto de reconhecimento das garantias individuais em que a construção do pensamento e da consciência pessoal acerca do contexto sócio-político tornam-se estruturantes para a concepção do Estado, devendo sobrepor-se ao controle sistemático por instituições que criam e manipulam fatos e notícias, lógica de um modelo controlador e centralizador a ser rompida diuturnamente, permitindo-se, assim, a construção coletiva de pensamentos desprendidos de cargas valorativas arbitrariamente impostas e destoantes da realidade que nos circunda.

A conscientização da liberdade à informação enquanto instrumento também político só adquiriu tal ressignificação a partir da difusão de conhecimento, em um segundo contexto revolucionário, dessa vez adstrita ao processo de propagação crescente dos meios de comunicação e da constante evolução tecnológica que permitiu, e permite, a constante emancipação social e efetivação de uma participação democrática mais participativa e funcional.

É certo que um dos mais autênticos fatores de empoderamento é a informação, em razão de seu caráter fluído e

essencial, em todas as eras, em especial, no período atual, no qual os meios tecnológicos e os mecanismos que deles derivam constituem ferramentas indubitavelmente indispensáveis e estreitamente atreladas à difusão de dados e referências, portanto, indicadores comportamentais, de ideias, posicionamentos, escolhas, vozes e votos.

No que concerne ao núcleo eleitoral, a democratização de acesso às informações relacionadas ao processo político parece restar em consonância ao ideal comum de democracia, enquanto essência, como governo de todos.

Diante das inovações constantes no âmbito tecnológico e do consumismo frenético por informação, não havia como a Justiça eleitoral restar inerte e à margem, e, assim, conseqüentemente obsoleta, diante da imperiosidade do acesso público de informações verídicas acerca do processo eleitoral; e é também nesse contexto que a liberdade de informação emerge enquanto princípio característico do Estado Democrático de Direito e consonante com a administração pública.

Sob a perspectiva da democracia representativa, a transparência no acesso às informações constitui-se como verdadeiro mecanismo de controle relativo à qualidade da representação democrática em questão. Através da transparência de dados referentes aos orçamentos, despesas, campanhas e projetos, em um plano teórico, a sociedade torna-se capaz de visualizar de forma lúcida, consciente e independente a gestão que a representa, consolidando um processo democrático verossímil, decorrente de uma participação mais ativa e cidadã.

A publicidade dos atos de representantes políticos sempre pareceu decorrência lógica e inerente à estrutura democrática, apesar de reiteradamente ignorado. O fenômeno da transparência também retomou a necessidade de aproximação dos representados políticos, afim de que se reconectassem com a perspectiva ativa do exercício

da sua cidadania. Portanto, constata-se que o reconhecimento da transparência, enquanto quesito renovador do cenário eleitoral, no que toca ao ordenamento social, permite (re)estabelecer o eixo da democracia enquanto sistema político, corroborando a ideia de controle das decisões pelo povo, na condição de soberano.

Essa questão torna-se particularmente mais interessante diante dos modelos de democracia participativa e representativa...

A partir do momento em que as informações a respeito do pleito eleitoral são reveladas de maneira plena, concisa e de forma acessível à população outra possibilidade decorrente do modelo representativo de democracia contemporânea é visualizado. Ora, não há como dissociar da ideia de transparência a possibilidade de responsabilização coletiva, ainda que em sua mais abstrata concepção, de todos os atores políticos, protagonistas ou coadjuvantes, vilões ou mocinhos, que porventura tenham infringido as regras do ordenamento social ou extrapolado as suas competências representativas.

É perceptível que a tendência de programar processos de transparência está diretamente coadunada com a possibilidade de responsabilização eleitoral, civil, penal, administrativa ou em demais esferas normativas.

A partir do momento em que o processo normativo, em coalizão com demais instituições responsáveis por garantir a integridade do princípio democrático unem-se para proporcionar o livre acesso à informação aos tutelados, permite-se que a representatividade e a participação política alcem um mais elevado status.

Outro aspecto inerente ao processo de transparência das vias eleitorais está intrinsecamente atrelado ao passado político do Brasil, enquanto democracia recente: a necessidade de uma gestão transparente, publicizada e de livre acesso a todos em relação a todas as instituições de caráter público tem razão de ser enquanto

movimento que renegue qualquer herança de um Estado em que não vigorem expressões verdadeiramente democráticas.

Contudo, é inegável que o principal aspecto relacionado à transparência e livre acesso de dados e referências consista em uma questão particularmente endêmica e historicamente arraigada nas instituições brasileiras: a problemática em torno da corrupção enquanto desvirtuamento de todos os princípios da administração e da moralidade social prefigura ser uma das justificativas motrizes no processo de fiscalização e responsabilização de representantes e instituições corrompidas.

A crise moral e institucional não emergiu recentemente, como a enxurrada de notícias acerca de escândalos políticos pode nos levar a crer. A ausência de credibilidade nas estruturas políticas decorre de diversos fatores estruturais que não condizem com o foco desse breve ensaio; fato é que a revelação dessas questões decorre da possibilidade de investigação e, principalmente, da divulgação de dados para que a sociedade se mobilize e torne-se conhecedora da representatividade política e da necessidade de reflexão no exercício cívico do sufrágio e da fiscalização da gestão da coisa pública.

É certo que as mídias exerceram, e ainda exercem, um papel influente na divulgação da realidade política e na disseminação de conhecimentos políticos ao grande público. A linguagem também é um aspecto importante a ser considerado, isso porque, é necessário que, inclusive no campo eleitoral, a linguagem técnica se traduza em dados e informações de compreensão independente e livre de qualquer interpretação imposta e sujeita às interferências de forças externas do contexto social, permitindo-se, assim, que a conscientização dos fatos expostos seja plena e desembaraçada.

Ao abordar a divulgação de dados e fatos, bem como instauração de processos de transparência é fundamental que a atenção esteja voltada para mecanismos que facilitem a compreensão do sentido do que fora exposto seja captado pelo grupamento cidadão

ao qual se destina, porque, do contrário, sempre haverá o completo desvirtuamento de sua função primária.

Em que pese a mídia, enquanto instituição detentora de meios de comunicação em massa, tenha tido relevante importância e contribuição no caráter informativo dos eleitores, as inovações tecnológicas apresentam-nos um novo prisma no diálogo e contribuição de informações. Isso porque o surgimento de espaços sociais digitalmente conectados permitiu que não só o repasse de informações se desse de maneira mais intensa e instantânea, como possibilitou a mobilização de parcelas da sociedade que se indignaram com a situação da estrutura política e eleitoral.

O próximo passo para a efetivação na informação e conscientização dos cidadãos enquanto eleitores está no exercício consciente dos instrumentos de participação democrática. Esse prospecto parece estar sendo compreendido pelas instituições públicas que procuram adequar suas realidades dentro do espectro de informação produzido e divulgado pelas novas mídias sociais.

A adaptação a essa nova realidade social permite uma aproximação e reconstrução conjunta das novas instituições políticas, e permite que se estenda o campo de cidadãos conscientes e livremente informados, capazes de exercer de forma integral e irrestrita todas as vertentes relacionadas ao plano político e social enquanto compreendido em um modelo democrático.

2. PROCESSANDO INFORMAÇÕES...

A informação² representa um dos principais pilares para a efetivação e consolidação da democracia, nos distintos níveis

² Reconhecida inicialmente pela Organização das Nações Unidas, durante a primeira sessão realizada em 14 de dezembro de 1946 pela sua Assembleia Geral, ocasião em que foi

através dos quais se apresenta; isto é, seja através da participação direta da sociedade na definição de políticas públicas que almeja serem implementadas para garantirem a satisfação das necessidades sociais, ou pela fiscalização da verba destinada às finalidades justificadoras do Estado; ou, durante o processo de escolha dos representantes, como legítimos mandatários do poder do povo para administrar e legislar, precipuamente, na esfera público-estatal, no exercício indireto da democracia; e, mesmo, quando numa atuação conjunta sociedade e Estado, são realizadas consultas plebiscitárias ou referendárias e iniciados projetos de lei corroborando, uma vez mais, a consciência que todos devemos ter para que o nosso agir – e suas consequências – reflitam, exatamente, o que pensamos, nossas perspectivas e expectativas sobre toda a realidade que nos circunda, e por diversos motivos.

Independentemente se porque a informação é um dos instrumentos mais eficazes no combate à corrupção ou se porque numa democracia devemos assumir, efetivamente, a responsabilidade pelas nossas ações políticas, quer reflitam ou não em boas escolhas, quer nos tragam ou não as consequências almejadas; e, para tanto, é crucial que sejamos livres, não apenas, para obtermos informações sob o domínio do Estado, mas, (muito) mais que isso, que as nossas liberdades se referiam ao fluxo de informações atinentes e relacionadas a um dado contexto sócio-político³.

adotada a Resolução 59(1), afirmando que: “A liberdade de informação constitui um direito humano fundamental e [...] a pedra de toque de todas as liberdades a que se dedica a ONU”

³ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, é considerada a declaração primordial dos direitos humanos internacionais. Em seu Artigo 19, que tem efeito vinculante e obriga todos os Estados como direito internacional consuetudinário, garante a liberdade de expressão e informação nos seguintes termos: “Todos têm o direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de expressar opiniões sem interferência e de buscar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e sem limitações de fronteiras.”

Nos tratados internacionais de direitos humanos a liberdade de expressão alcança não apenas a transmissão, mas também a busca e o recebimento de informações e ideias, considerando o importante papel social não só da liberdade de expressão individual “liberdade para falar”, como a noção mais profunda de livre fluxo de informações e ideias na sociedade; a imprescindível proteção, concomitante, do emissor e do destinatário da informação.⁴

Em outubro de 2000, a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos aprovou a Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão, que é um dos mais completos - quiçá, o mais - documentos oficiais sobre liberdade de expressão no sistema interamericano até o momento, cujo preâmbulo reitera a informação como fundamental para a democracia representativa, num contexto no qual os representantes, depositários da confiança política do povo, têm autoridade para tomada de decisões e administração da coisa pública e que, por isso mesmo, tem o dever não apenas de dar acesso, como também de promover a informação usada e produzida com o dinheiro do contribuinte e em razão poder do povo, sobre questões públicas⁵.

⁴ ARTICLE 19. *Who Wants to Forget? Truth and Access to Information about Past Human Rights Violations*. London: Article 19, 2000. Disponível em: <www.article19.org/docimages/869.htm>.

⁵ No Relatório Anual de 1999, Comissão Interamericana reconheceu o direito de acesso à informação mantida pelo Estado assegurará maior transparência e prestação de contas das atividades do governo e o fortalecimento das instituições democráticas; [...] Os princípios reconhecem de forma inequívoca o direito à informação: ...3. Toda pessoa tem o direito de acesso à informação sobre si e seus bens com presteza e sem ônus, independentemente de estar contida em bancos de dados ou cadastros públicos ou privados e, se necessário, de atualizá-la, corrigi-la ou emendá-la; 4. O acesso à informação mantida pelo Estado constitui um direito fundamental de todo indivíduo. Os Estados têm obrigações de garantir o pleno exercício desse direito. Esse princípio permite somente limitações excepcionais que

Apresenta-se incontestemente a natureza dupla da liberdade de expressão⁶, na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), tanto relacionada à transmissão como à busca e ao recebimento de informações e ideias, observando-se que ninguém seja arbitrariamente limitado ou impedido de expressar seus próprios pensamentos, sendo, ao mesmo tempo, um direito de cada um e de todos, porque, também, apresenta-se como um direito coletivo de receber informações de qualquer natureza e de ter acesso aos pensamentos expressos pelos outros.

Em decisão de 19 de setembro de 2006 proferida no Caso Claude Reyes e outros *versus* Chile⁷, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, considerou que a garantia geral da liberdade

precisam ser definidas previamente por lei na eventualidade de um perigo real e iminente que ameace a segurança nacional das sociedades democráticas. 108ª Sessão Regular, 19 de outubro de 2000. Disponível em: <<http://www.iachr.org/declaration.htm>>.

⁶ Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. Disponível: http://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm

⁷ <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/aabaaf52ad8b7668bf2b28e75b0df183.pdf>: para ler a decisão na íntegra.

de expressão do Artigo 13 da CADH protege o direito de acesso à informação de posse dos órgãos públicos.

Reconheceu que o acesso à informação pública é um requisito indispensável para o próprio funcionamento da democracia, maior transparência e boa gestão pública, e que em um sistema democrático representativo e participativo, a população exerce seus direitos constitucionais através da ampla liberdade de expressão e do livre acesso à informação, constatando, ainda, que a liberdade de expressão é uma pedra angular na própria existência de uma sociedade democrática, sendo indispensável para a formação da opinião pública e para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, quem deseje influir sobre a coletividade, possa desenvolver-se plenamente.

Deste modo, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre, motivo pelo qual, o Estado deve reger-se pelos princípios de publicidade e transparência na gestão pública, e a consequente responsabilização dos seus gestores, de modo a possibilitar que os cidadãos exerçam o controle democrático, de forma tal que possam questionar, indagar e considerar se está sendo realizado um adequado cumprimento das funções públicas, participando, assim, da administração através da fiscalização do modo de gestão.

E, desde que não exista liberdade, não podemos sequer conceber um Estado Democrático de Direito que requer, dentre outros aspectos, uma participação ativa e consciente da sociedade, seja na gestão, na fiscalização, que na escolha dos seus representantes, num movimento que deveria seguir as regras do jogo democrático (BOBBIO, 2000), considerando-se que:

- a) o órgão político máximo com função legislativa e órgãos da administração e de Chefia de Estado devem compostos por membros eleitos direta ou indiretamente pelo povo;

- b) participação indistinta de todos os cidadãos – independentemente da raça, gênero, religião,... - atingida a maioria, na escolha dos seus representantes;
- c) voto paritário;
- d) **liberdade de voto do eleitor, de acordo com suas próprias convicções formadas também livremente;**
- e) liberdade de escolha do eleitor, no sentido de serem apresentadas durante o processo eleitoral reais alternativas ou opções de candidatos capazes de representar o interesse da coletividade;
- f) aplicação do princípio da maioria, sem desprezar não apenas a existência, como a participação, voz e voto da minoria, permitindo-lhe, ainda, a possibilidade de vir a tornar-se maioria⁸.

Diante desse contexto, a informação do eleitor é, sem dúvidas, um dos principais pilares que erguem a democracia,

⁸ Interessante a leitura da obra de Cass Sustein para quem a regra da maioria não pode ser concebida como uma simples mudança de *status quo*, visto que durante o processo de deliberação política deve ser observado um método de discussão, consulta e persuasão, durante o qual a minoria que não teve os seus interesses atendidos será ouvida e instigada, por meio da persuasão da maioria, a conciliar os seus objetivos aos que serão positivados, considerando que toda e qualquer modificação deve ser justificada como sendo o instrumento mais hábil para alcançar e satisfazer as necessidades sociais, finalidade para a qual o Estado foi (e é) concebido. Assim, para justificar a democracia, Sustein entende que todo processo político, cujo resultado depende da aprovação de uma maioria, deve ser marcado por um procedimento de deliberação, discussão, consulta e persuasão; portanto, para o autor, a minoria que não teve os seus interesses atendidos será persuadida a concordar com a medida priorizada durante determinado processo democrático, não simplesmente por entender que a decisão legislativa é a que melhor corresponde aos seus anseios, mas, por ter consciência e estar convencida de que numa futura discussão ou debate poderá vir a tornar-se maioria durante a deliberação política. SUSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge, Massachusetts e Londres. Inglaterra: Harvard University Press. 2000. pp. 133/137.

indistintamente da forma como se manifesta, considerando como um dos seus elementos, a atuação efetiva das mulheres e homens nas tomadas de decisões que os afetam, mediata ou imediatamente.

E estimular a democratização das sociedades a partir, dentre outros valores, dessa liberdade de informação significa propulsionar um cenário político-participativo mais equilibrado (STIGLITZ, 2002), porque menos vulnerável e sujeito aos abusos que podem ser cometidos por quem usa da manipulação para subjugar aos seus mandos (e desmandos) os destinatários das (in)verdades ditas como informações necessárias para subsidiar posicionamentos, diminuindo, sem dúvidas, a margem da livre convicção, fator crucial para a concretização da democracia.

Faz-se imprescindível, então, para a democratização das sociedades que o eleitor ao estar informado, possa assumir posições, promover ideias, decidir sobre o programa político ou candidato que melhor representam e defendem os valores de um dado contexto social e estão mais aptos a gerir a coisa pública; portanto, escolher quem pode, em nome do povo, promover o alcance das finalidades para as quais o Estado, como ideologia que é, foi concebido, quais sejam: administrar os bens e interesses públicos e satisfazer as necessidades sociais.

Assim, temos que para que a liberdade à informação se configure devem estar incluídos tanto o ato de pedir informações como o de fornecê-las; e três aspectos devem ser observados: a manifestação de liberdade deve atender pela primazia do interesse público sobre quaisquer outros; a transparência ativa, que se converte em obrigação positiva dos órgãos públicos, ou de quem esteja no exercício de função pública, de informar, independentemente de requisições específicas, observando, assim, o princípio constitucional da publicidade, e o da transparência, como elemento da eficiência na gestão da coisa pública; e o uso de dados abertos, que estimulam a criação do conhecimento pelo

cidadão a partir dos dados apresentados pelos setores responsáveis pela informação de interesse público.⁹

A liberdade do eleitor não está adstrita, portanto, a (qualquer) informação, simplesmente, porque consiste na liberdade à informação condizente à realidade dos atos e fatos relacionados ao que for essencial para a formação da sua livre e consciente convicção, perpassando, nessa toada, por todas as fases que constituem a regular constituição do processo eleitoral.

Sob a perspectiva dos candidatos, titulares do direito fundamental político manifestado no exercício da capacidade de serem escolhidos como representantes do povo, situa-se o dever de informar os seus eleitores sobre o que realmente fizeram durante os mandatos eletivos para os quais foram escolhidos - se for o caso - bem como esclarecer quais medidas serão exatamente programadas para serem realizadas durante a gestão que seguirá ao pleito eleitoral caso sejam escolhidos pelo povo.

Parece-nos muito evidente, que para o eleitor não importa, ou não deveria importar, outras facetas do candidato, a não ser aquela concernente à sua atuação na seara política; isto é, considerando que todos exercemos distintos papéis na sociedade o que toca à privacidade do candidato deve ser resguardado, porque ao lado liberdade à informação do eleitor acerca do candidato, situa-se o direito à intimidade e à vida privada daquele que, além de candidato, é cidadão.

As informações que circulam sobre nossa intimidade devem estar sob o nosso controle, e, assim, para que seja caracterizado o caráter pessoal da informação, deve-

⁹ ARTICLE 19. *Who Wants to Forget? Truth and Access to Information about Past Human Rights Violations*. London: Article 19, 2000. Disponível em: <www.article19.org/docimages/869.htm>

se observar: “o papel da vontade; a definição do que seja “obtenção de informação”; a compreensão do termo “uso de informação”; e a natureza ampla de informação “pessoal””. (SAMPAIO, 2014, p.282)

A fronteira mais frequentemente aparente da intimidade se dá com a liberdade de imprensa e expressão ou, coletivamente, do direito à informação. Não há como se antecipar, de modo absoluto e cadente, uma prevalência abstrata de um ou outro direito fundamental. Tudo depende da situação de conflito, a considerarem-se, por exemplo, o tipo de informação captada e publicada, o lugar da captação, o comportamento do titular do direito, o interesse público e a objetividade na divulgação da notícia. Um homem público detém uma expectativa de intimidade menor do que um cidadão comum, sendo legítimo revelar certos aspectos de sua intimidade que interfiram ou possam concretamente interferir em sua atividade ou profissão. Os eleitores podem ter um legítimo interesse na divulgação do estado de saúde do candidato a um cargo eletivo, se, por exemplo, vier a não permitir o seu livre exercício, caso eleito. Será, por igual, lícita a divulgação da vida opulenta que leva um servidor público, clara e comprovadamente incompatível com suas rendas, ou um líder de uma seita, financiada por fundos recolhidos em campanhas televisivas. Ilegítima será, no entanto, a afirmação, por um jornal ou blog, da homossexualidade de um político sem mais. (SAMPAIO, 2014, p.283)

De outra forma, todos nós temos uma projeção de alcance público e outra, particular, e quanto maior for a nossa inserção na seara pública, menor os limites da nossa vida privada; quanto maior for o interesse público acerca da nossa pessoa, menor a esfera da nossa privacidade, que, a despeito disso, deve ser sempre preservada, porque, inclusive, reconhecida em nível constitucional (artigo 5º, X, CF/88).

No que toca ao papel das mídias, no Relatório do Desenvolvimento Humano de 2002 – Aprofundar a Democracia em um Mundo Fragmentado¹⁰, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) considerou-se que é possível que nenhuma reforma seja tão significativa para fazer as instituições democráticas funcionarem quanto à reforma das mídias: a construção de meios de comunicação diversos e plurais, livres e independentes, que alcancem acesso e divulgação em massa, e que apresentem informações precisas e imparciais.

Meios de comunicação livres e independentes são, sem margem para dúvidas, um pilar crucial da democracia, tanto que, em muitos países, novas liberdades de imprensa e tecnologias permitem aos meios de comunicação contribuírem mais para a política democrática, abrindo debates públicos e denunciando a corrupção e os abusos; mesmo que, a despeito disso, ao redor do mundo, ainda hajam restrições às liberdades cívicas básicas – como os direitos de livre expressão, de reunião e de informação...

Responsabilidade mútua, considerando que, se de um lado temos a necessária transparência na gestão dos bens e interesses públicos; de outro, o compromisso do cidadão não apenas de acompanhar e fiscalizar todo o funcionamento da administração pública, bem como reivindicar que a sua opinião, ideia ou decisão sejam norteadoras para a composição dos espaços de poder, ainda que os não eletivos, e definidoras das tomadas de decisões.

E nesse contexto de informação, mídia e *internet* se apresenta a democracia virtual, impulsionada pela aceleração de conhecimento e divulgação de informação e assentada sobre o que

¹⁰ Último acesso em 27 de dezembro de 2017: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-20002.html>

consideramos serem os seus 04 (quatro) pilares: a educação digital, que implica numa consciência necessária que temos que ter sobre o que podemos/devemos socializar, como fazê-lo, quando fazê-lo e para quem; o agir com responsabilidade ética, considerando que o computador ou qualquer outro instrumento tecnológico não se responsabiliza pelos atos praticados por seus operadores, não servindo, assim, de um mecanismo de blindagem de culpa ou filtro de honestidade; a desburocratização das informações, visto que a agilidade e a celeridade da *internet* permitem um mais rápido e fácil alcance do que deve se tornar de conhecimento público; e, por fim, temos novas demandas da era digital, também relacionadas às questões concernentes à informação, que não podem ser sanadas analogicamente, e, para tanto, precisamos mudar o algoritmo do nosso pensar para buscarmos e identificarmos soluções “digitais” para os problemas que nos são apresentados pelo cenário virtual.

E a necessidade premente de observarmos esses elementos se justifica em razão da lisura e retidão que devem ser atribuídos ao processo eleitoral, de modo que os candidatos eleitos representem de fato, e não apenas virtualmente, o querer de uma maioria consciente e não simplesmente influenciada por *fake news* ou absorvida e enternecida pela potencializada disseminação de notícias por robôs.

E se sim, as redes compõem um núcleo fulcral para a disseminação da informação, e, portanto, um elemento ímpar para a consolidação e efetivação da liberdade à informação do eleitor, também apresentam alguns efeitos colaterais, por nós considerados o anverso da democracia virtual, esta que se assenta no pluralismo político, na igualdade e na liberdade.

Assim, a formação das “bolhas ideológicas” ou “virtuais” criam um sentimento comum de que verdades absolutas existem, fulminando de morte a tolerância à diversidade de pensar que erige o pluralismo político ao status de princípio constitucional (artigo 1º,

V, CF/88); bem como o excesso de restrição da propaganda eleitoral nas redes se contrapõem à imprescindível liberdade que deve permear todo o processo eleitoral, e o emprego maciço de esforços para disseminar as *fake news*, pendem a balança da igualdade, porque o impacto gerado pelas inverdades, inclusive (ou principalmente) quando não explicitadas, é sempre muito maior e avassalador do que o alcançado pelas *true news*.

De fato, a manipulação precisa ser sedutora, porque quanto mais sedutora, melhor acobertará o tanto que se pretende ocultar...e nada mais sedutor do que uma mentira mascarada do que uma verdade escancarada!

A seu turno, os partidos políticos - veículos que permitem a elegibilidade dos seus filiados que almejam exercer a capacidade eleitoral passiva, desde que, é claro, preencham outras condições de elegibilidade e não incidam em quaisquer das inelegibilidades tipificadas na legislação infraconstitucional – como organismos imprescindíveis para a efetivação da democracia, não deveriam, sob o manto e a proteção das matérias *interna corporis*, definir suas políticas intrapartidárias ignorando os pilares democráticos, quais sejam: o pluralismo político, a igualdade e a liberdade.

Assim, desde a definição dos candidatos aptos a representa-los, perpassando pela distribuição do fundo partidário e fundo de campanha para os candidatos e dos tempos nas mídias para a veiculação da propaganda eleitoral, até a composição dos cargos do mais alto escalão das executivas; tudo, indistintamente, deveria ser devidamente informado à sociedade, independentemente de qualquer solicitação formalizada por parte dos cidadãos, baseando-se no mecanismo de transparência ativa e observando os axiomas democráticos. E, mais que isso: não apenas informar também os próprios filiados que, na maioria das vezes, se situam à mercê de todos esses processos decisórios intrapartidários, como, inclusive, transferir o poder de decisão da cúpula partidária para a base constituída pelos

filiados. Aí, então, poderíamos começar a conjecturar, de fato, a tão almejada democracia intrapartidária, essencial para a consolidação do nosso Estado Democrático de Direito.

Às funções políticas do Estado, o dever de informar o eleitor, responsável direto pela composição da sua estrutura, decorre das suas atribuições previstas em nível constitucional, e configura princípio irretocável da administração pública, como se nos apresenta o *caput* do artigo 37, da Constituição Federal.

Mas, talvez, um dos principais e mais basilares dos aspectos que permeiam essa discussão esteja relacionado à educação: nossa sociedade não é educada para se informar e, a partir de então, formar a sua própria convicção acerca dos problemas que nos assolam, nossas prioridades e as demandas de ordem pública.

Da mesma forma, o eleitor não tem educação política e, inúmeras vezes, relega a um patamar de diminuta importância a sua mais nobre função em uma coletividade, qual seja, o poder do qual é titular para decidir quem serão os responsáveis para, em seu nome: gerir a coisa pública, criando e efetivando políticas; administrar o dinheiro público, destinado aos cofres do Estado à peso de muito suor dos que mais são onerados com a alta tributação que se aplica no nosso sistema; e, responsáveis, inclusive, por definir os rumos, os sonhos e as angústias, as decepções e os louros de uma sociedade pelo período de um mandato eletivo, quiçá mais.

Essa educação política dos eleitores é essencial para que possamos construir uma sociedade de fato consciente do seu protagonismo e porque composta pelos verdadeiros propulsionadores da democracia e protagonistas, em potencial, de toda e qualquer mudança que possa vir a ser realizada com o intuito de desconstituir um *status quo* que já, há muito, não satisfaz o mínimo necessário para garantir o respeito à dignidade da vida dos seus mais nobres sujeitos: o povo brasileiro!

Sem educação, não há informação!

Porque a liberdade à informação, inclusive para saber que somos dela titulares, pressupõe que conheçamos minimamente a nossa realidade para que, a partir das informações obtidas, possamos influenciar direta e imediatamente nos rumos das decisões que nos alcançarão; e, desta feita, a educação potencializada pela informação, ao tempo em que diminui o poder de manipulação que tanto contamina as relações de poder, liberta o eleitor consciente, emancipando-o, em razão da sua educação, afastando-o da cegueira e da ignorância políticas, em razão da informação!

Com a base de educação política bem fomentada, pode-se, inclusive, evitar as fraudes excessivas nas candidaturas fictícias de mulheres, por exemplo, seja porque o eleitor precisa se informar sobre os candidatos lançados pelos partidos políticos, como eles pensam e o que pretendem desenvolver, caso eleitos, e, assim, poderão identificar que uma (ou várias) mulher(es) lançada(s) pelo partido político desconhece(m), inclusive, tal fato; seja porque, a própria mulher acaso conhecedora e ciente não se permitirá atuar de forma fraudulenta, com o fito de burlar a legislação e permitir, assim, a perpetuação da opressão do gênero feminino, também na política.

E, então, nesse caso, quando os partidos políticos e os próprios candidatos optam fraudar a legislação, violar a liberdade de informação do eleitor e seguir o caminho das candidaturas fictícias, cabe à Justiça Eleitoral atuar firmemente e responsabilizar a todos, indistintamente, considerando que, como também protagonistas do processo eleitoral deveriam zelar pela sua lisura e retidão.

Seja em sede de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), que em de Ação de Impugnação do Mandato Eletivo (AIME), depois da viragem jurisprudencial introduzida pelo Recurso Especial (RESPe) Nº 1-49/2015, que ampliou o cabimento da AIME para coibir fraude à lei, a Justiça Eleitoral reconheceu, no julgamento do RESPe 243-42, do município José de Freitas, PI, que fraudes no cumprimento das quotas de gênero são modalidade de abuso

do poder político, sindicáveis pela Ação de Investigação Judicial Eleitoral, AIJE, afastando, assim, o entendimento, segundo o qual, após o deferimento do registro, fatos ulteriores comprobatórios da fraude não poderiam provocar a atuação jurisdicional.

Nesse mesmo compasso e seguindo o mesmo fundamento de fraude à lei Nº 9.504/97 (Lei das Eleições), mais especificamente no seu artigo 10, §3º, que estabelece a exigência de candidaturas de gênero acompanhando o percentual de 70% e 30%, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo cassou, no Recurso Eleitoral Nº 370-54/2016, o diploma de três vereadores eleitos em 2016, na cidade de Santa Rosa do Viterbo, e o registro de todos os 22 candidatos de uma coligação composta pelos Partido da Solidariedade (SD), Partido da mobilização Nacional (PMN) e Partido Republicano da Ordem Social (Pros).

Portanto, parece-nos contrariar os termos constitucionais, porque violador dos próprios fundamentos democráticos, reduzir a toda e qualquer informação a liberdade do eleitor, visto que a mesma implica, acima de tudo, em responsabilidade política de todos os atores envolvidos nesse processo político.

E sobre responsabilidade política devemos refletir...

Já não é sem tempo de assumirmos todas as consequências pela democracia conquistada à base de árduas lutas e muitos sofrimentos, deixando para trás, num passado não tão remoto, marcado por toda sorte de transgressão e violação à dignidade do nosso povo e que deu guarida aos 20 anos que antecederam a promulgação da Constituição que mais vasto rol de direitos reconheceu aos cidadãos brasileiros, tendo sido por isso mesmo definida como Constituição cidadã pelo, então, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, no discurso proferido por ocasião da sua promulgação¹¹.

¹¹ “...Nação nos mandou executar um serviço. Nós o fizemos com amor, aplicação e sem medo. A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir

Como mães e pais da nossa (ainda) jovem democracia somos por ela responsáveis politicamente, e, portanto, assim o somos coletivamente. Precisamos assumir a (pa)maternidade da democracia, e seguindo em frente, na luta pela sua efetivação e concretização diuturnamente, deixando para trás a condição de filhos de uma ditadura opressora.

E para que isso ocorra, não temos outro caminho a seguir, que não seja o da nossa (mútua) responsabilização pelos atos praticados em prol da democracia brasileira, por todos os que dela fazem parte, direta ou indiretamente: eleitores, candidatos, partidos políticos, meios de telecomunicação, os próprios mandatários do poder, dentre todos os demais...

O primeiro passo a ser dado é estabelecermos uma firme distinção entre culpa e responsabilidade: o discurso de pseudo autoisenção daqueles que gritam aos quatro cantos não terem culpa da ausência de Estado, que se configura em razão do alto índice de violência, falta de limpeza pública, carência de profissionais nos postos de saúde, dentre outros..., exatamente porque não depositaram o seu voto no gestor com mandato vigente, não os imuniza de todos

a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia. Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina... A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora." Último acesso em 29.12.2017: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277--INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULISSES-GUIMARAES-%2810-23%29.html>.

os malefícios decorrentes de uma má administração pública, nem os impede de serem alcançados por uma gestão eficiente; justamente porque, em uma democracia, todos são destinatários e responsáveis pelas escolhas e decisões ditadas em nome do poder soberano, que é de todos, indistintamente.

Se o poder de todos se manifesta e se expressa em razão da escolha do povo, independentemente do voto depositado, o gestor eleito irá representar a todos, igualmente se bom ou mau gestor, e as consequências da sua administração irão repercutir em todos os que estiverem sob a sua égide, sob o alcance do seu mandato.

A responsabilidade política, que é uma responsabilidade coletiva, deve ser entendida como um caso especial de responsabilidade vicária, de acordo com a qual, tornamo-nos responsáveis por escolhas que não fazemos, mas que realizadas em nosso nome; e o mesmo, já não se pode afirmar em relação à culpa, porque não existe culpa vicária, considerando-se que ninguém se sente culpado pelo acontecimento de coisas sem que tenha dele participado. (ARENDDT, 2004, p. 213)

...duas condições têm de estar presentes para a responsabilidade coletiva: devo ser considerado responsável por algo que não fiz, e a razão para a minha responsabilidade deve ser o fato de eu pertencer a um grupo (um coletivo), o que nenhum ato voluntário meu pode dissolver, isto é, o meu pertencer ao grupo é completamente diferente de uma parceria de negócios que posso dissolver quando quiser. (ARENDDT, 2004, p. 216)

E porque essa responsabilidade política é genuinamente uma responsabilidade coletiva, ela não mais existirá desde que abandonemos o núcleo social onde vivemos, deixando para trás nossa comunidade; e como somos seres que vivemos em comunidades, por natureza, esse “abandono de responsabilidade” implicaria em trocar uma comunidade por outra, portanto, uma responsabilidade por outra. (ARENDDT, 2004, p. 217)

...nenhum padrão moral, individual e pessoal de conduta será capaz de nos escusar da responsabilidade coletiva. Essa responsabilidade vicária por coisas que não fizemos, esse assumir as consequências por atos de que somos inteiramente inocentes, é o preço que pagamos pelo fato de levarmos a nossa vida não conosco mesmos, mas entre nossos semelhantes, e de que a faculdade de ação, que, afinal, é a faculdade política *per excellence*, só pode ser tornada real numa das muitas e múltiplas formas de comunidade humana. (ARENDR, 2004, p. 225)

Exatamente por que recaí sobre nós essa responsabilidade vicária, precisamos ter coletivamente, como principais atores políticos que somos, a exata compreensão e percepção dos pilares sobre os quais se assenta uma sociedade democrática, para que nossas ações sigam no fluxo da sua consolidação e efetivação. E um dos principais alicerces de toda e qualquer sociedade democrática é a informação, que a oxigena, mantendo vivo um ideal de governo de todos, para todos.

É importante estabelecermos, então, que a consciência coletiva é fundamental para demarcar a responsabilidade política dos cidadãos, cuja liberdade de escolha dos candidatos capazes de representá-los e controle da gestão pública estão direta e imediatamente relacionados à informação que é obtida acerca dos mesmos; portanto, essa responsabilidade vicária alcança, inclusive, os que têm o dever de informar, ao (não) garantir, assim, o livre fluxo de informações.

3. INFORMAÇÕES (IN)CONCLUSIVAS

Ao abordar a problemática do acesso à informação em relação ao processo democrático e ao exercício de direitos políticos

parece infactível desenvolver acepções que ignorem o conceito de democracia em essência, bem como a liberdade enquanto eixo basilar desse mesmo sistema político. É certo que analisar uma estrutura política inserida em uma ordem democrática propicia a possibilidade de deparar-se com uma fonte geradora de uma gama de direitos primordiais e reflexos, decorrentes de um sistema que busca cada vez mais aprimorar e refinar seus instrumentos para que se adequem à realidade em que se encontram insertos.

Diante dessa argumentação a preocupação com o processo eleitoral, compreendendo todas as fases que lhe são inerentes, enquanto expressão mais sensível de uma democracia participativa e a divulgação livre, plena e factual dos dados relacionados a esse mesmo processo parece voltar-se a um dos direitos mais básicos e essenciais nas relações sociais e humanas: a liberdade. Ao dirigirmos a atenção para os métodos de divulgação de informações acerca do pleito, a possibilidade de construção de um cidadão consciente do sistema político em que está inserido é maior, tornando-se apto a melhores escolhas quanto aos candidatos que porventura venha a eleger, bem como das ferramentas políticas das quais pode fazer uso.

Além de garantir a essência estruturante do modelo democrático de governo, assegurar que a liberdade de informação está imaculada dentro de um sistema político é, também, rechaçar qualquer possibilidade de ameaça das liberdades individuais e supressão de direitos. Ora, se a sociedade enquanto conglomerado social torna-se politicamente consciente e devidamente ciente dos dados e referências da realidade política que a circunda torna-se suficientemente emancipada para garantir que aquela estrutura de plural de garantias e direitos permaneça surtindo efeitos práticos e que não haja supressões ou ingerências arbitrárias de nenhuma sorte.

Esse é um quesito importante no que toca à responsabilização dos representantes políticos no exercício de suas competências e deveres funcionais: o livre acesso às informações

relacionadas a atuação eleitoral e, posteriormente, administrativa, é essencial na busca por um sistema que preza (ou deveria prezar) pelo cumprimento dos pactos estabelecidos no momento do marco regulatório estabelecido a partir da atuação da Assembleia Nacional Constituinte, em 1987.

Cabe ressaltar que o tipo de informação da qual se discorre respeita todos os aspectos éticos e moralmente resguardados pelo ordenamento constitucional estabelecido. Não é relevante questionar aspectos da privacidade de representantes políticos que se distanciam do que seja fundamental para o empreendimento da democracia enquanto modelo de vivência política.

Ter em vista que esses critérios precisam estar coadunados com a livre divulgação de dados e do acesso às referências públicas é tão essencial quanto à percepção e necessidade de adequação ante as novas realidades apresentadas ao contexto político. Não há como ignorar a influências de mídias sociais e da instantaneidade promovida por redes de compartilhamento digital de informações.

É imperioso que as estruturas públicas se ajustem a esses novos meios de contato e de divulgações de informações para que, inclusive, renovem os aspectos ativos da participação política.

Em contrapartida, valorizar critérios de transparência institucionalmente concebidos permite que a crença em um processo eleitoral idôneo e eticamente fiável seja uma experiência crível, principalmente no cenário caótico e permeado de crises nos mais diversos setores que interferem na vida política do nosso país.

O que se evidencia atualmente ante a falência sistêmica das estruturas sociopolíticas, no Brasil, não decorre de uma supressão de informações, deturpação de dados e ausência de mecanismos de fiscalização, apenas.

É clarividente que a situação contemporânea, de caráter obscuro e incerto, que assola a ordem política vigente é reflexa de

ações praticadas em contextos que se prolongaram e criou raízes na estrutura administrativa do país, envenenando diligentemente de forma organizada todas as estruturas estimadas no cerne de um sistema democrático de exercício político.

Contudo, é necessário conscientizarmo-nos de que o acesso à informação aliado à educação política, ainda são os instrumentos mais legítimos e eficazes no combate à manutenção do exercício ilegítimo do poder e na emancipação do eleitor-cidadão.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDRT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARTICLE 19. **Who Wants to Forget? Truth and Access to Information about Past Human Rights Violations**. Londres: Article 19, 2000. Disponível em: www.article19.org/docimages/869.htm.

BOBBIO, Norberto. **Verbetes “Democracia”**. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola, e PAQUINO, Gianfranco. **Dicionário da Política**. 2v. 5.ed. Tradução de João Ferreira (Coord.) Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Dos Direitos e deveres individuais e coletivos**. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. J.J. Gomes Canotilho [et al.]. São Paulo: Saraiva, 2014.

STIGLITZ, J. Transparency in Government. **The Right To Tell: the role of the mass media in economic development**, Washington, D.C.: World Bank Institute, 2002.

SUSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. Cambridge, Massachusetts e Londres. Inglaterra: Harvard University Press. 2000



**PROPAGANDA ELEITORAL –
NOVOS TEMPOS, NOVOS DESAFIOS**

José Luís Blaszak

RESUMO: Busca-se, através de um panorama histórico, acompanhar a evolução da propaganda eleitoral ao longo das sucessivas reformas ocorridas na legislação, bem como sua alteração do corpo-a-corpo para o âmbito virtual.

PALAVRAS-CHAVE: Propaganda eleitoral. Propaganda na internet. Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral.

ABSTRACT: Through a historical panorama, it is intended to monitor the evolution of electoral propaganda along the successive reforms that have taken place in the legislation, as well as its metamorphosis of the virtual environment.

KEY WORDS: Electoral propaganda. Advertising on the internet. Resolutions of the Superior Electoral Court.

A propaganda eleitoral tem um histórico interessante na política brasileira. Com a abertura política em 1985 e com a consequente consolidação das votações diretas como marco de democracia, a propaganda eleitoral passou a ser vista como um dos principais sinais dos atos democráticos e políticos no país. Antes disso, colocar a candidatura nas ruas de forma ampla e irrestrita era o sonho de qualquer candidato.

Após a abertura política as eleições começaram a ganhar corpo e em seguida surgiram as regras da propaganda eleitoral. No ano de 1997 surgiu a Lei nº 9.504, apelidada de Lei das Eleições, a qual traçou procedimentos desde as convenções partidárias até o pós-eleição. Destacamos da Lei nº 9.504/1997 as regras para a propaganda eleitoral, que sempre estiveram insculpidas nos artigos 36 seguintes.

Inicialmente, a propaganda era a mais ampla possível, com distribuição de santinhos, broches, dísticos, bonés, camisetas, bandeiras, adesivos, panfletos, informativos, visita de casa em casa, fixação de outdoors, pinturas em muros, fixação de cartazes em pontos de ônibus, fixação de placas em árvores, viadutos, pontes, carreatas, carros de som, comícios, showmícios, reuniões de bairros.

Durante o período permitido, em todos os dias da semana, havia distribuição de material de propaganda eleitoral nas ruas, nas praças, nas casas dos eleitores. Cada candidato com o seu exército de cabos eleitorais fazia uma jornada exaustiva de propagação da sua candidatura. O lapso temporal era de 6 de julho até às 22 horas do dia que antecedia a eleição. No dia das eleições, inclusive, era garantida a manifestação individual e silenciosa da preferência do eleitor por partido político, coligação ou candidato, revelada exclusivamente pelo uso de bandeiras, broches, dísticos e adesivos.

Defendia-se a ampla propaganda eleitoral como sinal externo de uma democracia recém conquistada. Era muito comum se ouvir e ler que se tratava da *feira da democracia*.

Em 2008, precisamente, sob o discurso de que as propagandas sujavam muito as cidades e os barulhos dos carros de som incomodavam a população, o Ministério Público Eleitoral, país a fora, fez nascer uma figura denominada Termo de Ajustamento de Condutas eleitorais - TAC.

Tal instrumento se mostra de certa forma anômalo, pois sua aplicabilidade acontece antes mesmo de qualquer irregularidade praticada. Não há lei de cunho eleitoral com previsão para tal instrumento.

A inspiração dos TACs de forma geral pode ser obtida no site do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP que lá estampa:

O termo de ajustamento de conduta é um acordo que o Ministério Público celebra com o violador de determinado direito coletivo. Este instrumento tem a finalidade de impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial.”¹

O CNMP aborda os termos de ajustamento sob a ótica da violação de direito coletivo, de forma a impedir a continuidade de situação de ilegalidade. No direito eleitoral nada disso é realidade. A aplicabilidade dos TACs eleitorais tal como são realizados até hoje não pressupõe uma conduta irregular ou ilícita praticada. A incongruência está no fato de que na esfera eleitoral os termos são realizados antes de qualquer conduta ilícita ser praticada. A lógica induz ao pensamento de que se não há

¹ <http://www.cnmp.gov.br/direitoscoletivos/index.php/4-o-que-e-o-termo-de-ajustamento-de-conduta>

conduta violadora não há que se falar em termos de ajustamento de conduta.

Diz ainda o CNMP:

O termo de ajustamento de conduta está previsto no § 6º do art. 5º da Lei 7347/85 e no art. 14 da Recomendação do CNMP nº 16/10: Lei nº 7.347/85, § 6º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. Recomendação do CNMP nº 16/10, art. 14 - O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.²

Destaca-se, que o próprio CNMP recomenda a necessidade de previsão legal para a utilização de termos de ajustamento. Fica claro e evidente que a manifestação do CNMP diz respeito à lei das ações civis públicas. Portanto, sem nenhuma relação com o direito eleitoral, uma vez que não há previsão de ação civil pública no ordenamento eleitoral.

Os TACs eleitorais foram os embriões das reduções da propaganda eleitoral na Lei das Eleições em vigência. Frisasse, que, anteriormente, a distribuição de material tinha previsão e embasamento unicamente na Lei das Eleições. Eram propagandas permitidas, com controle legal, facilmente identificadas e quando em desacordo com a norma se determinava a sua imediata retirada, o que não demorava mais do que algumas horas ou no máximo dia.

² idem

As propagandas com conteúdo inverídico, de igual modo, eram facilmente identificadas e de simples delimitação do seu alcance, o que viabilizava com justiça a reparação por meio de direito de resposta.

Com as tantas proibições que ganharam corpo e repercutiram, inclusive, na legislação atual, os marqueteiros da política não se deram por satisfeitos. A mídia digital virou, então, a principal ferramenta para driblar as tantas proibições, proporcionando endereços eletrônicos para os candidatos se mostrarem à uma nova comunidade: a comunidade virtual.

Se substituiu o público alvo, deixando-se para trás o povo das ruas - o povo físico, para atingir o povo das mídias sociais - o povo digital. Tal advento foi comemorado pelos que não gostavam do lixo eleitoral das ruas.

No ano de 2012, em franco desenvolvimento de novas alternativas de propaganda eleitoral, com as mídias eletrônicas se robustecendo, Irineu Francisco Barreto Junior e Marcel Machado Muscat escreveram interessante artigo intitulado Aspectos Normativos da Propaganda Eleitoral na Internet, do qual destacamos da parte inicial a seguinte assertiva:

Este artigo trata da aplicação das novas tecnologias informáticas, originárias da Sociedade da Informação, e sua relação com a Legislação Eleitoral Brasileira, particularmente no que concerne à utilização da Internet e das Redes Sociais como instrumento para propaganda eleitoral. As novas tecnologias são utilizadas para campanhas e propagandas eleitorais, o que muitas vezes ultrapassa a ténue linha entre o que admite a legislação brasileira e aquilo que é considerado uma infração eleitoral. Desta forma, a utilização de ferramentas tecnológicas e a hospedagem de propaganda eleitoral em sítios eletrônicos constitui-se uma realidade patente, porém, muitas vezes, no limiar das restrições normativas. A pesquisa

*pautou-se em análise hermenêutica da regulamentação eleitoral brasileira e na revisão doutrinária. O tema provoca uma série de abordagens, frente à característica irregular da propaganda que por fim culminou no advento da Lei 12.034/2009. Conclui-se que a normatividade brasileira é insuficiente para dirimir os conflitos que advém do uso da Internet nos sufrágios brasileiros. A dogmática não consegue acompanhar o célere ritmo das inovações tecnológicas, mas principalmente de uma sociedade cada vez mais conectada, que faz surgir fenômenos como o ativismo político virtual e a militância política na Internet.*³

Ao se analisar as nuances entre ontem e hoje, a assertiva acima se confirma sob as recentes preocupações da Justiça Eleitoral brasileira pelo que se lê sobre as últimas eleições dos EUA e pelo que se avizinha para as Eleições Gerais no Brasil.

A propaganda eleitoral, uma das faces das campanhas políticas submetidas à mutações advindas da Internet e das novas tecnologias, encontra-se regulada, em linhas gerais, no Código Eleitoral e na Lei n.º 9.504/97 – Lei das Eleições, os quais, originalmente, não dispuseram sobre a propaganda eleitoral na rede mundial de computadores, tendo em vista que, quando foram editados, a rede mundial de computadores não existia ou tinha uma utilização muito restrita. Sem embargo, deve-se salientar que os princípios que regem a propaganda em geral, e os limites que lhes são impostos pela legislação eleitoral e pelas resoluções do TSE, devem ser aplicados, naquilo que for cabível, à propaganda em meio virtual.

Em virtude da inexistência de lei específica sobre esse tipo de propaganda eleitoral, a partir das eleições de 2000, o TSE,

³ https://periodicos.ufsm.br/index.php/REDESG/article/download/6839/pdf_1

no uso do seu poder normativo, dispôs por intermédio da Resolução n.º 20.684, que os candidatos poderiam fazer uso do domínio www.nomedocandidatonumerodocandidato.can.br, para divulgação de propaganda na Internet, contudo, não trouxe outras disposições mais específicas.

Em 2002, o TSE expediu a Resolução n.º 20.988, que estabeleceu que a propaganda na internet estivesse sujeita às mesmas restrições impostas à programação normal do rádio e da televisão, inclusive quanto aos debates, além de manter a propaganda por meio do domínio www.nomedocandidatonumerodocandidatouf.can.br e vedar a realização de qualquer tipo de propaganda em página de provedores de acesso à internet, em qualquer período. Nas eleições que se seguiram tais disposições foram praticamente repetidas. Nas eleições municipais de 2008, diversas consultas foram formuladas ao TSE, no entanto, aquela Corte decidiu não conhecê-las, sob o argumento de que questionamentos múltiplos elaborados de maneira esmiuçada e ampla ou que incidam em caso concreto não mereciam conhecimento, deixando que os casos concretos fossem resolvidos individualmente nos respectivos processos.

Em 2009, o Congresso Nacional editou a Lei n.º 12.034, de 29 de setembro de 2009, que alterou as Leis n.º 9.504/97 e n.º 9.096/95, trazendo algumas disposições sobre a propaganda eleitoral na internet.⁴

A verdade é que a propaganda eleitoral está em *novos tempos e com novos desafios*, exigindo-se um controle eficiente para garantir a paridade de armas entre candidatos tocante à divulgação dos seus nomes e plataformas. Olhar a (in)evolução das normas

⁴ idem

aplicadas e aplicáveis à propaganda é mister para formar visão crítica sobre este importante tema das eleições brasileiras.

Para as **Eleições 2012** a normativa se deu por meio da Resolução do TSE nº 23.370/11, fixando a propaganda eleitoral pela internet como permitida nos sites dos candidatos, dos partidos ou coligações, blogs, redes sociais, sites de mensagens instantâneas e assemelhados.

Os endereços eletrônicos deveriam ser, obrigatoriamente, informados à Justiça Eleitoral. A hospedagem dos sites precisava se dar em provedor de serviço de internet situado no Brasil.

A utilização de mensagens eletrônicas para fins de propaganda eleitoral pela internet era feita por meio de envios a endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação. Era terminantemente proibido a comercialização de bancos de dados de endereços eletrônicos, bem como era vedada na internet qualquer tipo de propaganda eleitoral paga, assim como não poderia utilizar sites de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, nem tampouco sites oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para todas as mensagens eletrônicas enviadas era necessário mecanismo de descadastramento, caso o destinatário não quisesse receber a propaganda.

As ferramentas como *home pages*, *pate-papo* ou *chat*, eram vistas sob às considerações das normas das Eleições de 2002. Pode-se destacar as considerações expressas daquela época em voto⁵ do ex-Ministro Fernando Neves, citada em artigo do Conjur (sem menção de autor), sob título Candidato deve usar bom senso para se promover na Internet⁶:

⁵ TSE - Acórdão 2.715-SP.

⁶ https://www.conjur.com.br/2002-set-25/propaganda_eleitoral_internet

Equiparo, no que é possível, o bate-papo pela Internet a um comparecimento em um veículo de comunicação, só que de forma virtual. Com uma dificuldade maior, ao invés de simplesmente ligar a televisão ou o rádio, ou adquirir um exemplar de jornal, é necessário primeiro acessar a página do provedor e, depois, buscar os caminhos para a sala de bate-papo virtual. Assim, o contato depende da vontade do interessado. O candidato fica apenas à disposição para responder as perguntas que lhe forem dirigidas.

Maciçamente, em 2012, o correio eletrônico (e-mail) foi um dos modos mais utilizados de chegar aos eleitores. Inúmeros bancos de dados de e-mails foram comercializados, ainda que não permitido. Os e-mails indesejados disparados pelos candidatos no período eleitoral foram considerados *spam*.

Nas **Eleições de 2014**, com o advento da Lei nº 12.891/2013, o art. 36-A da Lei nº 9.504/97, passou a ter a seguinte redação, *verbis*:

“não serão consideradas propaganda antecipada e poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária e pelas redes sociais; e a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais”.

I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em

ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

(...)

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos; (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)

V - a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013)

O então presidente do TSE, ministro Marco Aurélio, chegou a declarar em entrevista para diversos veículos de comunicação que “*o ideal seria uma disciplina explícita sobre a utilização da internet. Mas há na Lei 9.504 preceitos que conduzem a se considerar, por exemplo, uma propaganda via internet e chegar-se à glosa dessa mesma propaganda*”⁷.

De acordo com a Resolução nº 23.404/2014 do TSE se afirmou que havia, no uso das mídias, a possibilidade da livre manifestação do pensamento do eleitor identificado na internet e que somente sofreria limitação quando ocorresse ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente A proibição da propaganda eleitoral paga na internet continuava sendo aplicada.

Era possível fazer propaganda eleitoral na internet em sites dos candidatos, dos partidos ou coligações. Também, era permitido a propaganda por meio de mensagem eletrônica (e-mails)

⁷ <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Dezembro/especial-minirreforma-previas-partidarias-nas-redes-sociais-nao-sao-propaganda-antecipada>

para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, pelo partido ou coligação, bem como por meio de blogs, redes sociais, sites de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seria gerado ou editado por candidatos, partidos, coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa natural.

Em 2014 repetiu-se a regra de 2012 tocante a proibição de propaganda eleitoral pela internet, ainda que gratuita, em sites de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, bem como em sites oficiais ou hospedados por órgãos ou por entidades da administração pública direta ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios. Da mesma forma, as mensagens indesejadas era obrigatório constar mecanismo de descadastramento.

Para as **Eleições de 2016**, conforme informações no site do TSE⁸, a internet passou a ser uma importante ferramenta de comunicação com os eleitores, em virtude do limite de gastos imposto pela legislação.

A Resolução do TSE nº 23.457/2015 estabeleceu as regras a serem respeitadas para a realização de propaganda na internet e nas redes sociais.

De acordo com a norma, a propaganda eleitoral na internet poderia ser feita em sites dos candidatos, dos partidos ou das coligações, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral. O site deveria estar hospedado em provedor de serviço de internet estabelecido no Brasil. Também, era permitido o envio de mensagens eletrônicas para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação. Nesses casos, a comunicação deveria dispor de mecanismo que permitia o descadastramento, caso indesejada.

⁸ <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Agosto/eleicoes-2016-confira-as-regras-para-a-veiculacao-de-propaganda-eleitoral-na-internet>

A legislação também permitia a veiculação em blogs, redes sociais e sites de mensagens instantâneas de conteúdo gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa.

A legislação continuou a proibir a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na internet e nas redes sociais, bem como a veiculação de propaganda eleitoral, mesmo que gratuitamente, em sites de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, e em sites oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A venda de cadastro de endereços eletrônicos e a realização de propaganda via *telemarketing*, em qualquer horário, também eram proibidas. A legislação ainda impedia a atribuição indevida de conteúdo a terceiro, inclusive candidato, partido ou coligação. O crescimento assustador da utilização das mídias sociais nas Eleições de 2016 obrigou severa fiscalização.

O Ministro do TSE Admar Gonzaga alertou, na época, que *“As pessoas que participam do processo eleitoral, ainda de forma oculta, podem ser rastreadas. Hoje em dia, há ferramentas que possibilitam esse tipo de busca. O TSE tem convênio com a Polícia Federal, que permite o rastreamento da fonte de determinada propaganda ilegal. Nos casos de propaganda irregular, há imposição de multa, que pode variar de R\$ 5 mil a R\$ 30 mil, assim como a repercussão criminal do autor de propaganda acusando alguém de um crime que não cometeu”*⁹.

Para as **ELEIÇÕES 2018**, que se avizinha, o TSE já publicou a Resolução nº 3.551/2017, a qual fixa os parâmetros para a propaganda eleitoral na internet.

⁹ <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Agosto/eleicoes-2016-confira-as-regras-para-a-veiculacao-de-propaganda-eleitoral-na-internet>

A Resolução diz que é livre a manifestação do pensamento do eleitor identificado ou identificável na internet, sendo somente passível de limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos.

É dito, inclusive, que é permitido as manifestações na internet ocorridas antes da data prevista para o início da propaganda eleitoral (16/08/2018), podendo delas constar mensagem de apoio ou crítica a partido político ou a candidato, próprias do debate político e democrático.

A Resolução do TSE nº 23.551/2017, no art. 23, elenca as formas de propaganda eleitoral na internet em consonância com a Lei nº 9.504/1997, art. 57-B, incisos I a IV:

- em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;*
- em sítio do partido político ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;*
- por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, pelo partido político ou pela coligação;*
- por meio de blogues, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet assemelhadas cujo conteúdo seja gerado ou editado por: candidatos, partidos políticos ou coligações; ou qualquer pessoa natural, desde que não contrate impulsionamento de conteúdos.*

De igual modo às eleições anteriores, os endereços eletrônicos das aplicações, salvo aqueles de iniciativa de pessoa natural, de eleitores, deverão ser comunicados à Justiça Eleitoral, podendo ser mantidos durante todo o pleito eleitoral os mesmos

endereços eletrônicos em uso antes do início da propaganda eleitoral (Lei nº 9.504/1997, art. 57-B, § 1º).

Chama a atenção na Resolução em comento que não será admitida a veiculação de conteúdos de cunho eleitoral mediante cadastro de usuário de aplicação de internet com a intenção de falsear identidade (Lei nº 9.504/1997, art. 57-B, § 2º), visando, sobretudo, combater as *fake news*.

Na tentativa de impedir a utilização de mecanismos que causem desequilíbrio entre os candidatos, a Resolução do TSE estipula que é vedada a utilização de impulsionamento de conteúdos e ferramentas digitais (com objetivo de alterar o teor ou a repercussão de propaganda eleitoral) que não sejam disponibilizadas pelo provedor da aplicação de internet, ainda que gratuitas, tanto próprios quanto de terceiros (Lei nº 9.504/1997, art. 57-B, § 3º).

Destaca-se que a manifestação espontânea na internet de pessoas naturais em matéria político-eleitoral, mesmo que sob a forma de elogio ou crítica a candidato ou partido político, não será considerada propaganda eleitoral na forma do inciso IV, do art. 23 da Resolução.

O art. 24, § 1º da citada Resolução reza que é vedada, ainda que gratuitamente, a veiculação de propaganda eleitoral na internet em sítios de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, bem como os sítios oficiais ou hospedados por órgãos ou por entidades da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O art. 25 diz que é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da internet, assegurado o direito de resposta, nos termos dos arts. 58, § 3º, inciso IV, alíneas a, b e c, e 58-A da Lei nº 9.504/1997, e por outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica.

São vedadas às pessoas relacionadas no art. 24 da Lei

nº 9.504/1997 a utilização, doação ou cessão de cadastro eletrônico de seus clientes, em favor de candidatos, de partidos políticos ou de coligações¹⁰.

O art. 29 reza que é vedada a realização de propaganda via telemarketing, em qualquer horário em obediência à Constituição Federal, art. 5º, incisos X e XI e ao Código Eleitoral, art. 243, inciso VI.

A Resolução, no seu art. 32, conceitua:

- *internet*: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;
- *terminal*: o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet;
- *endereço de protocolo de internet (endereço IP)*: o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;
- *administrador de sistema autônomo*: a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro

¹⁰ I - entidade ou governo estrangeiro;

II - órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos

provenientes do Poder Público;

III - concessionário ou permissionário de serviço público;

IV - entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição

compulsória em virtude de disposição legal;

V - entidade de utilidade pública;

e pela distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País;

– **conexão à internet:** a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

– **registro de conexão:** o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;

– **aplicações de internet:** o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet;

– **registros de acesso a aplicações de internet:** o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP;

– **sítio hospedado diretamente em provedor de internet estabelecido no País:** aquele cujo endereço (URL – Uniform Resource Locator) é registrado no organismo regulador da internet no Brasil e cujo conteúdo é mantido pelo provedor de hospedagem em servidor instalado em solo brasileiro;

– **sítio hospedado indiretamente em provedor de internet estabelecido no País:** aquele cujo endereço é registrado em organismos internacionais e cujo conteúdo é mantido por

VI - entidade de classe ou sindical;

VII - pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior.

VIII - entidades beneficentes e religiosas;

IX - entidades esportivas; X - organizações não-governamentais que recebam recursos públicos;

XI - organizações da sociedade civil de interesse público.

provedor de hospedagem em equipamento servidor instalado em solo brasileiro;

– **sítio**: *o endereço eletrônico na internet subdividido em uma ou mais páginas que possam ser acessadas com base na mesma raiz;*

– **blogue**: *o endereço eletrônico na internet, mantido ou não por provedor de hospedagem, composto por uma única página em caráter pessoal;*

– **impulsionamento de conteúdo**: *o mecanismo ou serviço que, mediante contratação com os provedores de aplicação de internet, potencializam o alcance e a divulgação da informação para atingir usuários que, normalmente, não teriam acesso ao seu conteúdo;*

– **rede social na internet**: *a estrutura social composta por pessoas ou organizações, conectadas por um ou vários tipos de relações, que compartilham valores e objetivos comuns;*

– **aplicativo de mensagens instantâneas ou chamada de voz**: *o aplicativo multiplataforma de mensagens instantâneas e chamadas de voz para smartphones;*

– **provedor de acesso ou de conexão à internet**: *a pessoa jurídica fornecedora de serviços que consistem em possibilitar o acesso de seus consumidores à internet;*

– **provedor de aplicação de internet**: *a empresa, organização ou pessoa natural que, de forma profissional ou amadora, forneça um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet, não importando se os objetivos são econômicos;*

– **provedor de conteúdo na internet**: *a pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação (ou autores), utilizando servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem para armazená-las.*

A Resolução nº 23.551/2017 inova com a disciplina da remoção de conteúdo da internet.

Art. 33. A atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático (Lei nº 9.504/1997, art. 57-J).

§ 1º Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, as ordens judiciais de remoção de conteúdo divulgado na internet serão limitadas às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral.

§ 2º A ausência de identificação imediata do usuário responsável pela divulgação do conteúdo não constitui circunstância suficiente para o deferimento do pedido de remoção de conteúdo da internet e somente será considerada anônima caso não seja possível a identificação dos usuários após a adoção das providências previstas nos arts. 10 e 22 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

§ 3º A ordem judicial que determinar a remoção de conteúdo divulgado na internet fixará prazo razoável para o cumprimento, não inferior a 24 (vinte e quatro) horas, e deverá conter, sob pena de nulidade, a URL do conteúdo específico.

§ 4º Em circunstâncias excepcionais devidamente justificadas, o prazo de que trata o parágrafo anterior poderá ser reduzido.

§ 5º O provedor responsável pela aplicação de internet em que hospedado o material deverá promover a sua remoção dentro do prazo razoável assinalado, sob pena de arcar com as sanções aplicáveis à espécie.

§ 6º Findo o período eleitoral, as ordens judiciais de remoção de conteúdo da internet deixarão de produzir efeitos, cabendo à parte interessada requerer a remoção do conteúdo por meio de

ação judicial autônoma perante a Justiça Comum.

§ 7º As sanções aplicadas em razão da demora ou descumprimento da ordem judicial reverterão aos cofres da União.

A rapidez com que a propaganda digital avançou é proporcional aos incrementos que cada dia nasce no meio web. Logo, plataformas como *Facebook, Twitter, Instagram, WhatsApp*, para citar alguns, passaram a ser as ferramentas não só dos candidatos certos como de pessoas aparentemente sem pretensões políticas, mas que aos olhos de marqueteiros e partidos reúnem o mínimo de perfil.

Pessoas especializadas oferecem aos partidos e candidatos tanto serviços amparados pela lei quanto os que vão na contramão da legalidade. Atualmente, é possível impulsionar positivamente um perfil sem apelo direto de cunho eleitoral, bem como se pode realizar postagens de conteúdo falso contra alguém, chamadas de *fake news*, lixo eletrônico, lixo digital. Estas mensagens chegarão até as pessoas disfarçadas de notícia e perfil verdadeiros.

Quando se lança mão antecipadamente destas ferramentas se tem como objetivo realizar certa preparação de terreno de desconhecidos, caso venham a decidir pela candidatura. Tal possibilidade fica facilitada pela ausência ainda de maior controle da Justiça Eleitoral do mundo virtual. Além disso, pode-se testar antecipadamente ao período eleitoral permitido o perfil de neófitos com potencial político, facilitando às agremiações as escolhas de nomes que valeria a pena apostar as fichas.

Enquadrar tais práticas como propaganda antecipada virou matéria obsoleta, desnecessária, diante da magnitude e ao mesmo tempo sutileza do alcance.

Porém, a realidade é mais séria do que aparenta. A última eleição dos EUA está ainda sob suspeita de que o vencedor tenha se beneficiado do uso das ferramentas digitais de forma ilegal.

As pesquisas apontavam, na reta final, a vitória de Hillary Clinton. Comenta-se que o resultado de Trump como vencedor tenha sido por conta das avalanches de *fake news*, ou seja, notícias falsas encaminhadas às vésperas da eleição para milhões de eleitores, e, que boa parte destes destinatários mudaram sua preferência por conta do conteúdo distorcido.

É dito que já se importou para as próximas Eleições Gerais no Brasil em 2018 a tecnologia de manipulação digital de informações para a prática de propaganda eleitoral fora das normas e dos limites controláveis da Justiça Eleitoral.

Robôs, *fake news*, *junk news*, *big data*, são algumas das ferramentas que podem ser utilizadas na propagação da propaganda eleitoral digital fora das regras e do controle da Justiça Eleitoral. A utilização de forma indevida destas ferramentas são prejudiciais ao sistema democrático de disputas eleitorais porque potencializam a divulgação de perfis tanto verdadeiros dos candidatos quanto falsos dos adversários.

A reparação se tornou medida difícil ao tempo em que a notícia se propaga. O direito de resposta é uma incógnita ainda por conta da imprecisão do alcance de uma *fake news*, por exemplo.

No dizer do professor Diogo Rais¹¹, há uma distinção entre o que seria *fake news* e a mera desinformação, segundo os parâmetros do dolo na divulgação, a escala alcançada e o dano causado às reputações. Segundo ele, muito pouco pode ser feito em relação à polarização; mas a desinformação, por outro lado, que é o seu fruto mais conhecido, pode ser combatida por meio da disseminação mais assertiva de informações legítimas.

¹¹ <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Abril/juristas-e-representantes-das-redes-sociais-debtem-propaganda-eleitoral-na-internet-em-evento-da-eje-tse>

Ele defende que não é a hora de se tentar regular as *fake news* porque, na prática, isso seria um trabalho infrutífero. Segundo Rais, a legislação já dispõe de dispositivos para coibir a calúnia, injúria ou difamação, sendo a solução para a nossa realidade o reforço na divulgação de notícias confiáveis.

Em recente Forum Nacional, promovido pelo Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais¹² de todo o país, onde tivemos a honra do convite para compartilhar nossas ideias sobre a propaganda eleitoral digital, concluiu-se que é necessário e urgente o aprofundamento da matéria, o aparelhamento, os trabalhos de parcerias, especialmente, no que tange ao combate à proliferação das notícias falsas, as *fake news*. A identificação nas redes sociais, bem como os respectivos rastreamentos, identificando quem as promove é política imperativa à Justiça Eleitoral e seus parceiros institucionais.

Frisa-se, o poder de fogo destas ferramentas, ou seja, a capacidade delas em disparar uma notícia avassaladora e em um segundo de tempo alcançar milhões de eleitores que possuam uma das plataformas de acesso é fator de desequilíbrio certo numa eleição. Como já dito, são manobras digitais capazes de manipular a marcha eleitoral, ferindo o processo democrático de paridade de armas nas disputas entre candidatos.

Para concluir, é importante retomar a dicotomia entre propaganda do passado e do presente, numa análise singela, firmando que ao se enfraquecer os métodos tradicionais das ruas, do corpo a corpo, fortaleceu-se o ambiente virtual sem aparente dimensão. Antes, se produzia lixo físico, palpável, reciclável; agora, se produz lixo eletrônico, sem controle, impossível de se tocar, de ser delimitado.

¹² <http://www.tre-se.jus.br/imprensa/noticias-tre-se/2018/Marco/mais-de-150-participantes-prestigiaram-o-forum-nacional-da-propaganda-eleitoral-nas-midias-sociais>

O momento é de reflexão sobre os objetivos da propaganda eleitoral. Entre passado e presente há elementos em comum e a democracia é o principal deles. A democracia precisa ser preservada mesclando-se as práticas de origem, do corpo a corpo, por exemplo, com as ferramentas virtuais de hoje - dentro da legalidade e do controle de equidade. Ao eleitor se alerta para uma simples precaução, ou seja, o cuidado em responder pedidos de perfis na internet e rede sociais. Observar se há como proibir o compartilhamento de seus dados para terceiros é uma das primeiras medidas a se fazer. Ao se evitar o compartilhamento de cadastro se consolida a primeira atitude para dificultar a propagação de algo ilícito.

BIBLIOGRAFIA

AGRA, Walber de Moura; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Propaganda eleitoral e sua incidência. Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Documentação e Informação, 2010. Estudos eleitorais, v. 5, n. 1, p. 37-64. 2010.

ALVIM, Frederico Franco. Manual de direito eleitoral. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

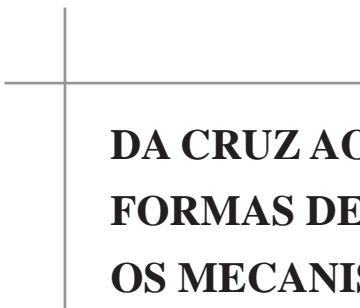
GOMES, José Jairo. Propaganda Político-Eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, José Jairo. Direito eleitoral, revista atual e ampliada. ed. 11. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, José Jairo. Aspectos da propaganda eleitoral. Belo Horizonte : TRE-MG. Revista de Doutrina e Jurisprudência, n. 15, p. 42-53, set. 2006.

GONÇALVES, Guilherme de Salles. Propaganda eleitoral de rua, propaganda pela internet e as principais alterações da lei no 12.034/2009. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. Revista brasileira de direito eleitoral, v. 2, n. 2, p. 79-106, 2010.

PINTO, Djalma. Marketing: política e sociedade. São Paulo : Cia. dos Livros, 2010. 274 p.



**DA CRUZ AOS CÓDIGOS: NOVAS
FORMAS DE ABUSO DE PODER E
OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO
DA INTEGRIDADE ELEITORAL NO
ARQUÉTIPO BRASILEIRO**

Frederico Franco Alvim
Volgane Oliveira Carvalho

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar as diversas formas de manifestação do abuso de poder nas eleições, com especial atenção à realidade brasileira. Para tanto, questiona-se a adequação e a eficiência dos mecanismos processuais de proteção da integridade eleitoral atualmente existentes. A partir de aportes oriundos de estudos no campo da Ciência Política, são analisadas as modalidades clássicas de abuso de poder que possuem a capacidade de influir no regular andamento de um pleito e descritas novas formas de abuso de poder que têm ganhado proeminência nas últimas eleições, apontando deficiências no arquétipo de controle eleitoral vigente e propondo soluções para o seu aprimoramento. O trabalho utilizou-se do método hipotético-dedutivo e da técnica de revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Poder. Abuso. Integridade eleitoral.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the various forms of manifestation of abuse of power in elections, with special attention to the Brazilian reality. In order to do so, the adequacy and efficiency of the currently existing electoral integrity protection mechanisms are questioned. Based on contributions from studies in the field of Political Science, the classic forms of abuse of power are analyzed, which have the capacity to influence the regular progress of a lawsuit and described new forms of abuse of power that have gained prominence in the last elections, pointing out deficiencies in the archetype of electoral control in force and proposing solutions for its improvement. The work was based on the hypothetical-deductive method and the bibliographic review technique.

KEY WORDS: Power. Abuse. Election Integrity.

INTRODUÇÃO

Vencidas as etapas relativas à conquista do sufrágio universal e ao desenvolvimento de sistemas eleitorais inclusivos, o Direito Eleitoral assume como desafio o aperfeiçoamento dos processos de escolha popular. A luta pela depuração de práticas e procedimentos e a busca pela máxima competitividade tornam-se alvos primevos.

Nessa quadra, o controle das condutas abusivas que contaminam o processo eleitoral, desequilibrando a isonomia entre os concorrentes, assume elevada importância; brechas e omissões legislativas merecem constante reparo, de modo a preservar a legitimidade e a incrementar a eficácia do sistema.

A presente pesquisa justifica-se pela necessidade de aprimoramento do arranjo eleitoral. Tem por escopo investigar as formas de manifestação do abuso de poder nas eleições, além de realizar uma análise crítica sobre a adequação e a eficiência de seu sistema de proteção no cenário brasileiro. O trabalho, pois, objetiva veicular uma crítica ao modelo brasileiro: com apoio em conhecimento produzido no âmbito da Ciência e da Sociologia Política, aponta para deficiências do arquétipo vigente, sendo este o problema enfrentado. Argumenta-se que o poder, como realidade fluida, resiste a um modelo combativo rígido e estanque; e que a existência de formas anômalas de abuso coloca em xeque o padrão de tipicidade que informa a técnica do contencioso eleitoral.

O esquema consiste em investigar o influxo do poder nas eleições, apresentando conceitos, revelando mecânicas e ressaltando o seu caráter multiforme, para afinal denunciar a imprecisão de prescrições normativas pertinentes, sugerindo mudanças para a

salvaguarda da integridade eleitoral. A metodologia empregada concerne à vertente jurídico-sociológica, buscando uma crítica do ordenamento eletivo em suas relações com o sistema político e com a sociedade. Em termos diretos, emprega-se o método de raciocínio hipotético-dedutivo, partindo de hipóteses e de proposições gerais, chega-se a conclusões relacionadas a um caso particular.

1 O CONTENCIOSO ELEITORAL BRASILEIRO E OS LIMITES DO MODELO DE TIPICIDADE CERRADA

No esquema legal, a proteção da integridade eleitoral é perseguida por um vasto arcabouço de regras e princípios jurídicos, conformados de modo a garantir a pureza dos elementos da mecânica democrática. No plano fático, contudo, as aspirações normativas por vezes acabam cedendo frente à postura de atores que extrapolam limites éticos e jurídicos no afã de acessar os cargos eletivos. Nesses casos, o Direito opera através da coerção. As ações eleitorais, nesse passo, consistem em instrumentos jurídico-processuais de proteção das regras do jogo político, por meio dos quais se busca aplicar aos infratores as reprimendas previstas na legislação.

Em matéria processual, o ordenamento brasileiro estabelece um rol *numerus clausus* de instrumentos invocáveis, cada qual com suas notas de especificidade. Segundo o modelo adotado, repelem-se ações genéricas (ou ordinárias), de modo que o controle jurisdicional da regularidade dos pleitos somente se exerce nos estritos termos das fórmulas constantes do catálogo normativo. Assim, de acordo com o Tribunal Superior Eleitoral, “não há como se admitir ilimitado exercício de ação na Justiça Eleitoral porque isso implicaria a insegurança dos pleitos, comprometendo o processo eleitoral como um todo [...], daí decorrendo a tipicidade dos meios de impugnação” que vigora nesta Justiça Especializada” (AAG 4598/

PI). Firma-se, como se vê, uma opção pelo princípio da tipicidade das ações eleitorais¹.

No que toca ao abuso de poder, a legislação brasileira contempla a previsão de duas alternativas específicas: a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), mencionada no art. 14, §9º, da Constituição Federal, e regulamentada pelo art. 22, da Lei Complementar nº 64/1990; e a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), inscrita no art. 14, §10, da Carta Política.

A primeira tem como hipóteses estritas de cabimento o abuso de poder econômico, o abuso de poder político (ou de autoridade) e o uso indevido dos meios de comunicação social, também chamado de abuso de poder midiático. O segundo instrumento, para além das hipóteses de fraude e corrupção, pode ser invocado exclusivamente em casos de abuso de poder econômico. Fora dessas hipóteses, a regra de tipicidade estreita a via do questionamento judicial, expondo as eleições a ações daninhas não antevistas pelo legislador.

Nesses casos, é possível que se subverta o processo de livre convencimento do eleitorado ou que se alquebre a igualdade de oportunidades entre os concorrentes sem a correspondência de qualquer punição. A integridade eleitoral, nesse quadro, pode converter-se em mera ficção. É o que ocorre, precisamente, quando os resultados são determinados pela ocorrência de alguma das formas atípicas de abuso de poder nas eleições.

¹ A lógica da tipicidade processual fechada contrapõe-se à de sistemas de contencioso que admitem as chamadas - cláusulas de nulidade abstrata, brechas normativas para o questionamento judicial da regularidade do pleito em virtude de vícios graves, verificáveis em concreto porquanto não previamente arrolados pelo legislador.

2 APORTES CONCEITUAIS SOBRE O PODER

Poder é um vocábulo polissêmico. O uso em diferentes contextos impele, desde logo, a um trabalho de precisão. Na teoria política o fenômeno tem sido abordado, principalmente, em três perspectivas. Pela ótica *institucionalista*, a palavra diz respeito aos poderes públicos, sendo usada para designar a força incorporada pelo Estado. Falar de poder é falar de governantes ou de um ente coletivo transcendente e oposto à sociedade civil (HERMET et al, 2014, p. 235). Em noção substantiva, o poder é visto como “algo suscetível de posse”, isto é, como “um bem ou uma prerrogativa que se pode possuir” (SÁNCHEZ, 2012, p. 44).

Nesse sentido, o poder é entendido como um objeto: sustenta-se em um instrumento que serve ao homem para alcançar uma meta desejada (CAMPOS, 2012, p. 30). A tese substantiva sofre muitas críticas². Prevalece, afinal, uma terceira teoria, denominada relacional. Por esse prisma, o poder opera nas relações entre sujeitos: existe e cobra sentido, exclusivamente, no seio de interações humanas. Como aclara Sartori (2009, p. 20): “*El poder es una relación: un individuo tiene poder sobre outro porque le obliga a hacer lo que de otra forma no haría. Robinson Crusoe, en la isla donde naufragó,*

² Stoppino (1993, p. 934) argumenta que em perspectivas substanciais, o poder é entendido “[...] como um objeto ou uma substância que se guarda num recipiente. Contudo, não existe Poder se não existe, ao lado do indivíduo ou grupo que o exerce, outro indivíduo ou grupo que é induzido a comportar-se tal como aquele deseja. Sem dúvida [...] o Poder pode ser exercido por meio de instrumentos ou coisas. Se tenho dinheiro, posso induzir alguém a adotar um certo comportamento que eu desejo, a troco de recompensa monetária. Mas, se me encontro só ou se o outro não está disposto a comportar-se dessa maneira por nenhuma soma de dinheiro, o meu Poder se desvanece. Isto demonstra que o meu Poder não reside numa coisa (no dinheiro, no caso), mas no fato de que existe um outro e de que este é levado por mim a comportar-se de acordo com os meus desejos. O Poder social não é uma coisa ou sua posse: é uma relação entre pessoas”.

mientras esté solo no tiene ningún poder, únicamente lo adquiere cuando llega Viernes”.

O presente trabalho se dirige, precisamente, à investigação do poder como fenômeno das relações interpessoais, de maneira que o sentido que se lhe confere seja um feitiço social. Na esteira de Stoppino (2009, p. 933), entende-se o poder como “a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem”, o que o coloca não apenas como sujeito, mas também como objeto do poder.

A dicotomia conceitual existente entre o poder como prerrogativa (sentido comum) e o poder como fenômeno de ingerência no comportamento alheio (sentido social) não impede, porém, uma consideração conjunta, na tarefa de desvendar a sua natureza. Fernández Ruiz (2010, p. 11), ao discorrer sobre a índole do poder, assevera que se trata, sim, de uma prerrogativa, entretanto de uma prerrogativa especial, que se relaciona com a capacidade de influenciar alguém com quem se trava alguma espécie de interação.

O poder se apresenta como capacidade de fazer algo, mas obviamente não se esgota nessa capacidade porque, mais do que isso, implica uma nota específica: a capacidade de impor a alguém a própria vontade, baseando-se na possibilidade que se tenha de aplicar efeitos benéficos ou prejudiciais aos demais, isto é, de punir ou recompensar um comportamento alheio.

Sustentando, pois, o argumento de que o fenômeno representa uma substância potencialmente aplicada em uma relação social, o autor toma o poder como uma energia disponível para uma conduta, energia essa que, para atuar, necessita de um sujeito (depositário do poder); de um objeto (o seu destinatário); e de um fundamento (a vontade que se impõe). Tendo fixado os seus requisitos, concebe o poder como a capacidade de um indivíduo ou grupo, gerada por sua *libido dominandi*, de conferir efeitos

agradáveis ou desagradáveis à conduta de outro indivíduo ou grupo, com o fim de impor-lhe a sua vontade para lograr um determinado comportamento individual ou coletivo (RUIZ, 2010, p. 13).

Cuida-se de proposta assaz semelhante à clássica definição de Weber (1920, p. 43), que descreve o poder como “[...] a probabilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, ainda contra toda resistência e qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade”. Em linha análoga, Gaitán (2005: 13), o define como uma relação humana de subordinação na qual, a despeito de obstáculos e oposições porventura apresentadas, prevalece a vontade dos que mandam sobre a dos que obedecem, o que implica dois elementos essenciais, mando e obediência, e, conseqüentemente, a existência daqueles que mandam e daqueles que obedecem. Em suas palavras, o poder é, simplesmente, “[...] *la capacidad para hacerse obedecer*”.

3 O ABUSO DE PODER NAS ELEIÇÕES

Nos termos de Vilas (2013, p. 20), toda relação de poder apresenta duas características básicas: efetividade e intencionalidade. A *efetividade* se refere à constatação de que o poder cobra existência em seus próprios efeitos, isto é, materializa-se apenas quando lograda a obediência buscada.

Com efeito, tal como ressalta Ruiz (2010: 12), um poder que manda sem encontrar cumprimento, a rigor, é apenas um propósito frustrado. A *intencionalidade*, noutro passo, significa que a relação de poder invariavelmente amarra-se um propósito, vale dizer, encontra-se sempre orientada à obtenção de uma resposta, produzida pelo sujeito sobre o qual o poder se exerce. Todo poder, assim, carrega uma *intencionalidade finalista*, haja vista que sua força existe e atua com e para uma finalidade específica (CAMPOS, 1985, p. 31).

No plano eleitoral, a intenção em seu emprego é bastante clara: o poder serve ao acúmulo de votos, à vitória no certame. Frequentemente, o sujeito apoderado vale-se de ações destinadas a um objetivo positivo, qual seja determinar o vencedor da contenda; não é impossível, porém, que efeitos de poder sejam utilizados com o fito de obstar o acesso a cargos representativos, quando então, com feição negativa, serão aplicados para sabotar uma opção política específica.

Como recurso didático, é possível adequar a proposta de Ruiz (2010, p. 11), propondo um esquema ilustrativo básico sobre a operabilidade do abuso nas eleições. Considerados os elementos que caracterizam as relações de ingerência, tem-se: como *sujeito*, as pessoas ou grupos que ostentam alguma espécie de hegemonia (candidatos, cabos eleitorais, partidos políticos, grupos econômicos, mídia, religiosos etc.), e que se propõem a empregá-la na fase de campanha, em favor ou em detrimento de uma determinada candidatura; como *objeto*, o corpo de eleitores ou, mais propriamente, cada cidadão que o compõe, visto que o voto é individualizado e o que o poder, nesse sentido, opera em uma plataforma microsocial; finalmente, o seu *fundamento*, identificado pela vontade que se pretende impor, neste caso, o desejo de condicionar o sentido do sufrágio. Essa vontade atua mediante a projeção de um resultado absorvido pelo destinatário, a partir do efetivo emprego, por parte do sujeito, das prerrogativas que incorpora em função da qualidade do poder que ostenta.

O emprego do abuso de poder é uma realidade nefasta no cenário eleitoral: afeta a liberdade da escolha do eleitor e mina violentamente a igualdade de oportunidades entre os candidatos, condicionando o resultado do certame e, assim, comprometendo a legitimidade das eleições.

A ofensa a esses valores é levada em conta por Fortunato Bim (2003, p. 46), que as utiliza para forjar um conceito. Em suas

palavras, o abuso de poder nas eleições constitui “um complexo de atos que desvirtuam a vontade do eleitor, violando o princípio da igualdade entre os concorrentes do processo eleitoral e o da liberdade de voto, que norteiam o Estado democrático de direito”.

Na mesma linha, Gomes (2009, p. 245) é categórico ao ressaltar a sua nocividade, dizendo que o pleito em que o abuso se instala resulta necessariamente corrompido, na medida em que impede que as urnas reflitam a vontade genuína do eleitor. Em sua visão, isso contribui para a formação de uma representação política “inautêntica” e mendaz”.

A campanha eleitoral, compreendida como um conjunto de atividades desenvolvidas com o propósito de captação de votos, tanto no aspecto financeiro como nos aspectos político e ideológico, deve ser conduzida de acordo com os limites previstos no ordenamento, e esses limites não de plasmar escolhas legislativas que resguardem um mínimo de competitividade, sob pena de comprometer o processo de escolha.

O uso desmedido do poder - em qualquer de suas formas - deve ser impedido no plano fático, a partir de soluções desenhadas no campo normativo e implementadas pela atividade jurisdicional. A realização dessa missão, contudo, não é fácil. O poder, por natureza, tende ao desconhecimento de limites e, outrossim, também por natureza se disfarça ou se transforma, como se passa a demonstrar.

4 O CARÁTER MULTIFORME DO PODER

O poder é um fenômeno complexo. Muito embora o Estado concentre uma imensa capacidade de mando, o certo é que a sociedade abriga diversos outros centros de força. Como assinala Uriarte (2010, p. 45), a sociedade não é apenas um lugar de indivíduos, mas também da economia privada e de numerosas e

potentes organizações de todo tipo. Consectário disso, paralelamente ao Estado existem diversas outras fontes de poder, como empresas, igrejas e meios de comunicação.

Nessa esteira, disse Burdeau (apud FAYT, 2009, p. 201) que a sociedade é uma verdadeira “constelação de poderes”, os quais, para Fayt (*ibidem*), encontram-se quantitativa e qualitativamente diferenciados segundo a magnitude dos grupos sociais, dos instrumentos que controlam, da força que possuem, os propósitos sociais, econômicos, culturais ou de outra ordem que perseguem e os modos de influir sobre a conduta dos demais, ainda que contra a sua vontade.

Há, assim, poderes econômicos, políticos, religiosos e sociais, entre outros, compreendendo-se dentro do fenômeno os infinitos processos que resultam dessa forma de relação humana. Daí porque Weber (apud RIBEIRO, 1998, p. 13) constata que “o conceito de poder é socialmente amorfo”, o que significa que todos os atributos assimilados pelo homem podem colocar alguém em condições de impor a sua vontade em certas situações. É possível, pois, divisar diferentes classes de poder.

Nesse diapasão, Bobbio (2000, p. 21) situa o poder em três grandes categorias: política, econômica e ideológica. O critério mais adequado para a distinção dos poderes sociais, para o autor, leva em conta “[...] os meios utilizados na busca dos efeitos desejados”. Nessa perspectiva, pondera que uma pretensão social de mando, para ser obedecida, em regra pode se servir: da força; da posse de bens necessários para induzir aqueles que nada possuam ou que muito necessitem à adoção de certo comportamento; ou da posse ou manipulação de um saber, de doutrinas, de conhecimentos ou mesmo de informações inacessíveis aos demais, para induzir a que membros de um grupo se comportem de uma determinada maneira. A julgar pelas diferentes formas de pressão utilizadas, estar-se-á, respectivamente, perante o poder político, econômico ou ideológico.

O modelo em questão não pretende esgotar as várias formas de poder; ao revés, limita-se a oferecer uma categorização capaz de abarcar todos os possíveis meios de exteriorização. É de se reconhecer que o poder, como fenômeno social, detém natureza fluida, sendo apto a apresentar-se mediante fórmulas praticamente infinitas.

Nessa direção, Fávila Ribeiro (1998, p. 5) há muito advertia que o poder tem caráter pluralista, eis que o espaço social está sempre exposto a que germinem e operem esquemas de dominação de diversos formatos. Do mesmo modo, Azambuja (2008, p. 77) enxerga no poder um caráter difuso, reconhecido a partir da constatação de que inexistente sociedade em que os indivíduos não se vejam sempre em alguma medida submetidos a pressões externas, manifestadas sob vários matizes. Em arremate, aduz que “[...] assim como a energia o poder tem muitas formas”. Os legisladores, contudo, descuram dessa realidade.

No caso brasileiro, os arts. 14, §9º, da Constituição Federal, e 22, *caput*, Lei Complementar nº 64/1990 tratam o poder como um fenômeno restrito e formalmente rígido. Os dispositivos proíbem, no contexto eleitoral, a utilização exacerbada do poder político, econômico e de comunicação social, como se fossem os únicos meios pelos quais o ilícito tem sido observado nos pleitos. Cuida-se de opção legislativa equívoca e lamentável, derivada de uma falha de percepção que não se encerra no plano conceitual.

Ao revés, carrega graves implicações práticas, identificadas pela inibição de decisões jurisdicionais que reconheçam formas atípicas de abuso de poder, e pelo nefasto efeito de impedir o desenho de medidas normativas de contenção realmente aptas a frenar o seu uso indiscriminado na competição eleitoral.

É urgente notar que, se bem os poderes assinalados manifestam-se com mais frequência e com maior percepção no bojo dos certames, o poder é um fenômeno que pode assumir

os mais diferentes formatos e que, portanto, não obedece a um catálogo preestabelecido de formas. Frente a essa realidade, para além das formas típicas, cumpre ir além do que fazem os manuais, para explorar a possibilidade de existência de espécies atípicas ou anômalas de abuso nas eleições.

5 FORMAS TÍPICAS DE ABUSO DE PODER NAS ELEIÇÕES

5.1 Abuso de Poder Político

Devido ao papel que desempenha, o Estado concentra uma enorme parcela da autoridade social. A sociedade materializa o poder no Estado, o qual, através do governo, encarrega-se de sua direção política e jurídica, em suas instâncias de decisão, ação e sanção (FAYT, 2009, p. 33). Como consequência, os agentes estatais, na qualidade de representantes do Estado, têm à sua disposição um imensurável aparato de poder.

O abuso de poder político pode ser conceituado como toda ação ou omissão perpetrada por agente público, num contexto eleitoral, em desrespeito a comando jurídico normativo, idônea a, por sua gravidade, ofender a legitimidade das eleições, em benefício ou detrimento de uma candidatura.

Historicamente, o uso desmedido da engrenagem política foi utilizado em larga escala, desde a celebração das primeiras eleições no país. Nas décadas que precederam a depuração das mecânicas, os pleitos brasileiros quase sempre eram decididos em favor dos candidatos que representavam os interesses da situação. Num primeiro momento, os métodos de pressão eram tão indiscretos e contundentes que eliminavam (mais do que ofendiam) a legitimidade dos eventos de escolha popular. Posteriormente, com o estabelecimento e a evolução dos mecanismos de coibição dos excessos em tela, a utilização do aparato do Estado, paulatinamente, assumiu formas cada vez mais sutis.

Ainda hoje, à revelia de um elaborado rol proibitivo, são inúmeras as formas pelas quais o poder político é empregado nas eleições. A modo de ilustração, citem-se casos em que ocupantes de cargos públicos obrigam subordinados a trabalharem em sua campanha; distribuem bens adquiridos com dinheiro público; realizam contratação de funcionários sem a realização de concurso público; estabelecem ligações entre suas figuras e a continuidade de programas sociais que gerenciam etc.

5.2 Abuso de Poder Econômico

O poder econômico deriva da desigualdade na distribuição dos recursos necessários para a subsistência e para a qualidade de vida daqueles dos quais se espera uma determinada postura (VILAS, 2013, p. 29). Bobbio (2000, p. 162) define-o como o poder que se vale da posse de certos bens necessários (ou assim considerados) em uma situação de escassez, para induzir pessoas que não o possuem a adotar um comportamento desejado por quem quer que o detenha. Para o italiano, a posse de grandezas econômicas representa uma enorme fonte de poder, haja vista que, em geral, qualquer agente que possua abundância de bens é capaz de condicionar o comportamento de quem se encontra em situação de penúria, por meio do oferecimento ou da entrega de alguma espécie de compensação.

O poder econômico, nesse passo, viabiliza uma “compra de obediência”, no ponto em que se demonstra capaz de submeter tanto aqueles que carecem de recursos como os que os têm escassos, ou ainda os que os possuem, e, no entanto, querem ter mais. Isso porque, como aponta Uriarte (2010, p. 49), um dos motores do comportamento humano é a busca de satisfação, possibilitada pela posse de recursos materiais. Tal busca apresenta-se como uma

constante na ação das pessoas, influenciando de modo importante na dinâmica das relações sociais.

No ambiente eleitoral, o abuso de poder econômico pode ser entendido como “a exacerbação de recursos financeiros para cooptar votos para determinado candidato, relegando a importância da mensagem política” (VELLOSO; AGRA, 2012, p. 380). Trata-se de mecanismo de convencimento baseado no emprego de bens econômicos com o objetivo de proporcionar vantagens para influenciar eleitores, subvertendo o equilíbrio de oportunidades que deve pautar a contenda política. Em contornos gerais, configura-se sempre que atores políticos empregam o fator econômico não como meio de viabilização da campanha, mas como fonte direta para a obtenção de apoio popular.

Na visão de Edson Castro (2012, p. 52), quando usa o dinheiro o ator político menospreza a função do voto como instrumento de cidadania plena, conduzindo o cidadão a alienar a sua liberdade de escolha em troca de vantagens de ocasião. Por isso, a interferência econômica tem o condão de implicar ao processo eleitoral uma inaceitável nota de mercantilização. O dinheiro é capaz de fazer com que a vontade do eleitorado deixe de ser creditada por motivos como o reconhecimento por precedentes realizações na vida pública ou a confiança conquistada através de um trabalho de persuasão por afinidade de convicções, “transformando as eleições em um negócio de contraprestações pecuniárias” (RIBEIRO, 1998, p. 52).

É com razão, portanto, que a jurisprudência internacional entende que as práticas clientelistas produzem “*efectos extremadamente perniciosos sobre los principios fundamentales del régimen representativo y en particular sobre la expresión genuina de la voluntad del elector, que es su presupuesto*” (CNE argentina, Fallo 3605/05).

5.3 Abuso de Poder Midiático

Os *media* exercem um papel fundamental nas sociedades modernas, porquanto atuam como motores da difusão de informação e conhecimento. Modernamente o acesso à informação é considerado essencial para a qualificação das democracias, haja vista que o exercício satisfatório das prerrogativas políticas só pode ocorrer com base em decisões sustentadas por uma dose suficiente de (boa) informação (FIGUEIREDO, 2013, p. 212).

O ponto é que o direito à informação esbarra na realidade. O adequado processo de formação do convencimento político claramente supõe o acesso a informações objetivas e, nessa quadra, é imperioso anotar que a existência de objetividade é bastante questionada na área da comunicação³.

Na prática, os veículos de comunicação se apartam de sua missão, usando da força de que dispõem para agendar a audiência, selecionando pautas, imprimindo ou retirando ênfase às notícias, matizando acontecimentos de modo a promover interesses setorializados, ocasionando prejuízos ao sistema político em que se inserem. Há, no caso dos meios, um patente dissenso entre *ser* e *dever-ser*, e a distância que os separa denota a diferença entre enxergá-los como fatores de desprestígio ou de recrudescimento do regime democrático.

No esquema de Bobbio, os veículos de comunicação se revestem de poder ideológico, na medida em que produzem

³ Barros Filho (2003, p. 30-34) menciona que os códigos de ética e os ordenamentos a respeito da imprensa veem na objetividade uma garantia de proteção social, mas que no plano fático o comportamento da mídia caracteriza-se por uma constante falta de neutralidade informativa. Por tal motivo, comenta serem cada vez mais numerosos os especialistas a defender que no campo da comunicação a objetividade é mesmo impossível, apresentando-se apenas como um conceito típico ideal.

informações massificáveis capazes de suggestionar a opinião pública, induzindo o corpo social a que reaja de uma maneira preconcebida. Uriarte (2010, p. 50) reforça a colocação, ao acrescentar que o elemento que caracteriza o poder ideológico é a posse de conhecimento ou, sobretudo, da capacidade para manejar palavras, conceitos e símbolos, resignificando-os, de maneira a moldá-los a um interesse determinado. Considera que o poder ideológico existe porque as ideias possuem uma enorme capacidade para influenciar os cidadãos, dado que os comportamentos econômicos ou políticos explicam-se, em boa medida, com apoio em valores difundidos que se tornam predominantes.

O poder midiático opera de modo realmente simples, a partir da premissa de que o processo de compreensão (assimilação) depende da comunicação (BARROS FILHO, 2003, p. 61). Fayt (2009, p. 265-281) explica que, pelos *efeitos*, comunicar é sinônimo de influir na mente humana, utilizá-la com o fim de obter controle ou adesão. Assim, como dominar é influir, influi-se na mente para dominar a vontade individual. A serviço dessa “*orientación negativa de la personalidad humana*” encontram-se os meios de comunicação, frente aos quais o homem vai perdendo toda a possibilidade de pensar por si mesmo. Esses elementos intervêm na elaboração das estruturas mentais e arrebatam do indivíduo o direito à formação da própria convicção.

No contexto eleitoral, o abuso do poder midiático traduz-se na utilização da imensa capacidade de influência que os órgãos de produção de informação possuem como fator de quebra da equidade eleitoral. Refere-se ao uso incisivo dos veículos de imprensa como instrumentos de manipulação do eleitorado para promoção ou descredenciamento de ofertas políticas, em medida suficiente a comprometer a legitimidade eleitoral.

6 FORMAS ATÍPICAS DE ABUSO DE PODER NAS ELEIÇÕES

6.1 Abuso de Poder Religioso

Superada a fase histórica marcada pela forte intervenção da religião no Estado, a organização política moderna derivou para a consolidação da neutralidade religiosa, a partir do estabelecimento da laicidade estatal, atualmente considerada um subprincípio concretizador do axioma republicano. É o que registra Jónatas Machado (2013, p. 22), para quem a laicização traduz a ideia de que a religião tem lugar no espaço público na medida em que isso reflita não uma imposição coercitiva de autoridades políticas e religiosas, mas a autonomia individual e o autogoverno democrático das comunidades. As religiões, sob a premissa, estão assim autorizadas a atuar sobre a opinião pública e inclusive sobre a vontade política, desde que respeitado o quadro de uma esfera pública plural.

Como qualquer grupo social, as comunidades religiosas possuem interesse legítimo na discussão de temas públicos. Conquanto tenha como matéria-prima o sobrenatural, a religião não se isola na ordem metafísica; pelo contrário, cobra sentido na existência real, a qual pretende modificar pela divulgação de princípios e crenças, e pela implementação de práticas que derivam de textos sagrados, os quais, em última instância, espelham códigos morais.

Naturalmente, às ordens religiosas interessam de perto discussões legislativas relacionadas, p. ex., com a regulamentação do matrimônio, da prostituição ou do aborto. Considerado, porém, o poder que as igrejas e seus dirigentes concentram, bem como a sua capacidade de produzir impactos no equilíbrio das forças eleitorais, sua participação nos processos de escolha popular deve ser analisada com cuidado.

Isso porque nas eleições o princípio de liberdade de

escolha deve incidir sobre a atuação de qualquer pessoa, física ou jurídica, que se encontre em situação de exercer influência sobre o eleitorado (MUÑOZ, 2007, p. 59). Não se trata de censurar a religiosidade, mas de dessacralizá-la, tratando-a como o fato sociológico, sem prejuízo do respeito a suas particularidades. Esmer e Petterson (2007, p. 485), nessa senda, assinalam que a clássica afirmação de Marx (“a religião é o ópio das massas”) serve para demonstrar que o elemento religioso pode operar como um instrumento utilizado para a adestração de oprimidos.

Tal como a mídia, o poder religioso pertence à categoria ideológica. Para Bobbio (2000, p. 162-163), a força ideológica remete à capacidade de influência que “as ideias formuladas de um determinado modo, emitidas em determinadas circunstâncias, por uma pessoa investida de determinada autoridade, difundidas através de determinados procedimentos, têm sobre a conduta dos consorciados”.

Dessa espécie de condicionamento é que surge, em cada grupo organizado, a importância social daqueles que sabem, como os sacerdotes ou ministros de ordens religiosas, porque através deles - e dos valores que difundem - cumpre-se o processo de socialização necessário à integração do grupo. A subsunção da espécie ao gênero é bem marcada por Vilas (2013, p. 13), que diz o poder ideológico se assenta na persuasão das ideias e na capacidade de influenciar comportamentos humanos. Uma ideologia – diz o autor - consiste na seleção de certas ideias para sublinhar e representar um projeto particular que mantenha e aumente o poder nas relações sociais. Logo, as ideologias oferecem interpretações do mundo, tornam-no compreensível e manejável ou oferecem recomendações e perspectivas para fazê-lo compreensível e manejável. Nesse raciocínio, o poder das igrejas sobre sua freguesia, com promessas de salvação e ameaças de castigos ultraterrenos, é um caso típico da categoria em questão.

A força do poder religioso manifesta-se pela propagação reiterada de diferentes interpretações de textos sagrados, aliada à sugestão mais ou menos impositiva de condutas e de um estilo de vida, do que deriva uma considerável capacidade de modulação de comportamentos. Nessa linha, Fukuyama (2013, p. 81) assevera que a religião tem importante papel no estímulo de ações coletivas em larga escala. Agozino (1997, p. 217), por seu lado, afirma que todas as grandes religiões do mundo ensinam, explícita ou implicitamente, que existem leis e autoridades morais mais altas do que as políticas cambiantes de todos os Estados; todas as religiões, ao interpretarem tais leis, criam oportunidades para o exercício da liderança moral, a influência e, muito possivelmente, o poder através dos limites do Estado. Por isso, as igrejas e os agrupamentos espirituais constituem, à sua maneira, *forças políticas organizadas*, como afirma Prélot (1975, p. 140).

Segundo Fayt (2009, p. 48), o poder religioso traduz-se no “*gobierno indirecto de los hombres a través de sus necesidades espirituales*”. Fernández Ruiz (2010, p. 19) complementa que, baseadas no dogma, as disposições do poder religioso referem-se não somente à conduta do ser humano em suas relações com seus semelhantes, mas que também operam na relação com Deus e no âmbito do seu “eu interno”. Em sua perspectiva, os patronos dos cultos são os depositários do poder religioso; o cumprimento ou a infração de seus mandados dará lugar a prêmios ou castigos em uma vida ultraterrena. O poder religioso, assim, forceja e violenta o livre-arbítrio do indivíduo a ele subordinado, cuja conduta se modifica para não fazer-se merecedor de castigo, mas de glória na vida seguinte.

Os ministros e sacerdotes, nesse contexto, convertem-se em fortes formadores de opinião, agindo na prática eleitoral como exímios “puxadores de voto”. A efetividade de seu discurso decorre, em primeiro lugar, da primazia que exercem sobre a questão do sagrado, da qual emana uma força social que produz

resultados diretos no direcionamento dos sentimentos coletivos (CASAL, 2012, p. 103).

Decorre também do fato de que, pessoalmente, gozam em suas comunidades de elevado prestígio, elemento que facilita a conquista de obediência e apoio (AZAMBUJA, 2008, p. 84). Por isso, é lógico reconhecer que a imposição de limites às atividades eclesiásticas é uma medida necessária à proteção das eleições, dada a ascendência incorporada tanto por expoentes das igrejas em setores específicos da comunidade (*Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, Tesis XLVI/2004 e XXXVIII/2014*).

Na jurisprudência mexicana, esse argumento tem o sentido de impedir que força política alguma possa coagir moral ou espiritualmente os cidadãos, para que se afiliem ou votem por ela, além de garantir a liberdade de consciência dos participantes do pleito, que deve manter-se livre de elementos religiosos, finalidade que não se lograria alcançar se fosse permitido que os partidos usassem a ideologia religiosa na campanha, pois com isso evidentemente se afetaria a liberdade de consciência dos votantes e, conseqüentemente, a qualidade do voto na renovação dos órgãos do Estado (*Tesis XLVI/2004*).

Essa amálgama é capaz subverter a essência do voto. Na visão de Steil (2001, p. 81-82), a ação religiosa pode “destituir o voto de sua conotação racional política, atribuindo-lhe uma função mágica”. Por outro lado, “se os votos dos crentes têm esta conotação positiva e mágica, os candidatos que são seus destinatários se tornam instrumentos da ação divina. [...] São, ao que tudo indica, portadores de uma investidura que lhes é conferida por graça e escolha divinas, independente de suas obras ou méritos”.

No plano eleitoral, o poder religioso tem sido aproveitado de duas diferentes formas: pela apresentação de candidatos selecionados em seu próprio seio, convertidos em “candidatos oficiais” das respectivas organizações de cunho religioso; e pelo estabelecimento

de pactos com elementos alheios àquelas comunidades, baseados na oferta de benefícios imediatos ou proveitos futuros em troca da disponibilização de apoio político. A depender da forma, serão diferentes a abordagem e a dificuldade encontrada pelos eclesiásticos na tarefa de angariar apoio dentro de seu rebanho.

Por razões claras, resulta mais simples o trabalho em prol de frequentadores da própria comunidade religiosa, em favor dos quais operam a lógica do corporativismo e a eficácia do facilmente assimilado lema “irmão vota em irmão”. Em outra mão, a promoção de candidatos alheios à instituição é mais complicada, dependendo de formas mais elaboradas de discurso, a fim de que sejam apresentados, entre todos os postulantes, como os “verdadeiros servos do Senhor” (MONTES, 2014, p. 37).

Em todos os casos, é comum que se apresente aos fiéis um cenário social inserido em uma espécie de batalha espiritual, cuja vitória depende da aplicação de um esforço político conjugado. Após o sucesso, os eleitos, especialmente os parlamentares evangélicos começam a trabalhar na defesa de uma plataforma fincada unicamente nos valores morais previamente definidos por sua crença.

Em resumo, o debate proposto pela maioria dos deputados evangélicos limita-se à temática religiosa e moral, excluem-se de sua preocupação questões de natureza política, econômica e social. Temas de interesse nacional, abrangentes e relevantes ao desenvolvimento do país, não são abordados nas discussões neopentecostais, o que revela uma despolitização e privatização da política [...]. (PECCININ, 2018, p. 129)

A concentração da plataforma política na defesa intransigente de pressupostos decorrentes de uma confissão religiosa colide frontalmente com o modelo de laicidade estatal preponderante no Brasil desde a edição da Constituição Republicana de 1891. Inexiste qualquer restrição para que o culto religioso no país,

contudo, é impossível que a disseminação de ideias seculares seja realizada a partir do uso das estruturas de Estado, o que, obviamente, inclui a ação parlamentar.

A Justiça Eleitoral não é indiferente ao uso de condutas abusivas por líderes religiosos, contudo, é cautelosa ao verificar e mensurar o referido excesso. O pleito desequilibra-se pela ação de lideranças seculares quando fica comprovada o mínimo de ascendência sobre os eleitores associada ao público atingido pela mensagem. Conselhos esporádicos dados a poucas pessoas não podem configurar abuso, mas reuniões com grande público em que alguns candidatos são apresentados como os ungidos de Deus, possuem o condão de contaminar a regularidade de um pleito.

Em julgamento recentemente realizado (RO 537003), o Tribunal Superior Eleitoral, determinou a cassação de dois parlamentares de Minas Gerais que tiveram suas candidaturas divulgadas durante cerimônia religiosa. Na ocasião, o líder da igreja pediu que cada fiel conseguisse além do seu próprio voto mais 10 sufrágios para os candidatos. A Corte reconheceu o excesso, contudo, configurou-o como abuso de poder econômico, dada a ausência de expressa previsão legal do abuso de poder religioso.

6.2 Abuso de Poder Coercitivo

No âmbito das interações humanas a violência faz-se presente desde o início da história. A despeito das longas e sucessivas etapas da evolução civilizatória, ainda hoje aflige o experimento social. No campo das eleições, foi amplamente utilizada a fim de assegurar vitórias até as primeiras décadas do século XX, até que, com a edição de medidas normativas de depuração, deixou de exercer protagonismo, permitindo a elevação do índice de integridade eleitoral. Contudo, hodiernamente a sombra da violência pode ser verificada em alguns certames eletivos. Cuida-se de uma espécie de

resgate do antigo voto de cabresto, prática cujos efeitos anulam, na essência, a liberdade para o exercício do sufrágio, destruindo a própria simbologia do que representa a maior das manifestações da cidadania.

Em vista dessa realidade, o ordenamento brasileiro oficializou, no art. 41-A, §2º, da Lei nº 9.504/97, a existência de captação ilícita de sufrágio pelo emprego de coação, caracterizada pela prática de violência ou grave ameaça no processo de obtenção de votos. Combate-se, pelo dispositivo, o emprego de constrangimentos físicos ou psicológicos ao eleitor, prática violadora da legitimidade do pleito e existente na realidade do país, mormente em comunidades onde a engrenagem do crime organizado mantém-se em movimento em razão da obscura influência de um protetorado político.

O poder coercitivo opera, basicamente, por meio do medo. Faz-se obedecer pelo consentimento advindo de um temor disparado por uma antevisão das consequências oriundas da desobediência (GAITÁN, 2005, p. 17). O sujeito sobre o qual se impõe o poder em questão ajusta o seu comportamento aos desejos do coator com o objetivo de evitar a imposição de um malefício ou castigo. Trata-se, pois, de modulação comportamental que atua sobre o instinto natural de autopreservação. Como nota Stoppino (2009, p. 1.293), a segurança física da própria vida tende a ser um valor fundamental para todos os homens e, por isso, a aptidão para colocá-la em risco representa uma ferramenta efetiva de controle sobre a conduta humana.

Teoricamente, o poder coercitivo admite duas formas de manifestação: o emprego de violência ou grave ameaça. Stoppino (2009, p. 1.291) concebe a violência como uma intervenção física exercida contra a vontade do agente que a sofre, com a finalidade de destruir, ofender ou – o que interessa para o caso - coagir. Quanto à ameaça, significa para Cândido (2008, p. 194) a promessa de aplicação de um mal injusto, de cunho psíquico ou moral, apta a exercer sobre aquele a quem é destinada uma ação inibitória de tal força que lhe

impeça o exercício do elemento volitivo. A efetividade da ameaça reside no fato de que fenômeno pode ser visto também como um modo de comunicação que atua sobre as representações que provoca nos seres. Como sugere Vilas (2013, p. 23), no âmbito das relações de poder nem sempre é necessário que se passe à repressão aberta para que os cidadãos entendam do que se trata e atuem em consequência.

Ultimamente, denúncias a respeito da intromissão do poder paralelo no cenário eleitoral têm aparecido com certa frequência. Assim como há muito se sabe da relação espúria entre a política e o dinheiro, surgem a cada dia mais e mais indícios de que algo semelhante ocorre com o crime organizado.

A modo de exemplo, no estado do Maranhão, doze milicianos armados foram presos no dia do pleito, sob o pretexto de garantir “segurança” de um candidato a prefeito⁴; no Rio de Janeiro, apenas no período compreendido entre 2008 e 2012, quatro vereadores foram presos em função de ligações com milícias que dominam favelas e comunidades carentes⁵. A gravidade do tema levou a Justiça Eleitoral a montar um operativo especial, com o escólio de evitar que a ação de grupos criminosos influenciasse a opção dos eleitores. À época, o TRE fluminense noticiou o recebimento de denúncias de que os cidadãos afligidos estariam sendo forçados, inclusive, a fazer uso de seus telefones celulares, a fim de efetuar registros que comprovassem o sentido de seu voto⁶.

4 Fonte: [<http://g1.globo.com/ma/maranhao/eleicoes/2012/noticia/2012/10/doze-milicianos-sao-presos-durante-eleicoes-no-maranhao.html>]. Acesso: 27.03.2016.

5 Fonte: [<http://rollingstone.uol.com.br/edicao/23/o-direito-ao-voto#imagem0>]. Acesso: 27.03.16.

6 Fonte: [<http://eleicoes.uol.com.br/2012/noticias/2012/05/17/acao-de-milicias-e-trafficantes-preocupa-justica-eleitoral-do-rio-de-janeiro.htm>]. Acesso: 27.03.16.

Apesar dos esforços empreendidos pelo órgão, em 2014 renovaram-se notícias sobre esforços de facções criminosas para alavancar candidaturas. Segundo matéria da revista Carta Capital, as milícias tentam controlar os resultados eleitorais; o Deputado Marcelo Freixo, relator da CPI das Milícias afirmou ao periódico que os milicianos possuem um projeto não apenas econômico, mas também de poder⁷.

Assim como o poder religioso, o poder coercitivo não foi contemplado pelo legislador brasileiro, quando da catalogação de formas abusivas a ensejarem a propositura da ação de investigação judicial eleitoral. Diferentemente da espécie religiosa, o emprego do poder coercitivo conta com alguma forma de punição, exatamente nas penas da captação ilícita de sufrágio (art. 41-A, §2º Lei nº 9.504/97).

No entanto, o mecanismo é insuficiente para a punição e para a repressão das condutas analisadas, especialmente por ter-se sedimentado na jurisprudência pátria um detalhe de cunho probatório que assinala uma importante distinção entre o reconhecimento de captação ilícita de sufrágio e a caracterização do abuso de poder. Para o TSE, a norma que proíbe a captação ilícita adota como bem jurídico protegido a liberdade para o exercício do sufrágio, ao tempo em que o abuso é vedado com o objetivo de resguardar a legitimidade das eleições.

De consequência, diferentemente do que se passa com os casos de abuso de poder, a punição pela captação ilícita por coação depende de que se comprove nos autos a participação - ainda que indireta - do candidato (RCED nº 739/RO). No caso

⁷ Fonte: [<http://www.cartacapital.com.br/politica/o-poder-da-milicia-nas-eleicoes-do-rio-de-janeiro-1597.html>]. Acesso: 27.03.16.

do abuso, como o que se pretende não é punir o candidato, mas assegurar a integridade do pleito, o instrumento típico prescinde da demonstração de que o beneficiário tinha conhecimento direto da prática, o que permite a aplicação das sanções legais quando o desequilíbrio é gerado por simpatizantes ou outros sujeitos engajados na campanha. Cuida-se de nuança capaz de contribuir para que o abuso de poder por coação, em muitos casos, acabe por escapar à punição.

6.3 Abuso do Poder dos Algoritmos

O avanço tecnológico, especialmente no campo da produção e difusão do conhecimento, criou grandes fissuras na sociedade moderna; dessas brechas começaram a emergir, neste século, novos códigos de comportamentos sociais. A realidade contemporânea multiplicou exponencialmente a quantidade de informações produzidas e dinamizou a sua propagação, mas não cuidou de estimular um acréscimo qualitativo na mesma proporção.

A vivência em um mundo multi-informado trouxe, também, a possibilidade da manipulação aética da informação nos mais diferentes ramos da sociedade, da seara religiosa à economia, dos costumes ao campo político. Na senda eleitoral, o uso indevido da informação é muito comumente associado à produção e disseminação de notícias de caráter fraudulento, o que se convencionou chamar de *Fake News*.

Contudo, existem mecanismos mais complexos e mais eficientes de manipulação de dados no mundo virtual com a finalidade de influir no processo eleitoral. Esse uso indevido do conhecimento disseminado em rede pode acabar funcionando como mecanismo de manipulação do eleitorado, influenciando de modo nefasto nos resultados dos pleitos. Exemplo notável disto é a investigação

acerca da atuação de hackers com o fito de influir no resultado das Eleições presidenciais dos Estados Unidos realizadas em 2016⁸.

A pedra de toque dos sistemas de manipulação de dados eletrônicos utilizados contemporaneamente é o acesso aos algoritmos do sistema. O algoritmo é um conjunto de modelos matemáticos, continuamente mutáveis, que possibilita que um dispositivo computacional possa realizar diferentes tarefas simultaneamente, tendo como ponto de partida um bloco de informações iniciais.

Algoritmos utilizados por corporações como o Google ou o Facebook constituem hoje mecanismos mais poderosos de vigilância e controle do que aqueles desenvolvidos tradicionalmente por agentes governamentais. [...] O aperfeiçoamento constante de algoritmos permite o processamento imediato de vastos bancos de dados coletados com ou sem a permissão daqueles que se conectam à rede e tornam possível a construção precisa de perfis individuais de consumidores e de seus desejos ou preferências. De posse de tais perfis, a máquina digital pode, com precisão cirúrgica, bombardear clientes específicos não com possibilidades de escolha, mas com escolhas pré-determinadas para atender a desejos. É óbvio que, na medida em que mais e mais indivíduos recorrem única ou prioritariamente a meios hegemônicos de comunicação (Google, Facebook) que só atendem a desejos, a esfera pública de tomada de decisões a partir de possibilidades torna-se comprometida, quer se trate, por exemplo, da escolha de produtos ou de políticos em eleições “democráticas”. [...] A possibilidade tecnológica de atingir e manipular alvos específicos em grande escala ameaça, no momento histórico

⁸ Fonte: [<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38275572>]. Acesso: 23.08.18.

que costumamos chamar de pós-moderno, compromete a própria distinção tradicional entre o verdadeiro e o falso e, conseqüentemente, o processo decisório que é essencial para a democracia. (BELLEI, 2018, p. 32-33)

O uso indevido dos algoritmos em uma campanha eleitoral poderá direcionar para as pessoas corretas, aquelas com menor nível de escolaridade ou que demonstram interesse por notícias sensacionalistas, informações, verdadeiras ou forjadas, sobre determinados candidatos, de modo a depreciar sua imagem. Esse procedimento, na prática, seria uma modalidade de propaganda negativa muito eficiente. Do mesmo modo, podem ser direcionadas mensagens seguidas de enaltecimento de outro concorrente, tentando influir positivamente na visão do eleitor quanto a sua postura ou suas propostas.

Essa realidade é possível graças ao que Eli Pariser (2012) chamou de filtro bolha, ou seja, o uso de algoritmos como controladores de conteúdo; através da observação dos hábitos dos usuários da internet (termos pesquisados em buscadores, sites acessados, produtos pesquisados em lojas virtuais, etc.) forma-se um perfil do indivíduo, com relativa margem de acerto, e enviam-se conteúdos que se amoldam a este padrão. Esse procedimento foi empregado, inicialmente, para fins comerciais, mas hoje atinge com grande frequência a senda das disputas políticas.

O uso das informações capturadas pelos algoritmos não constitui, por si só, uma conduta abusiva no decorrer de um processo eleitoral. O tratamento dos dados pode servir para que um candidato possa ordenar suas propostas aos maiores anseios do eleitorado ou para modular seu discurso tornando-o mais atrativos a determinados setores (mulheres, jovens, negros, etc.). Assim como nos exemplos anteriores, o manejo desse recurso de influência não constitui em si mesmo um problema: as inquietações decorrem dos comportamentos abusivos.

O abuso no uso dos algoritmos pode apresentar-se sob diferentes perspectivas. A filtragem do conteúdo submetido ao eleitor acaba direcionando as informações recebidas por ele e dificultando o acesso a pontos de vista dissonantes ou aos mais diversos candidatos. O problema reside no “[...] excesso da filtragem, tanto por parte das empresas quanto dos próprios indivíduos que sem ter consciência se limitam se afastando de pontos de vista divergentes dos seus e empobrecendo assim o valor do debate na esfera pública virtual” (MAGRANI, 2014, p. 119).

Outra modalidade abusiva é a disseminação de fake news, que, geralmente, servem para a detração de um determinado candidato. “Elas são enganosas, se revestem de diversos artifícios para enganar o leitor buscando sua curiosidade e difusão daquele conteúdo. Não é uma ficção, é mentira revestida de artifícios que lhe conferem aparência de verdade sendo capaz de produzir danos” (RAIS, et. al., 2018, p. 69).

Por fim, há o uso do que se convencionou chamar de bots, ou seja, verdadeiros robôs digitais que realizam diferentes missões tais como: a coleta de informações sobre usuários da internet, a disseminação de correspondência eletrônica e de notícias manipuladas. O comportamento decorre do fato de que:

[...] o uso da inteligência artificial para que os bots interajam e conversem com os usuários tem dificultado a identificação dos bots, principalmente porque esses têm “clonado” o comportamento humano. Com o desenvolvimento dessas ferramentas, os bots não só são capazes de propagar uma quantidade inimaginável de informação, no caso tweets, como podem ser programados para atuarem como humanos. (SANTOS, 2018)

A Justiça Eleitoral, doravante, cada vez será confrontada com a análise de hipóteses de abuso eleitoral geradas pelo manejo

inadequado dos algoritmos. Nesses casos, uma vez comprovada a irregularidade, ainda que não haja previsão legal expressa da punição dos que abusam dos mecanismos de propaganda no meio digital, é possível enquadrar-se sob o guarda chuva do abuso de poder econômico, tendo em vista o dispêndio de recursos necessários para o uso das funcionalidades do algoritmo.

CONCLUSÃO

Nos Estados democráticos, evidencia-se a necessidade de um constante cuidado legislativo no sentido de aprimorar os institutos e técnicas que compõem o microsistema eleitoral, a fim de aperfeiçoar a regulamentação dos pleitos e, também, combater a defasagem identificada entre o sistema normativo e a realidade das eleições.

Nesse caminho, Sánchez Muñoz (2007, p. 3) alerta que em uma sociedade em que a imprensa pode manipular a realidade, em que partidos e candidatos veem-se obrigados a dispendir altas somas de dinheiro nas campanhas eleitorais, seguir falando de igualdade de acesso aos cargos públicos em um sentido puramente formal, ou seguir definindo a liberdade para o exercício do sufrágio em termos estritamente subjetivos, como a simples ausência de coações ou pressões indevidas pode não responder totalmente à realidade.

Em seu juízo, é necessário, redefinir aqueles princípios, colocando a isonomia entre os competidores como elemento central na concepção atual do que se consideram eleições “livres”. Não existe, de fato, real liberdade de escolha, diante de brechas normativas que permitam o desenvolvimento de atividades ilícitas capazes de deturpar a ação de convencimento do eleitor e promover a quebra da isonomia eleitoral. Esse é o caso do abuso de poder, que nesse caminho debilita o índice de integridade que se atribui a uma competição eleitoral.

Entre as diversas etapas do pleito, o abuso de poder tem lugar durante na campanha, devendo esta ser bem configurada, com o estabelecimento de parâmetros normativos destinados à conservação da legalidade no processo de captação de votos e à promoção da competitividade entre os participantes. Requer-se, enfim, o alcance de um modelo capaz de preservar a cidadania e de combater a corrupção do processo, mediante o efetivo afastamento de condutas consideradas antissociais. Obviamente, o sucesso desse modelo depende da marcha de um processo de aprimoramento legal cujo produto final goze de reconhecido apuro técnico, além de clareza e eficiência.

Avaliado o sistema vigente, nota-se que o modelo brasileiro, ao prever, de maneira inequívoca, a existência de dois instrumentos processuais especificamente destinados à repressão do abuso de poder (inclusive com a estipulação de rol de legitimados, prazos para ajuizamento, rito a ser observado, etc.) apresenta um aceitável nível de clareza.

No plano normativo, é regular no quesito eficiência: dispõe de ações hipoteticamente céleres, destinadas à aplicação de sanções administrativas graves, em especial a cassação de mandatos políticos. Peca, porém, no apuro técnico quando, na tentativa de delinear o fenômeno, acaba por conferir-lhe um contorno estiolado, ao reduzir as hipóteses de cabimento a três diferentes faces do abuso de poder (econômico, político e midiático), as quais não esgotam, como demonstrado, suas possibilidades de manifestação. Essa imprecisão técnica tem prejudicado o enfrentamento judicial de hipóteses anômalas, em especial o abuso de poder religioso e o abuso de poder coercitivo, apenas reconhecidos na jurisprudência em casos muitíssimo raros, em que artificialmente encaixados nos casos de abuso legalmente tipificados.

Nesse diapasão, é lícito reconhecer que a falta de previsão legal desestimula o ajuizamento de ações específicas, o que

reflexamente acaba por expor a integridade do processo de escolha popular. De toda sorte, evidenciada uma situação normativa próxima do que se considera ideal, o arquétipo brasileiro teria um grande salto qualitativo com a adoção de um reparo redacional, dirigido à eliminação da pretensão descritiva constante do parágrafo §9º, do art. 14, da CF, assim como do art. 22, caput, da LC nº 64, de 1990.

Ter-se-ia, assim, por bem assentado o cabimento da ação de investigação judicial eleitoral diante de casos de abuso de poder em qualquer de suas faces, independentemente de prévia especificação. Selados os flancos, não haveria necessidade de alteração da normativa referente à ação de impugnação de mandato eletivo, vez que a integridade eleitoral restaria suficientemente protegida com a configuração de uma técnica processual aberta e abrangente.

REFERÊNCIAS

AGOZINO, Adalberto. **Ciencia Política y Sociología Electoral**. Buenos Aires: Ediar, 1997.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2008.

BARROS FILHO, Clóvis de. **Ética na comunicação**. 4. ed. São Paulo: Summus, 2003.

BELLEI, Sérgio Luiz. A crise da democracia segundo Derrida. **Sapere aude**, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, jan./jun. 2018. p. 31-44.

BIM, Eduardo Fortunato. O polimorfismo do abuso de poder no processo eleitoral: o mito de Proteu. **Revista do TRE-RS**. Porto Alegre. v. 8. n. 17, jul./dez. 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Brasília: Campus, 2000.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral brasileiro**. 13. ed. Bauru: Edipro, 2008.

CAMPOS, José German Bidart. **El poder**. Buenos Aires: Ediar, 1985.

CAMPOS, José René Olivos. **Ciencia Política**. Ciudad de México: UNAM, 2012.

CASAL, Victor Freire. **Sociología de la religión**. Edição eletrônica Kindle, 2012.

CASTRO, Edson de Resende. **Direito Eleitoral**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: UNB, 2009.

ESMER, Yilmaz; PETERSON, Thorleif. The effects of religion and religiosity on voting behavior. In: DALTON, Russell; KLINGEMANN, Hans-Dieter. **The Oxford handbook of political behavior**. Oxford: Oxford Press, 2007.

FAYT, Carlos Santiado. **Derecho Político**. Tomo II. 12. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009.

FIGUEIREDO, Hernán Gonçalves. **Manual de Derecho Electoral**: principios y reglas. Buenos Aires: Di Lalla, 2013.

FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política**. São Paulo: Rocco, 2013.

GAITÁN, Fernando Galvis. **Manual de Ciencia Política**. Bogotá: Temis, 2005.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HERMET, Guy; BADIE, Bertrand; BIRNBAUM, Pierre; BRAUD, Philippe. **Dicionário de Ciência Política e das instituições políticas**. Lisboa: Escolar, 2014.

JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

KAPLAN, Abraham; LASSWELL, Harold. **Poder e sociedade**. Brasília: UNB, 1979.

MACHADO, Jónatas. **Estado constitucional e neutralidade religiosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático**. Curitiba: Juruá, 2014.

MONTES, Adriano. **A política na igreja**. Edição eletrônica Kindle, 2014.

MUÑOZ, Óscar Sánchez. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

PARISER, Eli. **O filtro invisível: o que a internet esta escondendo de você**. Tradução Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

PECCININ, Luiz Eduardo. **O discurso religioso na política brasileira**: democracia e liberdade religiosa no Estado laico. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PRÉLOT, Marcel. **A ciência política actual**. Lisboa: Círculo de Leitores, 1975.

RAIS, Diogo; et. al. **Direito eleitoral digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RIBEIRO, Fávila. **Abuso de poder no Direito Eleitoral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RUIZ, Jorge Fernández. **Tratado de Derecho Electoral**. Ciudad de México: Porrúa, 2010.

SÁNCHEZ, Eduardo Andrade. **Introducción a la Ciencia Política**. Ciudad de México: Oxford Press, 2013.

SANTOS, Andréia. **O impacto do big data e dos algoritmos nas campanhas eleitorais**. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Andreia-Santos-V-revisado.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

SARTORI, Giovanni. **La democracia en treinta lecciones**. Madrid: Taurus, 2009.

STEIL, Carlos Alberto. Eleições, voto e instituições religiosas. **Debates do NER**. Porto Alegre. Ano II, n. 3. 2001. p. 73-85.

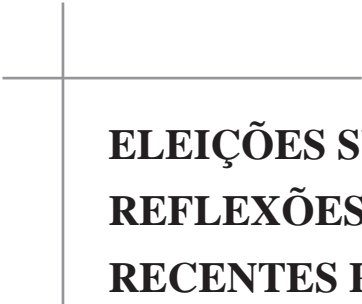
STOPPINO, Mario. Poder. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 13. ed. Brasília: UNB, 2009, p. 933-943.

URIARTE, Edurne. **Introducción a la Ciencia Política**: la en las sociedades democráticas. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VILAS, Carlos María. **El poder y la política**: el contrapunto entre razón y emoción. Buenos Aires: Biblios, 2013.

WEBER, Max. **O direito na economia e na sociedade**. São Paulo: Ícone, 2011.



**ELEIÇÕES SUPLEMENTARES:
REFLEXÕES SOBRE OS
RECENTES PRECEDENTES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
E DO TRIBUNAL SUPERIOR
ELEITORAL.¹**

Ângelo Soares Castilhos
Rafael Maffini

¹ Artigo originalmente publicado na Revista dos Tribunais, v. 994, ano 107, pp. 335-362. São Paulo: Editora RT, agosto 2018.

RESUMO: O presente trabalho visa a detalhar importantes julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, os quais trazem, dentre outros elementos, novos parâmetros constitucionais e legais à realização de eleições suplementares para os Poderes Executivos no Brasil: definição das normas aplicáveis a cada esfera (federal, estadual e municipal), a possibilidade de execução imediata dos julgados da Justiça Eleitoral e a (in)definição acerca do esgotamento das instâncias eleitorais.

ABSTRACT: This paper aims at detailing important judgments of the Federal Supreme Court and the Superior Electoral Court, which bring, among other elements, new constitutional and legal parameters to the holding of supplementary elections for Governments in Brazil: definition of the rules applicable to each sphere (federal, state and county), the possibility of immediate execution of the Electoral Court judges and the (in) definition about the exhaustion of the electoral instances.

PALAVRAS-CHAVE: Eleições suplementares; Justiça Eleitoral; precedentes dos Tribunais Superiores; Supremo Tribunal Federal; Tribunal Superior Eleitoral.

KEY-WORDS: Supplementary elections; Electoral Justice; Superior Courts decisions; Federal Supreme Court; Superior Electoral Court.

1. INTRODUÇÃO

A sucessão dos cargos de chefe do Poder Executivo, quando ocasionada pela intervenção do Poder Judiciário, devido ao indeferimento do registro de candidatura ou à cassação de registro ou de diploma, via de regra, é objeto de inúmeras controvérsias na circunscrição envolvida: instabilidade institucional, alternância de poder, agitação política e embates judiciais. Seja na esfera municipal, na estadual ou na federal, a tarefa da Justiça Eleitoral é sempre árdua: conciliar os imperativos constitucionais da soberania popular (arts. 1º, parágrafo único, e 14, *caput*) e da normalidade e a regularidade das eleições (art. 14, § 9º), de forma a preservar o Estado Democrático de Direito.

Os intensos debates travados entre as partes envolvidas, a Procuradoria-Geral Eleitoral (PGE) e até mesmo os ministros que compunham o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), nos autos dos processos das Ações de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) n. 1547-81 e n. 1943-58, da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) n. 7-61 e da Representação (Rp) n. 8-46, que visavam à desconstituição do mandato eletivo obtido pela então Presidente da República Dilma Rousseff e pelo então Vice-Presidente da República Michel Temer, exemplificam o quão impactante pode ser, por exemplo, um julgamento que decida por cassar, ou não, uma chapa vencedora de eleição.

Dentro desse contexto, cada decisão no sentido de cassar chefe de Poder Executivo acarreta, uma vez exauridas as instâncias eleitorais, necessariamente, a renovação da eleição, seja ela direta e realizada pela Justiça Eleitoral, seja ela indireta e realizada pelo Poder Legislativo respectivo. No presente trabalho, trataremos da

distinção feita pelo Supremo Tribunal Federal, em tais casos, acerca da aplicabilidade das normas constitucionais e infraconstitucionais que regulam a escolha de novos mandatários dos Poderes Executivos nacionais, assim como sobre a exequibilidade dos julgados do Tribunal Superior Eleitoral em tais casos.

2. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 5525

Uma forte controvérsia existiu no meio jurídico-eleitoral acerca das normas aplicáveis às novas realizações de pleitos majoritários da Presidência da República, de governos estaduais e de prefeituras, em vista de um conflito aparente entre o art. 224 do Código Eleitoral e o art. 81, § 1º, da Constituição, as regras das constituições estaduais e as normas das leis orgânicas municipais.

Diante disso, surgiu, com força, na doutrina, uma teorização que acomodava a incidência do Código Eleitoral e das normas político-administrativas dos entes federados, separando-lhes em termos de aplicabilidade: causas eleitorais e causas não eleitorais. Neste sentido, *exempli gratia*, JOSÉ JAIRO GOMES foi defensor da ideia até a alteração do Código Eleitoral pela Lei n. 13.165/2015.²

² Conforme CARLOS EDUARDO FRAZÃO, o eminente eleitoralista assim posicionou-se até a 11ª edição de sua obra (**Direito Eleitoral**): “Em edições anteriores, José Jairo Gomes encampava posicionamento oposto. O jurista defendia a compatibilidade do art. 224, caput, do Código Eleitoral com a Lei Fundamental. Em primeiro lugar, José Jairo sustenta que, ao passo que o art. 81 não enumera as hipóteses de vacância, o art. 224 o faz expressamente. Em segundo lugar, e aqui reside seu argumento mais consistente, para ele, ‘os dispositivos operam em momentos de lógica e juridicamente inconfundíveis’. Em suas palavras ‘[e]nquanto o art. 224 cuida de validade da eleição, que é requisito indeclinável da

Salientamos, porém, que renomados eleitoralistas como FREDERICO FRANCO ALVIM³ e RODRIGO LÓPEZ ZILIO⁴ já defendiam, antes da Minirreforma Eleitoral de 2015, a aplicabilidade do art. 81, § 1º, da Constituição quando a Justiça Eleitoral, diante da condenação pela prática de ilícito pela chapa vencedora, determinasse a realização de novo processo eletivo.

proclamação dos resultados e diplomação dos eleitos, o artigo 81 estabelece critérios para o preenchimento dos cargos que alude em caso de vacância ocorrida durante o exercício do mandato, pressupondo, portanto, que os cargos já estejam regularmente preenchidos e seus titulares devidamente investidos⁷. Subjacente a esse entendimento está a construção de, em se tratando de causas eleitorais (indeferimento ou cassação do registro de candidatura, cassação ou perda do diploma), aplica-se o disposto no Código Eleitoral (art. 224), ao passo que, veiculada por causas não eleitorais, a dupla vacância se inseriria no domínio normativo da Constituição (art. 81, caput, e § 1º).” (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 349). Ainda adotando, após 2015, a diferenciação entre as causas da ocorrência de sucessão, afirma RODRIGO ALBUQUERQUE: “Isto porque o art. 224 e seus parágrafos não padecem de inconstitucionalidade em face do art. 81 do Texto Constitucional, porque ambos os atos normativos disciplinam e regulamentam matérias diversas e inexoravelmente distintas. Como se sabe, da leitura do caput do art.224 do Código Eleitoral, exsurge a premissa de que o mesmo versa sobre validade da eleição, pressuposto inexorável para proclamação e diplomação dos candidatos eleitos.” (ALBUQUERQUE, Rodrigo. **O art. 224, § 3º e §4º do Código Eleitoral dentro de uma perspectiva constitucional do processo eleitoral**. Disponível em: <http://www.oseleitoralistas.com.br/2016/11/18/por-rodrigo-albuquerque-o-art-224§3-e-§4o-do-codigo-eleitoral-dentro-de-uma-perspectiva-constitucional-do-processo-eleitoral/>. Acesso em: 05 abr. 2018.)

³ “É bem de ver que, quando firmada a necessidade de reiteração, as novas eleições podem ser realizadas pela via indireta, quando subsumida a hipótese do art. 81, § 1º, da Constituição Federal. Assim, sobrevivendo a vacância nos últimos dois anos do mandato presidencial, a escolha da nova Chefia do Executivo partirá não do povo, diretamente, senão daqueles que atuam como seus representantes. Tratando-se, contudo, de vacância no último biênio nas esferas estadual ou municipal, a realização do pleito indireto depende de reprodução daquela regra na respectiva Constituição Estadual ou Lei Orgânica Municipal [...]”. (ALVIM, Frederico Franco. **Manual de Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 355-356.)

⁴ “Não se compartilha, portanto, do entendimento já exarado pelo TSE, no sentido da inaplicação do art. 81 da CF, em caso de dupla vacância, porque somente haveria a incidência do dispositivo constitucional em caso de vaga por ‘causa não-eleitoral’. Não

No entanto, a Lei n. 13.165/2015, que trouxe o acréscimo dos parágrafos 3º e 4º ao art. 224 do Código Eleitoral, mudou o prisma da controvérsia: passou-se a enfatizar o teor democratizante das novas regras, uma vez que ampliariam, substancialmente, a realização de novas eleições e, conseqüentemente, aumentariam a legitimidade dos mandatos eletivos.

Nesse sentido, tratando expressamente de caso concreto, em que o Tribunal Superior Eleitoral confirmou o indeferimento, tanto pelo Juízo da 154ª Zona Eleitoral, quanto pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, do registro da chapa do então candidato a prefeito mais votado no Município de Salto do Jacuí, em 2016, o Ministro HENRIQUE NEVES assim afirmou:

“Como se vê, esse ponto específico tratado na Lei 13.165/2015 foi debatido e editado para preservar a soberania popular e a democracia representativa, independentemente da causa de exclusão do candidato que obteve o maior número de votos em determinada eleição. Em suma, deliberou-se no sentido de o segundo colocado não poder assumir o exercício do cargo, em qualquer hipótese.

Não há nenhuma inconstitucionalidade na regra que não permite que o segundo colocado assumo o exercício do poder quando ele eletivamente não obteve a maioria dos votos sufragados[...]”⁵

se justifica o posicionamento do TSE, porquanto não é possível ao julgador fazer restrição interpretativa onde o próprio legislador constituinte não fez [...]”. (ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 58.)

⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. ELEIÇÕES 2016. REGISTRO. CANDIDATO A PREFEITO. INDEFERIMENTO. EMBARGOS. OMISSÕES. ART. 224 DO CÓDIGO ELEITORAL. Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral n. 139-25. Tribunal Pleno. Relator Ministro Henrique Neves Da Silva. Brasília/DF, 28 nov. 2016. **Publicado em Sessão**. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 05 abr. 2018.

Para que possamos entender mais objetivamente a discussão, podemos afirmar que a ideia era distinguir os fatores que ocasionassem a dupla vacância, a fim de determinar qual seria a norma incidente: a) causas não eleitorais (extinção de ambos os mandatos por renúncia, morte ou *impeachment*) = aplicação do art. 81, § 1º, da Constituição; b) causas eleitorais (indeferimento do registro de candidatura ou cassação de diploma ou de mandato em razão de processo na Justiça Eleitoral) = aplicação do art. 224 do Código Eleitoral.⁶

Assim, a fim de que fosse encerrada qualquer controvérsia, a Procuradoria-Geral da República ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.525. Na petição inicial, são asseveradas as seguintes violações à Constituição pelo art. 224, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral: à soberania popular (art. 1º, I, e parágrafo único, combinado com o art. 14, caput), ao pacto federativo (art. 1º, caput), ao acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV), ao devido processo legal substancial

⁶ Veja-se, por exemplo, o entendimento manifestado por GLAUCO SALOMÃO LEITE sobre a distinção entre os dispositivos constitucional e legal: “O pressuposto dessa linha argumentativa é de que a CF, ao regular a dupla vacância no Poder Executivo federal, não atrelou tal situação a qualquer fato específico que lhe dê causa. Dito de outro modo, a dupla vacância poderia ser resultado de algum fato posterior às eleições reputadas legítimas (morte, renúncia ou impeachment dos titulares), bem como de vícios existentes nas próprias eleições e que viessem a justificar a cassação do diploma ou a perda de mandato por decisão do TSE (como se daria nos casos de compra de votos ou ‘caixa dois’, por exemplo). O ponto central dessa tese é que, ofertando tratamento exaustivo à dupla vacância no âmbito federal, a CF não deixou espaço para disciplina extravagante através de lei infraconstitucional. Por isso, a Minirreforma Eleitoral seria, nessa parte, inválida. Dissentimos, contudo, dessa posição. Com efeito, essa interpretação apenas considera a textualidade dos diplomas normativos em questão, não levando em conta as distinções realizadas na própria prática jurisprudencial desde longa data e que salientam as diferenças entre a dupla vacância tal como prevista no artigo 81, CF e a perda de mandato ou cassação do diploma por decisão da Justiça Eleitoral. [...] Esses dois casos são suficientes para se perceber que existe um entendimento consolidado na jurisprudência eleitoral segundo o qual a perda de mandato

e o princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV), ao requisito da moralidade para exercício de mandatos eletivos (art. 14, § 9º), ao princípio da finalidade (CR, art. 37, caput), à forma de substituição do presidente e vice-presidente da República (art. 81) e o princípio da economicidade (art. 70, caput) e à proteção da legitimidade e normalidade dos pleitos eleitorais (art. 14, § 9º).⁷

A decisão de tal ação objetiva de controle concentrado de constitucionalidade é extremamente relevante, de modo que sua compreensão recomenda a análise de uma série de compartimentos decisórios, o que passa a ser feito neste ensaio.

2.1. APLICABILIDADE DO ART. 81, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO

O Poder Constituinte Originário atua com plenitude de poderes e, a partir de uma ruptura institucional completa, elabora novas diretrizes aos governos, às instituições e aos poderes constituídos, baseado nos anseios do povo que representa.

Dada tal peculiaridade, também lhe é permitido instituir regras que, em um primeiro momento, pareçam contraditórias, ou indevidas, ou mesmo fora do contexto da Constituição: são exceções ao sistema, desejadas expressamente pelo legislador constituinte.

oriunda de eleições ilegítimas é situação distinta daquela prevista na CF referente à dupla vacância. Aqui se observa que nos casos antes referidos, o TSE não os compreendeu como dupla vacância, pois, do contrário, não teria determinado a imediata posse aos candidatos vencidos nas eleições. Caso o Tribunal compreendesse que aquelas situações se enquadrariam no conceito de dupla vacância, deveria ter determinado a realização de novas eleições, que poderiam ser diretas ou indiretas, conforme cada constituição estadual.” (LEITE, Glauco Salomão. **Eleição direta deve ser convocada caso chapa Dilma-Temer seja cassada**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/eleicao-direta-convocada-chapa-dilma-temer-for-cassada>. Acesso em: 05 abr. 2018.)

⁷ Petição inicial da ADI n. 5525, subscrita pelo então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5525.pdf/view>. Acesso em: 03 abr. 2018.

Nessa esteira, a Constituição de 1988 trouxe uma regra que é, claramente, excludente do princípio da universalidade do sufrágio, contido em seu art. 14 - a eleição indireta, a partir da segunda metade do mandato, para os cargos de Presidente e de Vice-Presidente da República⁸.

Talvez seja, justamente aqui, pois, que se encontre a causa para a manutenção de tamanha celeuma: a previsão da eleição, exclusivamente pelo Congresso Nacional, nos últimos 24 meses do mandato presidencial.

A doutrina já vinha se debruçando sobre o tema, afirmando, constantemente, a incompatibilidade do art. 224 do Código Eleitoral com o texto constitucional, uma vez que a lei ordinária havia avançado em domínios regulados em sentido oposto pela Constituição. JOSÉ JAIRO GOMES, manifestando seu entendimento após a Minirreforma Eleitoral de 2015, explica que “*o artigo 81, § 1º, da Constituição não aponta qualquer causa de vacância dos cargos de titular e vice. Diz apenas: ‘ocorrendo a vacância nos dois últimos anos [...]’.* Não se vislumbra óbice à sua incidência nos domínios eleitorais como princípio hermenêutico e orientador do sistema, respeitadas as peculiaridades desse ramo da ciência jurídica.”⁹

Também CARLOS EDUARDO FRAZÃO trouxe, com firmeza, tal entendimento à lume, enfatizando não ser subsistente qualquer sobreposição do Código Eleitoral em relação à

⁸ Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga. § 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei. § 2º Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período de seus antecessores.

⁹ GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 851-852.

Constituição, sequer sendo possível a distinção proposta com fins de conciliação entre ambos dispositivos. Para o referido autor, o art. 81 da Constituição disciplina um suporte fático amplo, o qual abarcaria qualquer situação de dupla vacância da chefia do Poder Executivo. Segundo sua opinião, desafia o senso comum pensar que a cassação simultânea do mandato do titular e de seu vice não seja enquadrada, juridicamente, como dupla vacância dos cargos.¹⁰

Tais argumentos justificaram a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.525, pela Procuradoria-Geral da República, cuja relatoria coube ao Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO. Na petição inicial, subscrita em 12 de maio de 2016, assim foi expressou-se a necessidade de que fosse declarada a inconstitucionalidade do § 3º do art. 224 do diploma eleitoral:

¹⁰ O autor é absolutamente enfático em sua argumentação: “A primeira razão que lastreia inaplicabilidade do § 4º para normatizar as situações de dupla vacância para cargos no Poder Executivo tem assento constitucional: o constituinte, ao erigir o art. 81, caput, e § 1º, criou um regime jurídico próprio de sucessão presidencial se ocorrer vacância dos respectivos cargos. Ao criar uma nova fórmula de sucessão, o legislador ordinário negligenciou o fato de que o título condenatório em qualquer das hipóteses descritas no art. 224, § 3º, do Código Eleitoral, veiculam casos de dupla vacância, e, em consequência, adentrou campo suficientemente disciplinado pela Constituição. [...] De plano, a ausência de enumeração na Constituição das hipóteses de dupla vacância é técnica legislativa perfeitamente possível: optou o legislador constituinte em não manietar as hipóteses de incidência do art. 81. Com isso, adotou um suporte fático amplo para a sua aplicação, a qual permite que, ao menos em tese, qualquer situação verificada no mundo dos fatos possa ensejar a dupla vacância, simultânea ou não, da chefia do Poder Executivo. E desafia o senso comum advogar que a cassação simultânea do mandato do titular e de seu vice não se qualifique juridicamente como dupla vacância. Como corolário, o segundo argumento não mais subsiste. É que o pressuposto de fato para a incidência do art. 81, da Constituição da República, é a ocorrência de dupla vacância, pouco importando a racionalidade a ela subjacente. Em termos mais claros, é irrelevante que a vacância tenha decorrido do reconhecimento judicial de irregularidades apuradas durante o processo eleitoral, as quais inquinariam de nulidade a investidura no mandato, ou que os cargos tenham ficado vagos em razão de ‘vicissitudes ocorridas durante o exercício do mandato’. Com a opção por um suporte fático amplo, quis o constituinte albergar as mais diversas situações de fato que ocasionem a dupla vacância na chefia do Poder Executivo. [...] Ao editar o § 4º, o legislador ordinário subtrai uma dada

“Se ocorre indeferimento de registro de candidatura, cassação de diploma ou perda de mandato, dar-se-á vacância no cargo de presidente da República, pois o vice-presidente, substituto e sucessor do titular, também será alcançado pela decisão. Aplica-se o art. 81 da Constituição da República. Essa não é matéria ao alcance de mudança por legislação ordinária, sob pena de ofensa à supremacia constitucional. A lei poderia, quando muito, oferecer detalhamento sobre o procedimento de realização de eleições, mas não trazer prazo diverso do previsto constitucionalmente para que ocorram eleições indiretas. É cabível aqui empregar a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, para afastar do âmbito material de validade da norma os cargos de presidente e vice-presidente da República.”¹¹

hipótese de fato (i.e., condenações que importarem o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário) do âmbito de incidência de uma regra constitucional de clareza meridiana. Portanto, é inconstitucional a aplicação do art. 224, § 4º, do Código Eleitoral, para reger a sucessão presidencial se verificada a situação do § 3º do mesmo preceito legal, que, como dito repetidamente, veicula hipótese sui generis de dupla vacância simultânea.” (*Op. cit.*, pp. 348-350.)

¹¹ Petição inicial da ADI n. 5525, já citada. Observe-se que tal argumentação foi aventada, em 06 de maio de 2016, pouco antes do ajuizamento da ADI pela Procuradoria-Geral da República, por CARLOS EDUARDO FRAZÃO: “A nova redação do art. 224, § 3º, do Código Eleitoral, fala indistintamente em ‘candidato eleito em pleito majoritário’. Estes candidatos são os chefes do Poder Executivo nas esferas municipal, estadual e federal, a saber: prefeitos, governadores e presidente. Também senadores da República são eleitos pelo sistema majoritário. Ocorre que há disciplina constitucional específica para o cargo de presidente da República: [...] Se ocorre indeferimento de registro de candidatura, cassação de diploma ou perda de mandato, dar-se-á vacância no cargo de presidente da República,

Apesar de não haver sido publicado, ainda, o acórdão, é possível visualizar-se, pela tira de julgamento, que a tese versada pelo proponente da ação foi acolhida, no ponto que trata da sucessão presidencial, pela Suprema Corte:

“Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da locução ‘após o trânsito em julgado’, prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, e para conferir interpretação conforme a Constituição ao § 4º do mesmo artigo, de modo a afastar do seu âmbito de incidência as situações de vacância nos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, bem como no de Senador da República. Vencido, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, nos termos de seu voto. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.3.2018.”¹²

pois o vice-presidente, substituto e sucessor do titular, também será alcançado pela decisão. Aplica-se o art. 81 da Constituição da República. Essa não é matéria ao alcance de mudança por legislação ordinária, sob pena de ofensa à supremacia constitucional. A lei poderia, quando muito, oferecer detalhamento sobre o procedimento de realização de eleições, mas não trazer prazo diverso do previsto constitucionalmente para que ocorram eleições indiretas. É cabível aqui empregar a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, para afastar do âmbito material de validade da norma os cargos de presidente e vice-presidente da República.” (FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Aspectos controvertidos da Minirreforma Eleitoral de 2015: a inaplicabilidade do art. 224, § 4º, do Código Eleitoral, a eleições para o Poder Executivo**. Disponível em: [http://www.oseleitoralistas.com.br/2016/05/06/aspectos-controvertidos-da-minirreforma-eleitoral-de-2015-a-inaplicabilidade-do-art-224-§-4o-do-codigo-eleitoral-a-eleicoes-para-o-poder-executivo-por-carlos-eduardo-frazae](http://www.oseleitoralistas.com.br/2016/05/06/aspectos-controvertidos-da-minirreforma-eleitoral-de-2015-a-inaplicabilidade-do-art-224-%E2%80%93-4o-do-codigo-eleitoral-a-eleicoes-para-o-poder-executivo-por-carlos-eduardo-frazae). Acesso em: 05 abr. 2018.)

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5525. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília/DF, 08 mar. 2018. Acórdão não publicado. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 abr. 2018.

Portanto, a decisão irrecurável¹³ do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, dotada de eficácia erga omnes e efeito vinculante¹⁴, declarou que a disciplina da sucessão presidencial, em caso de dupla vacância dos cargos do Poder Executivo da União, qualquer que seja o motivo dos afastamentos do Presidente da República e do Vice-Presidente da República, está exclusivamente posta no art. 81 da Constituição, excluindo-se do âmbito de incidência do Código Eleitoral.

2.2. APLICABILIDADE DO ART. 224, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO ELEITORAL

O art. 224 do Código Eleitoral, a partir da vigência da Lei n. 13.165/2015, passou a ter a seguinte redação:

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

§ 1º Se o Tribunal Regional na área de sua competência, deixar de cumprir o disposto neste artigo, o Procurador Regional levará o fato ao conhecimento do Procurador Geral, que providenciará junto ao Tribunal Superior para que seja marcada imediatamente nova eleição.

§ 2º Ocorrendo qualquer dos casos previstos neste capítulo o Ministério Público promoverá, imediatamente a punição dos culpados.

¹³ Art. 26 da Lei n. 9.868/99.

¹⁴ Art. 102, § 2º, da Constituição e art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99.

§ 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 4º A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será: (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

I - indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato; (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

II - direta, nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)¹⁵

Acerca de sua incompatibilidade com a Constituição no que tange às eleições para governadores dos Estados e para prefeitos, assim manifestou-se o então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot em 12 de maio de 2016:

“A questão, portanto, é de repartição das competências federativas e de respeito aos espaços próprios dos estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios. Lei federal, conquanto de caráter nacional, como é o caso do Código Eleitoral, não pode suprimir esse espaço autônomo de deliberação dos entes federados.

Não há inconstitucionalidade no critério para escolha do sucessor. É razoável haver uniformidade nacional sobre o tema, evitando que em uns lugares se vote novamente, em outros se escolha o próximo da lista dos mais votados. A inconstitucionalidade está na fixação da modalidade dessa eleição, quando deva ocorrer na segunda metade do mandato. Lei federal não poderia tê-lo feito; incidiu em inconstitucionalidade orgânica ao invadir a

¹⁵ BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm. Acesso em: 09 abr. 2018.

esfera de competências dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Todo o novo art. 223, § 4º, deve, portanto, ser suprimido do ordenamento jurídico.”

É importante um fato importante seja destacado: o então chefe do Ministério Público da União¹⁶ baseou sua argumentação em, à época, sólida jurisprudência do Pretório Excelso, a qual, por reiteradas oportunidades, afirmou que a sucessão dos poderes executivos estaduais e municipais se constituiria como matéria de auto-organização, devendo ser regulamentada pelos entes federados em suas respectivas esferas normativas. Vejam-se os seguintes precedentes, relativos, respectivamente, às competências, na matéria, de Estados e de municípios:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 6.571/94, DO ESTADO DA BAHIA - DUPLA VACÂNCIA DOS CARGOS DE GOVERNADOR E DE VICE-GOVERNADOR DO ESTADO - ELEIÇÃO PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO RESIDUAL - MATÉRIA CUJA DISCIPLINA NORMATIVA INSERE-SE NA COMPETÊNCIA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DOS ESTADOS-MEMBROS - SIGILO DO VOTO NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO - EXCEPCIONALIDADE - PREVALÊNCIA DA VOTAÇÃO ABERTA - CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE (CF, ART. 14, § 3º) E HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE (CF, ART. 14, §§ 4º A 9º) - APLICABILIDADE NECESSÁRIA AO PROCESSO DE ESCOLHA PARLAMENTAR DO GOVERNADOR E VICE-GOVERNADOR - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

- O Estado-membro dispõe de competência para disciplinar o processo de escolha, por sua Assembléia Legislativa, do

¹⁶ Art. 25 da Lei Complementar n. 75/93.

Governador e do Vice-Governador do Estado, nas hipóteses em que se verificar a dupla vacância desses cargos nos últimos dois anos do período governamental. Essa competência legislativa do Estado-membro decorre da capacidade de autogoverno que lhe outorgou a própria Constituição da República.

- As condições de elegibilidade (CF, art. 14, § 3º) e as hipóteses de inelegibilidade (CF, art. 14, § 4º a 8º), inclusive aquelas decorrentes de legislação complementar (CF, art. 14, § 9º), aplicam-se de pleno direito, independentemente de sua expressa previsão na lei local, à eleição indireta para Governador e Vice-Governador do Estado, realizada pela Assembléia Legislativa em caso de dupla vacância desses cargos executivos no último biênio do período de governo.

- A cláusula tutelar inscrita no art. 14, caput, da Constituição tem por destinatário específico e exclusivo o eleitor comum, no exercício das prerrogativas inerentes ao status activae civitatis. Essa norma de garantia não se aplica, contudo, ao membro do Poder Legislativo nos procedimentos de votação parlamentar, em cujo âmbito prevalece, como regra, o postulado da deliberação ostensiva ou aberta.

- As deliberações parlamentares regem-se, ordinariamente, pelo princípio da publicidade, que traduz dogma do regime constitucional democrático. A votação pública e ostensiva nas Casas Legislativas constitui um dos instrumentos mais significativos de controle do poder estatal pela Sociedade civil.”¹⁷

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 6.571/94, DO ESTADO DA BAHIA - DUPLA VACÂNCIA DOS CARGOS DE GOVERNADOR E DE VICE-GOVERNADOR DO ESTADO - ELEIÇÃO PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO RESIDUAL - MATÉRIA CUJA DISCIPLINA NORMATIVA INSERE-SE NA COMPETÊNCIA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DOS ESTADOS. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.057. Tribunal Pleno. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Brasília/DF, 20 abr. 1994. **Diário de Justiça**, 06 abr. 2001, p. 66. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 abr. 2018.

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ART. 75, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DE GOIÁS - DUPLA VACÂNCIA DOS CARGOS DE PREFEITO E VICE-PREFEITO - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL - DOMÍNIO NORMATIVO DA LEI ORGÂNICA - AFRONTA AOS ARTS. 1º E 29 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. O poder constituinte dos Estados-membros está limitado pelos princípios da Constituição da República, que lhes assegura autonomia com condicionantes, entre as quais se tem o respeito à organização autônoma dos Municípios, também assegurada constitucionalmente.

2. O art. 30, inc. I, da Constituição da República outorga aos Municípios a atribuição de legislar sobre assuntos de interesse local. A vocação sucessória dos cargos de prefeito e vice-prefeito põem-se no âmbito da autonomia política local, em caso de dupla vacância.

3. Ao disciplinar matéria, cuja competência é exclusiva dos Municípios, o art. 75, § 2º, da Constituição de Goiás fere a autonomia desses entes, mitigando-lhes a capacidade de auto-organização e de autogoverno e limitando a sua autonomia política assegurada pela Constituição brasileira.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.”¹⁸

Desse modo, inevitavelmente, segundo a Suprema Corte, o legislador ordinário federal, com o art. 224, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral, teria exorbitado de sua competência legiferante,

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ART. 75, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DE GOIÁS - DUPLA VACÂNCIA DOS CARGOS DE PREFEITO E VICE-PREFEITO - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL - DOMÍNIO NORMATIVO DA LEI ORGÂNICA. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.549. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília/DF, 17 set. 2007. **Diário de Justiça**, 31 out. 2007, p. 77. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 abr. 2018.

invadindo as searas próprias das constituições estaduais e das leis orgânicas municipais.

No entanto, como já visto acima, o Supremo Tribunal Federal não manteve, no julgamento da ADI n. 5.525, o entendimento antes consolidado, pronunciando a constitucionalidade dos dispositivos inseridos pela Lei n. 13.165/2015 em relação aos demais entes federados, uma vez que conferiu “*interpretação conforme a Constituição ao § 4º do mesmo artigo, de modo a afastar do seu âmbito de incidência as situações de vacância nos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, bem como no de Senador da República.*”¹⁹

JOSÉ JAIRO GOMES tratou, ainda em 2016, sobre a sucessão de governadores e de vice-governadores e prefeitos e vice-prefeitos, rememorando que o Pretório Excelso havia afirmado aos entes federados a competência legislativa para a regulação de suas próprias sucessões, uma vez que, ainda que houvesse reflexo no Direito Eleitoral, cuja competência para editar normas é privativa da União²⁰, a matéria possuía natureza político-administrativa. Ou seja, caberia aos Estados e aos municípios tal papel, exercido a partir de suas autonomias organizacionais, devidamente conferidas pela Constituição. No entanto, curiosamente, o autor somente manifestou, sem maior desenvolvimento, uma compatibilidade entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a novel norma, afirmando que “*De qualquer sorte, essa matéria é agora expressamente regulada pelo § 4º do art. 224 do CE (introduzido pela Lei n. 13.165/2015).*”²¹

Apesar de o ilustre eleitoralista não haver se alongado no tema, sua ideia acabou sendo exitosa ao final do julgamento em

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5525. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília/DF, 08 mar. 2018. **Acórdão não publicado**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 abr. 2018.

²⁰ Art. 22, I, da Constituição.

²¹ *Op. cit.*, p. 852.

sede de controle concentrado de constitucionalidade. Salientamos, por exemplo, que, no Estado do Rio Grande do Sul, não há conflito entre o texto do Código Eleitoral e o da Constituição do Estado, a não ser pelo prazo fixado para a nova eleição, o que não passa de uma questão meramente formal²².

De outra banda, percebemos que, exemplificativamente, a Lei Orgânica do Município de Porto Alegre silencia em relação aos sucessores do prefeito e do vice-prefeito em caso de dupla vacância:

Art. 91 - Substituirá o Prefeito, no caso de impedimento e suceder-lhe-á, no de vaga, o Vice-Prefeito.

§ 1º No caso de impedimento conjunto do Prefeito e do Vice-Prefeito, assumirá o cargo o Presidente da Câmara Municipal.

*§ 2º No caso de impedimento do Presidente da Câmara Municipal, assumirá o Procurador-Geral do Município.*²³

Desse modo, em uma visão tão somente de pragmatismo democrático, revelar-se-ia acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação aos entes federados, uma vez que, se o Estado ou o município não houvesse legislado a contento sobre sua sucessão governamental, haveria um vácuo normativo. Tal lacuna, em caso

²² A norma local sobre a sucessão do Poder Executivo Estadual é a contida no art. 80 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, pela qual “O Vice-Governador exercerá as funções de Governador nos casos de impedimento deste, bem como as funções que lhe forem conferidas em lei ou delegadas pelo titular, e suceder-lhe-á em caso de vaga. § 1.º Em caso de impedimento simultâneo do Governador e do Vice-Governador, ou de vacância de ambos os cargos, serão sucessivamente chamados a exercer o cargo de Governador o Presidente da Assembleia Legislativa e o do Tribunal de Justiça do Estado. § 2.º Em caso de vacância de ambos os cargos, far-se-á nova eleição noventa dias depois de aberta a segunda vaga, e os eleitos completarão os períodos de seus antecessores, salvo se a segunda vaga ocorrer a menos de um ano do término do quadriênio, caso em que se continuará observando o disposto no parágrafo anterior”.

²³ BRASIL. Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, de 04 de abril de 1990. Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=42. Acesso em: 06 abr. 2018.

de declaração total da inconstitucionalidade do art. 224, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral, afetaria sobremaneira a normalidade do funcionamento do Estado Democrático de Direito, criando impasses institucionais ao verem-se agentes públicos não eleitos assumindo, por via transversa, mandatos em chefias do Poder Executivo.

Registramos, entretanto, que, a despeito da respeitabilidade dos argumentos inseridos na decisão da Suprema Corte, aparenta-nos que a melhor solução a ser adotada seria a interpretação conforme a Constituição haver avançado também no que tange aos demais entes federados: aplicando-se o princípio da subsidiariedade, o Código Eleitoral deveria ser aplicável somente nos casos de omissão das normas locais de cunho político-administrativo, privilegiando-se a autonomia organizacional de Estados e de municípios.

Com efeito, FLÁVIO CHEIM JORGE, LUDGERO LIBERATO e MARCELO ABELHA RODRIGUES já haviam antevisto tal possibilidade, levando em consideração os entendimentos que haviam sido firmados pelos Tribunais Superiores, a Constituição e a compatibilização do art. 224, § 4º, do Código Eleitoral com estes²⁴.

²⁴ “Nesses casos, pugnava-se pela aplicação do art. 81, caput e § 1º, da CF/88, segundo o qual se a dupla vacância (titular e vice) ocorrer nos dois primeiros anos do mandato, procede-se a eleições diretas e se ocorrer nos dois últimos anos, procede-se a eleições indiretas. Ocorre, porém, que, segundo o STF, tal norma não é de repetição obrigatória aos demais entes não se aplicando o princípio da simetria, cabendo aos entes federativos regular a matéria. Por vezes, porém, as Leis Orgânicas dos municípios são omissas quanto ao tema, levando o TSE a firmar o entendimento segundo o qual ausente disposição específica na Lei Orgânica Municipal sobre a modalidade da eleição suplementar, as eleições deveriam ser realizadas de forma direta, ainda que a dupla vacância dos cargos de prefeito e de vice-prefeito se dê no segundo biênio da legislatura. Veio então a lume a Lei n. 13.165/2015 e acrescentou o § 4º ao art. 224 do Código Eleitoral, afirmando que as eleições suplementares serão indiretas, se a vacância dos cargos ocorrer a menos de seis meses do final do mandato, ou diretas, nos demais casos. Ora, tal norma não pode ser aplicada no plano federal, já que há regra expressa no art. 81, parágrafo único, da CF/88. Tampouco pode ser aplicada a estados-membros e municípios, que, como vimos,

Desse modo, a despeito de tais considerações e da firme jurisprudência que precedeu a decisão na ADI n. 5525, o Supremo Tribunal Federal optou por considerar a legislação ordinária federal prevalente às normas político-administrativas locais, o que, salvo melhor juízo, vai de encontro ao princípio federativo (art. 1º da Constituição)²⁵.

3. A ADIN. 5525 E A EXECUÇÃO DAS DECISÕES DA JUSTIÇA ELEITORAL

O legislador ordinário, ao promover a Minirreforma Eleitoral de 2015, através da Lei n. 13.165/2015, foi alvo de muitas críticas: algumas no sentido da assistemática das mudanças, outras indicando a existência de regras colidentes com o restante da legislação e muitas afirmando incompatibilidades patentes com a Constituição.²⁶ Dentre os dispositivos ora sob análise, possivelmente o maior alvo de críticas foi a exigência de que houvesse o trânsito em

possuem competência para legislar sobre o tema. Assim, para salvar a norma, editada pelo legislativo federal, de sua inconstitucionalidade, deve-se interpretá-la no sentido de que se trata de um critério subsidiário, a ser aplicado nos casos em que houver omissão do ente federado, instituído com a finalidade de permitir à Justiça Eleitoral cumprir seu mister.” (JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 368-369).

²⁵ Após desenvolver longamente as bases de sua posição sobre o confronto entre o princípio federativo e a norma trazida pela Lei n. 13.165/2015, CARLOS EDUARDO FRAZÃO manifesta, em tese, tal posição: “a conclusão é apenas uma: também há manifesta inconstitucionalidade na aplicação do § 4º do art. 224 do Código Eleitoral a Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.” (**Novos paradigmas...**, pp. 354-355.)

²⁶ Por exemplo, MÁRLON JACINTO REIS: “A recentíssima Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015, chegou sob forte questionamento da comunidade jurídica, repleta de medidas de utilidade duvidosa e até de inconstitucionalidades candentes, uma das quais já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, a redação final da lei revela diversas

julgado das decisões que indeferissem o registro de candidatura ou que determinassem a cassação de mandatos, contida no § 3º do art. 224, por ela inserido no Código Eleitoral.²⁷

Desse modo, tal ponto controversial não poderia deixar de constar na petição inicial da ADI n. 5.525, tendo o chefe do Ministério Público da União assim desenvolvido sua argumentação:

“O pedido desta ação direta de inconstitucionalidade é de que seja declarada incompatível com a Constituição a exigência de trânsito em julgado para realizar novas eleições, em caso de indeferimento de registro de candidatura e de cassação de diploma ou de mandato de candidatos.

Alternativamente, propõe-se interpretação conforme a Constituição da locução ‘trânsito em julgado’, para que encerre, exclusivamente, pronunciamento da Justiça Eleitoral.

[...]

Considerando a quantidade de municípios onde estas eleições, em tese, poderiam ocorrer – mais de cinco mil e quinhentos, como se sabe –, sem falar nos vinte e seis estados e no

impropriedades técnicas, que deverão agora ser superadas pela atividade dos intérpretes. Sem dúvida, um ponto importante no debate repousará na análise do novo § 3º do art. 224 do Código Eleitoral.” (REIS, Márlon Jacinto. O novo § 3º do art. 224 do Código Eleitoral e a posse do segundo colocado. In: MORAES, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree; AIETA, Vânia Siciliano. **Justiça Eleitoral, Controle das Eleições e Soberania Popular**. Curitiba: Íthala, 2016, p. 343.)

²⁷ Vejamos, a título de ilustração, as contundentes palavras de RODRIGO TERRA CYRINEU: “Na prática, nunca ocorrerá nova eleição. A hipótese cogitada [...] bem evidencia o longo périplo necessário para o trânsito em julgado da condenação, o que certamente não se findará dentro dos 4 (quatro) anos do mandato eletivo, a evidenciar, na prática, que o município será governado, até a eleição seguinte, pelo Presidente da Câmara Municipal, o qual não foi eleito para a função de administrar o ente federativo. A questão é muito grave, pois o prefeito interino ad aeternum será eleito pelo sistema proporcional, isto é, contará com pouquíssima legitimidade das urnas, a afrontar não só o sistema majoritário, de envergadura constitucional, previsto para as eleições do chefe

Distrito Federal, essa exigência da lei mostra-se temerária, verdadeiramente inexequível e geradora de virtual ineficácia absoluta do sistema legal eleitoral de prevenção e repressão de ilícitos contra o equilíbrio e a legitimidade das eleições, com ofensa ao princípio da proporcionalidade, por proteção deficiente da soberania popular e da legitimidade das eleições.”

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal acatou essa arguição, declarando a inconstitucionalidade da locução “após o trânsito em julgado”, prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral.²⁸

3.1. A EXEQUIBILIDADE IMEDIATA DOS JULGADOS DA JUSTIÇA ELEITORAL

É interessante observarmos que, mesmo antes da decisão do Pretório Excelso na ADI n. 5.525, o cumprimento, desde logo,

do Poder Executivo, mas também a soberania popular, na medida em que esta arbitrária e irracional exigência procedimental conspirará, a não poder mais, o exercício da cidadania.” (CYRINEU, Rodrigo Terra. Da dupla inconstitucionalidade advinda com a Lei n. 13.165/2015: do nocivo efeito suspensivo automático e da escalafobética exigência de trânsito em julgado para a realização de novas eleições. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 476). No mesmo sentido: DUARTE DE TASSIS, Tarso. Reflexões acerca da aplicação do art. 224 do Código Eleitoral com as inovações da Lei n. 13.165/2015. In: **Direito Eleitoral – Aspectos materiais e processuais**. VIEIRA DE CARVALHO NETO, Tarcisio; FERREIRA, Telson Luís Cavalcante (Coord.). São Paulo: Migalhas, 2016, p. 475.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5525. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília/DF, 08 mar. 2018. **Acórdão não publicado**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 abr. 2018.

das decisões da Justiça Eleitoral sempre foi a regra legalmente posta na redação original do Código Eleitoral.²⁹

O quadro foi modificado com a Lei n. 13.165/2015, que inseriu na legislação eleitoral o efeito suspensivo automático aos recursos ordinários que sejam interpostos contra decisões que determinem a cassação do registro de candidatura, o afastamento do titular ou a perda de mandato eletivo:

Art. 257. Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo.

§ 1º A execução de qualquer acórdão será feita imediatamente, através de comunicação por ofício, telegrama, ou, em casos especiais, a critério do presidente do Tribunal, através de cópia do acórdão. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 2º O recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo será recebido pelo Tribunal competente com efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 3º O Tribunal dará preferência ao recurso sobre quaisquer outros processos, ressalvados os de habeas corpus e de mandado de segurança. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)³⁰

Diante dessa nova moldura normativa, a doutrina muito bem captou a atuação *avant la lettre* do Tribunal Superior Eleitoral, que, já em 15 de dezembro de 2015, fez inserir, no ato normativo

²⁹ Art. 257. Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo. Parágrafo único. A execução de qualquer acórdão será feita imediatamente, através de comunicação por ofício, telegrama, ou, em casos especiais, a critério do presidente do Tribunal, através de cópia do acórdão. (BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm. Acesso em: 09 abr. 2018.)

³⁰ *Idem*.

regulamentar sobre os atos preparatórios para as Eleições de 2016, a previsão de que, em caso de indeferimento do registro de candidatura pela Corte Superior, tal decisão poderia ser imediatamente executada:

“É de se observar, contudo, que o art. 167, § 1º, da Res. 23.456, elaborada para as eleições de 2016, trouxe entendimento no sentido de que uma vez proferida a apreciação pelo TSE, pode este determinar a realização de novas eleições. Em outras palavras, a expressão ‘trânsito em julgado’ foi reduzida de modo a não englobar a eventual interposição de Recurso Extraordinário ao STF.”³¹

Ultrapassadas algumas das etapas do processo eleitoral de 2016, havendo a questão sido analisada em diversos julgados e, de certa forma, maturada pelos ministros, o Tribunal Superior Eleitoral, ao confirmar o indeferimento, tanto pelo Juízo da 154ª Zona Eleitoral, quanto pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, do registro da chapa do então candidato a prefeito mais votado no Município de Salto do Jacuí, declarou a inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado”, colocada no art. 224, § 3º, e firmou a tese de que, ressalvada a concessão de tutela de urgência, *“a execução da decisão judicial e a convocação das novas eleições devem ocorrer, em regra: 3.1. após a análise dos feitos pelo Tribunal Superior Eleitoral, no caso dos processos de registro de candidatura (LC 64/90, arts. 3º e seguintes) em que haja o indeferimento do registro do candidato mais votado (art. 224, § 3º) ou dos candidatos cuja soma de votos ultrapasse 50% (art. 224, caput); e 3.2. após a análise do feito pelas instâncias ordinárias, nos casos de cassação*

³¹ FLÁVIO CHEIM JORGE, LUDGERO LIBERATO e MARCELO ABELHA RODRIGUES. *Op.cit.*, pp. 366-367.

do registro, do diploma ou do mandato, em decorrência de ilícitos eleitorais apurados sob o rito do art. 22 da Lei Complementar 64/90 ou em ação de impugnação de mandato eletivo.”³²

Agora, pois, resta-nos conferir se, depois de proferido o julgamento da ADI n. 5.525 pela Suprema Corte, será mantida a totalidade desta tese fixada. Isso porque, nos casos de cassação do registro, do diploma ou do mandato, em decorrência de ilícitos eleitorais apurados sob o rito do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90, caso a execução da decisão judicial e a convocação das novas eleições ocorra logo após a análise do feito pelas instâncias ordinárias, teremos, salvo melhor juízo, uma forma abreviada de observância do acórdão com efeito vinculante: em vez de a expressão “após o trânsito em julgado” ser substituída pelo esgotamento das instâncias eleitorais (ou seja, julgamento pelo Tribunal Superior Eleitoral), teremos tão somente o esgotamento das instâncias ordinárias (ou seja, decisão pelos Tribunais Regionais Eleitorais).

3.2. ANOVA DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ELEITORAIS: A DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL NOS RECURSOS ORDINÁRIOS N. 2246-61 E N. 1220-86 E POSIÇÃO MANIFESTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A partir do julgamento dos Recursos Ordinários n. 2246-61 e n. 1220-86 pelo Tribunal Superior Eleitoral, em que foram determinadas as cassações dos diplomas dos Governadores e dos Vice-Governadores, respectivamente, dos Estados do Amazonas e do Tocantins, houve uma mudança expressa de paradigma em relação

³² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. ELEIÇÕES 2016. REGISTRO. CANDIDATO A PREFEITO. INDEFERIMENTO. EMBARGOS. OMISSÕES. ART. 224 DO CÓDIGO ELEITORAL. Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral n. 139-25. Tribunal Pleno. Relator Ministro Henrique Neves Da Silva. Brasília/DF, 28 nov. 2016. **Publicado em Sessão**. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 05 abr. 2018.

ao esgotamento das instâncias da Justiça Eleitoral: o *standard*, que, anteriormente, era a publicação do acórdão que julgasse eventuais embargos declaratórios, passou a ser o julgamento pelo Tribunal Superior Eleitoral, independentemente de sua publicação.

Inclusive, ficou muito marcada, perante a opinião pública e os órgãos de imprensa, a imediata renovação do pleito no Estado do Amazonas, apesar de certas idas e vindas de decisões das Cortes Superiores à época. Em uma análise apressada, poderíamos dizer que prevaleceu, no caso, a novel tese, o que, de fato, não ocorreu.³³

Na sessão do dia 04 de maio de 2017, em seu voto, o Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, redator para o acórdão, consignou que, dada a ausência de previsão, na legislação eleitoral, de efeito suspensivo a eventuais embargos declaratórios opostos, a

³³ A eleição suplementar, no Estado do Amazonas, em 2017, somente foi concretizada porque o Ministro Relator da Ação Cautelar n. 4.342 no Supremo Tribunal Federal, RICARDO LEWANDOWSKI, acabou por emitir um juízo de retratação parcial de sua decisão que havia suspenso a realização do pleito, por conta da situação fática posta – a eleição já estava no final da execução de todos os seus preparativos, incluindo-se a celebração de contratos necessários, mas extremamente onerosos ao erário, pelo Tribunal Superior Eleitoral, o deslocamento de forças de segurança para o interior do Estado do Amazonas e toda a logística de configuração das urnas eletrônicas já realizada. Por isso, Sua Excelência assim decidiu: “Diante desse novo quadro, e considerados os precedentes jurisprudenciais trazidos nas informações do TSE, bem como em respeito aos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal, da ampla defesa e da razoabilidade, reconsidero, em parte, a decisão agravada para condicionar a diplomação dos eleitos nas eleições suplementares aos cargos de Governador e Vice-Governador do Estado do Amazonas, convocadas pelo TSE, ao julgamento dos embargos de declaração lá opostos no RO 246-1.2014.6.04.0000 e à publicação do respectivo acórdão, sem prejuízo da realização do pleito em questão, inclusive de eventual segundo turno.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Segundo Agravo Regimental na Medida Cautelar na Ação Cautelar 4.342. Decisão Monocrática. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, 03 ago. 2017. **Diário de Justiça Eletrônico** n. 173, 07 ago. 2017. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 abr. 2018.)

decisão deveria ser cumprida *incontinenti*, independentemente até mesmo de publicação do acórdão.³⁴

No entanto, a determinação do imediato cumprimento do acórdão, independentemente de sua publicação, foi objeto da Medida Cautelar na Ação Cautelar 4.342, aforada no Supremo Tribunal Federal e distribuída ao Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Ele, ao despachar o pedido, entendeu que, em nome da segurança jurídica, a liminar deveria ser deferida, suspendendo a execução do julgado quanto à realização de novas eleições, pois “*a prudência indica que o cumprimento do decisum*

³⁴ “50. Como resultado, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 224 do Código Eleitoral, determino a realização de eleições diretas para o Governo do Estado do Amazonas, promovendo-se a execução imediata deste julgado. 51. Registre-se que, conforme o disposto no art. 257, caput e § 1º, do Código Eleitoral, os recursos eleitorais são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo. Desse modo, ‘a execução de qualquer acórdão será feita imediatamente’, não sendo necessário o trânsito em julgado das decisões para o seu cumprimento. Com a edição da Lei nº 13.165/2015, reconheceu-se, no § 2º do art. 257, exceção a essa regra apenas no caso de ‘recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo’. Assim, por força dessa nova regra, a execução do presente julgado deve se dar imediatamente após a decisão do recurso ordinário pelo TSE, uma vez que não há previsão de efeito suspensivo para os embargos de declaração opostos em face dessa decisão. 52. Entendo, ainda, que a execução deste julgado deve se dar independentemente da publicação do acórdão. Como esta Corte já assentou, ‘competete ao Tribunal, em cada caso, determinar os termos da execução das suas decisões’ (AgR-MC 1.722, Rel. Min. Caputo Bastos, j. 11.12.2005; EDs no REspe 21.320, j. 9.11.2004).” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. DIREITO ELEITORAL. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES DE 2014. IMPUTAÇÃO DE CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO (ART. 41-A DA LEI 9.504/1997) AO GOVERNADOR E VICE-GOVERNADOR DE ESTADO DO AMAZONAS. CONFIGURAÇÃO. IMPUTAÇÃO DE PRÁTICA DE CONDUTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS (ART. 73, I, DA LEI 9.504/1997. Recurso Ordinário nº 2246-61. Tribunal Pleno. Redator para o Acórdão Ministro Luís Roberto Barroso. Relator Originário Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília/DF, 04 maio 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, 01 jun. 2017. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 10 abr 2018.)

*do TSE deve, pelo menos, aguardar o esgotamento das instâncias ordinárias [...] ou seja, até a publicação do acórdão de julgamento dos embargos de declaração lá opostos.”*³⁵

O Ministro RICARDO LEWANDOWSKI destacou, ainda, em sua decisão, que a jurisprudência da Corte Eleitoral sempre havia se colocado no sentido da necessidade do esgotamento das instâncias ordinárias (no caso, o Tribunal Superior Eleitoral funcionava como tribunal de apelação, dada a competência originária do Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas para a ação) para a execução do julgado. Por isso, afirmou que se deveria, no mínimo, aguardar a publicação do julgamento dos aclaratórios opostos para que a renovação das eleições fosse marcada. Em sua manifestação, ele elencou diversos precedentes da Corte Superior, salientando que, no Recurso Contra Expedição do Diploma n. 671/MA, cujo Relator foi o Ministro EROS GRAU, ele havia proferido o voto condutor, afastando a execução imediata da decisão, sob a seguinte assertiva: *“Senhor Presidente, voto no sentido de que essa decisão tem eficácia apenas após o esgotamento dos recursos possíveis nesta Corte, ou seja, os embargos de declaração”*.³⁶

Portanto, como já mencionado, em uma concepção abstrata, a eleição suplementar decorrente do julgamento do RO n. 2246-61, realizada em 06 (primeiro turno) e 27 (segundo turno) de agosto de 2017, não teria sido referendada pelo Pretório Excelso. A suspensão do pleito somente foi levantada, nos autos da AC n. 4.342, porque todas as etapas administrativo-logístico-financeiras de

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Cautelar 4.342. Decisão Monocrática. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, 28 jun. 2017. **Diário de Justiça Eletrônico** n. 144, 30 jun. 2017. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 abr. 2018.

³⁶ *Idem*.

preparação relativas à sua realização já haviam sido implementadas pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas, conforme as informações prestadas pelo então Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro GILMAR MENDES.³⁷ Ou seja, aplicou-se, de certo modo, a teoria do fato consumado, apenas com a condição suspensiva de que houvesse a efetiva publicação do acórdão que julgasse os embargos de declaração.

Ainda assim, novamente, alguns meses depois, no julgamento do RO n. 1220-86, a Corte Superior voltou a aplicar o novo *standard*, determinando a execução imediata do acórdão que

³⁷ Extrai-se da decisão o seguinte relato: “Veja-se, no ponto, uma vez mais, o que nos diz o Ministro Gilmar Mendes: Atualmente o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Amazonas está finalizando as audiências públicas para carga e lacre de urnas na capital, cujo encerramento dar-se-á no dia 3.8.2017. Importante ressaltar que todos os demais municípios já estão com urnas lacradas e distribuídas em seus municípios sede. Para isso, destaque-se o deslocamento prévio de suprimentos necessários às eleições, tais como baterias, bobinas, lacres, drives de flash card e notebooks, realizado pelo TSE e por outros TREs. Anote-se que o procedimento de carga e lacre das urnas praticamente encerra o calendário eleitoral, restando somente a realização do pleito. A Comissão de Fiscalização e Propaganda, por sua vez, seguirá com sua rotina de trabalho com a apuração de denúncias de propaganda irregular e/ou ilegal que são recebidas diariamente, sobretudo com a proximidade do pleito. Frise-se, ainda, que, a fim de possibilitar a realização das eleições suplementares naquele estado, foram firmados dois contratos pelo Tribunal Superior Eleitoral, quais sejam: • Contrato-TSE n° 39/2017- contratação de serviços de impressão de cadernos de folha de votação, no valor de R\$ 178.926,36; e • Contrato-TSE n° 40/2017 - contratação de serviços- de telecomunicações por meio de Sistemas Móveis de Transmissão de Voz e Dados via Satélite, no valor de R\$ 3.599.999,59. Saliente-se que essas duas contratações já se encontram em fase avançada de execução, tendo em vista que os cadernos de votação já foram impressos e deslocados para as zonas eleitorais; e os aparelhos de Transmissão de Voz e Dados via Satélite já foram distribuídos pelo Estado do Amazonas, tendo passado pelos procedimentos de testes necessários ao pleito eleitoral. Ainda no que tange às contratações, destaque-se que também foram utilizados os seguintes contratos já existentes do TSE, quais sejam: • Contratos-TSE n° 17/2015, 16/2015 e 20/2015, os quais tratam de serviços de sustentação dos sistemas, apoio gerencial, plantão para suporte ao TRE-AM, nos processos de geração de base de eleitores, candidaturas e carga de urnas, nos valores de R\$ 1.914.219,84, R\$ 442.447,20 e R\$ 48.695,60, respectivamente; e • Contratos-TSE n° 39/2016 e n° 72/2016, os quais tratam dos transportes aéreo e terrestre, respectivamente, no valor total de R\$ 37.354,50. Conclui-se, portanto, que a eleição está quase pronta, tendo praticamente sido encerradas

cassou o Governador e a Vice-Governadora do Estado do Tocantins. Consta da tira de julgamento que, “*por maioria, o Tribunal decidiu pela execução imediata do acórdão.*”³⁸

Ocorre, contudo, que, nos autos da Petição n. 7551, medida de urgência aforada no Supremo Tribunal Federal contra a decisão no caso de Tocantins, o Ministro GILMAR MENDES expôs praticamente o mesmo entendimento que o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI no caso anterior: “*Cumprir destacar, ainda, o posicionamento do TSE quanto à necessidade do esgotamento das instâncias ordinárias para a execução do julgado. Constatado que, na presente situação, seria necessário, no mínimo, aguardar a publicação do julgamento dos embargos de declaração opostos para que novas eleições, caso mantido o acórdão, sejam marcadas.*”³⁹

as atividades previstas no Calendário Eleitoral” (grifei). Ademais, informou o Presidente do TSE que “(...) já começaram os deslocamentos dos policiais militares e civis para ocupar 61 municípios. Importante ressaltar que a antecedência é necessária por conta do deslocamento de difícil acesso, via fluvial. • o deslocamento das forças federais (Exército, Marinha e Aeronáutica) teve início na segunda-feira, dia 31.7.2017, visto que grande parte das tropas se desloca por via fluvial e ocupará os locais de votação situados nas zonas rurais; • as urnas eletrônicas destinadas às zonas eleitorais do interior já se encontram nos municípios-sede, restando apenas a saída para as comunidades rurais, o que ocorrerá na sexta-feira, dia 4.8.2017; • importante salientar que previsão de entrega das urnas destinadas às comunidades indígenas do Vale do Javari e São Gabriel da Cachoeira é no sábado, dia 5.6.2017; • todos os técnicos de urnas já se encontram nos municípios desde o dia 29.7.2017, e os técnicos de transmissão estarão nas comunidades de difícil acesso até sexta-feira, 4.8.2017.” (Idem.)

³⁸ Tribunal Superior Eleitoral. ELEIÇÃO 2014. RECURSOS ORDINÁRIOS. GOVERNADOR. VICE-GOVERNADOR. DEPUTADO FEDERAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE RECURSOS FINANCEIROS DESTINADOS A CAMPANHA. ART. 30-A DA LEI N. 9.504/97. CAIXA 2. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A COMPROVAR A PRÁTICA DO ILÍCITO. GRAVIDADE CONFIGURADA. Recurso Ordinário n. 1220-86. Tribunal Pleno. Redator para o Acórdão Ministro Luiz Fux. Relatora Originária Ministra Luciana Lóssio. Brasília/DF, 22 mar. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico** n. 61, 27 mar. 2018. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 10 abr. 2018.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Cautelar 7.551. Decisão Monocrática. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, 05 abr. 2018. **Diário de**

Ou seja: salvo melhor juízo, segundo o Pretório Excelso, por dois de seus integrantes, nada mudou em relação ao cumprimento das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, em relação à jurisprudência anteriormente fixada.

4. CONCLUSÃO

Ao final do presente trabalho, podemos perceber o quão complexas podem ser as relações jurídico-políticas entre os protagonistas do processo eleitoral e o Poder Judiciário, quando da aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais que regem o Direito Eleitoral brasileiro. Percebemos, nesse íterim, que o julgamento da ADI n. 5.525 contribuiu, de forma relevante, para a solução de impasses estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência.

Isso porque, ao balizar os âmbitos de incidência do art. 81, § 1º, da Constituição e do art. 224, §§ 3º e 4º do Código Eleitoral e, ainda, afastar a exigência do trânsito em julgado contida no § 3º mencionado, o Supremo Tribunal Federal conferiu a palavra final sobre importantes disciplinamentos da sucessão do Poder Executivo

Justiça Eletrônico n. 68, 10 abr. 2018. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 abr. 2018. O Relator enfatizou, ainda, sua defesa à primazia da segurança jurídica no processo eleitoral: “Registro que o presente caso é de mudança da jurisprudência, decorrente do estabelecimento de um novo marco processual para a execução do julgado, tendo passado para o mero julgamento do recurso, sem aguardar sequer a publicação do respectivo acórdão. Destaco, ainda, que, em casos envolvendo Governador de Estado, a jurisprudência do TSE é firme no sentido de que a execução do julgado aguardará a publicação do acórdão (RO 1.497/PB, julgado em 20.11.2008). O Tribunal Superior Eleitoral segue a mesma orientação em relação a algumas situações de julgamento originário pela própria Corte (RCED 671/MA, julgado em 3.3.2009 e RCED 698/TO, julgado em 25.6.2009). Em meu entender, ao nos afastarmos desses precedentes, estamos deixando de lado a segurança jurídica e a proteção da confiança por um populismo constitucional.”(Idem.)

nas esferas federal, estadual e municipal, em casos de indeferimento do registro de candidatura e de cassação do registro ou do diploma.

O trabalho de conformação constitucional, efetivamente, envolve uma complexa rede construtiva e interpretativa de captação de compreensões e de estabelecimento de entendimentos na “cadeia produtiva” das normas jurídicas. Entre a *mens legislatoris*, o espírito da norma, o texto da lei, a aplicação da regra pela Administração Pública em geral e, finalmente, a fixação do sentido e do alcance das disposições legais pelo Poder Judiciário, há um longo caminho a ser percorrido.⁴⁰

Além disso, há um fator de agravamento da dificuldade na determinação definitiva da aplicabilidade de uma regra jurídica legislada: o próprio entendimento conferido judicialmente pode, ao longo das instâncias de julgamento, ser alterado. Em Direito Eleitoral, diante da intimidade com o Direito Constitucional, muitas vezes esse é o processo natural da interpretação das regras ditadas pelo Congresso Nacional – a manifestação externada pelo Tribunal

⁴⁰ “No sistema político, as leis são o produto (outputs) da atuação da política e, no seu processo decisório, os políticos levam em consideração interesses econômicos, questões morais e até jurídicas. Essas mesmas leis construídas pelo sistema político segundo sua lógica de poder são recebidas como insumo (input) pelos Tribunais (sistema jurídico), que as trata como um material jurídico ao lado de outros (outras leis, a Constituição, tratados internacionais, princípios). Desse processo jurídico, resultará uma decisão jurídica (output do subsistema jurídico). Essa decisão judicial será recebida pela Administração Pública como um insumo político, ao lado de outros (como demandas da comunidade de eleitores, metas políticas, orçamento etc.), e, nesse processo, gerará uma decisão política. E assim por diante. A lei estabelecida pelo Legislativo gera, portanto, uma comunicação entre o sistema político e o jurídico em diversos momentos, com códigos próprios: i) o processo legislativo (debates políticos e formulação da lei); ii) a lei promulgada; iii) a interpretação pelos juízes e Tribunais; iv) a resposta dos políticos à interpretação feita pelos Tribunais. Nessa comunicação, a Constituição ocupa um papel de destaque.” (QUINTAS, Fábio Lima. **Um ensaio sobre a função da lei no estado democrático de direito: uma reflexão a partir da obra de Neil MacCormick**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2014, p. 57.)

Superior Eleitoral sofrer reformas e/ou temperamentos quando apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.⁴¹

E, conforme analisamos ao longo do presente trabalho, foi o que aconteceu em todas as decisões examinadas: tanto na ADI n. 5.525, quanto no RO n. 2246-61 e no RO n. 1220-86, as deliberações da última instância da Justiça Eleitoral sofreram significativas mudanças junto ao Pretório Excelso, conferindo-se novos parâmetros interpretativo-aplicativos ao art. 224, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral. Tal qual destacamos, mesmo o pronunciamento de inconstitucionalidade da expressão “até trânsito em julgado” pode, na prática, destoar da posição, firmada em tese, pelo Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do ED-REspe n. 139-25.

Resta-nos perceptível, pois, que, apesar de o Tribunal Superior Eleitoral ser composto por três de seus ministros⁴², o Supremo Tribunal Federal pode guardar-lhe substanciais diferenças interpretativas e decisórias. A questão é tradicionalmente tão forte que, inclusive, o Pretório Excelso fixou no enunciado n. 72 de sua Súmula de Jurisprudência: “*No julgamento de questão constitucional, vinculada a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os Ministros do*

⁴¹ O mais representativo caso, nos últimos anos, de uma reversão de entendimento, fixado pela Corte Eleitoral, quando do julgamento pela Suprema Corte, ocorreu no Recurso Extraordinário n. 633.703, quando foi afastada a aplicabilidade da Lei Complementar n. 135/2010 ao processo eleitoral ocorrido no mesmo ano da sua promulgação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. LEI COMPLEMENTAR 135/2010, DENOMINADA LEI DA FICHA LIMPA. INAPLICABILIDADE ÀS ELEIÇÕES GERAIS 2010. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). Recurso Extraordinário n.º 633.703. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, 23 mar. 2011. Diário de Justiça Eletrônico, n. 219, 18 nov 2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 abr 2018.)

⁴² Art. 119, I, “a”, da Constituição.

Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário.”⁴³

Por isso, tratando-se o Direito Eleitoral de ramo da ciência jurídica que, em seu âmago, é responsável pela aplicação concreta da Constituição, estatuto maior dos direitos políticos, efetivamente, o pronunciamento da Suprema Corte é indispensável para resolver, em definitivo, suas questões candentes. Para que seja possível conciliar as esferas jurídica e política do Estado Democrático de Direito, sempre sujeitas a debates e a conflitos em uma nação continental, a resposta deve ser dada pela Constituição⁴⁴, cujo intérprete máximo é o Supremo Tribunal Federal⁴⁵.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 72. No julgamento de questão constitucional, vinculada a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os Ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário. Tribunal Pleno. 13 dez. 1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno, 1964. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 11 abr. 2018.

⁴⁴ “Com efeito, no Estado Moderno, a Constituição funciona como uma reação à diferenciação entre direito e política, atuando como uma religação entre esses dois sistemas, um mecanismo de comunicação entre essas duas esferas. De um lado, a Constituição remete-se à política por meio de conceitos jurídicos, o que foi essencial para viabilizar que o direito se formasse como sistema fechado, pelo qual a política se sente obrigada a respeitar o direito. Mas não é só. Na consciência do constitucionalismo, as Constituições valem não apenas como instituições do sistema jurídico, mas também como instituições do sistema político.” (FÁBIO LIMA QUINTAS. Op. cit., p. 58).

⁴⁵ Arts. 92, I, e 102, *caput*, da Constituição.

5. BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Rodrigo. **O art. 224, § 3º e § 4º do Código Eleitoral dentro de uma perspectiva constitucional do processo eleitoral.** Disponível em: <http://www.oseleitoralistas.com.br/2016/11/18/por-rodri-go-albuquerque-o-art-224§3-e-§4o-do-codigo-eleitoral-dentro-de-uma-perspectiva-constitucional-do-processo-eleitoral/>. Acesso em: 05 abr. 2018.

ALVIM, Frederico Franco. **Manual de Direito Eleitoral.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CYRINEU, Rodrigo Terra. Da dupla inconstitucionalidade advinda com a Lei n. 13.165/2015: do nocivo efeito suspensivo automático e da escalafobética exigência de trânsito em julgado para a realização de novas eleições. *In*: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil.** Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 467-480.

DUARTE DE TASSIS, Tarso. Reflexões acerca da aplicação do art. 224 do Código Eleitoral com as inovações da Lei n. 13.165/2015. *In*: **Direito Eleitoral – Aspectos materiais e processuais.** VIEIRA DE CARVALHO NETO, Tarcisio; FERREIRA, Telson Luís Cavalcante (Coord.). São Paulo: Migalhas, 2016, pp. 469-479.

FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Aspectos controvertidos da Minirreforma Eleitoral de 2015: a inaplicabilidade do art. 224, § 4º, do Código Eleitoral, a eleições para o Poder Executivo.** Disponível em: <http://www.oseleitoralistas.com.br/2016/05/06/aspectos-controvertidos-da-minirreforma-eleitoral-de-2015-a-inaplicabilidade-do-art-224-§-4o-do-codigo-eleitoral-a-eleicoes-para-o-poder-executivo-por-carlos-eduardo-fraza-o>. Acesso em: 05 abr. 2018.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

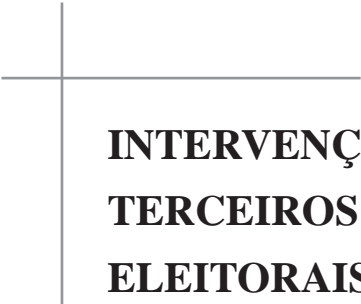
JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2016.

LEITE, Glauco Salomão. **Eleição direta deve ser convocada caso chapa Dilma-Temer seja cassada**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/eleicao-direta-convocada-chapa-dilma-temer-for-cassada>. Acesso em: 05 abr. 2018.

QUINTAS, Fábio Lima. **Um ensaio sobre a função da lei no estado democrático de direito: uma reflexão a partir da obra de Neil MacCormick**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2014.

REIS, Márlon Jacinto. O novo § 3º do art. 224 do Código Eleitoral e a posse do segundo colocado. In: MORAES, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree; AIETA, Vânia Siciliano. **Justiça Eleitoral, Controle das Eleições e Soberania Popular**. Curitiba: Íthala, 2016, pp. 343-364.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.



**INTERVENÇÃO DE
TERCEIROS NAS AÇÕES
ELEITORAIS COLETIVAS:
(NOVAS) PERSPECTIVAS DE
COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO
A PARTIR DO CPC/2015**

Roberta Maia Gresta

RESUMO: O presente artigo debate a aplicação das modalidades de intervenção de terceiros, previstas no CPC/2015, às ações eleitorais coletivas, compreendidas como aquelas nas quais se discute a legitimidade de candidaturas, diplomas e mandatos. A condução do argumento adota como marco teórico a ação temática eleitoral, modelo participativo que propõe superar a feição restritiva, polarizada e patrimonializada dos vigentes procedimentos eleitorais com ganho de legitimidade (teórica) e racionalidade (técnica). A partir desse referencial, promove-se a crítica do tratamento jurisprudencial dado ao tema da intervenção de terceiros, na vigência do CPC/1973, e projeta-se a aplicação das modalidades de intervenção previstas no CPC/2015, com destaque para a assistência e o *amicus curiae*.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual eleitoral. Ação eleitoral temática. Aplicação supletiva do Código de Processo Civil.

ABSTRACT: This article debates the implementation of the modalities of intervention of third parties, as set out in CPC/2015, in collective electoral actions, understood as those in which it is discussed the legitimacy of candidacies, diplomas and mandates. To conduct the argument, it is taken as theoretical reference the electoral thematic action, a participative model that proposes to overcome the restrictive, polarized and patrimonialized feature of the prevailing electoral procedures in order to upgrade their (theoretical) legitimacy and (technical) rationality. Up to this reference, it is taken the criticism of judicial treatment given to the subject of third-

party intervention, in the enduring of CPC/1973, and it is projected the implementation of modalities of intervention laid down in CCP/2015, with emphasis on assistance and the *amicus curiae*.

KEYWORDS: Electoral procedural law. Electoral thematic action. Supletive application of Civil Procedural Code.

1. INTRODUÇÃO

Apesar de sua centralidade na construção do Estado Democrático de Direito brasileiro, o Direito Eleitoral é ainda estudado marginalmente. O tratamento deste como disciplina secundária ou inexistente na grade curricular do curso de Direito e nas provas e exames de seleção para as diversas carreiras jurídicas oculta a complexidade dos temas jurídicos que impactam diretamente sobre a cidadania. E, se é esse o tratamento do Direito Eleitoral, o que dizer do Direito Processual Eleitoral?

Desde que a Justiça Eleitoral brasileira foi criada em 1932 juntamente com “uma magistratura especial, cujo fito era de julgar todas as questões concernentes ao processo eleitoral, isto é, englobando os casos de alistamento dos eleitores até os caso de impugnação da diplomação dos eleitos”¹, a legislação e a jurisprudência têm privilegiado uma visão providencialmente ampla e eclética dos “poderes” dessa magistratura. Mesmo após

¹ AGRA, Walber de Moura. **Temas polêmicos do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 48.

a constitucionalização do processo pela CR/88, os procedimentos eleitorais parecem se conservar em um universo próprio, no qual a inexorabilidade do término dos mandatos eletivos justificaria uma menor intensidade – ou, no extremo, a recusa – da incidência do contraditório, da ampla defesa de regras técnicas. O praxismo prepondera sobre a ciência processual e os órgãos judiciais eleitorais seguem praticando atos administrativos e judiciais com resultante de “competências [que] se apresentam como um conglomerado indiviso, mesclando todo gênero de atividades, sem prenunciar qualquer critério diferenciador”².

Então, não é de surpreender que sucessivas minirreformas eleitorais ignorem a premência da elaboração de um Código de Processo Eleitoral e se contentem em alterar pontualmente normas procedimentais, frequentemente sem a preocupação de abordagem científica dos institutos processuais³. Com isso, torna-se cada vez mais desafiador propor rumos para a construção de um Direito Processual Eleitoral.

¹ AGRA, Walber de Moura. **Temas polêmicos do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 48.

² RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**: no caminho da sociedade participativa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 110

³ Cite-se, como exemplo, o art. 96-B da Lei 9.504/97, introduzido pela Lei 13.165/2015, cuja redação é a seguinte: “Serão reunidas para julgamento comum as ações eleitorais propostas por partes diversas sobre o mesmo fato, sendo competente para apreciá-las o juiz ou relator que tiver recebido a primeira. [...] § 2º Se proposta ação sobre o mesmo fato apreciado em outra cuja decisão ainda não transitou em julgado, será ela apensada ao processo anterior na instância em que ele se encontrar, figurando a parte como litisconsorte no feito principal. § 3º Se proposta ação sobre o mesmo fato apreciado em outra cuja decisão já tenha transitado em julgado, não será ela conhecida pelo juiz, ressalvada a apresentação de outras ou novas provas”. Ao que parece, a intenção do legislador era criar uma sistemática para tratamento de Representações Específicas, AIJEs e AIMEs conexas, mas, sem distinguir entre conexão (instituto processual) e reunião de processos (providência procedimental), e entre causa de pedir (elemento da ação) e fato (objeto de prova), acabou agravando o cenário já tormentoso

Nesse cenário, avulta a importância, para o âmbito eleitoral, do advento do Código de Processo Civil que, expressamente, prevê sua aplicação subsidiária e supletiva às ações eleitorais (art. 15, CPC/2015). Não que essa aplicação não fosse possível anteriormente, mas é que, agora, esta se erige como um comando normativo a ser observado – ao menos enquanto não se demonstrar, solidamente, a inconstitucionalidade da previsão⁴.

Nessa linha, o presente artigo se propõe a refletir sobre as possibilidades de aplicação da nova sistemática da intervenção de terceiros, trazida nos arts. 119 a 138 do CPC/2015, às ações eleitorais que versam sobre candidaturas, diplomas e mandatos – aqui denominadas *ações eleitorais coletivas*. A reflexão toma por referencial teórico a proposta da *ação temática eleitoral*⁵, que

da multiplicação de ações eleitorais similares. Primeiramente, o caput do dispositivo abre ensejo para que se determine a reunião, para julgamento conjunto, de ações tão díspares quanto uma representação por propaganda irregular e uma AIJE, se versarem sobre o mesmo fato. Passando-se daí ao §3º, vê-se uma consequência grave: a AIJE mencionada pode nem mesmo ser conhecida se a representação houver sido julgada improcedente e transitado em julgado. Desconsidera-se, aqui, que a improcedência pode resultar não de ausência de prova do fato, mas da insubsistência da tese jurídica, e que a AIJE pode oferecer novo contorno jurídico ao fato sem precisar de qualquer nova prova. Cria-se, então, uma anômala causa de extinção por coisa julgada de ações não idênticas. Por fim, o §2º simplesmente suprime o devido processo legal e o direito de ação, transformando o autor de uma ação em litisconsorte de outra que pode se encontrar já em fase recursal. E o faz sem nada dizer sobre como será equacionada a situação se houver, nesse caso, requerimento de novas provas. Ademais, a reunião de processos que tramitam em instâncias diversas afronta a sensata diretriz da Súmula 235 do STJ, que refuta a adoção daquela providência mesmo em caso de conexão.

⁴ Certamente caberá perquirir a compatibilidade pontual das regras previstas no CPC/2015 com os procedimentos eleitorais, mas isso deve ser feito por meio de estudos e decisões comprometidos com a democratização da jurisdição eleitoral, uma vez que a CR/88 não excepciona esta jurisdição da submissão ao devido processo legal constitucional.

⁵ GRESTA, Roberta Maia. **Ação temática eleitoral**: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – PUC Minas. Belo Horizonte: PUC Minas, 2014.

formulei em dissertação de mestrado a partir da *teoria das ações coletivas* de Vicente de Paula Maciel Júnior⁶.

Esse referencial teórico oferece uma problematização da noção de “terceiro” – e, portanto, da própria intervenção de terceiros – nas ações eleitorais coletivas, o que permitirá conduzir uma crítica ao tratamento jurisprudencial da matéria pelos tribunais eleitorais. Se, a partir daí, torna-se possível, de *lege ferenda*, defender a necessidade e relevância da elaboração de um Código de Processo Eleitoral que seja teórica, científica e tecnicamente adequado ao processo coletivo democrático, também se pode, de *lege lata*, investigar possibilidades de aprimoramento democrático daquelas ações a partir das modalidades de intervenção de terceiros regulamentadas no CPC/2015.

2. O PROBLEMA DA PARTICIPAÇÃO NAS AÇÕES ELEITORAIS COLETIVAS

O processo coletivo brasileiro tem sido tema prestigiado pela literatura jurídica ao menos desde o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), responsável por criar o denominado “microssistema de tutela processual coletiva comum, o qual decorre da completa interação entre a parte processual do CDC e da LACP [Lei da Ação Civil Pública – Lei 7.347/85]”⁷. Sobre este microssistema, Gregório Assagra de Almeida chega a dizer que se trata de “um conjunto de normas processuais coletivas gerais

⁶ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006.

⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 19.

do sistema jurídico brasileiro”, de modo que havendo “qualquer dúvida sobre a compreensão conceitual relacionada com os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, mesmo que na área [...] eleitoral [...], a solução deve ser alcançada com base na conceituação tripartite de interesses e direitos massificados”, inscrita no CDC, art. 81, parágrafo único⁸.

Apesar disso, os estudos sobre processo coletivo ainda se centram nas tradicionais ações coletivas: ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, a ação civil coletiva e a ação popular. É incipiente a abordagem das ações eleitorais sob essa perspectiva⁹, o que torna pertinente a provocação de Marcelo Abelha Rodrigues ao indagar “se não devemos disciplinar as demandas eleitorais como demandas coletivas que possuem procedimentos específicos, próprios da legislação eleitoral, mas que poderia ser subsidiariamente informados e tutelados pelos princípios e regras do processo coletivo”¹⁰.

Se acatada a diretriz de Gregório Assagra de Almeida para aplicar ao Direito Eleitoral as categorias de “direitos massificados” previstas no CDC, pode-se, com certa facilidade, compreender as

⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**, p. 20.

⁹ Contribuição que se procurou oferecer em GRESTA. Roberta Maia. **Ação temática eleitoral**: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos. A respeito, ver também: PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; GOMES, Reginaldo Gonçalves. **A legitimação dos interessados difusos para a ação coletiva de impugnação de mandato eletivo**: uma proposição em direção à efetividade da democracia como direito fundamental. Orientador: Carlos Alberto Simões de Tomaz. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Itaúna. Programa de Pós- Graduação em Direito. Itaúna, 2014.

¹⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A subsidiariedade do CPC no processos eleitoral**. Artigo inédito, inspirado na palestra ministrada pelo autor nas VIII Jornadas de Direito Processual Civil, em Vitória – ES (2010). Disponível em: < <http://www.marceloabelha.com.br/site/publicacoes.php>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

ações eleitorais que versam sobre candidaturas, diplomas e mandatos na dimensão do direito difuso, ou seja: uma dimensão que abarca direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (CDC, art. 81, parágrafo único, I). Afinal, a decisão naquelas ações:

- 1) ultrapassa a esfera de interesse do próprio candidato, diplomado ou mandatário (é transindividual);
- 2) é unitária (reconhecendo, portanto, a natureza indivisível da questão versada) e
- 3) alcança interesses de todo o eleitorado da circunscrição e, mesmo, da população que, não votante, é sujeita ao governo/representação pelos detentores dos cargos em disputa (pessoas a princípio indeterminadas, ligadas pela circunstância de fato de serem vinculadas a determinada circunscrição).

Tal constatação é suficiente para elencar a Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura (AIRC), a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), as Representações Específicas (fundadas nos arts. 30-A, 41-A e 73 da Lei 9.504/97), a Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo (AIME) e o Recurso Contra a Expedição de Diploma (RCED) como ações eleitorais coletivas¹¹. Por conseguinte, é possível transportar para o âmbito eleitoral a problematização da participação dos destinatários das decisões proferidas em ações coletivas.

Essa problematização pode ser suscitada a partir da teoria estruturalista do processo de Elio Fazzalari, segundo a qual o

¹¹ A caracterização das citadas ações eleitorais como ações coletivas foi aprofundada em GRESTA, Roberta Maia. **Ação temática eleitoral**: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos.

reconhecimento da condição de parte aos destinatários da decisão é decisivo para a configuração do processo, espécie de procedimento qualificado pela participação em contraditório. Segundo o autor:

Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade e se tal participação é armada de modo que os contrapostos ‘interessados’ (aqueles que aspiram a emanção do ato final – ‘interessados’ em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os ‘contra-interessados’ [sic]) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o ‘contraditório’, faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* ‘procedimento’ é possível extrair a *species* ‘processo’.¹²

A primeira indagação é se a aplicação da teoria fazzalariana ao processo coletivo importaria no reconhecimento, a todos os cidadãos da circunscrição, da condição de parte nas ações eleitorais coletivas. A resposta legal e jurisprudencial a essa pergunta tem sido negativa.

Os dois procedimentos legalmente previstos – AIRC e AIJE – contemplam a indicação de um rol de legitimados ativos limitado aos candidatos, partidos políticos e coligações e Ministério Público Eleitoral (arts. 3º e 22, LC 64/90).

Essa regra se aplica às representações específicas fundadas no art. 41-A e 73 da Lei 9.504/97, uma vez que tais dispositivos não trazem previsão expressa a respeito e remetem o processamento das ações ao art. 22 da LC 64/90. Em relação à representação fundada no art. 30-A da Lei 9.504/97, que indica expressamente a propositura

¹² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Tradução Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 93-94.

por partido político ou candidato, o TSE firmou jurisprudência no sentido de que a ação pode ser manejada pelo Ministério Público Eleitoral¹³ mas, não, pelo candidato¹⁴.

O art. 262 do Código Eleitoral e o art. 14, §10 da CR/88 são omissos quanto aos legitimados para a propositura do RCED e da AIME. O TSE, por via jurisprudencial, determina a aplicação analógica do rol de legitimados da AIJE, excluindo os cidadãos sob a afirmação de que “não têm legitimidade *ad causam* os apenas eleitores”¹⁵.

¹³ RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE) COM BASE NO ART. 22 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 E ART. 30-A DA LEI Nº 9.504/97. IRREGULARIDADES NA ARRECADAÇÃO E GASTOS DE RECURSOS DE CAMPANHA. PRAZO PARA O AJUIZAMENTO. PRAZO DECADENCIAL. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA. JUIZ AUXILIAR. ABUSO DE PODER POLÍTICO. CONEXÃO. CORREGEDOR. PROPOSITURA. CANDIDATO NÃO ELEITO. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL. POSSIBILIDADE. SANÇÃO APLICÁVEL. NEGATIVA DE OUTORGA DO DIPLOMA OU SUA CASSAÇÃO. ART. 30-A, § 2º. PROPORCIONALIDADE. PROVIMENTO. [...] 4. O Ministério Público Eleitoral é parte legítima para propor a ação de investigação judicial com base no art. 30-A (RO nº 1596/MG, Rei. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 16.3.2009). [...] (TSE - RO: 1540 PA, Relator: FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 28/04/2009, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 01/06/2009, Página 25/26/27).

¹⁴ Representação. Art. 30-A da Lei nº 9.504/97. Candidato. Ilegitimidade ativa. [...] 2. O art. 30-A da Lei nº 9.504/97 estabelece legitimidade para a propositura de representação prevista nessa disposição legal apenas a partido político e coligação, não se referindo, portanto, a candidato. 3. O § 1º do art. 30-A da Lei das Eleições - ao dispor que, para a apuração das condutas, será observado o procedimento do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90 - refere-se, tão-somente, ao rito, não afastando, portanto, a regra de legitimidade específica, expressamente estabelecida no caput do mencionado artigo. Recurso ordinário desprovido. (TSE - RO: 1498 ES, Relator: ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Data de Julgamento: 19/03/2009, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 03/04/2009, Página 42).

¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 11835, Relator Min. Torquato Lorena Jardim. Acórdão de 09 jun. 1994. Publicado no Diário de Justiça em 29 jul 1994, p. 18429. In: **Revista de Jurisprudência do TSE**, v. 6, tomo 3, p. 132.

A estruturação das ações eleitorais coletivas não discrepa das demais ações coletivas, como a ação civil pública. Esse modelo orienta a formação do polo ativo da demanda por *representantes adequados* – “órgãos ou pessoas jurídicas [...] canalizadores de uma vontade difusa”, aos quais se atribui a prerrogativa de agir na defesa do direito tutelado¹⁶ – que atuam como substitutos processuais. A representação adequada, embora não referido na CR/88, é considerado elementar ao microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum. As leis que preveem ações coletivas indicam seus legitimados ativos – no CDC, por exemplo, figuram o Ministério Público, entes federados, entidades públicas e associações (Lei 8.078/1990, art. 82) – e a literatura considera esse rol de legitimados como exclusivo¹⁷.

A partir daí, a segunda indagação a ser feita é se essa opção legal e jurisprudencial possui aderência a uma compreensão democrática do processo coletivo. A resposta oferecida nesse artigo é negativa.

A representação adequada é usualmente justificada com amparo em parâmetros utilitaristas de celeridade, ante a dificuldade de trazer todos os interessados ao processo, bem como de uma pressuposta suficiência da atuação dos representantes adequados para promover a tutela dos bens jurídicos de caráter coletivo. Contudo, sua adoção replica um modelo procedimental polarizado, de inspiração individualista e patrimonializada, que se mostra

¹⁶ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 157.

¹⁷ Por todos: “[...] é exclusiva a legitimidade ativa coletiva porque somente os entes arrolados pela lei ou pelo sistema jurídico como um complexo de normas é que poderão ajuizar ação civil pública”. (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**, p. 135.).

indevidamente refratário à participação dos interessados difusos nas discussões sobre questões coletivas. Para sustentar essa crítica, é preciso desvelar as premissas teóricas da estruturação das ações eleitorais coletivas.

2.1. A impropriedade da noção de *lide eleitoral*

A Escola italiana de processo civil que se firmou, no Brasil, a partir de Liebman tem nas lições de Carnelutti um de seus pilares mais relevantes. Este autor apresenta a noção de lide como “conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”¹⁸, que abre ensejo para a estruturação de procedimentos polarizados: uma das partes, que ostenta a pretensão, tem a intenção de submeter a outra a seu interesse, mas esta lhe oferece resistência. Pretensão e resistência são os elementos que permitem situar as partes – autor e réu – nos polos da ação. Ao final, o bem jurídico em disputa é outorgado a uma das partes, que se sagra vencedora¹⁹.

A perspectiva de estruturação da ação a partir do conceito de lide é patrimonializada. O autor quer acrescer algo a seu patrimônio jurídico, enquanto o réu não quer que o seu patrimônio jurídico seja diminuído. Sorve o conceito, aqui, da noção de direito

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hilomar Martins Oliveira, 1. ed., vol. 1. São Paulo: Classic Book, 2000.

¹⁹ Ocorre, assim, a composição da lide, que, na teoria carneluttiana, equivale à jurisdição. Não é necessário, nesse artigo, aprofundar uma discussão conceitual sobre a jurisdição. O que importa assinalar é que a noção de lide foi absorvida pela processualística civil brasileira como diretriz de estruturação dos procedimentos judiciais, polarizados e destinados a conduzir a uma decisão que, ao final, submete o interesse de uma das partes ao da outra. É o que fica claro pela leitura da Exposição de Motivos do CPC de 1973: “Lide é, consoante a lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma

subjetivo oriunda da teoria de Rudolf Von Ihering. Para este, direito subjetivo é “interesse juridicamente protegido”²⁰, ou seja, aquele interesse que, por ser merecer a proteção do Estado (via direito objetivo), passa a integrar o patrimônio do sujeito, que, então poderá defende-lo de violações, preservando, a um só tempo, seu patrimônio e a ordem jurídica²¹.

As modalidades de intervenção de terceiros conferem complexidade ao arranjo polarizado do procedimento, mas não alteram sua estrutura. Ao contrário: o terceiro interveniente somente legitima sua participação no processo a partir da assunção de posição em relação à lide originária. Essa posição é respaldada pelo modo segundo o qual a decisão judicial pode repercutir no patrimônio jurídico do terceiro. Admite-se como interveniente aquele que potencialmente terá seu patrimônio jurídico aumentado ou diminuído pela decisão, seja de forma direta ou indireta.

O aspecto patrimonial é tão arraigado à matriz do processo civil que esse potencial impacto de uma decisão no patrimônio jurídico da pessoa sagrou-se como sinônimo de *interesse jurídico*. Interesses outros – afetivos, morais, políticos – não legitimam o ingresso no processo. Excepcionalmente, a substituição

sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.”(BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil. In: BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil (1973). Publicado no DOU de 17 jan. 1973.).

²⁰ IHERING, Rudolf von. **La dogmática jurídica**. Buenos Aires: Losada, 1946, p. 181. HERING, Rudolf von. *La dogmática jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1946, p. 181.

²¹ Inflamava-se o autor: “Se o Estado tem o direito de chamá-lo [o indivíduo] para lutar contra o estrangeiro, e se pode obrigá-lo a sacrificar-se e a dar sua vida pela salvação pública, — porque não terá o mesmo direito quando é atacado pelo inimigo interno que não ameaça menos a sua existência que os outros? [...] Que alta importância assume a luta do indivíduo pelo seu direito, quando ele diz:— o direito inteiro, que foi lesado e negado em meu direito pessoal, é que eu vou defender e restabelecer!” (IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 41.).

processual permite a terceiro agir em nome próprio na defesa de interesse jurídico alheio, mas, ainda assim, a parte deverá defender o patrimônio jurídico do substituído.

Ocorre que a noção carneluttiana de lide e seus desdobramentos são inadequados para encaminhar a compreensão das ações eleitorais destinadas a resguardar a legitimidade de candidaturas, diplomas e mandatos. Nas ações eleitorais em comento, a pretensão não concerne à submissão do interesse do réu ao do autor, de modo que a procedência da ação apenas de modo reflexo e secundário faz crescer algo ao patrimônio jurídico do autor²². Vale dizer: os bens jurídicos que a AIRC, a AIJE, as Representações Adequadas, a AIME e o RCED resguardam alcançam uma dimensão objetiva, de caráter difuso e não patrimonializado, que diz respeito à legitimidade democrática da disputa eleitoral e de seus resultados.

Apesar disso, prevalece o esforço de acomodar as controvérsias oriundas do processo eleitoral a procedimentos polarizados, regidos pela lógica própria das lides cíveis.

2.2. Dificuldades de acomodação das controvérsias coletivas ao conceito de lide

A replicação da noção de lide às controvérsias coletivas traz duas dificuldades centrais. A primeira diz respeito à tradução desse tipo de conflito – para o qual convergem múltiplos interesses

²² Atualmente, essa possibilidade é restrita à pretensão de cassação de diploma ou mandato de candidato eleito no pleito proporcional, em ação movida por outro candidato, pois a retotalização dos votos pode conduzir à eleição deste. Quanto ao pleito majoritário, a Lei 13.165/2015 excluiu a possibilidade de que o segundo colocado venha a assumir o cargo em caso de cassação do eleito, uma vez que, segundo o §3º do art. 224 do Código Eleitoral, “A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados”.

– em uma dinâmica polarizada (pretensão/resistência). A segunda consiste em preencher o esquema autor/réu. O relativo êxito da legislação e da jurisprudência na abordagem dessas dificuldades foi obtido, ao custo da ocultação do problema da participação nas ações coletivas, graças à hegemonização do pensamento formatado em dois movimentos jurídicos: o *socialismo jurídico* e a *coletivização do processo*.

2.2.1. *Socialismo jurídico: a polarização entre o interesse público e o interesse privado*

No final do século XIX, críticas ao modelo liberal de processo dão origem ao *socialismo jurídico*, o qual propõe que o juiz, diante da demanda instaurada, aja como representante da parte fraca, assumindo uma “postura compensadora dos déficits de igualdade material entre as partes”²³. A paz social, decorrente da extirpação do conflito, passa a ser apresentada como um objetivo a ser perseguido pelos *órgãos judiciários*. Propugna-se, para tanto, a priorização da rápida produção da decisão judicial, pois a incerteza é pior do que tolerar “pequenos erros”²⁴.

Conforme assinala Dierle Nunes, a Ordenança Processual Civil do Império Austro-Húngaro (1895) é a primeira lei que incorpora as diretrizes do socialismo jurídico. A partir dela e do pragmatismo que a sustenta, “delineiam-se as bases para uma

²³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 80-81.

²⁴ Franz Klein *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 85. Na tradução de Nunes: “Para esses indivíduos, o mais importante de tudo é uma resolução rápida, decisiva do processo. Mesmo juízos pouco precisos, pequenos erros, eles os preferem no comércio a deixar durar por um longo tempo a penosa incerteza da disputa não resolvida, incerteza que inibe ulteriores transações.”

avaliação sócio-político-econômica do conflito como chaga social que deveria ser e[x]tirpada por uma jurisdição salvadora, à qual caberia, no âmbito de um pensamento econômico e quantitativo, ofertar um processo rápido”²⁵.

A carga negativa associada ao conflito encaminha a formatação ideológica do Estado Social como aquele em que o bem-estar é experimentado coletivamente e, por isso, deve ser captado e implementado pelo próprio Estado. Como expõe Mirjan Damaska, o Estado Social “faz muito mais que adotar umas tantas políticas e programas de bem-estar”, pois “abarca a luta por uma teoria coerente do que seja a boa vida e trata de usar sua base para um programa completo de melhora material e moral dos cidadãos”²⁶.

Damaska explica que, nessa matriz ideológica, a sociedade é vista como *defeituosa* e o Estado avoca para si o papel de melhorá-la ²⁷. Isso conduz ao descrédito dos modos de expressão da Cidadania. O *interesse geral* comparece como fórmula que permite ao Estado negar legitimidade à pluralidade de pretensões individuais colidentes com a diretriz estatal, de modo que “tudo se passa [...] como se o Estado, anulando as classes, anulasse com isso a própria contradição, se erigindo em lugar de não contradição, onde se realiza o bem comum”²⁸. Essa ideologia repercute na função judicial para

²⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, p. 81 e 86.

²⁶ Tradução do original: “Tal Estado hace mucho más que adoptar unas cuantas políticas y programas de bienestar. Abarca la lucha por una teoría coherente de la buena vida y trata de usar su base para un programa completo de mejora material y moral de los ciudadanos”. (DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal**. Tradução para o espanhol de Andrea Morales Vidal. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 2000, p. 140-141.).

²⁷ DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal**, p. 142.

²⁸ NAVES, Márcio Brilharinho. **Marxismo e direito**. São Paulo: Boitempo, 2000, p. 83-84.

comandar a estruturação de procedimentos de caráter tutelar, que permitem a suplantação de propósitos egoísticos pelo bem comum, sempre no – supostamente – melhor interesse daqueles que serão atingidos pela decisão.

Damaska considera que o cidadão, perante os órgãos judiciários do Estado Social, é um *participante sem poder*²⁹. Não é reconhecida ao cidadão a prerrogativa de *dar forma ao procedimento* e nele defender seu interesse em conflito. O direito individual é, para o Estado Social, um *benefício*, conferido como uma vantagem eventualmente decorrente da implementação das políticas públicas. Por isso, o tema da participação do cidadão nos procedimentos judiciais é “quase insignificante: de acordo com a ideologia ativista, os cidadãos não são necessariamente os melhores representantes de seus próprios interesses, fique claro: seus interesses quando aparecem à luz dos valores do Estado”³⁰.

À época do socialismo jurídico, o processo, embora eminentemente individual, começa a distinguir o tratamento a ser dado às partes conforme uma prévia detecção, pelo juiz, do interesse que se mostra mais afeiçoado à compreensão estatal de bem comum. É essa oposição que viria a subsidiar a possibilidade de traduzir conflitos coletivos em uma lógica polarizada: coloca-se, de um lado, o interesse público, como síntese de um direcionamento do bem-viver, e, de outro, o interesse privado, como (ameaça de) perturbação a esse

²⁹ DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la justicia y el poder del Estado**: análisis comparado del proceso legal, p. 262-265.

³⁰ Tradução extraída do trecho original: “[...] en el modelo que ahora consideramos, este tema [capacidad legal de las partes para emprender acciones procesales] es casi insignificante: de acuerdo con la ideología activista, los ciudadanos no son necesariamente los mejores representantes de sus propios intereses, bien entendidos: sus intereses cuando aparecen a la luz de los valores del Estado”. (DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la justicia y el poder del Estado**: análisis comparado del proceso legal, p. 263.).

direcionamento. É o interesse privado que deve ser esquadrihado no processo – sua chance de êxito depende de convencer que pode ser harmonizado com o bem comum –, enquanto milita em favor do interesse público a presunção de legitimidade.

A legislação eleitoral (infraconstitucional) absorve traços significativos do socialismo jurídico. Em contraste com a posição constitucional dos direitos políticos na CR/88, os procedimentos eleitorais não se erigem a partir da premissa de proteção a direitos fundamentais (individuais) associados à participação política, mas, sim, da premissa de uma jurisdição vocacionada a corrigir desvios perpetrados pelo insidioso assédio de interesses individuais em uma esfera de interesse público.

Essa perspectiva sobressai, por exemplo, no voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADPF 144³¹, feito no qual discutida a autoaplicabilidade do §9º do

³¹ ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – [...] MÉRITO: RELAÇÃO ENTRE PROCESSOS JUDICIAIS, SEM QUE NELES HAJA CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL, E O EXERCÍCIO, PELO CIDADÃO, DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA - REGISTRO DE CANDIDATO CONTRA QUEM FORAM INSTAURADOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE NATUREZA CRIMINAL, EM CUJO ÂMBITO AINDA NÃO EXISTA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO - IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE DEFINIR-SE, COMO CAUSA DE INELEGIBILIDADE, A MERA INSTAURAÇÃO, CONTRA O CANDIDATO, DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, QUANDO INOCORRENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO - PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO, “VITA ANTEACTA” E PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA - SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS E IMPRESCINDIBILIDADE, PARA ESSE EFEITO, DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 15, III) – [...] EFICÁCIA IRRADIANTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DESSE PRINCÍPIO AO ÂMBITO DO PROCESSO ELEITORAL [...] ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA IMPROCEDENTE, EM DECISÃO REVESTIDA DE EFEITO VINCULANTE. (STF - ADPF: 144 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 06/08/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02. PP-00342).

art. 14 da CR/88³². Segundo Ayres Britto, os direitos políticos não são exercitados para “servir imediatamente a seus titulares”, pois não tutelam “bens da personalidade [...], nem de personalidade individual, nem de personalidade corporativa” – esta última resguardada pelos direitos sociais – mas bens transindividuais³³. Por isso, se, no caso dos direitos civis, a tensão entre indivíduo e Estado se resolve em favor do indivíduo, no caso dos direitos políticos isso não pode ocorrer, porque, ao exercer esses direitos “o indivíduo já não quer ser simplesmente indivíduo, ele quer ser representante de toda uma coletividade”.³⁴

³² CR/88, 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 exercício de mandato considerada 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.”

³³ Cabe deixar claro que o voto do Min. Ayres Britto restou vencido no julgamento da ADPF 144. Mesmo assim, constitui notável exemplar da assimilação das diretrizes do socialismo jurídico, que continua a inspirar o tratamento legal e jurisprudencial dos direitos políticos. Eis, em seu contexto, os destaques feitos: “Aqui, neste campo dos direitos políticos, o exercício deles não é para servir imediatamente aos seus titulares – e já vai aí uma primeira diferenciação fundamental –, mas para servir imediatamente a valores de índole coletiva – esses dois valores que acabei de dizer: da soberania popular e da democracia representativa ou democracia indireta. É uma diferenciação que precisa ficar bem clara. Quanto aos magnos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, para que eles existem? Eles existem como a resultante lógica, como a consequência do particularizado exercício dos direitos de índole social e daqueles rotulados como de natureza individual. Logo, nestes últimos, o que se visa em primeiro plano é beneficiar por modo concreto os individualizados sujeitos das duas categorias de direitos: direitos individuais e direitos sociais. [...] Quando nos deslocamos, todavia, para os basilares princípios da soberania popular e da democracia representativa, quem primeiro resplende não são os bens de personalidade. Nem de personalidade individual nem de personalidade corporativa; pelo contrário, são valores ou idéias [sic] transindividuais, porque agora estamos no reino do coletivo. [...]” (STF - ADPF: 144 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 06/08/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02. PP-00342)

³⁴ Confira-se outro trecho do voto, para maior clareza sobre o pensamento do Ministro Relator: “Por isso o eleitor, titular do direito político de votar, não exerce esse direito para primeiramente se beneficiar. [...] O mesmo acontecendo com o candidato. O candidato a

Esse o raciocínio permite conceber a estruturação dos procedimentos eleitorais de modo polarizado: como o confronto entre o interesse público na preservação da legitimidade do processo eleitoral e o interesse individual, pernicioso, daquele a quem se imputa a lesão ao interesse público. Nessa polarização, o interesse na conservação de candidaturas, diplomas e mandatos é tratado como interesse individual do ocupante do polo passivo, enquanto o interesse no *impedimento ou cassação* daqueles, alocado no polo ativo, é tratado como tradução unívoca do interesse público.

2.2.2. Coletivização do processo: a substituição processual da coletividade pelos representantes adequados

Possibilitada a estruturação polarizada da ação coletiva, remanesce a questão: a quem delegar a defesa desse cognominado interesse público? A resposta viria a ser dada pelo movimento de *coletivização do processo*, que ocorre a partir de 1960.

Pelo tempo em que os direitos associados a prestações positivas do Estado permanecem compreendidos sob a dimensão de pacificação de perturbações isoladas, são eles acomodados no sistema consolidado pela socialização do processo, graças ao papel ativo confiado ao juiz. Quando, porém, as alterações nas condições sociais e o progresso técnico produzem novas carências, inicia-se uma

cargo político só está autorizado a disputar a preferência do eleitorado para representar uma coletividade [...]. [...] Já no plano da formatação constitucional do direito de cunho político eletivo, que é de representação de toda uma coletividade, já se transborda do campo da apresentação para o campo da representação. Agora, o indivíduo não quer falar por si mesmo. Agora, o indivíduo não quer falar por si mesmo, não quer celebrar negócios, participar de licitação, constituir uma empresa, participar de reunião; o indivíduo já não quer defender direito a uma patente ou marca industrial. Não! Agora, ele quer ser o próprio Estado em ação. Ele quer ser membro do Estado. [...]”(STF - ADPF: 144 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 06/08/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02. PP-00342)

reavaliação da convivência social e da percepção dos bens jurídicos. A premência dessas demandas sociais conduz ao movimento de positivação dos chamados “novos direitos”, considerados como capazes de “transcende[r] a esfera individual e atingirem um número limitado ou não de pessoas”³⁵.

Esse reconhecimento jurídico põe em crise o sistema de tutela jurídica vigente. Não soa plausível estabelecer certos direitos – como o direito ao meio-ambiente equilibrado – como uma *posição de vantagem* em relação a terceiros, pois estes detêm simultaneamente o mesmo direito. A dificuldade em aplicar os moldes tradicionais, para identificar a titularidade do direito coletivo deixa em aberto a definição da legitimação para sua defesa.

Em resposta a esse momento crítico, a chamada *segunda onda de acesso à justiça*³⁶ debruça-se sobre a defesa em juízo desses novos direitos, propondo a necessidade de superação da ação individual em um contexto de massificação de direitos, com vistas à *coletivização do processo*.

Gregório Assagra de Almeida sinaliza a imbricação profunda entre a proposta de tratamento judicial coletivizado dos novos direitos, surgida na década de 1970, e a fase *instrumentalista do processo*, na qual, em prol de *resultados e efetividade*, “o direito processual passa a ser concebido como meio, como instrumento de realização de justiça por intermédio dos escopos da jurisdição”, entre os quais a “pacificação social com justiça”³⁷. Segundo o autor,

³⁵ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 30 e 66.

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

³⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**, p. 6.

o movimento de coletivização surge porque a *primeira onda de acesso à justiça*, centrada na “gratuidade da justiça aos pobres”, “não foi suficiente, especialmente por tratar o pobre como indivíduo e esquecer da coletividade”³⁸.

A coletivização do processo reforça a distinção ontológica entre interesses individuais e coletivos, já presente no socialismo jurídico. Os interesses coletivos brotariam de uma idealidade impermeável ao egoísmo. Os *novos direitos* são vistos, então, como direitos *sem titulares*, mas dotados de *beneficiários*:

Não tendo os direitos transindividuais, em regra, titulares, na medida em que se situam num plano logicamente antecedente de atributividade individual dos direitos, nasce aí o difícil problema para o emprego do esquema liberal burguês para sua tutela. [...] Em tema de direitos transindividuais, melhor seria talvez falar-se em beneficiários dos direitos tutelados, porque, na verdade, os direitos que se tutelam no plano transindividual de forma única e indivisível é que dão causa a inúmeros outros direitos dessas pessoas, não havendo hipótese de que a tutela coletiva constitua para eles direta e automaticamente direitos.³⁹

Esse suposto vazio da titularidade dos novos direitos foi tomado como ponto de partida para fixar a legitimidade ativa nos procedimentos destinados a resolver questões coletivas, permitindo que o Estado avocasse para si a tarefa de eleger intérpretes autorizados do interesse coletivo, aptos a promover sua defesa judicial. Esses

³⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**, p. 8.

³⁹ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. Os belos copos de vinho da vovó? Elementos de história do processo coletivo para a solução de alguns problemas supostamente intrincados. In: RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio et al (Org.). **Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**, p. 23-44. São Paulo: LTr, 2006, p. 29-30.

intérpretes são os representantes adequados, titulares do direito de ação no processo coletivo.

Ainda na década de 1970, Vincenzo Vigoriti⁴⁰ avança para reconhecer titulares aos direitos tratados no processo coletivo. O autor não considera o interesse coletivo uma categoria ontologicamente distinta do interesse individual, mas, sim, uma confluência de inúmeras posições individuais de vantagem que se correlacionam por incidir sobre um mesmo bem. Vigoriti inova ao adotar um referencial objetivo (o bem sobre o qual recai o interesse), para afirmar a existência de múltiplos interessados em uma situação de vantagem coletiva, e ao refutar expressamente “doutrinas que parecem considerar os interesses coletivos e os difusos como algo completamente diferente da posição de vantagem visada”⁴¹.

Contudo, o autor não reputa relevante que, nessas situações de vantagens coletivas, a faculdade de agir seja atribuída a todos os interessados. Parece-lhe, antes, ser crucial que os interessados possam se valer de um *portador adequado* ⁴². Assim, acaba por ceder ao modelo de representação adequada em função de seu apelo prático: a otimização do procedimento, decorrente da maior aptidão técnica do representante e do menor número de participantes nos feitos judiciais. A rigorosa correlação interesse-ação se mostra, em seu entendimento, desnecessária e contraproducente para a resolução de questões coletivas.

⁴⁰ VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979.

⁴¹ ATradução do original: “[...] delle dottrine che sembrano considerare gli interessi collettivi e quelli diffusi come un qualcosa del tutto diverso dalle posizioni di vantaggio consciute.” (VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire, p. 25.).

⁴² “Tratando-se da tutela jurisdicional do interesse coletivo, não importa tanto que todos os titulares dos interesses correlatos sejam legitimados quanto importa, em lugar disso,

De modo a conciliar o reconhecimento do aporte de interesses individuais (correlatos) para as questões coletivas com a preferência pela representação adequada, Vigoriti sustenta que a organização das posições de vantagem acarreta uma *renúncia ao princípio da coincidência*. Essa renúncia se dá em prol de um ganho geral de efetividade do processo, “reflexo de uma necessidade de ordenação lógica e prática fortemente recomendável por todos os setores da experiência que se dedicam ao fenômeno da plurissubjetividade”⁴³. O sistema de representação adequada, por *aparentar* ser estabelecido em exclusivo proveito dos interessados, tende a convencer como superação satisfatória da dificuldade concreta de trazer para os procedimentos de alcance coletivo todos os possíveis interessados.

A representação adequada equaciona a questão prática da atribuição de manejo das ações coletivas, ao mesmo tempo que reputa marginal (ou inexistente) o problema de ser a população atingida pela decisão excluída do processo. O que fica velado nessa solução é que a renúncia ao princípio da coincidência, referida por Vigoriti, constitui mera ficção, construída para justificar a canalização de todas as possíveis pretensões dos interessados na ação concretamente encetada pelo representante adequado. Essa ficção homogeneizante se cristaliza como dogma, pois, estipulado o rol taxativo de

que sejam [legitimados] aqueles que podem ser portadores adequados do interesse próprio e comum”. Tradução do original: “[...] trattandosi della tutela giurisdizionale degli interessi collettivi, non importa tanto che tutti i titolari degli interessi correlati siano legittimati, quanto importa invece che lo siano coloro che possono farsi ‘adeguati portatori’ dell’interesse próprio e comune.” (VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, p. 103.).

⁴³ Tradução do original: “riflesso di um bisogno di ordine logico e pratico fortemente avvertito in tutti i settori dell’esperienza in cui si prestano fenomeni di plurisoggettività” (VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, p. 101-102).

representantes adequados, a atuação de qualquer interessado será repelida, ao fundamento de que não detém legitimidade. Ou seja, o titular do *interesse correlato* é impotente diante da presunção de que renunciou à faculdade de agir.

A composição do polo ativo das ações eleitorais coletivas não discrepa desse modelo. Percebe-se que o acesso do cidadão a tais ações, em interesse próprio, dá-se preponderantemente na condição de réu⁴⁴. A condição de eleitor e, portanto, de cidadão (em sentido restrito) – que, até mesmo, legitima a propositura de ação popular – é sumamente desconsiderada em âmbito eleitoral como apta a conferir legitimidade ativa. Isso significa, na confluência entre o socialismo jurídico e a coletivização do processo, alijar o eleitor – inegavelmente, interessado no controle de legitimidade do processo eleitoral – da possibilidade de instaurar a discussão judicial acerca das candidaturas, diplomas e mandatos.

Passa-se a apresentar uma possibilidade teórica de superação dessa compreensão para, em seguida examinar como as modalidades de intervenção de terceiros previstas no CPC/2015 podem aproximar as ações eleitorais coletivas de uma concepção participativa de processo coletivo.

⁴⁴ A exceção fica por conta da propositura das ações eleitorais por candidatos, ao menos se considerado o interesse destes em excluir concorrentes, por meio da AIRC, e o benefício decorrente de retotalização, em caso de cassação de candidato no pleito proporcional. Isso porque, como se verá, a partir da Lei 13.165/2015, passa a ser impossível que, em processos de cassação de candidato no pleito majoritário, o candidato autor seja alçado ao cargo disputado.

2.3. Ação temática eleitoral: proposta para a estruturação das ações eleitorais coletivas

A exclusão da participação do cidadão/eleitor das ações eleitorais indica que estas assimilam as duas principais diretrizes extraídas da teorização hegemônica do processo coletivo:

- 1^a) há distinção ontológica entre interesses coletivos e interesses individuais;
- 2^a) para serem preservados contra a indevida interferência dos interesses individuais e alcançar efetividade, as ações coletivas devem ser conduzidas por *representantes adequados*.

A refutação dessas diretrizes é possível a partir da ressignificação da noção de *interesse*, conforme promovida por Vicente de Paula Maciel Júnior ao resgatar a relevância, para o Direito Democrático, daquilo que, desde a concepção de direito subjetivo cunhada por Rudolf Von Ihering, ficou relegado ao conceito de interesse simples, que não importaria ao Direito⁴⁵. Maciel Júnior compreende que, sejam ou não protegidos pelo Direito, os interesses subsistem como um liame psicológico, estritamente individual, pois “sempre ocorrem e se exaurem na esfera particular do indivíduo”⁴⁶.

⁴⁵ No conceito cunhado por Ihering, o direito subjetivo corresponde ao *interesse juridicamente protegido*. Segundo Maciel Júnior, “o equívoco metodológico de Ihering consistiu em pressupor que o interesse somente teria importância para o direito a partir do momento em que houvesse a previsão legal de tutela desse interesse. O interesse que importaria ao direito seria um interesse juridicamente tutelado, ou seja, um direito”. (MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 43.).

⁴⁶ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 43.

Por isso, reputa inadequada a identificação do direito – proteção jurídica, objetiva – com o interesse.

A partir dessa premissa, Maciel Júnior aponta que mesmo quando o Direito opta por uma proteção jurídica de caráter coletivo – tal como o direito difuso, coletivo estrito senso e individual homogêneo –, não se modifica a natureza do interesse (sempre formulado por cada indivíduo) mas, sim, a forma como os *interessados* se apresentam. Então, no âmbito do direito difuso, não existiria um interesse a brotar de uma dimensão impessoal, abstrata, mas, sim, a convergência de interesses individuais formulados por diversos interessados, os quais se apresentam de modo difuso.

Os interesses podem ser convergentes, antagônicos, complementares – daí a impossibilidade de se admitir que um único titular da ação possa ser indicado como representante adequado *a priori* de todos os interessados. Diante disso, Maciel Júnior sustenta, em oposição à teoria prevalecente, que o processo coletivo democrático deve ser permeável à participação dos interessados, uma vez que sua efetividade depende de que possam estes ter a oportunidade de trazer ao contraditório as pretensões complexas que se enunciam em torno de uma mesma situação jurídica⁴⁷. É a partir daí que o autor concebe o modelo da *ação temática*.

Como técnica que rompe com a cooptação dos interesses individuais, a ação temática é estruturada a partir da situação objetiva em relação à qual é demandada a providência judicial. Não se cogita da necessidade de previsão legal de um rol de sujeitos previamente autorizados a propor a demanda coletiva,

⁴⁷ Escaparia aos limites desse artigo discorrer em maior profundidade sobre o encadeamento de argumentos que conduz à enunciação da teoria das ações temáticas, cabendo, aqui, remeter o leitor à obra de Maciel Júnior.

mesmo porque a faculdade de propositura da ação não se vincula à perspectiva patrimonializada da *titularidade* de um objeto litigioso.

Maciel Júnior enfatiza a necessidade de tratamento do objeto do procedimento coletivo como tema, o que significa que o “mérito ou conteúdo da demanda [...] não será formado apenas pelo objeto do pedido constante na petição inicial”, mas também por questões formuladas por quaisquer interessados⁴⁸. O *tema* consiste, assim, em “fatos ou situações jurídicas que afetam os interessados” e seus contornos e profundidade são construídos por todos os partícipes do procedimento⁴⁹.

A originalidade do modelo de procedimento coletivo proposto por Maciel Júnior pode ser sintetizada como a substituição do conceito de *lide* pelo de *tema*. Ao assim proceder, o autor desvencilha-se das incongruências oriundas da noção patrimonializada de *conflito caracterizado por uma pretensão resistida* e, sobretudo, da insatisfatória tentativa de replicação dessa noção no âmbito dos direitos de alcance coletivo.

A modificação desse esquema exige que seja conferida a mesma intensidade e amplitude à participação de todos os interessados, independentemente de qual deles tenha provocado a instauração do procedimento coletivo. Para tanto, a linearidade da oposição petição inicial/contestação deve ser abandonada, dando lugar a um esquema radial: definida a centralidade do tema posto em debate, deve ser assegurada igual oportunidade de dedução de todos os argumentos que convirjam para este ponto central.

⁴⁸ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 180.

⁴⁹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas, p. 178-179.

Essa oportunidade de participação deve ocorrer ainda na fase postulatória da ação. Proposta a ação coletiva, a publicação de edital e a ampla divulgação desse ajuizamento permite aos interessados se apresentarem para integrar o feito. Nessa etapa, os interessados podem trazer novos fatos correlatos ao objeto da ação, oferecer nova conformação jurídica a esses fatos ou indicar pessoas que devem integrar o processo. A organização das posições dos interessados somente poderá ser definida, a partir da argumentação desenvolvida, no momento de prolação da decisão saneadora. Nada impede, portanto, que a atuação dos interessados difusos consista em apresentar argumentos e provas favoráveis àquele ao qual se imputa determinada conduta ilícita, exatamente porque se supera a identificação unívoca do “interesse coletivo” com a pretensão do autor.

O aproveitamento desse modelo em âmbito eleitoral resultou na proposta da *ação temática eleitoral*. Propugnou-se a abertura dos procedimentos eleitorais à participação dos cidadãos, em conjunto com os atuais legitimados ativos, reconhecendo-se a todos a possibilidade de, na fase postulatória, influir na formação da causa de pedir e do pedido e na indicação de partícipes.

A ação temática eleitoral é defendida não apenas por apresentar solução democrática ao problema da participação nas ações eleitorais coletivas mas, também, por propiciar maior racionalização dos procedimentos eleitorais. A ampliação da fase postulatória permite que uma única ação abarque uma multiplicidade de questões que, atualmente, ante as limitações do esquema polarizado e estanque aplicado às ações eleitorais, acarreta o ajuizamento de diversas ações similares e a discussão fragmentada dos fatos nelas apresentados.

Organizada em torno de dois grandes temas – a legitimidade das candidaturas, na etapa de registro, e a legitimidade das eleições e seus resultados, no curso da campanha e até a diplomação – a ação temática eleitoral se apresenta, *de lege ferenda*,

como matriz para a construção de um Direito Processual Eleitoral no qual efetividade não seja sinônimo apenas de celeridade, mas, sim, de ampliação do debate democrático, em contraditório, em torno de questões de impacto direto sobre a cidadania. Porém, é possível que seu arcabouço teórico propicie o aprimoramento dos procedimentos eleitorais atualmente vigentes, por uma leitura adequada das modalidades de intervenção de terceiros previstas no CPC/2015.

3. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NAS AÇÕES ELEITORAIS COLETIVAS

A intervenção de terceiros consiste em um incidente processual que tem por característica reorganizar o elemento subjetivo da demanda, tornando parte do processo alguém que, até então, não o era. Convergem os processualistas para afirmar que a intervenção de terceiros confere a qualidade de parte a quem se encontrava em posição “de inatividade em relação ao processo”⁵⁰.

O modelo vigente, porém, não admite que qualquer terceiro ingresse em ações judiciais em curso. A intervenção somente é justificada pela demonstração do *interesse jurídico*. Na concepção prevalecente, *terceiros interessados* são “pessoas estranhas à relação processual de direito material deduzida em juízo”, mas “sujeitos de uma outra relação de direito material que se liga intimamente àquela já constituída”⁵¹.

⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivum, 2015, p. 476.

⁵¹ NUNES, Dierle José Coelho et al. **Curso de direito processual civil**: fundamentação e aplicação, p. 179.

A presente seção aborda a transposição dessa noção de terceiro para as ações eleitorais coletivas, e sua repercussão para admitir ou negar a intervenção de terceiros. Apresenta-se uma análise do tratamento atualmente dado às modalidades previstas no CPC/1973 e, finalmente, uma projeção das possibilidades de aproveitamento do CPC/2015.

3.1. A figura do terceiro em relação às ações eleitorais coletivas

A noção processual da condição de terceiro, como aquele que não integra o processo como parte, permite volver ao problema posto na abertura do presente artigo, que diz respeito à exclusão da participação processual daqueles que venham a ser atingidos pela decisão judicial. Em outras palavras, o problema se coloca quando, negado o acesso do terceiro ao processo, venha a decisão judicial a produzir efeitos para além dos limites subjetivos da coisa julgada.

Esse problema já fora detectado por Liebman⁵², que constata que a noção de limites subjetivos da coisa julgada é insuficiente para impedir a produção de efeitos das decisões jurídicas sobre terceiros. Buscando obter uma solução dogmática para esse impasse, Liebman distingue a coisa julgada daquilo que denomina *eficácia natural da sentença*. Para o autor, a imutabilidade própria da primeira, não se faz presente na segunda, o que assegura aos afetados pela decisão, desde que não tenham participado do procedimento judicial em que prolatada, a prerrogativa de provocar sua revisão. Segundo Liebman:

A sentença produz normalmente efeitos também para os terceiros, mas com intensidade menor que para as partes; porque, para estas,

⁵² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

os efeitos se tornam imutáveis pela autoridade da coisa julgada, ao passo que para os terceiros podem ser combatidos com a demonstração da injustiça da sentença. Usando, de passagem, da terminologia do Código, poderá dizer-se que tem a sentença para as partes eficácia de presunção *iuris et de iure*; para os terceiros, pelo contrário, de presunção *iuris tantum*. Sem voltar à demonstração do fundamento em direito da tese exposta, é oportuno, todavia, ressaltar o lado prático e a equidade [sic] da solução a que ela conduz. Tem, em primeiro lugar, a vantagem de utilizar, na maior medida possível, a atividade processual exercida, em cada processo, pelo órgão jurisdicional e pelas partes, em benefício da economia do processo. Tende, além disso, a favorecer a harmonia dos resultados dos processos sobre relações conexas ou dependentes, diminuindo a possibilidade de contradição dos julgados; mas atinge esses fins sem sacrificar os direitos dos terceiros, aos quais outorga ampla faculdade de defesa nos casos em que a sentença pronunciada *inter alios* seja viciada por erro.⁵³

Essa proposta de Liebman amolda-se com facilidade à noção patrimonializada de direito subjetivo a cujo titular se assegura uma ação para defendê-lo. Por essa premissa, a decisão judicial que afeta direito de terceiro sobre o bem jurídico em disputa faz nascer para aquele a possibilidade de reivindicar a tutela judicial, a qual consistirá no reconhecimento da ineficácia da decisão perante si. Como resultado, o terceiro, caso reconhecida a procedência de sua pretensão, pode usufruir do bem, a despeito de a decisão ter se tornado imutável para as partes do processo originário.

⁵³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**, p. 150.

O problema, porém, é que, em se tratando de procedimentos em que são discutidas questões de alcance coletivo, a posição de *terceiro* em relação ao debate processual é uma criação artificial decorrente do reconhecimento de legitimação para agir *exclusiva* aos representantes adequados. Ou seja, a parte processual é o representante adequado, que pleiteia determinada providência jurídica em nome de uma coletividade, mas os membros dessa coletividade são tratados, no processo, como *terceiros*.

Diversos artifícios são empregados na tentativa de deslindar impasses surgidos em decorrência do resultado do julgamento da ação coletiva. Nesse sentido, o CDC e a LACP preveem que a formação de coisa julgada nas ações coletivas possa se dar *erga omnes, ultra partes* ou *inter partes*; condicionadamente ao resultado do julgamento (*secundum eventum litis*) ou da instrução probatória (*secundum eventum probationis*); com possibilidade de extensão em favor de terceiros que beneficiar (transferência *in utilibus*). Sobretudo, preocupam-se os arts. 103 e 104 do CDC em afastar a litispendência entre as ações coletivas e as ações individuais, assegurando aos interessados a faculdade de proporem as últimas.

Ocorre que as providências determinadas nas ações eleitorais coletivas são, em regra, unitárias⁵⁴. A indivisibilidade do *objeto* processual (a providência que repercute sobre a candidatura, o diploma ou o mandato) impossibilita que decisões de conteúdo diverso sejam concomitantemente eficazes perante sujeitos distintos. Em outras palavras, um candidato não pode, por exemplo, ter seu registro cassado apenas perante alguns eleitores e válido perante os demais.

⁵⁴ Podem ser individualizadas a multa e a sanção de inelegibilidade, quando cabíveis. Contudo, o foco do presente artigo recai sobre o impedimento/cassação de registro, diploma e mandato, que repercutem de modo indivisível sobre todos os interessados.

Isso impede a adoção da solução proposta por Liebman frente à denominada eficácia natural da sentença, o que torna mais problemática a colocação dos membros da coletividade na posição de *terceiros* em relação às decisões proferidas nas ações eleitorais coletivas. Afinal, esses *terceiros* não apenas suportam efeitos das decisões, mas também não dispõem da prerrogativa de pleitear a suspensão da eficácia perante si.

Por conseguinte, no âmbito da função judicial eleitoral, nem mesmo são cogitáveis os paliativos legais destinados a escamotear a exclusão dos afetados pela decisão judicial: a coisa julgada atingirá a toda a coletividade, quer seus membros sejam ou não admitidos ao processo como parte. Conforme sustenta Rodolfo Viana Pereira:

Em assuntos cuja relevância ultrapassa as fronteiras da compreensão tradicional dos domínios público e privado e que permeiam difusamente todos os possíveis polos de interesse presente na comunidade política, o zelo nunca é suficiente, porque os efeitos do seu descumprimento repercutem igualmente de modo amplo e indiscriminado.⁵⁵

Por isso, as providências judiciais que incidem sobre as eleições e seus resultados circunscrevem-se à dimensão objetiva do direito difuso⁵⁶. A indivisibilidade dos efeitos da decisão judicial se estende sobre uma coletividade composta por interessados a princípio indeterminados.

⁵⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições, p. 147.

⁵⁶ Vale lembrar que o conceito legal vigente de direito difuso o identifica como o de “interesses difusos”, conforme disposto na Lei n. 8.078/1990: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo

Por filiação à linha de raciocínio que distanciou Maciel Júnior de Vigoriti, recusa-se a solução utilitarista pela qual essa indeterminação dos interessados enseja a fictícia *renúncia ao princípio da coincidência* e que esta, por sua vez, justifica satisfatoriamente a adoção do sistema de representação adequada. A remissão dos temas eleitorais à dimensão do direito difuso impõe a adoção de técnicas que compatibilizem a produção das decisões eleitorais mediante a participação dos interessados em contraditório.

Enquanto se defende a reconfiguração das ações eleitorais a partir da proposta da ação temática eleitoral, resta extrair das modalidades de intervenção de terceiros possibilidades de aproximação a essa proposta democratizante.

3.2. Modalidades de intervenção de terceiros do CPC/1973 e sua aplicação às ações eleitorais coletivas

Um olhar sobre as modalidades de intervenção de terceiros no CPC/1973 não deixa dúvidas de que estas foram concebidas a partir da noção patrimonializada de lide – fiéis, portanto, ao conceito de interesse jurídico como demonstração de impacto da decisão no patrimônio jurídico do interveniente:

1. A assistência (arts. 50 a 55, CPC/1973), embora não tratada expressamente como modalidade de

individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; [...]”. Ao aqui se assinalar a dimensão objetiva do direito difuso, aproveita-se a noção legal de indivisibilidade da repercussão da decisão judicial sobre pessoas indeterminadas. Por outro lado, refuta-se a dimensão subjetiva do direito difuso, que, ao identificá-lo com um *interesse difuso*, sugere a necessidade de identificação de um sujeito que possa, em nome dessa coletividade, traduzir esse (único) interesse e defendê-lo judicialmente, “a título coletivo”, conforme enunciado no caput do artigo.

- intervenção de terceiro, é a modalidade que permite e este comparecer ao processo para auxiliar uma das partes, com o objetivo de evitar um prejuízo direto ou reflexo que acarretaria a diminuição de seu patrimônio jurídico;
2. Por meio da oposição (arts. 56 a 61, CPC/1973), o terceiro comparecia para defender um direito melhor em relação a ambas as partes litigantes: o bem em disputa deveria ser adjudicado a seu patrimônio jurídico, e não ao do autor ou do réu;
 3. A nomeação à autoria (arts. 62 a 69, CPC/1973) propiciava ao detentor ou preposto indicar aquele que, acertadamente, deveria integrar o polo passivo da demanda, por ser ele o titular do interesse jurídico em promover a resistência à pretensão do autor;
 4. A denunciação da lide (arts. 70 a 76, CPC/1973) permite ao denunciante veicular uma pretensão fundada em direito de regresso ou de garantia, por força dos quais, em última análise, a diminuição de seu patrimônio jurídico, caso vencido, será recomposta pelo denunciado;
 5. O chamamento ao processo (arts. 77 a 80, CPC/1973) possibilita ao réu minimizar eventual diminuição de seu patrimônio jurídico, pela inclusão, no polo passivo, de outras pessoas obrigadas responder solidariamente pela dívida.

Apesar de concebidas em uma lógica contrastante com a natureza dos bens jurídicos resguardados pelas ações eleitorais coletivas, a aplicação a estas do modelo polarizado emprestado do processo civil individual abriu ensejo para cogitar-se da adoção da intervenção de terceiros no âmbito de tais ações. A mais

recorrente figura é a assistência que, embora sem previsão nas leis eleitorais, é prevista no art. 94 do CDC, em sua modalidade litisconsorcial, como paliativo para a ausência de legitimidade ativa dos interessados para a propositura da ação civil coletiva⁵⁷. Mas isso não impediu que a jurisprudência também cogitasse da adoção da oposição em matéria eleitoral.

3.2.1. Assistência

Por propiciar o ingresso no feito de terceiro interessado em auxiliar uma das partes a sagrar-se vitoriosa, a assistência tem sido a mais difundida modalidade de intervenção de terceiros nas ações eleitorais. No entanto, o transporte do instituto civilístico para o eleitoral tem sido feito de modo conturbado, em razão da persistência, injustificável, em manter fidelidade à configuração da assistência no CPC.

Diz-se ser injustificável essa persistência porque o processo coletivo, ao menos nesse aspecto, já desenvolveu alguma autonomia, a ponto de compreender que a condição de interessado, conforme inferida da combinação dos arts. 81, parágrafo único, III, 91 e 94 do CDC, pode ser estabelecida a partir de uma *situação objetiva* (a “origem comum” do interesse), dispensando, portanto, a aferição de *relação jurídica entre o terceiro interveniente e alguma das partes*. Não obstante, as decisões judiciais sobre a matéria, em âmbito eleitoral, continuam a perquirir o cognominado *interesse jurídico* do requerente de acordo com as normas do CPC, de modo

⁵⁷ CDC, art. 94: “Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.”

a excluir a possibilidade de intervenção com base em interesse considerado puramente político.

A aferição do interesse jurídico nas ações eleitorais coletivas é bastante problemática. Note-se que o art. 50 do CPC/1973 autoriza intervir como assistente quem, na pendência de “uma causa entre duas ou mais pessoas, [...] tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas [...]”. Relega-se aos órgãos judiciários eleitorais aferir a presença do citado *interesse jurídico* associado a alguma das modalidades de assistência (simples e litisconsorcial). Contudo, o CPC/1973 não adota critério uniforme para distinguir a assistência simples da litisconsorcial. Sobre a modalidade simples, apenas diz que “o assistente atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido” (art. 52, CPC/1973). Já a modalidade litisconsorcial recebe configuração delimitada: “considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido” (art. 54, CPC/1973).

Isso vem resultando em uma aplicação casuística dos institutos pelos tribunais eleitorais e que, *por eliminação*, favorece a assistência simples. Explica-se: a assistência litisconsorcial é declarada incabível a partir da constatação de que o terceiro interveniente na ação eleitoral não possui, em qualquer caso, uma *relação jurídica com o adversário da parte que pretende assistir*. Resta a assistência simples, vagamente associada à presença de *interesse jurídico*. O órgão judiciário passa então a perquirir a intenção do interveniente de atuar como auxiliar da parte. O critério adotado é a *utilidade* da decisão: o *proveito* que o interveniente possa auferir da providência judicial, isto é, a repercussão desta sobre seu *patrimônio jurídico*.

Assim é que, em decisões proferidas em autos de Requerimento de Registro de Candidatura, o TSE:

- a) *negou o interesse jurídico imediato* do candidato segundo colocado para intervir na fase recursal do julgamento do registro de candidatura do eleito, ao fundamento de que aquele não poderia assumir o cargo vago ainda que restasse indeferido o registro *sub judice*⁵⁸;
- b) *negou o interesse jurídico imediato* do candidato e da coligação vitoriosos em eleição majoritária “para ingressarem na condição de assistentes simples do Ministério Público no processo de registro do segundo colocado, considerando que o eventual indeferimento desta candidatura não trará nenhuma consequência direta aos requerentes”⁵⁹;
- c) *reconheceu* o interesse jurídico capaz de subsidiar “a intervenção de partido político, na condição de assistente simples, de candidato pertencente à coligação da qual a respectiva agremiação faz parte, pois evidenciado o interesse jurídico da legenda quanto à decisão favorável ao assistido”⁶⁰.

⁵⁸ Isso porque, no caso concreto, haveria necessidade de convocar eleições suplementares. Faltaria “interesse jurídico imediato [...] para requerer o ingresso no processo de registro do candidato eleito, porquanto a chapa vitoriosa obteve mais de 50% dos votos validos, razão pela qual o deslinde do feito não lhe trará nenhuma consequência direta”. (TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 292-43.2012.613.0050, Relator Min. Henrique Neves da Silva. Acórdão de 2 abr. 2013. DJE de 06/05/2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/servicos-judiciais/diario-da-justica-eletronico>>. Acesso em: 28 nov. 2015.).

⁵⁹ TSE. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 93-75.2012.620.0066, Relator Min. Henrique Neves da Silva. Acórdão de 28 fev. 2013. DJE de 02/04/2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/servicos-judiciais/diario-da-justica-eletronico>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

⁶⁰ TSE. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 756-58.2012.626.0033, Relatora Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio. Acórdão de 19 mar. 2013. DJE de 22/04/2013, Tomo 074, Página 72. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/servicos-judiciais/diario-da-justica-eletronico>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

Nota-se a diretriz individual e patrimonializada do cálculo da *utilidade* das decisões. No primeiro julgado citado, a inevitável convocação das eleições suplementares⁶¹ repele o interesse de agir do candidato vencido. No segundo caso, a impugnação ao registro do segundo colocado prossegue com o Ministério Público Eleitoral defendendo o *interesse público*, mas os eleitos, detentores de uma *posição de vantagem* que não é ameaçada pelo resultado daquela impugnação, são impedidos de ingressar no procedimento. Já no terceiro exemplo, foi autorizada uma atuação que é mesmo contrária à regra legal segundo a qual “o partido político coligado somente possui legitimidade para atuar de forma isolada no processo eleitoral quando questionar a validade da própria coligação” (art. 6º, §4º, Lei 9.504/97).

Contudo, caso procurada a delimitação das modalidades legais de assistência a partir de um critério uniforme, extraído da própria dogmática que as institui, é fácil perceber que, mantida a mesma diretriz de aferição de interesse a partir de uma relação jurídica, tampouco seria cabível a assistência simples, em qualquer dos casos. Isso porque, se a assistência litisconsorcial se baseia na *relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido*, resta como assistência simples aquela em que há uma *relação jurídica entre o assistente e o próprio assistido*. Vale dizer: seja qual for a modalidade, “o assistente mantém relação jurídica com uma das partes

⁶¹ Cabe destacar que, a partir da inclusão do §3º no art. 224 do Código Eleitoral, promovida pela Lei 13.165/2015, a convocação de novas eleições será a regra nos casos de indeferimento de registro ou cassação do diploma ou do mandato, mesmo que a nulidade de votos não alcance mais de 50% dos votos. Eis a redação do dispositivo: “Art. 224. [...] §3º. A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.”

(que pretende assistir), mostrando, com isso, interesse jurídico no julgamento favorável ao assistido”⁶². A assistência civilista, simples ou litisconsorcial, absorve um cálculo pragmático de utilidade: o interesse jurídico do interveniente resulta da possibilidade de vir a ser prejudicado, pela sentença, em seu *patrimônio jurídico*, integrado por suas relações obrigacionais.

Não há pontos de aderência entre essa disciplina e as ações eleitorais coletivas. A estes não subjaz uma relação jurídica controvertida (*lide*), mas, sim, a discussão da legitimidade das candidaturas, diplomas e mandatos. A pretensão de fiscalidade da disputa e do resultado das eleições é expressão da Cidadania, que não cogita da formação de vínculo obrigacional (o réu não é *devedor* do autor) ou, sequer, real (a representatividade política não é passível de apropriação por um titular). A providência judicial eleitoral não *adjudica* uma *coisa litigiosa* a um dos contendentes, pois repercute sobre direitos fundamentais desprovidos de dimensão patrimonializada. Os legitimados ativos, ainda que exitosos na pretensão de cassação de registro de candidatura, diploma ou mandato, não obtêm, gozam ou exercem o *status* político que antes subsistia em favor do réu.

3.2.2. Oposição

Ainda mais conturbado que a adoção da assistência em moldes civilistas no âmbito eleitoral é a cogitação de aproveitamento da oposição. Afinal, por essa modalidade de intervenção de terceiros, “o oponente, terceiro em relação à demanda originária, vai a juízo manifestando pretensão de ver reconhecido como seu o direito

⁶² NUNES, Dierle José Coelho et al. **Curso de direito processual civil**: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 180.

(pessoal ou real) sobre que controvertem autor e réu”⁶³. Trata-se de uma modalidade de intervenção *ad excludendum*: o terceiro comparece objetivando haver, para si, a coisa litigiosa. Como seria possível pensar a aplicação do instituto em relação a questões absolutamente desprovidas de cunho patrimonial, como é caso daquelas debatidas nas ações eleitorais coletivas?

O TSE, ao menos em duas oportunidades, abordou essa indagação.

Na primeira situação, tratou-se de pretensão se suplente de vereador para intervir em ação de perda de mandato fundada na Resolução 22.610/2007. Transcreve-se trecho da decisão que enfrentou o requerimento:

[...] Início analisando o pedido de ingresso no feito de Carlos André Amorim Magalhães. Verifico que a sua pretensão contrapõe-se tanto à do autor quanto à do réu. [...] Isso se dá porque tanto Cláudio quanto Carlos e Benedito têm a mesma pretensão: ocupar o mandato de vereador. Sucede que o ingresso tardio de terceiro, com a mesma pretensão dos litigantes originários, em franca contraposição de interesses, nada mais é que a figura da oposição, modalidade de intervenção de terceiros que não se admite em grau recursal. Nesse sentido, destaco lição da doutrina que, *mutatis mutandis*, aplica-se inteiramente à espécie: “Cabe oposição quando terceiro pretende a coisa/direito que está sendo disputada por duas ou mais pessoas. O terceiro mete-se no processo e inclui a sua pretensão, que, como se vê, é incompatível com as pretensões dos demandantes originários. O terceiro, com isso, agrega ao processo um novo pedido: a

⁶³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 212.

sentença deverá examinar as pretensões do autor originário e do terceiro/opoente. Como o oponente demanda pretensão própria, incompatível com a dos litigantes, não pode formulá-la em sede de recurso, pois suprimiria uma instância, a primeira, competente originária e funcionalmente para conhecer e julgar a causa. *O termo final da admissibilidade da oposição é, então, de acordo com o art. 56, CPC, o momento em que proferida a sentença (juízo de primeiro grau), o que impõe a conclusão de que a oposição somente é aceita na pendência da demanda de conhecimento em primeiro grau.* A oposição gera um litisconsórcio passivo necessário ulterior simples. (por força de lei) O oponente formula a sua demanda em face das partes originárias, em litisconsórcio simples, pois em face de cada uma há uma pretensão: em face do autor originário, pretensão meramente declaratória; em face do réu originário, pretensão relacionada a alguma prestação, devolução da coisa, pagamento de quantia, obrigação de fazer ou de não fazer.” (DIDIER Jr., Fredie.”Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo do conhecimento”. 9ª ed. Bahia: JusPodivm, 2008, p. 335). No ponto, a jurisprudência do e. TSE tem compreendido que a admissão de terceiro, em grau recursal, defendendo interesse contraposto aos litigantes originários extrapola os limites objetivos da lide e suprime grau de jurisdição afeto à instância a quo” Indefiro, portanto, o ingresso de Carlos André Amorim Magalhães no feito. [...]”⁶⁴

Percebe-se que a inadmissibilidade da oposição fundou-se na impossibilidade de deferimento desta em grau recursal,

⁶⁴ TSE. RO: 1734 AL, Relator: Min. FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 25/11/2008, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 2/12/2008, Página 8/11.

reconhecida, de outro lado, sua aplicação como técnica para “adjudicação” de mandato eletivo.

O segundo julgamento a ser destacado debateu a possibilidade de intervenção do Presidente da Câmara Municipal em AIME ajuizada em face de Prefeito e Vice-Prefeito eleitos. O terceiro sustentava possuir interesse jurídico na permanência no cargo. O TSE identificou tal interesse como antagônico em relação ao do autor (candidato derrotado) e dos réus (candidatos vencedores), o que atrairia o cabimento da oposição. O acórdão foi assim ementado:

AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL. OCUPAÇÃO INTERINA DA CHEFIA DO EXECUTIVO MUNICIPAL. PRETENSÃO DE PERMANÊNCIA NO CARGO. INGRESSO POSTERIOR NO FEITO. INADMISSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE ELEIÇÕES INDIRETAS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA ATUAL. CONEXÃO. JULGAMENTO CONJUNTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº DO STJ.

1. Os embargos declaratórios opostos contra decisão monocrática do relator devem ser recebidos como agravo regimental (AgRg no Ag nº 8.235/BA, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ de 11.2.2008; AgRg no MS nº 3.669/CE, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJ de 19.12.2007).

2. Nos termos do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90 (v.g.: “partido político, coligação, candidato ou Ministério Público”), o Presidente da Câmara Municipal (primeiro agravante) não é parte legítima para figurar na ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) proposta contra o Chefe do Executivo Municipal. Em consequência, não tem legitimidade para ingressar no feito como litisconsorte passivo ulterior.

3. *A condição de litisconsorte pressupõe afinidade de interesse entre as partes que se situam no mesmo pólo. No caso, a pretensão de permanecer definitivamente à frente da Chefia do Executivo se contrapõe tanto aos interesses do autor da AIME (candidato derrotado) quanto do réu (prefeito eleito).*

4. Pela mesma razão - interesses contrapostos - não é de se admitir o ingresso do Presidente da Câmara Municipal como terceiro prejudicado. Ademais, a admissão de terceiro, em grau recursal, defendendo interesse contraposto aos litigantes originários extrapola os limites objetivos da lide e suprime grau de jurisdição afeto à instância a quo.

5. *A única via processual adequada para se contrapor à pretensão do autor da AIME (segunda colocada no pleito) é a figura da oposição (arts. 56 e seguintes do CPC), espécie de intervenção de terceiro somente admitida até a prolação da sentença. Hipótese que não se aplica em sede de recurso especial eleitoral.*

[...]

13. Embargos declaratórios de Adécio Guandalim (Presidente da Câmara Municipal) recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento.

[...]⁶⁵

Novamente, foi decisivo, para o insucesso da intervenção, o momento inoportuno em que requerida, sem que, contudo, tenha o TSE considerado a oposição inaplicável à ação eleitoral.

⁶⁵ TSE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 28500, Acórdão de 05/06/2008, Relator(a) Min. FELIX FISCHER, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Data 08/08/2008, Página 47/48 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19, Tomo 3, Página 229.

3.3. Modalidades de intervenção de terceiros do CPC/2015 e sua potencial aplicação às ações eleitorais coletivas

O CPC/2015 traz novidades quanto à intervenção de terceiros. Em linhas gerais, devem ser destacadas as seguintes alterações:

1. A assistência (arts. 119 a 124, CPC/2015), passa a ser tratada expressamente como modalidade de intervenção de terceiro. Mantidas as modalidades *simples* e *litisconsorcial*, não houve melhoria técnica na conceituação destas, tampouco desvinculação da noção de interesse jurídico de fundo patrimonial. Porém, foi ampliado o leque de atuação do assistente simples, que deve trazer significativa repercussão em sua legitimidade recursal;
2. A oposição foi excluída do rol de modalidades de intervenção de terceiros, passando a ser prevista como procedimento especial (arts. 682 a 686, CPC/2015);
3. Anomeação à autoria não é mais prevista no CPC/2015. Seu objeto foi absorvido por uma previsão de mais amplo alcance: a substituição do réu, em qualquer caso no qual for suscitada por este sua ilegitimidade passiva (art. 338, CPC/2015⁶⁶);
4. A denúncia da lide (arts. 125 a 129, CPC/2015) teve excluída a hipótese de cabimento pelo possuidor direito em face de proprietário ou possuidor indireto, também absorvida pelo art. 338 do CPC. Também

⁶⁶ CPC/2015, art. 338: “Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.”

- sofreu algumas alterações polêmicas na sua disciplina, tais como a limitação a uma denúncia sucessiva, a possibilidade de que o autor requeira o cumprimento da sentença de procedência diretamente em face do denunciado e a possibilidade de vir o denunciante a ser condenado em custas em favor do denunciado em caso de ser aquele vencedor na ação principal;
5. O chamamento ao processo (arts. 130 a 132, CPC/2015) manteve-se praticamente inalterado;
 6. Foram criadas duas novas modalidades de intervenção de terceiros: o incidente de descon sideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137), destinado a submeter a contraditório prévio a decisão que culmine na declaração de ineficácia da alienação ou oneração de bens, e o *amicus curiae* (art. 138, CPC/2015), que, de maneira inédita no ordenamento processual civil, abre ensejo para a intervenção fundada em interesse diverso daquele reputado como *jurídico*.

A denúncia da lide e o chamamento ao processo não oferecem indícios de que venha a ser modificado seu alheamento em relação à seara eleitoral. As demais modalidades mantidas no CPC/2015 merecem considerações próprias.

3.3.1. Assistência

A assistência, agora incluída expressamente entre as modalidades de intervenção de terceiros, apresenta algumas inovações que devem ser objeto de reflexão.

Antes, porém, de se examinar as alterações promovidas pelo CPC/2015, cabe destacar a mudança introduzida pela Lei 13.165/2015 que pode vir a provocar a revisão da linha

jurisprudencial fortemente assentada na aferição do interesse jurídico civilista como requisito para a admissão da assistência. Trata-se aqui da inclusão do §3º do art. 224 do Código Eleitoral, que passa a prever a convocação de eleições suplementares, após o trânsito em julgado, independentemente da votação obtida pelo candidato majoritário eleito, quando este vier a sofrer indeferimento do registro, cassação do diploma ou perda de mandato. Em outras palavras: as ações eleitorais coletivas tornam-se incapazes de conduzir o segundo colocado no pleito majoritário, diretamente, à ocupação do cargo, o que rechaça, em definitivo, qualquer associação do êxito na ação ao incremento de seu patrimônio jurídico.

Parece insustentável, portanto, vincular o deferimento da intervenção como assistente à demonstração de interesse associado a uma relação jurídica. Não que se defenda, aqui, que antes haveria essa possibilidade. Já na sistemática anterior à Lei 13.165/2015, caberia indagar, diante do conceito de *terceiro interessado*: qual é a relação jurídica ligada à relação jurídica processual, capaz de demarcar a possibilidade da intervenção como assistente nas ações eleitorais? Já se mostrava difícil sustentar que o ajuizamento de uma ação eleitoral coletiva por um representante adequado pudesse encaminhar a discussão de uma *relação jurídica* entre o autor (ou a sociedade) e o candidato. Mas a possibilidade de que o segundo colocado pudesse vir a assumir o cargo eletivo, desde que o eleito recebesse até 50% dos votos válidos nas eleições, parecia conferir algum sustentáculo a um ponto de vista que considerasse a “adjudicação” do cargo como um ganho patrimonial. Então, com a Lei 13.165/2015, que extirpou essa possibilidade, nada mais parece haver, senão o interesse político de candidatos, partidos e coligações, como fundamento para requerer a assistência.

Feita essa observação sobre a alteração da legislação eleitoral, aborda-se um ponto bastante relevante da nova disciplina da assistência no CPC/2015: a ampliação das faculdades processuais

do assistente simples.

Dizia o CPC/1973, no parágrafo único de seu art. 52, que “sendo revel o assistido, o assistente será considerado seu gestor de negócios”. A redação do dispositivo era bastante criticada, “porque a qualidade processual do assistente diante da revelia do assistido não era propriamente de gestor de negócios, instituto de direito material”, mas, sim, de “substituto processual do assistido revel”, ainda que se trate “de uma espécie *sui generis* de substituição processual, considerando-se que o ‘substituído’ [é] somente uma parte relapsa em se defender”⁶⁷. O parágrafo único do art. 121 do CPC/2015, além de promover essa retificação técnica, estabelece que a qualidade de substituto processual será reconhecida ao assistente simples “sendo revel, ou, de qualquer outro modo, omissa o assistido”.

A alteração tem potencial para impactar, diretamente, sobre a linha jurisprudencial que não reconhece ao assistente simples a faculdade de recorrer⁶⁸. Para tanto, é necessário que se perceba a distinção entre essa previsão e aquela contida no art. 122 do CPC/2015, que continua a submeter a atuação do assistente simples à *vontade* do assistido, ainda que esta prejudique aquela,

⁶⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC**: Código de processo civil – inovações, alterações, supressões comentadas. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 126.

⁶⁸ Nesse sentido: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS OPOSTOS PELO ASSISTENTE SIMPLES. NÃO CONHECIMENTO. 1. O assistente simples não pode recorrer isoladamente, quando a parte assistida Ministério Público Eleitoral não o fez. Precedentes do TSE. 2. Embargos de declaração não conhecidos. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO PELO ASSISTENTE SIMPLES. NÃO CONHECIMENTO. 1. O assistente simples não pode recorrer isoladamente, quando a parte assistida Ministério Público Eleitoral não o fez. Precedentes do TSE. 2. Agravo regimental não conhecido.” (TSE. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral ED-AgR-AgR-REspe 18784 RJ. Min. GILMAR FERREIRA MENDES. DJE 15/08/2014, p. 146-147).

como no caso de desistência da ação. O que diz é o parágrafo único do art. 121 do CPC/2015 é que a inércia do assistido não impedirá o assistente de prosseguir na defesa de seu interesse. Como esclarece Fredie Didier Jr., as situações são distintas:

[...] se há negócio jurídico dispositivo realizado pelo assistido, o assistente a ele se subordina; essa subordinação não se dá, porém, em relação aos atos-fatos processuais praticados pelo assistido, justamente porque neles não há vontade (ou, se houver, isso é irrelevante para o Direito) que possa ser contrastada pela atuação do assistente.⁶⁹

Por isso, o momento parece ser decisivo para promover uma nova compreensão do instituto da assistência que, assimilada ao processo coletivo, permita o ingresso do assistente por seu interesse na questão coletiva e lhe confira faculdades processuais similares à da parte originária. É, ainda, a oportunidade de se reconhecer aos interessados, inclusive eleitores, a possibilidade de integrar o contraditório das ações eleitorais coletivas.

Em arremate, cabe pontuar que o legislador deixou de promover uma alteração que abriria ensejo para o reconhecimento da assistência a partir de nova premissa, com ganho para a atuação conjunta dos atuais representantes adequados. O parágrafo único do art. 124, que esteve presente no texto do projeto até sua última votação pela Câmara, previa que “a intervenção do colegitimado dar-se-á na qualidade de assistente litisconsorcial”. O dispositivo não constou do texto final aprovado pelo Senado, o que é de se lamentar, uma vez que facilitaria a superação da diretriz de aferição de impacto

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, p. 484.

da decisão no patrimônio jurídico do assistente. Seu aproveitamento no âmbito das ações eleitorais coletivas, em que são legitimados concorrentes Ministério Público Eleitoral, partidos, coligações e candidatos, seria direto.

3.3.2. Oposição

Ao ser transformada em procedimento especial, a oposição realinha-se com o sistema vigente na Alemanha, influenciado pelo Direito medieval⁷⁰. Uma vez que a jurisprudência eleitoral não tem dado mostra de acolhimento a procedimentos especiais civis, o mais provável é que cessem as considerações sobre o possível aproveitamento da oposição nas ações eleitorais coletivas.

3.3.3. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica

A desconsideração da personalidade jurídica é reconhecida, na literatura jurídica brasileira, preponderantemente como “um remédio para a disfuncionalidade da pessoa jurídica”, de modo que “qualquer desvio ou abuso deve dar margem para a aplicação da sanção contida na desconsideração da personalidade jurídica”, a qual consiste na “suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica”⁷¹. Por outro lado, ao prever um incidente pelo qual deve ser procedimentalizada, em contraditório,

⁷⁰ Alexandre Freitas Câmara expõe uma curiosidade do direito comparado: “Nos dias de hoje, segundo a doutrina especializada, os povos latinos costumam adotar o sistema germânico, em que a oposição é verdadeira intervenção de terceiro, enquanto a Alemanha adota o sistema da Itália medieval, dando à oposição caráter de demanda autônoma”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: volume 1, p. 212.).

⁷¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, p. 516-518, *passim*.

a aplicação dessa sanção, o CPC/2015 prestigia o devido processo legal, em sua dimensão mais literal, segundo a qual ninguém será privado de seus bens senão no bojo daquele (CR/88, art. 5º, LIV).

O presente artigo se concentra nas ações eleitorais coletivas, nas quais, exatamente por sua dimensão não patrimonial, a nova modalidade de intervenção não parece ser aproveitável. No entanto, é a oportunidade de se conduzir uma breve reflexão sobre a possibilidade de aplicação do incidente no âmbito eleitoral.

Essa possibilidade concerne à prestação de contas anual a que estão obrigados os órgãos partidários por força da Lei 9.096/95. A Lei 13.165/2015 promoveu duas alterações nesta lei que são aqui relevantes:

- 1) revogou o inciso II do art. 34, que estipulava caber à Justiça Eleitoral, na decisão que julgasse as contas dos partidos políticos, fixar a “responsabilidade dos dirigentes dos partido e comitês, inclusive do tesoureiro, que responderão, civil e criminalmente, por quaisquer irregularidades”;
- 2) incluiu o §13 no art. 37, segundo o qual “a responsabilização pessoal civil e criminal dos dirigentes partidários decorrente da desaprovação das contas partidárias e de atos ilícitos atribuídos ao partido político somente ocorrerá se verificada irregularidade grave e insanável resultante de conduta dolosa que importe enriquecimento ilícito e lesão ao patrimônio do partido”.

A alteração promovida pela Lei 13.165/2015, portanto, ao tempo que suprimiu uma regra que determinava a responsabilidade direta dos dirigentes partidários por quaisquer irregularidades perpetradas pelo partido político, criou outra, que estabelece requisitos a serem preenchidos para que possa ser fixada essa

responsabilidade em relação a irregularidades específicas: gravidade da irregularidade, conduta dolosa do dirigente, seu enriquecimento ilícito e a lesão ao patrimônio do partido. Cabe cotejar essa novidade com a seguinte observação de Fredie Didier Jr.:

Aplica-se a teoria da desconsideração, apenas, se a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária coloca-se como obstáculo à justa composição dos interesses; se a autonomia patrimonial da sociedade não impedir a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, não existe desconsideração. Uma regra geral que atribua responsabilidade ao sócio, em certos ou em todos os casos, não é regra de desconsideração da personalidade jurídica.⁷²

A questão que se coloca, então, é se essa nova sistemática legal, que deixou de prever regra de responsabilização direta e genérica dos dirigentes partidários, abre ensejo para a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica com a finalidade de alcançar o patrimônio daqueles, seja na fase de conhecimento, seja na fase de cumprimento de sentença, quando fixada devolução de valores ou multa na decisão de desaprovação de contas e o partido não tiver recursos para adimplir. Seriam os requisitos do §13 do art. 37 da Lei 9.096/95 os *pressupostos legais específicos* referidos no §4º do art. 134 do CPC/2015, que devem ser preenchidos para que seja deferida a desconsideração da personalidade jurídica?

Note-se que, na vigência da redação anterior da Lei 9.096/95, duas Resoluções do TSE haviam tratado de ponto omissso na

⁷² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 2015, p. 518.

legislação, relativo ao modo de integração dos dirigentes partidários ao processo de prestação de contas, para fins de responsabilização. A Resolução 21.841/2004 previa que, em caso de não recolhimento de valores relativos à irregular aplicação do Fundo Partidário pelo partido político em até 60 dias após o trânsito em julgado, os dirigentes partidários responsáveis pelas contas seriam intimados promover o recolhimento (art. 34, §1º). Posteriormente, a Resolução 23.432/2014 revogou a anterior e determinou, na fase de execução, a intimação dos devedores *solidários*⁷³ para providenciarem recolhimento, ao Tesouro Nacional, dos valores fixados na decisão (art. 62, I, b) e previu, ainda na fase de conhecimento, um procedimento incidental de impugnação⁷⁴, para o qual deveriam ser citados os *responsáveis* para se defenderem das irregularidades (art. 38).

Na vigência da atual redação da Lei 9.096/95, foi editada pelo TSE a Resolução 23.464/2015, que revogou a Resolução 23.432/2014. A nova regulamentação não mais menciona a intimação dos dirigentes para recolhimento de valores, seja em caráter subsidiário ou solidário. Em lugar disso, prevê que a prestação de contas seja autuada “em nome do órgão *partidário e de seus responsáveis*” (art. 31). A sistemática da impugnação foi mantida (art. 38). A vigente Resolução reproduz o art. 37, §13 da Lei 9.096/95 no *caput* de seu art. 51, mas a este acresce dois parágrafos. O primeiro, diz que o critério para a responsabilização civil e criminal dos dirigentes “não impede que a autoridade

⁷³ A fixação de responsabilidade solidária sem previsão expressa em lei certamente desafia crítica.

⁷⁴ Registre-se que a competência da União, por meio do Congresso Nacional, para legislar sobre processo (CR/88, art. 22, I) não abriga a criação de procedimento judicial por via de Resolução do TSE - ainda que essa prática não seja inédita (vide Resolução 22.610/2007).

judiciária, diante dos fatos apurados, verifique a incidência das regras e princípios constitucionais que regem a responsabilidade daqueles que manuseiam recursos públicos”. O segundo indica que, detectadas irregularidades graves, a aplicação das sanções deve ser precedida de intimação para os fins do art. 38.

Aplicada estritamente a Resolução 23.464/2015, é de se supor que os dirigentes partidários passem a ser considerados parte do processo de prestação de contas, já que constarão da autuação. Mas, ainda assim, é bastante nebulosa a forma pela qual será eventualmente promovida a responsabilização destes pelo recolhimento de valores, mesmo quando preenchidos os requisitos legais que a autorizem (art. 37, §13, Lei 9.096/95). É possível supor, então, que os órgãos encarregados de promover o cumprimento de sentença na prestação de contas venham a cogitar do manejo do incidente de descon sideração da personalidade jurídica para tal finalidade – que não parece, *a priori*, inadequada ao instituto.

3.3.4. *Amicus curiae*

A derradeira modalidade de intervenção de terceiros trazida pelo CPC/2015 é a que suscita maior possibilidade de abertura das ações eleitorais coletivas à participação ampla de interessados. Trata-se do *amicus curiae*, que apresenta, no novo diploma processual, contornos diferentes daqueles conferidos pelas Lei 9.868/99 e 9.882/99: enquanto essas leis indicam que se trata de um auxiliar eventual do juízo, o CPC/2015 reconhece ao *amicus curiae*, já que terceiro interveniente, a condição de parte.

A maior inovação está em que a admissão do terceiro como parte não se coloca na dependência de demonstração de interesse jurídico – ao contrário, estando este presente, a intervenção deve se dar na modalidade de assistente –, mas, sim, da “possibilidade concreta do terceiro poder contribuir com a qualidade da decisão

proferida”⁷⁵. Em geral, essa possibilidade de contribuição efetiva é associada a um domínio técnico do tema versado no processo. Contudo, tratando-se de ações eleitorais, é possível considerar que possam afluir contribuições de outra natureza, especialmente aquelas advindas de associações civis formadas por cidadãos na circunscrição do pleito que constitui tema da ação.

A previsão legal parece ter removido o último obstáculo para que se implemente a proposta de Rodolfo Viana Pereira, que, já em 2008, defendia a abertura das ações eleitorais à participação das associações civis, como uma “via participativa associativa no interior do processo habilitador da representação política”, que “sujeita o princípio representativo a uma interpretação ampliada da noção de participação eleitoral em que esta deixa de se reportar exclusivamente ao mero ato de votar”.⁷⁶

Os estudos de Pereira fornecem significativo substrato teórico em prol da democratização das ações eleitorais coletivas. O autor reivindica uma compreensão ampliada e autônoma da fiscalidade das eleições, confere centralidade à participação nos procedimentos eleitorais, aborda-os sob perspectiva coletivizada e problematiza a atual estruturação desses procedimentos por parâmetros restritivos. Sua abordagem abre ensejo para a reflexão sobre uma nova conformação de participação política organizada, voltada especificamente não para a disputa do poder político, mas para a fiscalização dos atores e estratégias nesta envolvidos. A argumentação culmina na apresentação da proposta de inclusão de associações civis *lato sensu* no controle das eleições, o que rompe

⁷⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC: Código de processo civil – inovações, alterações, supressões comentadas**, p. 137.

⁷⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no processo eleitoral**, p. 137.

com a tradicional visão de que os partidos políticos são a única forma de organização civil relacionada ao âmbito da formação dos mandatos eletivos.

Em uma perspectiva otimista, a inclusão do *amicus curiae* no CPC/2015 propicia que o *interesse político* possa ser admitido como motivação legítima para o ingresso das associações civis nas ações eleitorais coletivas. Evidentemente, tal modificação na percepção do interesse político dependerá da superação das premissas do socialismo jurídico, ainda arraigadas na cultura jurídica.

Todavia, nem mesmo uma projeção otimista parece sugerir que a figura do *amicus curiae* franqueie o acesso individual do cidadão às ações eleitorais coletivas. Isso porque o art. 138 do CPC/2015, embora prevendo a possibilidade de que o *amicus curiae* seja “pessoa natural”, não se desvencilhou da exigência de que seja esta dotada de “representatividade adequada”. Somente se concebe o preenchimento desse requisito pela pessoa natural quando a esta assistir domínio *técnico* sobre o tema. Já ao cidadão – que, na defesa de seu interesse direto, não seria certamente um representante, mas o próprio titular do interesse – falecerá o requisito⁷⁷.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do presente artigo, espera-se haver apresentado uma perspectiva para a (re)formulação da intervenção de terceiros no âmbito eleitoral que, muito além de mera aplicação técnica,

⁷⁷ O que deixa ainda distante de concretização a arrojada proposta de Edilene Lôbo, no sentido de se reconhecer ao eleitor a legitimidade para a propositura da AIME. Cf.: LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

indique que os institutos da assistência e do *amicus curiae* podem ser aproveitados para aproximar a AIRC, a AIJE, as Representações Específicas, a AIME e o RCED das diretrizes de um processo coletivo democrático.

Principiou-se por caracterizar tais ações como ações coletivas, tendo em vista o que a decisão nelas proferida é transindividual, unitário e alcança interessados dispersos na circunscrição da eleição. Diante disso, formulou-se o problema da participação dos destinatários das decisões coletivas nos procedimentos respectivos, com base no conceito de processo de Fazzalari, indagando-se:

- 1) se legislação e jurisprudência têm considerado essencial a participação dos cidadãos nas ações eleitorais coletivas e
- 2) se essa opção legal e jurisprudencial possui aderência a uma compreensão de processo coletivo democrático.

Diante da resposta negativa a ambas as indagações, buscou-se apresentar as premissas teóricas que subjazem à exclusão dos interessados difusos (eleitores e, mais amplamente, a população governada/representada) das citadas ações, desde logo apontando o equívoco de adoção dessas premissas. Criticou-se, então, a impropriedade do transporte do conceito polarizado e patrimonializado de lide para formatar as controvérsias eleitorais. Em seguida, perquiriu-se porque, apesar dessa impropriedade, vêm sendo as ações eleitorais coletivas persistentemente tratadas dentro do esquema de *lide eleitoral*. Nesse ponto, discorreu-se sobre o legado do socialismo jurídico e da coletivização do processo, que aporta na atualidade na forma da *representação adequada*, técnica de substituição processual que viabilizaria a célere obtenção da pacificação social do conflito coletivo mediante a atuação de

entes especialmente qualificados, tidos como aptos a sintetizar e traduzir o interesse da coletividade e defende-lo de lesões provocadas por investidas egoísticas.

Construído esse argumento, passou-se a apresentar a *ação temática eleitoral* como possibilidade teórica de superação da vigente estruturação das ações eleitorais coletivas. Sustentou-se, assim, que:

- 1) as ações eleitorais coletivas devem se abrir à participação dos interessados, superando a figura do *representante adequado* como tradutor único do *interesse da coletividade*;
- 2) essa abertura à participação exige uma nova estruturação procedimental, que abandone a polarização (subjéctiva) própria ao conceito patrimonializado de *lide* e reorganize as posições processuais a partir do objeto (coletivo), em uma estrutura radial em torno de um *tema*;
- 3) essa participação exige a ampliação da fase postulatória, para acolher a atuação dos interessados em condição de igualmente produzir alegações, seguindo-se aí a organização das posições dos interessados (construção participada do mérito);
- 4) esse modelo confere racionalidade aos procedimentos eleitorais coletivos, por permitir que uma única ação abarque uma multiplicidade de questões e a atuação conjunta de colegitimados, superando a atual fragmentação da discussão sobre mesmos fatos em ações similares;
- 5) a legitimidade das candidaturas, na etapa de registro, e a legitimidade das eleições e seus resultados, no curso da campanha e até a diplomação, são os dois grandes temas que desenham o objeto da ação temática eleitoral.

Nessa etapa, a exposição teve como objetivo oferecer um modelo capaz de servir de parâmetro para aferir a adequação do tratamento jurisprudencial da intervenção de terceiros nas ações eleitorais coletivas e para sugerir diretrizes para aplicação dos novos contornos da intervenção de terceiros apresentados pelo CPC/2015.

De posse desse arcabouço teórico, adentrou-se no exame das modalidades de intervenção de terceiros admitidas, pela jurisprudência, nas ações eleitorais coletivas. Em abertura ao exame, tratou-se da problemática em torno do conceito de *terceiro* em tais ações, que pode ser assim sintetizada: os interessados difusos, embora não admitidos ao processo, sofrerão os efeitos da decisão e não disporão da possibilidade, sugerida por Liebman como solução para a denominada *eficácia natural da sentença*, de pleitear a ineficácia, perante si, da decisão, que tem inafastável caráter unitário decorrente da indivisibilidade do objeto do processo.

Em seguida, traçou-se breve resumo das modalidades de intervenção de terceiros previstas no CPC/1973, ressaltando-se que foram projetadas como desdobramentos estruturais da controvérsia polarizada e patrimonial em que se constitui a lide. Identificou-se o impacto no patrimônio jurídico do terceiro como elemento lógico que permite a este acoplar seu interesse a uma demanda em curso. Daí promoveu-se a crítica à maneira como a noção de interesse jurídico foi replicada, no âmbito eleitoral, sob a mesma lógica, produzindo distorções no aproveitamento dos institutos da assistência (com aferição de insondáveis *relações jurídicas* entre autor, réu e terceiro, enquanto se negligencia a disciplina do CDC, mais similar ao objeto das ações eleitorais) e da oposição (que inevitavelmente conduz a conceber o mandato como *coisa litigiosa* que passaria ao patrimônio do vencedor em caráter ad *excludendum*).

Finalmente, apresentou-se o esquema atualizado das modalidades de intervenção de terceiros previstas no CPC/2015. Defendeu-se uma linha de aplicação destas às ações eleitorais

coletivas em compatibilidade com a proposta de ampliação da participação efetiva dos interessados difusos.

Sobre a assistência, advertiu-se que a nova redação do §3º do art. 224 do Código Eleitoral, ao prever que a convocação de eleições suplementares ocorrerá em caso de indeferimento/cassação de candidato eleito no pleito majoritário independentemente da votação obtida, é suficiente para provocar uma revisão da linha de entendimento que perquire o interesse do segundo colocado no pleito a partir da possibilidade de vir a assumir o cargo conquistado pelo réu. A isso acrescentou-se, em favor da proposta do artigo, a ampliação dos poderes do assistente simples, que passa a poder recorrer mesmo se omissa a assistência (CPC/2015, art. 121, parágrafo único). Não se pode, contudo, deixar de lamentar a derrubada, no Senado, da possibilidade de intervenção do colegitimado ativo como assistente litisconsorcial na ação proposta por um deles, previsão que favoreceria a atuação colaborativa dos legitimados ativos das ações eleitorais coletivas.

Projetou-se, quanto à oposição, que sua conversão em procedimento especial deve sepultar as conjecturas sobre sua possível adoção para admitir terceiro à disputa de mandatos.

Embora o foco do artigo esteja centrado nas ações eleitorais de caráter coletivo, considerou-se oportuno introduzir a discussão sobre a possibilidade de o incidente de descon sideração da personalidade jurídica vir a ser adotado para promover a inclusão de dirigentes partidários em processos de prestação de contas de partidos políticos, relativas a exercício financeiro.

O último instituto tratado foi o *amicus curiae*, que tem significativo potencial para promover a ampliação da participação nas ações eleitorais coletivas. Destacou-se que a modalidade prevista no CPC/2015 não tem contornos idênticos àquela tratada nas leis afetas ao controle concentrado de constitucionalidade, já que, naquele, reconhece-se ao *amicus*

curiae a qualidade de parte. Como ponto mais positivo da figura, está a inovadora admissão de terceiro interveniente que notadamente não ostente interesse de natureza *jurídica* (ou seja, que alegue impacto em seu patrimônio). Caso fidedignamente aplicado, o *amicus curiae* abre ensejo para o reconhecimento do interesse *político* como suficiente para permitir o ingresso nas ações eleitorais coletivas, o que constituirá importante passo rumo à proposta da ação temática eleitoral. Considerou-se, inclusive, que a previsão legal parece tornar irrecusável a proposta de intervenção das associações civis nas citadas ações. Por outro lado, uma vez que há exigência expressa de que o *amicus curiae* ostente *representatividade adequada*, parece ainda distante a viabilização da participação do cidadão nas ações eleitorais coletivas na qualidade de interessado direto no controle de legitimidade das candidaturas, diplomas e mandatos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. Os belos copos de vinho da vovó? Elementos de história do processo coletivo para a solução de alguns problemas supostamente intrincados. In: RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio et al (Org.). **Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**, p. 23-44. São Paulo: LTr, 2006.

AGRA, Walber de Moura. **Temas polêmicos do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hilomar Martins Oliveira, 1. ed., vol. 1. São Paulo: Classic Book, 2000.

DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la justicia y el poder del Estado**: análisis comparado del proceso legal. Tradução para o espanhol de Andrea Morales Vidal. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 2000.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivum, 2015.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Tradução Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 11. ed. rev. atual. e a ampl.. São Paulo: Atlas. 2015.

GRESTA, Roberta Maia. **Ação temática eleitoral**: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – PUC Minas. Belo Horizonte: PUC Minas, 2014.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

IHERING, Rudolf von. **La dogmática jurídica**. Buenos Aires: Losada, 1946.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

NAVES, Márcio Brilharinho. **Marxismo e direito**. São Paulo: Boitempo, 2000.

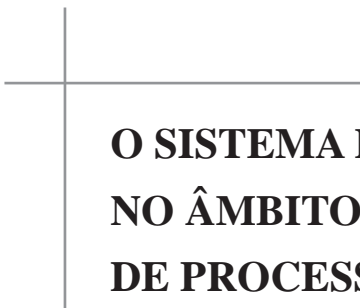
NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A subsidiariedade do CPC no processos eleitoral**. Artigo inédito, inspirado na palestra ministrada pelo autor nas VIII Jornadas de Direito Processual Civil, em Vitória – ES (2010). Disponível em: < <http://www.marceloabelha.com.br/site/publicacoes.php>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo: la** legittimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979.



**O SISTEMA DE PRECEDENTE
NO ÂMBITO DO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL E SUA
APLICABILIDADE NO DIREITO
ELEITORAL¹**

Maria Stephany dos Santos

¹ Texto originalmente publicado em: SANTOS, Maria Stephany dos.. O sistema de precedente no âmbito do novo Código de Processo Civil e sua aplicabilidade no Direito Eleitoral. revista populus, v. 1, p. 421-438, 2017.

RESUMO: O presente estudo aborda uma das inovações introduzidas no campo processual civil e sua possível aplicabilidade no contexto eleitoral. É analisado o precedente, o seu instituto e também as suas conjunturas, observando a interpretação construtiva e sua aplicação no processo eleitoral.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Direito Eleitoral. Precedente. Interpretação construtiva.

ABSTRACT: The present study is one of the innovations introduced in the civil procedural field and its possible applicability in the electoral context. Is analyzed the precedent your institute and also their conjunctures, watching the constructive interpretation and its application in the electoral process.

KEYWORDS: New Code of Civil Procedure. Electoral law. Precedent. Constructive interpretation.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Ganha ênfase a necessidade, cada vez maior em consenso com o ritmo atual da humanidade, de apressar, tornar eficiente e efetiva a prestação jurisdicional. Para esse desiderato buscam-se ainda vias alternativas (juizados especiais, processo eletrônico), de modo a aliviar ou pelo menos minimizar os problemas de que padece, em todo o mundo (duração do processo), a realização da justiça.

Nesse caminho, houve o desenvolvimento do instituto do precedente judicial no Brasil que, segundo uma grande parcela dos processualistas brasileiros, se originou no direito processual inglês, no qual, de acordo com Rogério Cruz e Tucci, era denominado de *doctrine of binding precedent*, nas décadas do século XIX, sendo efetivamente reconhecido no caso de *London Tramways Company v. London County Council*.² Bruno Garcia Redondo preconiza que o precedente consiste na decisão jurisdicional tomada em uma relação concreta que servirá de diretriz para a resolução de demandas congêneres.³

MacCormick, corroborando com esse entendimento, afirma que os precedentes são decisões anteriores que funcionam como parâmetros para decisões futuras e arremata dizendo que, aplicar lições aprendidas no passado com o fim de solucionar os

² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de Direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 158-161.

³ REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no Direito Processual Civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2014. p. 167-188. v. 2

problemas, é um elemento básico da racionalidade humana.⁴ Assim sendo, o precedente é aquele instituto que dá o amparo necessário para que, a partir do ajuizamento, novas demandas que possuam o mesmo esforço fático e jurídico sejam solucionadas por aquele viés, enaltecendo-se a celeridade processual e, principalmente, a segurança jurídica. Nesse sentido, Rosito entende que o precedente é uma decisão anterior com relevância de projeção de efeitos jurídicos ao futuro, condicionando o comportamento de distintos sujeitos em casos similares, no que concerne a sua natureza normativa.⁵

A doutrina traz seis espécies de precedentes: vinculantes, obstativos da revisão de decisões, persuasivos, autorizantes, rescindentes ou revisionais de coisa julgada.⁶ Ravi Peixoto extrai duas concepções sobre o termo precedente. A primeira: a) o precedente seria um texto, fonte de direito, servindo de ponto de partida para as resoluções de lides semelhantes – seria o sentido próprio do instituto; b) o sentido impróprio, atrelado a *ratiodecidenti*, extrai do precedente sua fundamentação, e esta, por sua vez, se consolida em outras que mantenham aquele entendimento.⁷ Cruz e Tucci converge

⁴ MACCORMICK, D. N.; SUMMER, R. S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997. p. 4.

⁵ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 91-92.

⁶ “Será obrigatório sempre que veicular norma jurídica geral apta a vincular decisões posteriores, cuja observância se faz obrigatória. Será obstativo quando *aratiodecendi*for apta a impedir a apreciação de recursos ou da remessa necessária. Os persuasivos não são vinculantes nem obrigatórios, mas desfrutam de força persuasiva, servindo de indício de uma solução racional e socialmente adequada. Os precedentes autorizantes são determinantes para a admissibilidade de recurso. E, por fim, será rescindente quando dotado de aptidão para rescindir a coisa julgada”. (REDONDO, 2014, p. 167-188).

⁷ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 158.

no sentido de que todo o precedente é composto de duas partes “a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratione decidendi*) do provimento decisório”.⁸

2 O SISTEMA DE PRECEDENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Poder Judiciário, na sociedade contemporânea, é instituição fundamental para a efetivação da cidadania plena que garante ao cidadão alcançar a pacificação e a harmonia social, por meio da força coercitiva do Estado.

O sistema processual brasileiro possui uma liame secular com o civil law, ou seja, as regras prevalecem sobre os costumes (*common law*).⁹ Contudo, com o desenvolvimento do constitucionalismo (nova ordem constitucional) nosso país optou pela adoção da doutrina do *stare decisis* trazendo uma valorização crescente dos precedentes judiciais e, por conseguinte, do *common law* brasileiro.¹⁰¹¹

Nesse caminho, nota-se que – a partir da Constituição Federal de 1988, visando assegurar a efetividade do sistema processual – passou-se a dar uma supervalorização à jurisprudência. Luís Roberto Barroso corrobora com essa tese quando assevera que

⁸ TUCCI, op. cit., p. 12.

⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas de Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 141-142.

¹⁰ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no novo código de processo civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredieet al (Org.). *Precedentes*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, [2015]. p. 633-656. v. 3

¹¹ A expressão *stare decisis* significa “mantenha a decisão”. TUCCI, op. cit., p. 160.

“a atitude geral de observância da jurisprudência é positiva por promover valores relevantes como segurança jurídica, isonomia e eficiência”.¹² Sem olvidar que, nesse passo, se extrai do ordenamento jurídico a denominada “jurisprudência lotérica” que proporciona a falta de certeza do direito.¹³

De outra forma, deve restar esclarecida a diferença ontológica entre a jurisprudência e o precedente judicial. A primeira concerne a uma multiplicidade de decisões relativas a um caso concreto; o precedente é individual, serve de referência intrínseca para o julgamento de casos novos e pode ou não formar uma jurisprudência.¹⁴

No antigo Código de Processo Civil havia a utilização de técnicas que davam amparo ao sistema dos precedentes e garantida higidez processual; por exemplo, o precedente de qualidade, insculpido no art. 285-A, correlacionado à matéria principal da demanda e já julgada naquele juízo.¹⁵ A técnica desenvolvida no artigo supramencionado ficou reconhecida na doutrina processual como causa repetitiva.

O art. 285-A consiste em técnica de racionalização de julgamento que, a despeito da dicção do artigo, permite a improcedência *prima facie* do pedido, mesmo que não tenha havido, no juízo, nenhuma decisão relativa àquele julgamento, contanto que esta

¹² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.77.

¹³ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, n. 786, p.112, abr. 2011.

¹⁴ TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, n. 199, p. 142-143, set. 2011.

¹⁵ PEIXOTO, *op. cit.*, p. 145.

se baseie em precedentes dos Tribunais superiores, em especial, o STF e o STJ.¹⁶

Observa-se que o Novo Código de Processo Civil busca dimensionar normativamente premissas mínimas para o uso do direito jurisprudencial.¹⁷ Assim sendo, passou-se a atribuir uma força obrigatória aos precedentes judiciais e essa inserção teve por escopo dois fins, quais sejam: garantir um sistema hierárquico bem estruturado na intenção de dizer quais decisões serão obrigatórias a cada instância, bem como ter um repositório de jurisprudência seguro.¹⁸ Ou seja, o que se espera com o Novo Código é uma efetividade, na tentativa de se enaltecer a celeridade e a segurança processual.

A inserção dos precedentes no Novo Código ganhou ares de grandes debates, tendo, *a priori*, um capítulo próprio destinado ao “precedente judicial” no projeto da Câmara dos Deputados (casa iniciadora). Mas a casa revisora (Senado Federal) suprimiu o capítulo e manteve alguns artigos no atual Código, entre os quais figuram o 926 e seguintes.

O art. 926 dispõe o seguinte: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Essa uniformização deve ser estabelecida com escopo nos pressupostos fixados no regimento interno de cada tribunal, os quais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência

¹⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes : enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (Coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário*: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 57-73.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto et. al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização* Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 354.

¹⁸ CAMBI, *op. cit.*, p. 633-656.

dominante. O que incidirá na estabilização jurisprudencial e permitirá uma segurança maior aos jurisdicionados. Ao editar os enunciados de súmula, os tribunais deverão vincular a sua motivação de criação às questões fáticas, isto é, para a formação das súmulas não basta se coadunar com o entendimento esposado em determinada jurisprudência, deve-se analisar o fato concreto e por meio de uma “subsunção” verificar se há correspondência entre ambas.¹⁹²⁰

Dessa forma, os países que não deem credibilidade ao precedente não podem permitir a criação ou a aplicação de súmulas e ementas mecanicamente, pois assim os magistrados se tornarão meros reprodutores de entendimentos jurisprudenciais.²¹

Destaque-se que o instituto dos precedentes judiciais não atinge a independência do magistrado, não há uma subordinação indevida, ou seja, o precedente, como a lei, é uma fonte do direito (secundária) e o magistrado ao proferir a sua sentença deve embasá-la na observância literal das garantias constitucionais.²² Outrossim, no momento em que o juiz segue determinado precedente, construído

¹⁹ Assim restou esclarecido no Enunciado n. 169 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis: “Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes”.

²⁰ Bustamante aduz que o precedente é aplicável por subsunção. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 350-351.

²¹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Formação e aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista do TST*, Brasília, v. 79, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/176023132/dierle-nunes-e-alexandre-bahia-formacao-e-aplicacao-do-dir-jurisprudencial-revista-do-TST>>. Acesso em: 19 maio 2016.

²² Nesse sentido: CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 72. MUÑOZ OROZCO. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra: Arazandi-Thomson Reuters, 2011. p. 28. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 63. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 143-145.

pelos tribunais superiores, está se subordinando a atividade jurisdicional, ao sistema constitucional de distribuição da justiça.²³

Já o art. 927 veio para dar estabilidade às jurisprudências, trazendo parâmetros que devem ser seguidos e respeitados na observância dos precedentes, súmulas, enunciados e jurisprudências. No inc.I, concatena a força vinculante que as decisões no controle concentrado de constitucionalidade exaradas pelo Supremo Tribunal Federal – STF – possuem, bem como suas súmulas vinculantes – em seu inc. II. No inc. III, traz a força vinculante aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. O inc.IV deu às súmulas interpretativas no STF força vinculante às matérias constitucionais e às súmulas do Superior Tribunal de Justiça – STJ – força vinculante às matérias de natureza infraconstitucional. E, por fim, o inc. V prevê a obrigatoriedade dos tribunais seguirem as orientações do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Para que seja possível a aplicação ou mesmo a modificação do precedente, o julgador deverá observar o que dispõe o art. 10, que traz a concepção de que as partes não podem ser surpreendidas com decisões amparadas em fundamentos novos que ainda não passaram pelo crivo da discussão processual.²⁴²⁵ Além do que, deverá se ater também ao disposto no art. 489, §1º, do Novo Código de Processo Civil, que traz os requisitos das sentenças e obriga, para a formação

²³ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisprudência: a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídica. *Revista de Processo*, ano 39, n. 231, p. 353-354, maio 2014.

²⁴ GALINDO, Djalma Alexandre. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 7.

²⁵ Enunciado n. 02 – FPPC – Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório.

ou modificação do precedente, a observância dos elementos, teses e questões levantados no caso, isto é, não podem ser desconsiderados ou inovados os fatos que ensejaram a formação do precedente sem a respectiva fundamentação.²⁶

O §2º do art. 927 prevê que a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. Nesse sentir, o fim precípua do Novo Código de Processo Civil é pluralizar o debate, permitindo que os tribunais disponham de elementos hábeis possíveis e necessários para resolver a demanda e com isso aperfeiçoar suas decisões.

O §3º trouxe a viabilidade de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, a modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. Esta modulação temporal somente é aplicada nos julgamentos que ensejam a declaração da inconstitucionalidade quando a aplicação dos efeitos retroativos se tornarem prejudiciais à manutenção da inconstitucionalidade pretérita. Ou seja, a retroatividade da declaração da inconstitucionalidade resultaria em um prejuízo muito maior do que continuar valendo por um determinado período. Nesse caso, a jurisprudência e a doutrina convergem no sentido de que se mantenha a validade excepcional e, somente de uma determinada data em diante, torna-se nula. É o que a doutrina comumente chama de *prospective overruling*, isto é, conferem-se efeitos prospectivos da decisão que declarou inconstitucional determinada norma. Seja qual for o entendimento esposado nas decisões promulgadas pelos tribunais, todas as que tiverem por escopo a modulação dos efeitos

²⁶ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 356.

deverão ser justificadas, isto é, deverão necessariamente expor suas razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público, do contrário não poderá ser feita a modulação dos efeitos.

São três parâmetros desenvolvidos no NCPC para a sua concretização, quais sejam: a) fundamentação adequada; b) específica; e c) princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia devem ser observados.²⁷ Esses requisitos estão expostos no art. 927, §4º, do NCPC, e corroboram com a segurança que os julgados dos tribunais deverão passar aos seus jurisdicionados.²⁸

E o §5º, visando enfatizar o princípio da publicidade, determina aos tribunais dar publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

3 INTEPRETAÇÃO CONSTRUTIVA

O direito é intimamente indissociável da vida em sociedade, haja vista ser o ponto nodal para uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade pode subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade.²⁹ A teoria do construtivismo tem o condão de densificar o direito por meio da interpretação dada às leis e aos valores comunitários nas decisões judiciais; foi desenvolvida por Ronald Dworkin em sua obra “O Império do Direito” no qual preconiza:

²⁷ THEODORO JÚNIOR, op. cit, p. 361.

²⁸ A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

²⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2.

o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis.³⁰

A teoria tenta sair do marasmo das leis abstratas (positivismo) e estáticas para um campo de inovações, os quais enaltecem as resoluções dadas aos casos concretos através das interpretações do direito, por meio das jurisprudências, súmulas, enunciados e precedentes. Ou seja, a teoria se aplica na conduta do magistrado, em seu exercício, haja vista que a interpretação do direito é a única, segundo Dworkin, capaz de afastar o positivismo como exclusiva base das decisões judiciais. Assim, o magistrado deixa de ser um simples julgador para se tornar construtor do direito.

Assim sendo, a interpretação do direito é construtiva e vem se moldando com o passar dos dias. O Novo Código de Processo Civil inova ao trazer como elemento fundante das decisões do magistrado (interlocutória, sentença ou acórdão) a necessidade de se arguir fundamento para que seja possível a devida aplicação do precedente no caso concreto. Inclusive, os magistrados não podem ser meros reprodutores das jurisprudências, isto é, devem sempre agregar o entendimento com o respectivo caso analisado, portanto, saem da linha de “bocas de jurisprudências” e passam a sedimentar o entendimento delineado nos tribunais ao analisarem os casos concretos, através de uma interpretação construtiva.

Lenio Streck e Georges Abboud tecem uma crítica ao instituto ao desanuviarem no sentido de que o magistrado saiu do antigo juiz boca-fria-da-lei, isto é, aquele juiz hermético que seguia sem

³⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

tergiversar o que a norma trazia (*bouche de loi*), sendo substituído pelo juiz-boca-fria-da-súmula ou ainda juiz-boca-fria-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores.³¹ Nesse contexto, para que seja afastada a crítica supramencionada, o magistrado, ao se basear no precedente judicial, deverá ter em mente e levar em consideração o caso concreto. Ou seja, não poderá fazer um simples apontamento a determinado julgado, deverá realizar o cotejo analítico. Portanto, o precedente visa dar segurança aos jurisdicionados, mas o magistrado ao aplicá-lo deverá se valer das prerrogativas constitucionais, insculpidas no art. 93, IX, da Constituição Federal. É preciso transcrever e cotejar os trechos configuradores da similitude, mencionando-se nitidamente as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Lucas Buril desanuvia com maestria essa inovação:

Os precedentes são uma forma de garantir limites à atividade criativa dos juízes, e não de reforçar a criatividade ou de dar mais poderes aos magistrados. Aliás, ao se negligenciar a própria criatividade, acaba-se por dar margem mais ampla de criação, o que acaba por ensejar uma produção irresponsável de direito jurisprudencial.³²

4 A APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTE NO DIREITO ELEITORAL

O processo eleitoral não se encontra codificado (todas as normas que regulam o processo eleitoral encontram-se espalhadas por

³¹ STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando? 1. ed. In: DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 175-182. v. 3.

³² MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no Direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 459-489.

diversas leis esparsas e um Código Eleitoral totalmente defasado), como os Códigos de Processo Civil e Penal, por exemplo. Ao contrário, possui diversas leis esparsas, tais como a Lei das Eleições nº 9.504/97, a Lei dos Partidos nº 9.096/95, o Código Eleitoral – Lei nº 4.737/65– e as diversas resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral. Nesse contexto, analisamos que, nos casos em que houver omissão legislativa total, caberá utilizar o Código de Processo Civil como instrumento normativo subsidiário,³³ uma vez que não existe um Código Processual Eleitoral.³⁴

Vigora na Justiça Eleitoral o princípio da temporariedade, haja vista que não dispõe de quadro próprio de juízes. Marcelo Roseno discorre que desde a criação da Justiça Eleitoral repeliu-se a ideia de uma magistratura de carreira, confiando-se o exercício a membros de outros tribunais.³⁵

Os órgãos julgadores do Direito Eleitoral não possuem membros efetivos, isto é, todo o quadro de julgadores é composto por membros de outros tribunais. O Tribunal Superior Eleitoral – TSE – possui em seu quadro 07 (sete) ministros: três ministros

³³ BANDEIRA, Maria Paula Pessoa Lopes; SANTOS, Maria Stephany dos. A inaplicabilidade das cláusulas negociais no âmbito eleitoral. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). *O direito eleitoral e o novo código de processo civil*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 205-217. v.1.

³⁴ Agravo regimental. Recurso especial. Execução fiscal. Rito da Lei n. 6.830/1980. Aplicação subsidiária das regras do código de processo civil. Manutenção da decisão agravada. 1. A execução fiscal para cobrança de multa eleitoral, mesmo em trâmite nesta Justiça especializada, segue as regras previstas na Lei n. 6.830/1980 com a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 367, inciso IV, do Código Eleitoral). [...] (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AgR-REspe* 13072 RN, Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes, Data de Julgamento: 19.05.2015, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 156, Data 18.08.2015, p. 122)

³⁵ OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo do caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral, *Estudos Eleitorais*, Brasília, v. 9, n.2, p. 79, 2014.

oriundos do Supremo Tribunal Federal – STF, dois desses ocupam o cargo de presidente e de vice-presidente; dois ministros do Superior Tribunal de Justiça – STJ, um deles exerce o cargo de corregedor-geral; e dois advogados, nomeados pelo presidente da República, de uma lista sêxtupla de juristas de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicada pelo STF.

Compõem os tribunais regionais eleitorais (TRE's): mediante eleição, pelo voto secreto, dois juízes, dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça do respectivo Estado, e dois juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça; um juiz federal; e dois advogados, indicados pelo Tribunal de Justiça, nomeados pelo presidente da República.

Por outro lado, a jurisdição de cada uma das zonas eleitorais cabe a um juiz de direito do Tribunal de Justiça, a ser exercida pelo prazo de dois anos, salvo nas comarcas que não possuam mais de uma vara judicial.

Nesse interregno, verifica-se que as decisões prolatadas pelos órgãos julgadores no âmbito eleitoral passam pelo crivo de diversos julgadores com opiniões distintas, circunstância que acarreta uma multiplicidade de decisões sobre temas semelhantes. Veja-se, por exemplo, a questão delineada no TSE acerca do marco temporal para averiguação da inelegibilidade superveniente. As causas de inelegibilidade, conforme preconiza o art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97, devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.

Em 1995, ao apreciar o AG nº 12.363, sob a relatoria do Ministro Galvão, o TSE entendeu que poderia ser suscitada a inelegibilidade superveniente a data do registro de candidatura até a data da diplomação. Em 2011, essa tese foi ratificada nos ED-AgR-RO nº 452298, sob a relatoria do Ministro Gilson Dipp, haja

vista que até a diplomação é possível a Justiça Eleitoral auferir a vontade das urnas.³⁶

Em 2012, o entendimento do TSE passou a ser o de que o momento certo seria o dia em que o cidadão exercesse o seu direito de votar, isto é, no dia da eleição. Em 2014, no dia 24/06/2014, ao analisar o AgR-AR 87692, ratificou a tese desenvolvida no ano de 2012, mas em 11/12/2014, afastou essa tese a partir do julgamento dos ED-RO nº 29462, restaurando a tese desenvolvida desde o ano de 1995, que determinava como marco temporal a data da diplomação.

Essas mudanças de entendimento são provenientes da alternância de posicionamento decorrente da temporariedade que rege a Justiça Eleitoral. Perceba-se que, com o exemplo acima delineado, entre as eleições de 2012 (municipais) e as eleições de 2014 (gerais), houve uma mudança no momento em que podem ser levantadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade, causando insegurança. Nesse caminho, o TSE, visando dar amparo à segurança jurídica e, principalmente, aprimorar a sua jurisprudência, ao analisar o AgR-AR 1050 BA, sob a relatoria da Ministra Luciana Christina Guimarães Lóssio, afastou por uma consequência lógica a aplicação da jurisprudência desenvolvida no ED-RO nº 29462, pois se trata da análise de condutas perpetradas nas eleições de 2012, e no período em que o recurso foi apreciado, em 2015, já vigorava o novo entendimento do TSE e a jurisprudência prevalecente naquele período era até as eleições.³⁷

³⁶ Eleições 2010. Registro de candidatura. Embargos de declaração no agravo regimental no Recurso Ordinário. Inexistência. Omissão. Obscuridade. 1 - Não padece de obscuridade ou omissão acórdão que examina todas as questões relevantes ao deslinde da causa. 2 - Embargos de declaração rejeitados. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Gilson Lagaro Dipp, Data de Julgamento: 30.06.2011)

³⁷ [...] A alteração jurisprudencial havida na Sessão de 11.12.2014, no sentido de que as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade,

Nesse caminho, nota-se a importância que deve ser dada aos precedentes judiciais na seara eleitoral, as mudanças repentinas de entendimento levam ao caos jurídico e, principalmente, a ausência de segurança jurídica aos jurisdicionados que militam na Justiça Eleitoral.

Outra questão que não é tranquila na seara eleitoral é a inelegibilidade da alínea “g”, da LC nº 64/90, a qual exige que as irregularidades sejam insanáveis, além da rejeição das contas e que configure ato doloso de improbidade administrativa. Antes, para configurar o ato de improbidade aplicava-se o dolo genérico, mas o próprio Tribunal Superior Eleitoral, acompanhando o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, vem afastando o dolo genérico da inelegibilidade da alínea “g” da Lei Complementar nº 64/90. O voto do Ministro Gilmar Mendes, nos recursos Ag-RO nº 1085-96, Ag-Respe nº 83-80 e RO nº 88467,³⁸ deixou assentado que não é possível reconhecer o ato doloso de improbidade administrativa na conduta dos impugnados em razão de ser inviável extrair das irregularidades apontadas postura da qual se presume desonestidade

poderão ser consideradas *até a data da diplomação, e não mais a da eleição* (ED-RO nº 294-62, Rel. Min. Gilmar Mendes), não se aplica às eleições de 2012, em razão do princípio da segurança jurídica, o qual norteia a aplicação da lei no tempo. 4. Agravo regimental desprovido. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AR: 1050 BA, Relator: Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Data de Julgamento: 10.02.2015, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 53, Data 18.03.2015, p. 24)

³⁸ Eleições 2014. Candidato a deputado estadual. Recurso ordinário. Registro de candidatura deferido. Art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar n. 64/1990. 1. Nem toda desaprovação de contas enseja a causa de inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea g, da LC n. 64/1990, somente as que preenchem os requisitos cumulativos constantes dessa norma, assim enumerados: i) decisão do órgão competente; ii) decisão irrecorrível no âmbito administrativo; iii) desaprovação devido a irregularidade insanável; iv) irregularidade que configure ato doloso de improbidade administrativa; v) prazo de oito anos contados da decisão não exaurido; vi) decisão não suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário. 2. Contas de ordenador de despesas de fundo de previdência, no cargo de

ou intenção em causar dano ao erário. Assim sendo, parte-se da análise do dolo específico e não mais do genérico, devendo estar demonstrada nos acórdãos dos tribunais de contas brasileiros a má-fé do gestor público, desvio de recursos públicos em benefício próprio ou de terceiros, grave dano ao erário, ou seja, deve haver fato que lese dolosamente o patrimônio público.

Sobre o tema, vale fazer referência à recente aprovação pelos STF, em sessão realizada no dia 17 de agosto de 2016, onde exerceu seu poder jurisdicional em relação às teses de repercussão geral decorrentes do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 848826 e nº729744, decidindo que é exclusiva a competência da Câmara dos Vereadores para julgar as contas de governo e de gestão dos prefeitos, cabendo ao Tribunal de Contas auxiliar o Poder Legislativo municipal, emitindo parecer prévio e opinativo; em caso de omissão da Câmara Municipal, o parecer emitido pelo Tribunal de Contas não gera a inelegibilidade prevista no artigo 1º, inc. I, alínea “g”, da Lei Complementar nº 64/90.

prefeito, desaprovadas pelo TCE (exercício de 2009). 3. No caso concreto, não há como reconhecer ato doloso de improbidade administrativa na conduta do impugnado, por ser inviável extrair das irregularidades apontadas postura da qual se presume desonestidade ou intenção em causar dano ao erário. É certo que o acórdão do TCE entendeu existirem irregularidades que em sua maioria consistem em descumprimento de normas legais e regulamentares que disciplinam a gestão de fundo de previdência. Todavia, isso não autoriza concluir pela má-fé do gestor ou pelo desvio de recursos públicos em benefício pessoal ou de terceiro, sobretudo se considerado que a desaprovação das contas se deu em decorrência de revelia e que se aplicou multa ao recorrido em quantia pouco significativa, R\$7.219,80 (sete mil, duzentos e dezenove reais e oitenta centavos), ante os valores do orçamento do fundo de previdência - receita prevista de R\$5.085.000,00 (cinco milhões e oitenta e cinco mil reais), despesa fixada de R\$6.692.000,00 (seis milhões, seiscentos e noventa e dois mil reais) e déficit de R\$1.607.000,00 (um milhão, seiscentos e sete mil reais). 4. Afasta-se a inelegibilidade referida no art. 1º, inciso I, alínea g, da LC nº 64/1990. 4. Negado seguimento ao recurso. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ag-RO n. 1085-96, Ministro Relator Gilmar Mendes, DJE 27.02.2016)

Sem olvidar em outras filigranas para a clarividente configuração da causa de inelegibilidade supramencionada e amplamente modificada, mais uma vez, no RE nº 5039, sob a relatoria do Ministro Tarcisio Vieira De Carvalho Neto.

Gustavo Bohrer Paim discorre que é necessário conciliar a temporariedade da Justiça Eleitoral com a estabilidade jurisprudencial, respeitando-se os precedentes.³⁹ Essa mudança repentina de entendimento se mostra ainda mais prejudicial quando acontece na mesma eleição, diferentemente do exemplo acima suscitado.

Insta, inclusive, mencionar que a Justiça Eleitoral e seu campo dinâmico não devem se prender a orientações passadas sem uma respectiva evolução e alcance do real sentido de justiça (principalmente legal), mas no momento em que a justiça especializada passa a não respeitar o seu próprio entendimento é uma situação grave apta a culminar em um estiolamento a segurança jurídica. A segurança jurídica é norma vocacionada a combater arbitrariedades na construção do direito, garantindo aos cidadãos previsibilidade, estabilidade e cognoscibilidade, mas o que se verifica é a propagação de ideias solipsistas capazes de enaltecer o livre convencimento do magistrado e afastar a regra delineada na norma jurídica.

Com amparo no art. 926 do NCPC,⁴⁰ que eleva nitidamente a preservação das decisões já prolatadas pelos tribunais, disposição essa identificada com o Enunciado 166 do Fórum Permanente de Processualistas, segundo o qual “a aplicação dos

³⁹ PAIM, Gustavo Bohrer. *Direito eleitoral e segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.115.

⁴⁰ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente”. Esse novel instituto, introduzido com o NCPC, traz o dever na manutenção da jurisprudência estável, pois depende da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários, garantindo dessa forma o enaltecimento da segurança jurídica.⁴¹ Dworkin preconiza que o intérprete deve analisar o direito como um romance em cadeia.⁴²

Assim sendo, não poderá a Justiça Eleitoral, valendo-se da prerrogativa da temporariedade, deixar de seguir o que os processualistas brasileiros vêm desenvolvendo na busca incessante pelo aprimoramento das resoluções nas contendas judiciais; ao revés, esse instituto garantirá eleições mais seguras no que tange a jurisprudencialização, haja vista a instabilidade desenvolvida nos tribunais eleitorais que, por vezes, desconsidera a segurança jurídica (principalmente o que a norma diz na busca incessante na realização da justiça afasta-se o ponto nodal do Estado de Direito).

Nessa senda, a prevalência do instituto do precedente no Direito Eleitoral terá por escopo a garantia de decisões que serão respeitadas e previsíveis do porvir, tudo isto se levando em conta a segurança jurídica que ensejará a credibilidade dos pronunciamentos judiciais. Ou seja, a adoção dos precedentes no âmbito eleitoral garantirá a igualdade jurisprudencial tendo por base decisões com critérios racionais.

Inclusive, a igualdade está intrinsecamente atrelada à liberdade, sendo um desígnio da justiça. É que o Estado Democrático de Direito abomina as causalidades, as ofensas à igualdade, pois

⁴¹ Enunciado n. 316 do FPPC.

⁴² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 287.

este ataca fundo um objetivo básico que buscou preservar por meio do princípio da legalidade, isto é, a vedação a perseguições e favoritismos, cortesias e conchavos, cuja eliminação é objetivo imprescindível e máximo do Estado de Direito.⁴³

Tal noção de isonomia alcança a própria temática do Direito Eleitoral, pois este é o fim precípua do processo eleitoral, em razão do interesse público e da própria lisura do certame eleitoral. Leciona Djalma Pinto que a garantia da igualdade exige que a ordem jurídica disponha de meios para enfrentar com rapidez e eficiência as situações causadoras ou configuradoras de disparidade.⁴⁴

Assim sendo, não se quer vedar o processo criativo do magistrado ao elaborar suas decisões no âmbito eleitoral (amplamente evidenciada a partir do neoconstitucionalismo). O que se pretende, na verdade, é que, no momento em que haja uma mudança na interpretação sedimentada no tribunal, a decisão traga os argumentos que levarão à respectiva mudança (overruling), pois o que acontece na prática fica a desejar a todos os jurisdicionados que não possuem uma linha firme sobre os assuntos eleitorais. Destarte, tendo em conta que, os tribunais eleitorais mudam de posicionamento, dia após dia, sem uma fundamentação que embase as mudanças, com a adoção do precedente na Justiça Eleitoral tal insegurança jurídica restará cessada, portanto, agora, com o advento do Novo Código de Processo Civil espera-se que os tribunais sigam uma linha reta, sem tergiversações ou mesmo mudanças repentinas em seus entendimentos.

⁴³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45.

⁴⁴ PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 134.

Ainda se tem a autorreferência que representa a fundamentação específica, pela qual o magistrado deverá referir-se ao que foi realizado anteriormente pelos seus pares para decidir adequadamente uma questão similar.

Realmente, o magistrado, ao solucionar um caso, precisa necessariamente fundamentar fazendo referência aos precedentes que tratem de questões análogas às analisadas. O fato de os precedentes serem enunciados na fundamentação das decisões e servirem como vetores argumentativos para a tomada de decisão é uma das principais razões para sua força vinculante. Isso não quer dizer que os precedentes judiciais precisarão ser mantidos em todas as hipóteses, mas que não é aceitável que o juiz decida desconsiderando as normas dos precedentes e, se decidir contrariamente a elas, deve, ao menos, justificar adequadamente porque o fez.⁴⁵

Tudo isto em prol de decisões que não sejam conflituosas e capazes de interpretar o mesmo dispositivo normativo de maneira incongruente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Novo Código de Processo Civil busca dimensionar normativamente premissas mínimas para o uso do direito jurisprudencial. Em prol da economia processual, axioma inexorável que paira sobre o Direito Eleitoral, vislumbrou-se nesse artigo, atrelando-se ao princípio da temporariedade, a necessidade ímpar de que seja adotado o instituto de precedentes para garantir a segurança

⁴⁵ MACÊDO, *loc. cit.*

jurídica nas decisões eleitorais, haja vista que o entendimento sobre diversos aspectos eleitorais vivem em constante alteração, causando nitidamente insegurança jurídica.

Há quem entenda que essa insegurança também fica a cargo da ausência de um processo eleitoral codificado, pois o Direito Eleitoral se ampara em diversas leis esparsas. Ao contrário desse entendimento, delinheio que a codificação não é sinônimo de segurança, ao revés, torna muitas vezes o direito estático, o que não é possível no Direito Eleitoral. Inclusive, é de suma importância pontua que apesar da existência de um Código Eleitoral, elaborado no ano de 1965, este não corresponde a realidade de atuação eleitoral, pois encontra-se totalmente defasado (hiato).

Assim, o que o Direito Eleitoral precisa é, sem sombra de dúvida, garantir a higidez do processo eleitoral, por meio de decisões hábeis a afastar qualquer tipo de interpretação oscilante. Ou seja, apesar de o princípio da temporariedade estar presente no âmbito eleitoral, as decisões devem estar calcadas em observar contextos sólidos e para cada alteração feita em face de entendimento consolidado oferecer uma justificativa razoável, para que os jurisdicionados não fiquem desamparados ou a mercê do livre convencimento calcado nas convicções pessoais remoto das regras normativas.

O instituto do precedente visa salvaguardar os interesses dos jurisdicionados em qualquer área processual e sua aplicação na seara eleitoral garantirá o enaltecimento da segurança jurídica, axioma indelével no atual Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA, Maria Paula Pessoa Lopes; SANTOS, Maria Stephany dos. A inaplicabilidade das cláusulas negociais no âmbito eleitoral. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). *O direito eleitoral e o novo código de processo civil*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v.1.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, n. 786, abr. 2011.

_____; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no novo código de processo civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredieet al (Org.). *Precedentes*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, [2015]. p. 633-656. v. 3

_____; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisprudência: a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídica. *Revista de Processo*, ano 39, n. 231, maio 2014.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent inenglish law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1991.p. 72.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (Coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 57-73.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. _____. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GALINDO, Djalma Alexandre. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MACCORMICK, D. N.; SUMMER, R. S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997. p. 4.

MACÊDO, Lucas Buriel de. A Disciplina dos Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. 1.ed. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (Org.). *Precedentes*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, [2015], p. 459-489.v.3.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p. 63.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MUÑOZ,Orozco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra: Arazandi-Thomson Reuters, 2011, p. 28.

NUNES, Dierle;BAHIA, Alexandre Melo Franco. Formação e aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista do TST*, Brasília, v.79, abr./jun.2013. Disponível em:<<http://pt.scribd.com/doc/176023132/dierle-nunes-e-alexandre-bahia-formacao-e-aplicacao-do-dir-jurisprudencial-revista-do-TST>>. Acesso em: 19 maio 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo do caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral. *Estudos Eleitorais, Brasília*, v. 9, n.2, 2014.

PAIM, Gustavo Bohrer. *Direito eleitoral e segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REDONDO, Bruno Garcia. Precedente Judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2014.v. 2.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.


STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando? 1.ed. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (Org.). *Precedentes*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, [2015].v.3.

TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, ano 36, n. 199, set. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et. al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização: Lei 13.105, de 16.03.2015*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.



**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO
DE DEMANDAS REPETITIVAS:
APLICABILIDADE NO ÂMBITO
DA JUSTIÇA ELEITORAL¹**

Camila de Freitas Gondim

¹ Artigo publicado originalmente na Revista de Estudos Eleitorais nº 2, 2017, do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco.

RESUMO: Sabe-se que o Poder Judiciário, inserido numa realidade de multiplicação de processos, oferece uma má prestação jurisdicional caracterizada principalmente pela lentidão processual e insegurança jurídica. Esta última corroborada pela existência de julgamentos divergentes de casos com a mesma questão de direito. Nesse contexto, o presente artigo destaca o incidente de resolução de demandas repetitivas apresentado pelo Código de Processo Civil de 2015 como instrumento de uniformização da jurisprudência, e visa trazer uma reflexão sobre a possibilidade de aplicação deste instituto no âmbito da justiça eleitoral, como forma de conferir uniformidade, isonomia e segurança às decisões nos processos eleitorais. Para tanto, o presente trabalho primou por uma abordagem qualitativa e desenvolveu-se através de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Celeridade. Código de processo civil. Efetividade. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Segurança jurídica.

ABSTRACT: It is known that the Judiciary, inserted in a reality of multiplication of processes, offers a bad judicial performance characterized mainly by procedural slowness and legal insecurity. The latter is corroborated by the existence of divergent judgments of cases with the same point of law. In this context, this article highlights the incident of resolution of repetitive demands presented by the Civil Procedure Code of 2015 as an instrument to standardize jurisprudence, and aims to bring a reflection on the possibility of applying this institute in the scope of electoral justice, as a form of confer uniformity, isonomy

and security to decisions in electoral processes. For this, the present work was based on a qualitative approach and was developed through bibliographic research.

KEY WORDS: Celerity. Code of civil procedure. Effectiveness. Incident of resolution of repetitive demands. Legal certainty.

1 INTRODUÇÃO

A crescente massificação de processos e a evidente existência de decisões judiciais divergentes acerca de uma mesma questão de direito, em todos os âmbitos do judiciário brasileiro, reclama fortes mudanças na ciência jurídica. Os diferentes julgados, originados de demandas que apresentam a mesma matéria de direito, podem ser vistos como uma afronta ao princípio da segurança jurídica, revelando uma parte da ineficácia do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o novo Código de Processo Civil (nCPC) busca inovar e solucionar o fato supra apontado ao apresentar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) como um instituto posto no ordenamento jurídico com a finalidade de uniformizar, de forma antecipada, a jurisprudência que vier a surgir dos diversos julgados oriundos de direitos idênticos.

A aplicação adequada deste instituto, nos moldes determinados pelo legislador, privilegia princípios processuais constitucionais como isonomia, segurança jurídica e economia processual para, assim, conferir maior efetividade aos julgados.

Nesse aspecto, o presente trabalho tem como objetivo avaliar o processamento do Incidente de Resolução de Demandas

Repetitivas e analisar a funcionalidade e os benefícios processuais decorrentes da aplicação deste instituto nas demandas em trâmite na Justiça Eleitoral. E sobre esta possibilidade de aplicação do incidente nas ações eleitorais revisitou-se o instituto do prejudicado disposto no artigo 263 do Código Eleitoral.

2 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ACESSO A UMA TUTELA ADEQUADA

A comissão de juristas incumbida de estudar e elaborar o projeto do novo Código de Processo Civil (nCPC) focou, primordialmente, na solução de problemas conhecidos e criticados pela comunidade jurídica e pelo jurisdicionado².

Conforme a exposição de motivos, cinco objetivos orientaram os trabalhos na elaboração do nCPC³:

- 1) harmonizar-se com a Constituição Federal, expressa e implicitamente;
- 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisões mais próximas da realidade fática;
- 3) simplificar, através da solução de problemas e redução da complexidade de subsistemas;
- 4) conferir efetivo rendimento a cada processo; e
- 5) dar mais coesão, imprimindo maior grau de organização ao sistema como um todo.

Foi assim que o novo Código de Processo Civil, acompanhando o movimento do direito moderno em direção às

² BRASIL, **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p.25.

³ *Ibidem*, p. 26.

premissas pós-positivistas de pensadores como Ronald Dworkin e Herbert Hart, logo no primeiro artigo⁴, optou por enfatizar a harmonização com os princípios constitucionais que orientou todo o seu processo de elaboração, deixando claro ao operador do direito processual civil que a interpretação também deve observar os princípios e normas constitucionais.

Segundo Cássio Scarpinella Bueno, o estudo do código não se limita a pesquisa dos temas de direito processual civil que a Constituição aborda. Essa nova perspectiva trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 busca “aplicar diretamente as diretrizes constitucionais com vistas à obtenção das fruições públicas resultantes da atuação do Estado, inclusive no exercício de sua função jurisdicional, o Estado-Juiz”⁵.

Assim, a Lei n.º 13.105/2015 ao entrar em vigor no dia 18 de março de 2016 apresentou-se com o potencial de solucionar, efetivamente, os problemas apresentados pela sociedade, através de um processo mais simples, célere e justo⁶, além de sistematicamente coerente e instrumentalizador dos princípios constitucionais processuais.

Conforme menciona a obra Teoria Geral do Processo, para obter uma solução justa para ambos os litigantes, “(...) o

⁴ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42.

⁶ BRASIL, *Código de Processo Civil e normas correlatas*, op cit, p. 27. “Nota 8. Trata-se portanto de mais um passo decisivo para afastar os obstáculos para o acesso à Justiça, a que comumente se alude, isto é, a duração do processo, seu alto custo e a excessiva formalidade.”

processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em acesso a *ordem jurídica justa*⁷.

Desse modo, considerando que, para efetividade do termo *acesso à justiça*, este deve estar ladeado de outros elementos e princípios qualificadores, Cesar Asfor Rocha entende que algumas facetas da concepção do acesso à justiça devem ser analisadas como o devido processo legal, o tempo e a busca de um processo justo e eficaz.⁸

Sabe-se que, nos primórdios da vida em sociedade, inexistia um órgão estatal que garantisse o cumprimento do direito. Na realidade, sequer existiam o Estado e as leis tais quais as conhecemos nos dias atuais. Assim, diante do surgimento de um conflito, aquele que pretendesse proteger um direito ameaçado por outrem deveria fazê-lo por suas próprias forças, satisfazendo por si a sua pretensão, que basicamente resumia-se ao embate físico entre as partes que possuíam interesses conflitantes, o que, logicamente, gerava apenas mais conflitos.

⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2010, p.39. “A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do Juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo —, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de alimentar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça”.

⁸ ROCHA, Cesar Asfor. A luta pela efetividade da jurisdição. São Paulo: RT, 2007, p.70.

Com o fortalecimento do Estado, este passou a ditar as regras para os conflitos existentes, proibindo o exercício da autotutela,⁹ já que trouxe para si a responsabilidade da resolução pacífica das questões a ele levadas.

Assim, aqueles que pretendessem defender seus direitos deveriam recorrer à justiça. Dessa forma, o Estado assume o poder de dizer o direito, ou seja, assume o monopólio da jurisdição.¹⁰ No exercício dessa função, o Estado deve garantir, com eficácia e celeridade, a tutela pretendida pelo jurisdicionado, devendo prestar a adequada tutela jurisdicional¹¹.

A Constituição Federal estabelece no artigo 5º, XXXV e LXXVIII, o acesso à justiça, à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Portanto, não basta ao Estado apenas facilitar e proporcionar o acesso ao Judiciário, faz-se mister que o Estado-Juiz, no exercício das suas funções, garanta um acesso efetivo, prestando a tutela pretendida com celeridade. Cesar Asfor Rocha, menciona que “o litigante que intenta uma ação no Poder Judiciário requerendo que o Estado lhe confira uma solução justa, adequada e célere, espera gozar, em um tempo razoável, do bem jurídico pleiteado.”¹²

Nesse contexto o princípio da celeridade caracteriza-se por uma rápida prestação, sem prejuízo da segurança da decisão, refletindo diretamente no tempo de duração do processo. O desenvolvimento processual desde a postulação até a decisão e o

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.33.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*, p.33-34.

¹² ROCHA, Cesar Asfor. *op. cit.*, p. 39.

cumprimento desta, exige tempo que deve ser o mínimo possível, para que, assim, o Estado cumpra sua função de forma eficiente.

A efetividade guarda estreita relação com a tempestividade da prestação da tutela, que pressupõe meios para garantir a celeridade na tramitação processual. Imperioso ressaltar, contudo, que a efetividade e a celeridade processual são conceitos distintos:

A celeridade é apenas um aspecto da efetividade. Com maior rigor técnico e à luz da emenda n. 45, aos jurisdicionados se deve garantir a razoável duração do processo que, entre outros critérios, terá de levar em consideração a complexidade da causa. (...) Tem-se, pois, que a celeridade processual não pode vulnerar as garantias constitucionais entre as quais se colocam a ampla defesa e a produção de prova.¹³

Entendendo a celeridade como um componente da efetividade, observa-se que para alcançar um processo justo, a rapidez na conclusão do processo não deve ser o único fator buscado pelo legislador e operadores do direito. Um processo que busca apenas a celeridade e mitiga as demais garantias processuais, ao final, não efetivará o acesso material à justiça.

Segundo Alexandre Freitas Câmara, a grande dificuldade é “equilibrar dois valores igualmente relevantes: celeridade e justiça”¹⁴. Para esse doutrinador, tanto a demora processual não é capaz de produzir resultados justos, como também um processo que atinja seu fim de forma rápida demais dificilmente alcançará a justiça da decisão.

¹³ LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro apud SILVA, Augusto Vinícius Fonseca. *Pela Máxima Efetividade Processual nos Juizados Especiais Cíveis*. Disponível em: www.abdpc.org.br/artigos. Acesso em: 19 dez 2016.

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 24.

Assim, o julgador deve equilibrar os valores da justiça e da celeridade para fornecer ao jurisdicionado não só uma tutela jurisdicional, mas sim uma tutela adequada e efetiva, com vistas a proporcionar uma decisão mais acertada para a solução levada pelos litigantes à baila do judiciário.

Conclui-se, então, que para o Estado-juiz oferecer ao jurisdicionado um processo com efetivo rendimento, é necessário buscar, além da celeridade, a aplicação das demais garantias processuais e constitucionais, como o contraditório e ampla defesa, igualdade entre as partes e a segurança jurídica.

O Código de Processo Civil, através das novas ferramentas apresentadas, e da simplificação de institutos já existentes tem o potencial de dar condições ao juiz de produzir uma resposta mais próxima da realidade fática, e, conseqüentemente, mais justa aos jurisdicionados.

Como visto, o Estado, ao proibir a justiça pelas próprias mãos, assumiu o poder e o dever de solucionar os conflitos com eficácia e celeridade, porém, ultimamente, não vem conseguindo prestar a tutela de forma adequada e em tempo razoável.¹⁵

Nesse contexto, Cesar Asfor Rocha expõe que “inúmeros são os problemas do Poder Judiciário, indo desde a organização da Justiça às leis processuais”.¹⁶

¹⁵ Cf. “Nesta perspectiva, então deve surgir a resposta intuitiva de que a inexistência de tutela adequada a determinada situação conflitiva significa a própria denegação da tutela a que o Estado se obrigou no momento em que chamou para si o monopólio da jurisdição, já que o processo nada mais é do que contrapartida que o estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela”. MARINONI, Luiz Guilherme 2006 apud FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais** 2009, p. 5.

¹⁶ ROCHA, Cesar Asfor. op. cit. p.96. Segundo o autor, a problemática da morosidade do Poder Judiciário é a razão maior do descrédito nas instituições judiciais.

O crescimento numérico de ações ajuizadas resultado do movimento denominado de ‘ondas de acesso à justiça’ e a falta de estrutura material e humana do judiciário brasileiro para absorver essa demanda geraram uma sobrecarga processual e, conseqüente morosidade na prestação jurisdicional.

Aliado a todos esses fatores, acrescentava-se a necessidade de uma legislação processual que acompanhasse as novas demandas da sociedade, apresentando modificações e novos institutos de forma sistemática e coerente.

O Código de Processo Civil de 1973, ao longo do período de vigência, sofreu reformas esparsas, que não consideraram a sistematicidade do ordenamento transformando-o num código sem coesão. Paralelamente, a essência individualista do Código de Processo Civil, contribuiu com a morosidade processual, especialmente em razão da ausência de normas que regulem com efetividade o tratamento coletivo das demandas de massa.

Dentre as inúmeras demandas distribuídas anualmente no poder judiciário brasileiro, observa-se o crescimento no ajuizamento das denominadas demandas individuais repetitivas, ou seja, de ações que apresentam “homogeneidade fática e/ou jurídica”¹⁷. São as chamadas demandas de massa, repetitivas ou causas repetitivas, possuindo todas o mesmo objeto e causa de pedir e, muitas vezes, pedidos idênticos.

O tratamento individual dessas ações potencializa a crise do judiciário, e é incompatível com o devido processo legal e com o acesso efetivo à justiça. Primeiro porque o aumento de processos repetitivos prejudica o desempenho da prestação jurisdicional, uma vez que o tratamento individual destas demandas homogêneas implica em lentidão na resolução dos conflitos e resulta um alto

¹⁷ CAVALCANTI, Marcos Araújo, op. cit. p. 150.

custo ao poder judiciário brasileiro. Segundo porque o julgamento individual destas demandas pode gerar um “tratamento não isonômico e insegurança jurídico-processual entre os litigantes que se encontram em situação jurídica idêntica”.¹⁸

Observa-se que a crise no Poder Judiciário além de ser quantitativa, é também qualitativa. A sobrecarga no número de processos, em conjunto com o déficit de magistrados e servidores, impede o Estado-juiz de exercer sua atividade com maior zelo e empenho, fato que resulta em decisões com fundamentação não apenas rasa, mas também em decisões contraditórias sobre uma mesma questão de direito¹⁹.

Nesse contexto de crise que circunda o Poder Judiciário²⁰, o novo Código de Processo Civil apresenta técnicas processuais que visam enfrentar o crescimento numérico de demandas repetitivas, permitindo a análise coletiva destes processos. Entre estas técnicas de coletivização de questões apresenta-se o inédito Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, demonstrando que um dos focos do novo código para o enfrentamento da crise numérica de processos é a uniformização da jurisprudência.

¹⁸ *Ibidem*, p. 151.

¹⁹ SOARES, Bruno Arneiro. **O incidente de resolução de demandas repetitivas do projeto de lei do novo código de processo civil**: meio assecuratório da razoável duração do processo. 2014, p. 12. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1517/Monografia_%20Bruno%20Arneiro%20Soares.pdf?sequence=1. Acesso em: 23 fev. .2017.

²⁰ C.f. A expressão “crise jurisdicional” deve ser compreendida: “como estatização da jurisdição e a unificação ortodoxa das técnicas de resolução de conflitos, somando-se: (1) a lentidão na prestação da tutela; (2) excesso de demandas sempre crescente; (3) falta de infraestrutura; (4) incompatibilidade do número de magistrados e serventuários; (5) qualidade duvidosa dos julgados.” FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.79.

3 TEORIA GERAL DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

3.1 Conceito, natureza jurídica e objetivos

Como visto na seção anterior, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é instituto inédito no ordenamento brasileiro, apresentado pela Lei n.º 13.105/2015 como um dos instrumentos criados para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência, bem como, em vista do já apontado, uma tentativa do legislador em dar maior celeridade na prestação jurisdicional, possibilitando ao magistrado tanto resolver processos que se enquadrem como demanda repetitiva de forma mais rápida e eficiente, mas também liberando-o para que possa analisar processos distintos e mais “complexos” de forma mais cautelosa, já que estaria desopilado das chamadas demandas de massa.

Para compreender melhor um instituto jurídico, mister se faz definir a sua natureza jurídica. Segundo Alexandre Freitas Câmara, “quando se perquire a natureza jurídica de um instituto, o que se pretende é fixar em que categoria jurídica o mesmo se integra, ou seja, de que gênero aquele instituto é espécie”²¹.

Assim, ao definir as características afins de um instituto processual, estabelecem-se quais princípios e regras que orientarão os atos práticos e teóricos, trazendo, ao final, a definição do objeto estudado. No caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o próprio título atribuído pelos juristas, para essa nova técnica de solução de demandas em massa, evidencia a natureza do instituto, qual seja, de incidente.

²¹ CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições Preliminares de Direito Processual Civil**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. I, p. 132.

No entanto, para entender a finalidade e o processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é fundamental demonstrar as razões de inseri-lo na categoria dos incidentes processuais, apontando as principais características deste grupo jurídico. Além dessa análise, é importante indicar categoricamente, para que assim se possa entender, o porquê do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não poder ser compreendido como uma ação ou mesmo como uma espécie de recurso processual.

Segundo Marcos Cavalcanti, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não apresenta natureza jurídica de ação, uma vez que “não envolve uma pretensão de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio”²².

Desta feita, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não põe fim ao conflito e nem mesmo entrega a tutela jurisdicional pretendida por qualquer das partes, exclui-se, assim, da categoria de ação processual.

Na realidade, o instituto, ora estudado, exige efetiva repetição de ações com a mesma questão de direito para que, ao final dos debates, o Tribunal fixe uma tese jurídica. Esta será aplicada à causa pendente no órgão julgador e aos demais processos repetitivos, incluindo os futuramente propostos.

Por outro lado, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não pode ser conceituado como recurso processual. Conforme aponta a obra dos professores Fredie Didier Jr e Leonardo da Cunha, “o conceito de recurso não pertence à teoria geral do processo. Trata-se de conceito jurídico-positivo, que depende, pois, do exame de um dado ordenamento jurídico”²³.

²² CAVALCANTI, Marcos Araújo, *op. cit.* p. 179.

²³ JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais.** 7ª ed. Bahia: Juspodivm, 2009, v. 3, p. 19.

Considerando que o ordenamento brasileiro aponta, taxativamente, quais remédios processuais serão denominados de recurso, cabe a doutrina apontar as principais características do referido instituto processual.

O incidente não depende de ato de vontade de um legitimado, uma vez que, também, pode ser instaurado de ofício pelo magistrado de primeiro grau ou pelo relator, em grau recursal, “independentemente da existência de qualquer requerimento nesse sentido”²⁴.

No título II do Livro III, do novo Código de Processo Civil, que trata dos recursos, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tampouco foi taxado como meio recursal. Por outro lado, “todos os remédios processuais mencionados no artigo 994 do nCPC constituem meios de impugnação, no mesmo processo, de decisão judicial preexistente”²⁵.

Já o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi disposto pelo legislador no Título I, Capítulo VIII, do mesmo livro, que cuida dos processos de competência originária dos Tribunais. É possível então dizer que a finalidade primordial do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não é reformar, anular, integrar ou esclarecer decisão judicial, como é o caso dos recursos, mas sim formar tese jurídica que deve ser aplicada a questões jurídicas semelhantes de outros processos.

Traduz-se, assim, em uma técnica de julgamento que visa o rápido encerramento de toda uma soma de ações já propostas sobre uma mesma matéria de direito, bem como evitar a proposição de novas demandas que versem sobre este mesmo assunto já debatido,

²⁴ CAVALCANTI, Marcos Araújo, *op. cit.* p. 178.

²⁵ *Ibidem.*, p. 177 - 178.

objetivando assim a eliminação da multiplicidade de processos novos e em andamento, uma vez que propensos promoventes e causídicos, conhecendo a postura adotada por aquele Tribunal, não proporiam novas ações sabendo que seriam vencidos. Nesse mesmo sentido, vem entendendo a doutrina.²⁶

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é, assim, “um incidente processual que pode ser instaurado em um recurso ou em um processo de competência originária do tribunal competente”²⁷. Segundo os juristas responsáveis pelo estudo do Código de Processo Civil de 2015, o incidente de resolução de demandas repetitivas “consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta”²⁸

Segundo Cavalcanti, a acessoriedade, incidentalidade, acidentalidade e, necessidade de um processo específico, são características de um incidente processual. Expõe o autor que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas preenche todas essas características.²⁹

Em resumo, a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 apontou e destacou os princípios constitucionais da isonomia, princípio da economia processual

²⁶ BUENO, Cássio Scarpinella, *op. cit.*, p.265. Cf: “o objetivo do novel instituto fica evidenciado, destarte, como técnica destinada a obter decisões iguais para casos iguais”.

²⁷ CARDOSO, Oscar Valente. **O incidente de resolução de demandas repetitivas na Justiça Eleitoral**. p. 32 Disponível em: www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/ejesc/documentos/Artigo_Oscar_Cardoso_v.19.pdf. Acesso em: 13 dez. 2016.

²⁸ BRASIL, Código de Processo Civil e normas correlatas, *op. cit.* p.30.

²⁹ CAVALCANTI, Marcos Araújo, *op. cit.*, p. 179. Cf: “...(a) acessoriedade: O IRDR tem acessoriedade múltipla, uma vez que sua instauração depende da existência de diversos processos repetitivos sobre a mesma questão unicamente de direito, assim como necessita

e princípio da segurança jurídica como principais objetivos do legislador ao inserir o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no ordenamento processual civil.

Cavalcanti aponta que “o princípio da isonomia, dentre outros aspectos, recomenda que o poder judiciário decida de uma mesma maneira casos idênticos e não apenas trate de forma igualitária os litigantes de um processo.”³⁰

Segundo José Afonso da Silva³¹, para o juiz o princípio da igualdade constitui uma regra de interpretação segundo a qual o magistrado não deve criar distinções na aplicação da lei.

Conforme já apontado no presente artigo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi apresentado pelos legisladores como uma técnica processual que visa conferir maior celeridade ao judiciário brasileiro. Destaca-se que essa celeridade não deve prejudicar a segurança da decisão e a isonomia das decisões proferidas.

O princípio da segurança jurídica é pilar fundamental do Estado Democrático de Direito, sendo princípio constitucional referido em vários dispositivos da Constituição de 1988, ainda que

da pendência de um desses processos repetitivos no tribunal competente (art. 978, parágrafo único, do NCPC); (b) accidentalidade: representa um desvio ao desenvolvimento normal dos processos repetitivos, visto que, dentre outros aspectos, estes serão suspensos até a fixação da tese jurídica sobre as questões comuns do direito discutidas no IRDR, a qual, em seguida, deverá ser aplicada em cada um desses processos repetitivos; (c) incidentalidade: o IRDR “cai”, “incide”, “surge” não apenas sobre os processos repetitivos preexistentes, mas também sobre as causas futuras; e (d) procedimento incidental: o NCPC cria um procedimento específico para o exame das questões comuns de direito, estabelecendo, especialmente nos arts. 976 ao 987, o tratamento legal do IRDR.”

³⁰ CAVALCANTI, Marcos Araújo, *op. cit.*, p. 162.

³¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª edição, revista e atualizada até a emenda Constitucional n.56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, p. 218.

não citado expressamente.³² Ao assumir a feição processual, este princípio “traduz-se nas ideias de certeza, de previsibilidade, de confiabilidade e de coerência das decisões judiciais”.³³

O constitucionalista José Gomes Canotilho relaciona o princípio da segurança jurídica à “calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos”³⁴. Nesse contexto, observa-se que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas combinado com o princípio da segurança jurídica, objetiva conferir previsibilidade às decisões judiciais ao uniformizar a jurisprudência de casos repetitivos, vinculando todas as demais decisões a seguirem e se posicionarem de acordo com o que foi decidido no incidente.

³² Cf. “A segurança jurídica, apesar de constar raras vezes explicitada no ordenamento jurídico brasileiro e não possuir uma precisa e completa definição legal, é princípio constitucional. Isso pode ser evidenciado tanto pelo caput do artigo 5º da Constituição Federal, como pelo inciso XXXVI do mesmo artigo, assegurando que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Vale acrescentar também que de acordo com o inciso XXXIX – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trata-se de importante exemplo sobre como a segurança jurídica é tratada, em um primeiro momento, em âmbito constitucional.” CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; BALARINI, Flávia Gonçalves. **A segurança jurídica na doutrina e nos tribunais**. p.8.³² Cf. “A segurança jurídica, apesar de constar raras vezes explicitada no ordenamento jurídico brasileiro e não possuir uma precisa e completa definição legal, é princípio constitucional. Isso pode ser evidenciado tanto pelo caput do artigo 5º da Constituição Federal, como pelo inciso XXXVI do mesmo artigo, assegurando que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Vale acrescentar também que de acordo com o inciso XXXIX – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trata-se de importante exemplo sobre como a segurança jurídica é tratada, em um primeiro momento, em âmbito constitucional.” CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; BALARINI, Flávia Gonçalves. **A segurança jurídica na doutrina e nos tribunais**. p.8.

³³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier apud CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 161.

³⁴ CANOTILHO, José Gomes apud CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; BALARINI, Flávia Gonçalves, *op. cit.*, p. 10.

A uniformização jurisprudencial através do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas privilegia também o princípio da economia processual. Este orienta o magistrado a “buscar o melhor resultado na aplicação do direito com um mínimo de atividades processuais”.³⁵ Nesse sentido, o julgador deve optar pela solução legal menos onerosa para a parte e cujo resultado será mais útil.

Desta forma, no âmbito dos processos repetitivos, a aplicação da tese jurídica firmada em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas permite ao Judiciário “o máximo de vantagens com o mínimo de dispêndio de tempo e energias”.³⁶

Assim, com a estabilização da jurisprudência, evita-se que questões idênticas sejam julgadas de formas diferentes, quando não contraditórias, a depender do entendimento do julgador. Alcançar-se-ia tanto a segurança jurídica como o tratamento isonômico, além de se minimizar a quantidade de demandas, reduzindo-se significativamente os custos do Poder Judiciário.

3.2 Processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

A instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas exige o preenchimento de pressupostos positivos e negativos. Os pressupostos positivos, que devem ocorrer simultaneamente, são, segundo Cavalcanti, a efetiva repetição de processos que comprometam a segurança jurídica e isonomia; a

³⁵ CATALAN, Marcos Jorge. **O procedimento do juizado especial cível**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2003, p. 34.

³⁶ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**, *op. cit.*, p. 23.

pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal; e a limitação do objeto do IRDR à questão unicamente de direito³⁷.

Para a configuração da repetição de processos, faz-se necessário uma maturação do debate jurídico e a existência de decisões antagônicas. Conforme bem observou Cavalcanti, não sendo tais decisões, dadas nos múltiplos processos, divergentes, não se constatará qualquer risco aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, e assim faltará interesse processual para instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.³⁸

No mesmo sentido, Cabral afirma que para cabimento do incidente é necessário a repetição de processos nos quais a questão jurídica tenha sido objeto de argumentações e decisões³⁹. Quanto ao comprometimento da segurança jurídica e da isonomia, Marinoni et al apontam:

Também se exige para o IRDR que a multiplicação, nas várias demandas, da mesma questão de direito gere risco à isonomia ou à segurança jurídica. Exige-se risco a ambos os valores. Não se exige, porém, efetiva violação à isonomia ou a segurança jurídica, bastando o risco a que esses interesses sejam afetados por decisões diferentes a respeito da mesma questão de direito em processos distintos.⁴⁰

Além da efetiva repetição, o inciso I do art. 976 do CPC exige que os processos contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito. A controvérsia sobre a mesma

³⁷ CAVALCANTI, Marcos Araújo, *op. cit.*, p. 209.

³⁸ CAVALCANTI, Marcos Araújo, *op. cit.* p. 215.

³⁹ CABRAL, apud NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *op. cit.*, p. 2479.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 913-914.

questão de direito pode referir-se ao direito material ou processual como dispõe o parágrafo único do art. 928, que no caput elenca os procedimentos nos quais as decisões proferidas serão consideradas julgamento de casos repetitivos.

Cumpra ainda apontar discussão existente na doutrina quanto a necessidade de que, para se instaurar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, haja ao menos um processo tramitando no tribunal, seja por meio de recurso interposto contra decisão de primeiro grau ou, por óbvio, seja por ação de competência originária do próprio tribunal.⁴¹

O pressuposto de existência que requer ao menos um processo tramitando no tribunal, apesar de não estar expresso no texto do Código de Processo Civil, coaduna-se com o disposto no parágrafo único do art. 978. Referido dispositivo expõe que o órgão incumbido de julgar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e fixar a tese jurídica julgará também o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Seguindo a classificação de Cavalcanti, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas exige um pressuposto negativo de admissibilidade que está disposto no art. 976, §4º do novo Código de Processo Civil. Assim, o incidente não será cabível quando o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal tiverem afetado recurso, especial ou extraordinário, respectivamente, para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

⁴¹ Sobre o tema Marinoni et al entende que “não se exige que exista causa pendente de análise pelo Tribunal para admitir o IRDR, bastando que haja multiplicação de demandas com a mesma questão exclusivamente de direito em trâmite pelo Judiciário brasileiro, com risco para a isonomia e para a segurança jurídica”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado** *op. cit.*, p.914.

O preenchimento do pressuposto negativo de admissibilidade justifica-se porque a decisão que for proferida por um dos Tribunais Superiores, em recurso afetado pelo regime jurídico de recursos repetitivos, preponderará sobre todos os demais Tribunais e juízes de primeira instância. No mesmo sentido, se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tiver sido instaurado e, posteriormente, houver afetação de recurso especial ou extraordinário ao regime jurídico dos recursos repetitivos, o incidente perderá o objeto.

Além dos requisitos para instauração acima pontuados, destaca-se que o Código de Processo Civil não exige o pagamento de custas processuais para a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Cabe ainda ressaltar que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas será inadmitido quando não preenchidos todos os requisitos de cabimento. Entretanto, caso seja posteriormente sanada a ausência do pressuposto legal, antes ausente e que deu causa a inadmissão, nada impede que o instituto venha a ser suscitado novamente.

O rol de legitimados para suscitar o incidente de resolução de demandas repetitivas está disposto nos incisos do artigo 977 do novo Código de Processo Civil, podendo ser suscitado pelo magistrado de primeiro grau ou pelo relator, por ofício ou através de petição das partes, do Ministério Público ou Defensoria Pública.

O juiz ou relator ao suscitar a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, são os sujeitos imparciais do processo que tem o poder-dever de submeter “questões homogêneas de direito ao exame coletivo do órgão colegiado competente do tribunal, quando estiverem presentes os requisitos legais para cabimento do incidente”.⁴²

⁴² CAVALCANTI, Marcos Araújo, *op. cit.* p. 248.

Quando o Ministério Público não for requerente, intervirá obrigatoriamente no incidente, na qualidade de fiscal da ordem jurídica, independentemente da existência de relevante interesse social. O Ministério Público deve, inclusive, assumir a titularidade quando a parte suscitante desistir ou abandonar a ação⁴³.

Assim, conforme determinação expressa do artigo 976, §1º, do Código Processo Civil de 2015, o abandono ou desistência do incidente pelo autor da ação não impede o exame do mérito. Para Cassio Scarpinella⁴⁴, esta regra busca conciliar o interesse privado das partes e o interesse público presente na fixação de determinada tese jurídica.

O requerimento de instauração do incidente deve ser suscitado perante Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional, demonstrando-se a presença de todos os pressupostos. Os legitimados elencados na lei processual devem demonstrar de forma documentada “a existência de multiplicação de demandas, com a mesma questão de direito, apontando em que medida isso implicará risco à isonomia e à segurança jurídica”⁴⁵

Segundo o artigo 978 do Código de Processo Civil de 2015, o Tribunal, através do seu regimento interno, indicará o órgão que tem competência para o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, atendendo a exigência de que este órgão jurisdicional seja competente para uniformização de jurisprudência do respectivo tribunal.

⁴³ BRASIL, **Código de Processo Civil**, *op. cit.* “Art. 976, §2º Se não for o requerente, o Ministério Público Intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.”

⁴⁴ BUENO, Cássio Scarpinella, *op. cit.*, p. 614

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, **Novo código de processo civil comentado** *op. cit.*, p. 915.

A instauração e julgamento do incidente devem ser sucedidos de ampla divulgação e publicidade por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como dispõe o artigo 979 do Código de Processo Civil de 2015.

O registro eletrônico das teses jurídicas deve conter, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados, tudo para possibilitar a identificação dos processos que serão abrangidos pela decisão do incidente instaurado.

O Conselho Nacional de Justiça normatizou o assunto através da Resolução nº 235/2016⁴⁶, que regulamenta a padronização dos procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos, e de incidente de assunção de competência.

Após distribuição do incidente, o órgão colegiado competente para o julgamento procederá ao juízo de admissibilidade com base na análise da ocorrência simultânea de risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica e da repetição de processos controvertidos sobre a mesma questão de direito.

A admissibilidade do incidente não pode ser aferida monocraticamente, pois, por expressa disposição legal, trata-se de ato colegiado. Após a admissão do incidente pelo órgão colegiado, o relator poderá praticar os atos indicados no artigo 982 do novo Código Processual Cível para o regular processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

A primeira medida a ser tomada pelo relator do incidente é a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, dependendo do âmbito da

⁴⁶ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 235/2016**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3155>. Acesso em: 12 abr. 2017.

jurisdição do tribunal que admitiu o incidente pelo prazo de um ano que poderá ser prorrogado através de decisão fundamentada.

As partes dos processos suspensos, quando da intimação da decisão que os sobrestou, poderão requerer o reexame da decisão alegando a distinção entre o caso concreto e a questão jurídica objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas e que está sendo analisado no Tribunal.

A suspensão do processo será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes e, durante o período de sobrestamento, os pedidos de tutela de urgência deverão ser dirigidos diretamente ao juízo em que tramitam os processos suspensos.

Dispõe ainda o novo Código de Processo Civil, no artigo 982, §3º, que as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderão requerer ao tribunal competente para conhecer do Recurso Extraordinário ou Especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado, para garantir a segurança jurídica.

No mesmo sentido, o §4º do art. 982, estabelece que independentemente dos limites da competência territorial, as partes no processo em curso, relacionado com a questão jurídica discutida no processo afetado pelo incidente, poderão requerer também providência do §3º do mesmo dispositivo legal. Segundo Cassio Scarpinella, isto quer dizer que:

O jurisdicionado de Vitória pode requerer, perante o STJ, a suspensão de todos os processos em trâmite em território nacional, mesmo que o incidente tenha sido instaurado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, porque a “tese jurídica” de seu caso particular é coincidente com aquela que justificou a formação do Incidente perante o TJSP. 47

47 BUENO, Cássio Scarpinella, op. cit., p. 623.

O relator poderá ainda requisitar informações aos órgãos em cujo juízo tramitam os processos nos quais se discute o objeto do incidente e intimará o Ministério Público para manifestar-se na qualidade de fiscal da ordem jurídica.

O artigo 983 do novo Código de Processo Civil permite a manifestação das demais partes interessadas para requerer juntada de documentos e diligências necessárias para solução da questão controvertida, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Os denominados “outros interessados” citados pelo dispositivo podem ser pessoas, órgãos e entidades que apresentem interesse na controvérsia. Nestes casos o interesse é institucional, não se confundindo com “interesse jurídico”⁴⁸. O relator também poderá designar data para em audiência pública ouvir pessoas com experiência e conhecimento na matéria tratada no incidente.

Concluídas todas as diligências, o relator solicitará dia para julgamento do incidente que iniciará com a exposição do objeto pelo relator; seguido das sustentações orais.

No julgamento do incidente, deve-se analisar todos os fundamentos levantados sobre a tese jurídica discutida, independentemente de serem favoráveis ou contrários.

A tese jurídica firmada na decisão será aplicada a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito e tramitem na área de jurisdição do tribunal prolator da sentença. Aplicar-se-á, também, aos casos futuros que venham a tramitar no território de competência do tribunal, reconhecendo-se assim o seu efeito prospectivo.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 626.

O Código de Processo Civil de 2015 não dispõe, literalmente, sobre o caráter vinculante da decisão proferida em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, porém esta característica fica evidenciada quando o novel processualista, no §1º do artigo 985 do nCPC, estabelece que não sendo adotada a tese do incidente nos demais casos que apresentam a mesma questão de direito caberá reclamação.

Caso o incidente apresente como objetivo uma questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, a decisão será comunicada aos órgãos competentes para fiscalização da efetiva aplicação da tese adotada no julgamento do incidente.

A tese jurídica poderá ser revisada pelo mesmo Tribunal que a firmou, de ofício ou a requerimento dos interessados. A revisão poderá ser precedida de audiências públicas com a participação de pessoas e órgãos que possam contribuir na rediscussão da tese. A modificação deve ainda observar a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

4 JUSTIÇA ELEITORAL E O IRDR

Visto de forma breve o processamento do IRDR, e antes de analisar a possibilidade/utilidade de aplicação do referido instituto na Justiça Eleitoral, cumpre destacar algumas características da estrutura e funcionamento desta justiça especializada.

A Justiça Eleitoral tem a finalidade de controlar e organizar as eleições em seus vários níveis, bem como os conflitos originados em decorrência do pleito eleitoral. É, portanto, e em razão da matéria, justiça especializada integrante do Poder Judiciário.

Ao contrário dos demais órgãos do judiciário, a Justiça Eleitoral não possui quadro próprio e independente de juízes, valendo-se de magistrados da justiça estadual e federal. A investidura dos

membros da Justiça Eleitoral é temporária, perdurando no mínimo por dois anos e nunca por mais de dois biênios consecutivos⁴⁹.

Entre as várias funções exercidas pela Justiça Eleitoral a jurisdicional é caracterizada pela “solução imperativa, em caráter definitivo, dos conflitos intersubjetivos submetidos ao Estado-juiz, havendo substituição da vontade estatal pela dos contendores”⁵⁰.

A função jurisdicional da Justiça Eleitoral é desenvolvida por meio do processo eleitoral que deve estar submetido “ao modelo do processo jurisdicional constitucional, observando, portanto, princípios como *due process of law* e seus consectários”⁵¹.

Assim, além de observância aos princípios constitucionais processuais, como duração razoável do processo, ampla defesa, contraditório, isonomia, segurança jurídica, o processo eleitoral deve-se pautar também por princípios processuais, uma vez que o Código de Processo Civil é aplicado subsidiariamente.

Não bastasse a observância aos princípios constitucionais e processuais, considerando a especialidade da Justiça Eleitoral, as demandas eleitorais também devem observar os princípios inerentes a esta matéria, como, por exemplo, o princípio da anualidade eleitoral.

Outro fator a ser observado é a ausência de codificação da legislação processual eleitoral. Tais normas processuais, bem como as normas materiais, estão espalhadas no Código Eleitoral e nas diversas leis eleitorais que sofrem constantes modificações.

⁴⁹ “Na primeira instância da justiça eleitoral os juízes são escolhidos entre os juízes de direito. “Se na comarca houver só um juiz, ele acumulará as funções eleitorais. Havendo mais de um, o Tribunal deverá designar aquele que exercerá a jurisdição naquela zona eleitoral. Nesse caso, seguindo-se a lógica implantada nos Tribunais, o juiz eleitoral designado deverá servir por dois anos em sistema de rodízio”. GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 7. ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 70.

⁵⁰ GOMES, José Jairo, *op. cit.*, p. 62.

⁵¹ *Ibidem*, p. 209.

Ao comparar o processo eleitoral com o cível, verifica-se que aquele é caracteristicamente célere, apresentando diversas ferramentas e disposições legais que propiciam a celeridade processual como, por exemplo: prazos processuais contados em hora; regra geral de três dias para os prazos recursais; recursos, em regra, sem efeito suspensivo; princípio da irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, entre outras disposições.

A celeridade processual, incomum em nosso sistema jurisdicional, justifica-se, no âmbito eleitoral, pela necessidade de garantir legitimidade às eleições, que deve ocorrer através de uma disputa limpa, isenta de vícios, corrupção ou fraude. No entanto essa celeridade não pode atropelar a isonomia e a segurança jurídica no processo eleitoral, já que, assim como é desinteressante para a sociedade e para o Estado decisão proferida de forma tardia, também o é uma decisão não pautada nos demais princípios constitucionais e processuais.

É nesse aspecto, visando tanto celeridade quanto segurança jurídica, isonomia e outros tantos princípios, que se vislumbra a utilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na Justiça Eleitoral como forma de garantir às partes envolvidas no processo eleitoral a previsibilidade das decisões referentes a matérias de direito repetitivas.

O Código de Processo Civil, no capítulo que trata sobre a aplicação das normas processuais, prevê no artigo 15 que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”⁵². Sobre o tema Marinoni *et. al*

⁵² BRASIL, **Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 fev. 2017.

destacam que “na ausência de norma específica, a disciplina do processo civil tem caráter geral – isto é, transsetorial”⁵³.

Quanto a aplicação subsidiária e supletiva, cumpre apontar uma pequena, porém, importante distinção entre ambas. É que, enquanto a aplicação subsidiária visa, meramente, auxiliar a interpretação de institutos do processo trabalhista, eleitoral e administrativo aplicando-se as normas e princípios processuais civis, a aplicação supletiva pressupõe uma omissão da norma quanto a matéria tratada. Assim, a aplicação supletiva destina-se a suprir algo que não existe em uma determinada legislação.⁵⁴

No âmbito eleitoral, o próprio Código Eleitoral, Lei nº 4.737/65, prevê regras processuais civis aplicáveis às suas demandas, que também estão dispostas em outras leis especiais como, por exemplo, a Lei Geral das Eleições e a Lei de Inelegibilidades.

Ademais, embora o processo eleitoral seja bastante célere, principalmente quando comparado com as demais áreas e competências do Poder Judiciário, torna-se imperioso destacar que não há, nem no Código Eleitoral e nem nas leis processuais especiais, instituto, em vigor, que se assemelhe ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e que, em caso de aplicação suplementar à Justiça Eleitoral, agregaria ainda mais celeridade.

Apesar da legislação eleitoral não apresentar dispositivo que trate expressamente sobre procedimento específico para julgamento de casos repetitivos e uniformização de jurisprudência,

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno [coord.]. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 94.

há a previsão do chamado prejudgado⁵⁵ disposto no art. 263 do Código Eleitoral, senão vejamos:

Art. 263. No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejudgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do tribunal.

Analisando-se o artigo acima, constata-se o vanguardismo do Código Eleitoral na busca de uniformização da jurisprudência, para imprimir celeridade sem abandonar a segurança jurídica. Segundo Tito Costa, citado por Peleja Junior, o prejudgado eleitoral “visa unificar os julgados via aplicação isonômica de uma decisão a casos idênticos. Ele proclama qual a interpretação que há de se dar à lei, face ao que ficara definido anteriormente”⁵⁶.

Entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu em alguns julgados que o artigo 263 do Código Eleitoral não foi recepcionado pela Constituição Federal, pelo fato de estabelecer o efeito vinculante o que seria passível apenas ao STF.⁵⁷ O autor Peleja Junior, mais uma vez citando Tito Costa, elenca três argumentos segundo os quais o instituto do prejudgado foi considerado inconstitucional,

a um, ele dava ao precedente força de lei, o que violaria o princípio da separação dos Poderes (CRB/88, art. 2º); a dois,

⁵⁵ Sobre o tema: “Os prejudgados consistiam em pronúncia prévia do Tribunal Pleno ou de seus órgãos colegiados, para ser seguida no recurso em andamento. Poderia ser suscitada por qualquer juiz ou mesmo pela parte. Seu desiderato era evitar a divergência na decisão que seria prolatada com outra decisão emanada de outra Câmara ou Turma.” PELEJA JUNIOR, Antonio Veloso. **Direito Eleitoral: aspectos processuais – ações e recursos**, 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2014, p. 547.

⁵⁶ PELEJA JUNIOR, Antonio Veloso, *op. cit.*, p. 549.

⁵⁷ BRASIL, **Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de declaração no Recurso Especial Eleitoral nº 12682**, Goiás (Anápolis). Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>. Acesso em 01 nov. 2016.

mesmo as súmulas do TSE não tem força vinculativa; a três, o art. 97, CRB/88 exige maioria absoluta dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade e o art. 263, CE, exigia quórum de dois terços para a alteração da jurisprudência.⁵⁸

Considerando as recentes reformas constitucionais e legais, o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral acerca do prejudgado, segundo alguns autores, deveria ser alterado, uma vez que, em face da nova sistemática Constitucional, o artigo 263 do Código Eleitoral é compatível com a constituição de 1988.⁵⁹

Antônio Veloso entende que o prejudgado eleitoral deverá ressurgir através de uma mutação constitucional, ou seja, por meio de uma revisão constitucional sem modificação do texto. Essa modificação do entendimento deve ocorrer em razão da influência crescente das súmulas no sistema jurídico brasileiro com o intuito uniformizador das decisões.⁶⁰

Considerando o disposto no artigo 263 do Código Eleitoral e comparando-o com as disposições do novo Código de Processo Civil, verifica-se, também, a compatibilidade daquele com o artigo 926 deste código, que busca a uniformização da jurisprudência.

Apesar da ausência de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na legislação eleitoral, verifica-se, no artigo 263 do Código Eleitoral, finalidade semelhante ao do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, qual seja, a uniformização das

⁵⁸ PELEJA JUNIOR, Antonio Veloso, *op. cit.*, p. 549.

⁵⁹ NUNES, Allan Titonelli; AMADEUS, Djefferson. **Código Eleitoral foi precursor do debate sobre segurança jurídica**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-14/codigo-eleitoral-foi-precursor-debate-seguranca-juridica>. Acesso em: 14 set. 2016.

⁶⁰ PELEJA JUNIOR, Antonio Veloso, *op. cit.*, p. 549.

decisões. De outro lado, observa-se a inexistência de dispositivos nas leis eleitorais que contrariem ou disponham de modo diverso ao objetivo almejado pelo incidente.

Assim, pode-se concluir pela viabilidade e possibilidade de aplicação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nos processos eleitorais, seja supletiva, em caso de não reconhecimento do prejudgado, ou subsidiária, no caso de reconhecimento.

Atualmente, a uniformização das decisões proferidas pela Justiça Eleitoral é obstaculizada pela rotatividade dos juízes nos Tribunais Regionais Eleitorais e no Tribunal Superior Eleitoral, bem como pela fragilidade da legislação que está dispersada em leis especiais e resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, que mudam frequentemente.

Considerando essas características da Justiça Eleitoral, a utilização do incidente nesta seara, seguindo a tendência de valorização do precedente judicial, acarretaria maior segurança jurídica aos envolvidos no pleito eleitoral, o que poderia proporcionar uma diminuição destas constantes mudanças de entendimento e postura mediante a mesma matéria.

Para tanto, na hipótese de aplicação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no processo eleitoral, é necessário buscar uma coerência com o sistema de regras e princípios inerentes ao direito eleitoral. Nesse sentido, observa-se a necessidade da tese jurídica firmada sobre questão de direito eleitoral respeitar o princípio da anualidade.

A observância do princípio da anualidade, em comunhão com o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, garantiria segurança jurídica e isonomia às partes envolvidas no pleito eleitoral.

Dentro do processo eleitoral, considerado em seu aspecto amplo, a segurança jurídica é traduzida no princípio da confiança. Na Justiça Eleitoral a garantia da segurança jurídica produz um processo sem vícios comprometedores do exercício democrático.

A eventual existência de decisões diferentes quanto ao mesmo caso jurídico, macula o processo eleitoral e a participação igualitária das partes. Além de produzir efeito para as partes diretamente envolvidas no processo eleitoral, o tratamento desigual de casos idênticos pela Justiça Eleitoral gera no cidadão um sentimento de descrédito no sistema eleitoral.

Assim, para a garantia de um Estado Democrático de Direito, faz-se mister que inicialmente o processo que permite o exercício da cidadania seja pautado nos princípios da isonomia, economia processual e segurança jurídica.

A aplicação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas seria eficaz se aplicado a Justiça Eleitoral, auxiliando-a a organizar e uniformizar suas jurisprudências. Evitaria, assim, que questões idênticas fossem tratadas de forma dispare, impelindo, em sua função administrativa, maior credibilidade eleitoral à população e, no tocante a sua função jurisdicional, promovendo maior segurança jurídica, economia processual e financeira ao Estado, uma vez que as ações de cunho eleitoral carecem de pagamento de custas processuais.

5 CONCLUSÃO

Considerando a realidade crítica do judiciário, que ultimamente não consegue processar com eficiência a grande quantidade de demandas ajuizadas, gerando acúmulo processual e sobrecarga para juízes e servidores, observou-se que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas deve ser aplicado como forma de solucionar as chamadas demandas de massa e de uniformizar a jurisprudência dos tribunais.

A uniformização jurisprudencial, através da aplicação do incidente, impede a existência de posicionamentos diferentes relativos a mesma questão jurídica, efetivando, desta forma, o acesso

a uma tutela adequada por parte dos jurisdicionados que buscam, diariamente, o Poder Judiciário.

Em que pese as possíveis inconstitucionalidades apontadas pela doutrina com relação ao incidente, conclui-se que a aplicação deste instituto para solução de demandas que apresentam a mesma questão jurídica gerará benefícios ao Poder Judiciário e ao jurisdicionado se aplicado de forma comedida e apenas nos casos realmente idênticos aos da tese jurídica firmada.

Nesse contexto, sem esgotar a matéria sobre a viabilidade, especialmente prática, do instituto às demandas eleitorais, percebe-se, a priori, que a aplicação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na justiça eleitoral, observadas as peculiaridades desta, privilegia a estabilidade e a confiança da população com relação ao processo eleitoral, à medida em que a tese jurídica firmada no incidente determinará a conduta dos atores envolvidos no processo democrático.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 12/04/2017

_____, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 235/2016**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3155>. Acessado em: 12.04.2017

_____, Tribunal Superior Eleitoral. **Embargos de declaração no Recurso Especial Eleitoral nº 12682**, Goiás (Anápolis). Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em [<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>]. Acessado em [01/11/2016].

_____, **Código Eleitoral**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 23.04.2017

_____, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 23.04.2017

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____, Alexandre Freitas. **Lições Preliminares de Direito Processual Civil**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; BALARINI, Flávia Gonçalves. **A segurança jurídica na doutrina e nos tribunais**. P.8 disponível em: <acessado em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f9b616fadeddc02>>. Acesso em 23.04.2017

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

CARDOSO, Oscar Valente. **O incidente de resolução de demandas repetitivas na Justiça Eleitoral**. Disponível em: < https://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/ejesc/documentos/Artigo_Oscar_Cardoso_v.19.pdf>. Acesso em: 23.04.2017

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2010

Código de Processo Civil e normas correlatas. 7 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016

_____, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011

João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes, citado por SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. **Pela Máxima Efetividade Processual nos Juizados Especiais Cíveis**. Disponível em: www.abdpc.org.br/artigos. Acesso em 19/04/2011.

_____, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 2ª ed. Salvador: Podivm, 2008.

_____, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11ª ed. Bahia: Jus Podvm, 2009, v. 1.

_____, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 7ª ed. Bahia: Juspodivm, 2009, v. 3.

_____, Fredie Didier; JUNIOR, Hermes Zaneti. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. 4ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2009, v. 4.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 8. Ed. – Salvador: Ed.JusPodivm, 2016.

NUNES, Allan Titonelli; AMADEUS, Djefferson. **Código Eleitoral foi precursor do debate sobre segurança jurídica**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-14/codigo-eleitoral-foi-precursor-debate-seguranca-juridica>. Acesso em 14 de setembro de 2016.

PELEJA JUNIOR, Antonio Veloso. **Direito eleitoral: aspectos processuais – ação e recursos**. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2014


ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: RT, 2007

SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. **Pela Máxima efetividade Processual nos Juizados Especiais Cíveis**. Disponível em <www.abdpc.org.br/artigos>. Acesso em 19/010/2016.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª. ed. rev. atual até a Emenda Constitucional n. 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Bruno Arneiro. **O incidente de resolução de demandas repetitivas do projeto de lei do novo código de processo civil: meio assecuratório da razoável duração do processo**, 2014. Monografia. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1517/Monografia_%20Bruno%20Arneiro%20Soares.pdf?sequence=1. Acesso em: 23.04.2017

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno [coord.]. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015



**PERSPECTIVAS DA EDUCAÇÃO
POLÍTICA MUNDO AFORA: A
DECLARAÇÃO DE NOVA DÉLI
SOBRE EDUCAÇÃO DO ELEITOR**

Fábio Lima Quintas
Adisson Leal

RESUMO: O presente artigo apresenta horizontes educacionais da participação política, fundamentando-se em conceitos doutrinários e normativos que correlacionam definitivamente a ideia de democracia com a necessidade de educar para a democracia, mantendo o foco na participação política, na legitimidade do poder político e na adequação do processo eleitoral. Apresenta a Declaração de Nova Déli (2016) e a rede VoICE.NET como instrumentos de desenvolvimento adjetivo da participação política, mantendo-se o Brasil, por intermédio do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), presente e ativo no alinhamento com tais iniciativas, exportando reflexões e práticas e importando o conhecimento que pode ser contextualizado com a realidade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Educação. Participação política. Processo eleitoral. Rede VoICE.NET. Declaração de Nova Déli.

ABSTRACT: This article presents educational horizons of political participation, based on doctrinaire and normative concepts, which decisively correlate the idea of democracy with the need to educate for democracy. It highlights the focus on political participation, the legitimacy of political power and the adequacy of the electoral process. It presents the Declaration of New Delhi (2016) and the VOICE.NET network as instruments for the adjective development of political participation. Also highlights that Brazil, through the Superior Electoral Court, has been present and active in matching such initiatives, exporting reflections and practices, and importing the knowledge that can be contextualized with the Brazilian reality.

KEYWORDS: Education. Political participation. Electoral process. VoICE.NET Network. Declaration of New Delhi.

1 HORIZONTES EDUCACIONAIS DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

“A educação para a democracia é um dos principais requisitos práticos da própria democracia”, advertia Hans Kelsen em seu *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, já em 1920.¹ No entanto, a exigência do viés educacional da democracia tardou em protagonizar-se.

O primeiro grande marco normativo que geralmente vem à tona quando o assunto é educação política é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)², de 1948, que em seu artigo 21 preleciona: “Todos têm o direito de participar do governo de seu país, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos” (nº 1). Ademais, “a vontade do povo deve ser a base da autoridade do governo; isso deve ser expresso em eleições periódicas e genuínas com sufrágio universal e igual, realizadas por voto secreto ou processo equivalente que garanta a liberdade do voto” (nº 3).

Há, aqui, pelo menos três aspectos a destacar:

- i) o foco na participação política;
- ii) a legitimidade do poder político; e
- iii) a adequação do processo eleitoral.

¹ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, p. 30

² United Nations. Universal Declaration of Human Rights. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

A participação política está na base da própria noção de cidadania e da ideia de direitos políticos. Nesse sentido, José Afonso da Silva observa que cidadania “qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar do governo e direito de ser ouvido pela representação política.”³ Por seu turno, Gilmar Ferreira Mendes, referindo-se aos direitos políticos, destaca que “a expressão ampla refere-se ao direito de participação no processo político como um todo.”⁴ Temos, assim, termos de amplitude diversas: a cidadania como participação e os direitos políticos como instrumentos dessa participação, daí o próprio José Afonso da Silva tratar dos direitos políticos como capítulo do amplo título dedicado ao *Direito de Cidadania*.

Dito isso, o essencial é compreender que, em se tratando de democracia, tudo gira em torno da participação política, consagrada como direito humano pela DUDH.

A legitimidade do poder político, por sua vez, coloca-se como consectário dessa participação. Ora, é com base na garantia de efetiva participação política do povo que se fecha a equação por trás da ideia de soberania popular, que vincula decisivamente *povo* e *Estado*. Aliás, essa é a fórmula contida no parágrafo único do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Alinha-se o dispositivo, destaque-se, ao teor da DUDH.

Quanto à adequação do processo eleitoral, tem-se um instrumento de consecução da soberania popular e, em última

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 349-350.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 739.

análise, de garantia da participação no processo político; trata-se de um instrumento de concretização do exercício da cidadania.

Contudo, no contexto da DUDH, é tênue a ligação entre participação política e educação; não parece possível afirmar que, em 1948, aquilo que se chamou de viés educacional da democracia fosse uma preocupação na cultura jurídico-política internacional. O artigo 26 da DUDH consagra a todos o direito à educação e, no que mais interessa, assevera: “[A] educação deve ser dirigida ao completo desenvolvimento da personalidade humana e ao fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais”. Como se pode perceber, a relação cinge-se tão somente ao fato de ser a participação política um direito humano e de estar a educação voltada para o fortalecimento do respeito aos direitos humanos. O relacionamento entre participação política e educação só se consolidaria bem mais à frente.

Nesse meio tempo, ainda no plano internacional, outro diploma de destaque é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, integrado à ordem jurídica brasileira apenas em 1992, por força do Decreto nº 592, de 6 de julho. O art. 25 do Pacto simplesmente reitera o teor da DUDH, consagrando os três aspectos referidos: o foco na participação política, a legitimidade do poder político e a adequação do processo eleitoral. Apesar de ser um diploma mais recente, o Pacto não caminha no sentido da explicitação e do estreitamento da relação entre participação política e educação.

A questão ganha destaque no âmbito do Conselho das Nações Unidas para os Direitos Humanos, hoje Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, que, em 1994, publicou *Human rights and elections: a handbook on the legal, technical and human rights aspects of elections (Direitos humanos e eleições: um guia sobre os aspectos legais, técnicos e de direitos humanos nas eleições)*.

Em uma perspectiva mais atual, que reafirma o protagonismo do viés educacional da democracia, cabe apontar para a Carta do Conselho da Europa sobre a Educação para a Cidadania Democrática e a Educação para os Direitos Humanos, que reconhece o importante papel desempenhado pela educação na promoção de valores como a democracia, os direitos humanos e o Estado de direito.⁵

Segundo esse documento, a educação para a cidadania [...] engloba a educação, a formação, a sensibilização, a informação, as práticas e as atividades que visam, por meio da aquisição pelos aprendentes de conhecimentos e competências, da compreensão e do desenvolvimento das suas atitudes e dos seus comportamentos, capacitá-los para o exercício e a defesa dos direitos e deveres democráticos, para a valorização da diversidade e para o desempenho de um papel ativo na vida democrática, a fim de promover e proteger a democracia e o primado do direito.

Ainda nesse campo, o Parlamento europeu e o Conselho da União Europeia editaram recomendação sobre “as competências essenciais para a aprendizagem ao longo da vida”, dentre as quais se destacam competências sociais e cívicas, que incluem

competências pessoais, interpessoais e interculturais, e abrangem todas as formas de comportamento que permitem ao indivíduo participar de forma eficaz e construtiva na vida social e laboral, em particular em sociedades cada vez mais heterogêneas, e resolver conflitos quando necessário.⁶

⁵ Conselho da Europa. Carta do Conselho da Europa sobre a Educação para a Cidadania Democrática e a Educação para os Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ficheiros/edc_charter2_pt.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁶ Recomendação do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2006, sobre as competências essenciais para a aprendizagem ao longo da vida (2006/962/CE). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32006H0962>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

Essas linhas gerais revelam a relevância e a atualidade do tema, bem como a necessidade de iniciativas com potencial para modificar o *statu quo*, principalmente no que se refere ao desenvolvimento adjetivo da participação política.

2 CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE EDUCAÇÃO DO ELEITOR PARA A PARTICIPAÇÃO INCLUSIVA, INFORMADA E ÉTICA

Em setembro de 2016, o TSE recebera um convite da Comissão Eleitoral da Índia para participar da Conferência Internacional sobre Educação do Eleitor para a Participação Inclusiva, Informada e Ética, que se realizou de 19 a 21 de outubro do mesmo ano em Nova Déli, Índia.

A Conferência consistiu em um encontro para reflexões e para o compartilhamento de experiências em torno da educação política no contexto internacional. Em um momento inicial, uma sessão plenária prestou-se a identificar problemas e desafios, a que se seguiram cinco sessões técnicas com painéis temáticos, nos quais foi franqueada aos países participantes a oportunidade de expor suas realidades e práticas. Os temas foram:

- i) alfabetização eleitoral na educação formal;
- ii) alfabetização eleitoral inclusiva pela educação informal;
- iii) fortalecimento da participação de categorias especiais de eleitores;
- iv) papel da tecnologia da informação e da comunicação para a educação do eleitor e *feedback*; e

- v) educação do eleitor para o voto informado e ético – do qual o Brasil participou como país expositor⁷.

Na conclusão do evento, duas importantes iniciativas foram adotadas:

- i) a aprovação da Declaração de Nova Déli; e
- ii) a constituição de uma rede mundial de educação política. Ambas as iniciativas merecem ser conhecidas pelo grande público.

Por isso, apresentam-se, ao fim deste artigo, o texto original e a versão traduzida da Declaração de Nova Déli sobre Educação do Eleitor para a Participação Inclusiva, Informada e Ética. Quanto à VoICE.NET, trata-se de uma rede voltada ao compartilhamento de experiências e de conhecimento em matéria de educação política, integrada pelo Brasil e outros 24 países – representados por seus órgãos de administração eleitoral (*Election Management Bodies – EMBs*)⁸ – e 5 instituições com reconhecida atuação em matéria de democracia. O foco da VoICE.NET é o desenvolvimento global da educação para a cidadania – “educação do eleitor”, na expressão usada pela rede –, por meio do compartilhamento de conhecimento, de recursos didáticos e de expertise no tema.

⁷ Todo o registro da sessão plenária e das sessões técnicas está disponível no site da VoICE.NET: <<http://voicenet.in/vnpresentation.htm>>. Na exposição *Democracy and Citizenship in Everyday Life*, apresentam-se características da realidade sociopolítica brasileira e propõe-se uma filosofia de trabalho baseada no planejamento global e na execução local de ações, sob o raciocínio *think global, act local*. Sobre a participação do Brasil no evento: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Outubro/representante-da-eje-tse-participa-de-conferencia-na-india-sobre-educacao-do-eleitor>> e <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Outubro/na-india-diretor-da-eje-tse-fala-sobre-a-importancia-da-educacao-do-eleitor-para-um-voto-etico>>.

⁸ O Brasil é representado pelo diretor da EJE/TSE, na condição de secretário-membro.

3 PERSPECTIVAS GLOBAIS PARA O BRASIL

A proposta da Declaração de Nova Déli e da VoICE. NET é ambiciosa. Pretende-se construir um patrimônio democrático comum, com base em experiências particulares com potencial de replicação, rumo à universalização das iniciativas, mas sem a perda das inúmeras particularidades existentes em um grupo de países tão heterogêneo.

O horizonte a conquistar é imenso, desafiando uma postura ativa e, acima de tudo, ousada.

O momento de instabilidade política vivenciado no Brasil traz consigo um negativo afastamento da sociedade quanto aos rumos do país, algo ainda mais evidente entre os jovens.⁹ Caminha-se, assim, na contramão da importância que se tem conferido ao papel do jovem na política. Como destacam Marta Lagos e Richard Rose, “nas novas democracias do mundo, o papel da juventude tem especial importância, e no mundo atual há mais democracias novas do que democracias estabelecidas.”¹⁰

Nesse sentido, merece destaque o fato de ainda existir um amplo espaço para o desenvolvimento da educação política de jovens, na medida em que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) assegura que os direitos humanos (com a dimensão política que aqui se tem destacado) devem constituir tema transversal obrigatório previsto nos Parâmetros Curriculares

⁹ Entre outros indicadores que confirmam este dado, é sintomática a redução no número de alistamento eleitoral da população com idade de 16 e 17 anos (alistamento facultativo). Nas eleições municipais de 2012, o eleitorado com 16 anos representava 0,83% do total; o eleitorado com 17 anos representava 1,26%. Nas eleições de 2016, os eleitores com 16 e 17 anos de idade correspondiam, respectivamente, a 0,58% e 1,03% do eleitorado total.

¹⁰ LAGOS, Marta; ROSE, Richard. *Young people in politics: a multi-continental survey*. Disponível em: <<http://archive.idea.int/df/99df/daniela-int3.html>>. Acesso em: 8 set. 2016.

Nacionais para o Ensino Médio (PCNEM) (art. 26, § 9º, da LDB) e que a preparação para o exercício da cidadania constitui finalidade do ensino médio (art. 35, II).

O PCNEM¹¹ também ressalta o exercício da cidadania numa proposta pedagógica que “assuma o fato trivial de que a cidadania não é dever nem privilégio de uma área específica do currículo, nem deve ficar restrita a um projeto determinado”. Ademais, destaca que o “exercício de cidadania é testemunho que se inicia na convivência cotidiana e deve contaminar toda a organização curricular”.

É apenas um dos diversos nichos de atuação possíveis em matéria de educação para a cidadania.

O Brasil, por intermédio do TSE, tem se mantido presente e ativo na VoICE.NET, exportando reflexões e práticas e importando o conhecimento que pode ser aplicado, de modo contextualizado, à realidade brasileira. A propósito, um dos instrumentos desse fórum de compartilhamento de experiências é a revista *VoICE International*¹², que caminha para o seu terceiro número, tendo explorado temas como o empoderamento do jovem eleitor, a participação política da mulher e a acessibilidade política. A publicação é o primeiro grande fruto da rede, na sequência da Conferência Internacional sobre Educação do Eleitor para a Participação Inclusiva, Informada e Ética e da Declaração de Nova Déli.

Há também que se destacar o alinhamento das ações da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE) com o teor da Declaração, orientadas por seu plano diretor¹³.

¹¹ EBRASIL. Ministério da Educação. Parâmetros curriculares nacionais – Ensino médio. Portal MEC. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/blegais.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2016.

¹² Disponível em: <<http://voicenet.in/voiceinternational.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

¹³ Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-plano-diretor-2016-2018>

Considerando os eixos de atuação da EJE/TSE, há consenso no sentido de que o momento político vivenciado no Brasil é bastante propício para o desenvolvimento da educação para a cidadania. A propósito, o Programa Eleitor do Futuro, desenvolvido no âmbito de todas as escolas judiciárias eleitorais do Brasil, foi destaque no *International Seminar on Strategies for Empowering Young and Future Voters* (Seminário Internacional sobre Estratégias de Empoderamento de Jovens e Futuros Eleitores) , ocorrido em 24 de janeiro de 2017, também em Nova Déli. As informações sobre o programa, enviadas pela EJE/TSE, integraram o material didático do evento¹⁴.

Essa postura ativa em relação ao eixo de fortalecimento da cidadania é visível em toda a rede de EJE's.

Enfim, a educação para a cidadania vive hoje o maior protagonismo internacional de sua história. E, de forma convergente, o tema também deve impor-se no contexto brasileiro, de modo que convenções, conferências e declarações se revertam em efetivo aprimoramento da democracia brasileira.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Ministério da Educação. *Parâmetros curriculares nacionais*. Portal MEC. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/blegais.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2016.

CONSELHO DA EUROPA. *Carta do Conselho da Europa sobre a Educação para a Cidadania Democrática e a Educação para os Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ficheiros/edc_charter2_pt.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

¹⁴ Disponível em: <http://voicenet.in/data/READER_JAN.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2017.

KELSEN, Hans. *Vom wesen und wert der demokratie*. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1920.

LAGOS, Marta; ROSE, Richard. *Young people in politics: a multi-continental survey*. Disponível em: <<http://archive.idea.int/df/99df/daniela-int3.html>>. Acesso em: 8 set. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constituição*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

QUINTAS, Fábio. *Democracy and citizenship in everyday life*. Palestra. Disponível em: <<http://voicenet.in/PPT/session5/BRAZIL.pdf>>. e <<https://www.youtube.com/watch?v=8XzdJfNKDDA&t=37s>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

RECOMENDAÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 18 de Dezembro de 2006 sobre as competências essenciais para a aprendizagem ao longo da vida (2006/962/CE). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32006H0962>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

VoICE.NET. *New Delhi Declaration on Voter Education for Inclusive, Informed and Ethical Participation*. Disponível em: <http://voicenet.in/PPT/New_Delhi_Declaration.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

TEXTO ORIGINAL

NEW DELHI DECLARATION ON VOTER EDUCATION FOR INCLUSIVE, INFORMED AND ETHICAL PARTICIPATION

THE CONTEXT

Regular and periodic elections are one of the critical features of a democratic polity and free and fair elections are critical to the legitimacy of the democratic governments. A voter is the central figure in ELECTORAL democracy. For electors, to choose their representatives through the ballot, it is essential that they are fully aware of all the processes and procedures of the electoral process and are confident of making informed and ethical ballot decisions. In this context, voter education is of tremendous significance and important to voters, election management bodies, contestants and other stakeholders. And this is what forms the basis for voter education and its generic macro sphere that is civic education.

The way we vote has changed significantly with the advent of 21st century. Internet and web based voter awareness and educational resources, citizen especially youth engagement through new media, social media have become an integral part of the electoral process.

International electoral standards emanate from the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and other Universal Instruments of Inclusion and Equality. The United Nations Centre for Human Rights in its Handbook on Human Rights and Elections (1994) has spelt out the following guiding principles for voter education:

Public Information and Voter Education

124. Funding and administration should be provided for objective,

non-partisan voter education and information campaigns. Such education is especially critical for populations with little or no experience with democratic elections. The public should be well informed as to where, when and how to vote, as well as why voting is important. They must be confident in the integrity of the process and their right to participate in it.

125. Literature should be widely available and should be published in the various national languages to help ensure the meaningful participation of all eligible voters. Multimedia methods should be employed to provide effective civic education to people with various levels of literacy. Voter education campaigns should extend throughout the territory of the country, including to rural and outlying areas.

Different countries have approached the subject of Voter Education as per their requirements, subject to their constitution and provisions of law and to the guidance under the international standards. There is tremendous scope for sharing experiences and learnings from the international experience.

The Election Commission of India in collaboration with the UNDP organized an International Conference on ‘Voter Education for Inclusive, Informed and Ethical participation’ on 19-21 October, 2016 at New Delhi. Dignitaries from the EMB’s of 18 Countries besides the International Organizations and the Experts (List at Annex) have held comprehensive interaction on their experiences, emerging issues and challenges in the realm of Voter Education.

The Conference adopt the following guiding principles on voter education for inclusive, informed and ethical voting.

THE RESOLVE

Recognising the fact that voter is the central actor

in democratic election and voters' participation in the electoral processes is integral to the successful running of any democracy,

Acknowledging that greater awareness among eligible population does not necessarily convert into enhanced participation and that the answer lies in quality Voters' education,

Emphasising that quality Voters' education is the most appropriate way to improve participation in a democracy compared to any other alternative,

Recalling that several countries in-fact have voters' education explicitly specified as part of their constitutional mandate,

Appreciating that the EMBs and countries have approached the subject of Voter Education as per requirement subject to their constitution and laws and guidance under the international standards,

Taking note of the fundamentals of the connect between Democracy and Voter education, and the rich experience sharing through three day Conference on Voter Education for Inclusive, Informed and Ethical participation' held on 19-21 October, 2016 at New Delhi, this August Body unanimously endorses following guiding principles for EMBs as the Conference Resolution.

1. Address the issues of participation deficit and endeavour to enhance both quantitative and qualitative participation.

2. Endeavour to formulate systematic, strategic, structured and universal voter awareness and education as per the needs of the voters and communities and develop effective outreach to maximize the comfortable, confident informed and ethical participation.

3. Engage with governments in introducing voter education in school and college curricula as electoral literacy in primary education goes a long way towards cultivating youth that are well-prepared, well-informed and responsible voters and citizens;

Best practices from various countries can be adapted.

4. Educate the electorate not covered by the formal educational system or cut-off from the mainstream due to various reasons under the ambit of focused informal voter education.

5. Impart inclusive voter education through specific and targeted interventions aimed at removing gaps in gender, youth and marginalized segments of society.

6. Collaborate to produce voter education in accessible formats and develop inclusive materials that feature citizens with all types of disabilities.

7. Enhance transparency in the electoral process to provide relevant information related to the candidate to enable people to make informed choice

8. Ensure that voters are able to vote freely for the representatives and parties of their choice and are not unduly influenced by any kind of inducement

9. Enhance the reach and effectiveness of voter education programs through innovation and use of technologies accessible to people with different levels of literacy background and with disabilities.

10. Promote cooperation and partnerships with civil society organizations, media and other relevant entities in designing, developing and implementing effective voter education programmes.

11. Endeavour sufficient financial and human resource for Voter Education.

12. To share experiences, ideas and knowledge resources under a global Knowledge Network on Voter Education with Election Management Bodies, Institutes engaged with democracy and elections, and individual experts.

PARTICIPATING DIGNITARIES FROM

- i. Independent Election Commission of Afghanistan
- ii. Australian Electoral Commission
- iii. Superior Electoral Court of Brazil
- iv. Elections Canada
- v. Fijian Elections Office
- vi. Central Election Commission of Georgia
- vii. Election Commission of India
- viii. General Election Commission of the Republic of Indonesia
- ix. Independent High Electoral Commission of Iraq
- x. Independent Electoral and Boundaries Commission Kenya
- xii. Independent Electoral Commission Lesotho
- xii. Election Commission Malaysia
- xiii. Election Commission of Maldives
- xiv. Electoral Commissioner of Mauritius
- xv. Instituto Nacional Electoral Mexico
- xvi. Union Election Commission of Myanmar
- xvii. Election Commission of Nepal
- xviii. Electoral Commission of Namibia
- xix. Election commission of Pakistan
- xx. Commission on Elections, Philippines
- xxi. Election Commission of Sri Lanka
- xxii. Office of the Election Commission of Thailand
- xxiii. High Independent Election Commission of Tunisia
- xxiv. Electoral Commission of Uganda
- xxv. U.S. Election Assistance Commission
- xxvi. UNDP
- xxvii. IFES
- xxviii. International IDEA

xxix. Malaysian Commonwealth Studies Centre

xxx. University of Haifa

TEXTO TRADUZIDO

DECLARAÇÃO DE NOVA DÉLI SOBRE EDUCAÇÃO DO ELEITOR PARA A PARTICIPAÇÃO INCLUSIVA, INFORMADA E ÉTICA

O CONTEXTO

Eleições periódicas e regulares são uma das características indispensáveis de um sistema democrático, e eleições livres e justas são indispensáveis para a legitimidade de governos democráticos. O eleitor é a figura central na democracia eleitoral. Ao escolher seus representantes por meio da urna, é essencial que ele esteja completamente consciente de todos os processos e procedimentos do processo eleitoral e confiante de estar bem informado e votando eticamente. Nesse contexto, a educação do eleitor tem imenso significado e importância para os eleitores, órgãos de administração, candidatos e outros interessados. E é isso que forma a base para a educação do eleitor e para a sua macroesfera genérica que é a educação cívica.

O modo como votamos mudou significativamente com o advento do século XXI. A conscientização do eleitor baseada na Internet e em recursos educacionais on-line, e especialmente o engajamento da juventude por meio de novas mídias, redes sociais, tornou-se parte do processo eleitoral.

Os padrões eleitorais internacionais emanam da Declaração de Direitos Humanos, da Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos e de outros instrumentos universais de

inclusão e igualdade. Em seu manual sobre direitos humanos e eleições (1994), o Conselho das Nações Unidas para os Direitos Humanos especificou os seguintes princípios orientadores para a educação do eleitor:

Informação Pública e Educação do Eleitor

124. O financiamento e o gerenciamento devem voltar-se para campanhas objetivas e apartidárias para a informação e a educação do eleitor. Tal educação é especialmente crítica para populações com pouca ou nenhuma experiência com eleições democráticas. O público deve ser bem informado sobre onde, quando e como votar, assim como por que votar é importante. As pessoas devem estar confiantes na integridade do processo e em seu direito de participar dele.

125. Material didático deve estar amplamente disponível e deve ser publicado em diversos idiomas para ajudar a garantir a participação significativa de todos os eleitores aptos. Métodos multimídia devem ser empregados para fornecer efetiva educação cívica às pessoas com diversos níveis educacionais. Campanhas de educação do eleitor devem se estender por todo o território do país, incluindo áreas rurais e remotas.

Países diferentes abordaram o tema da educação do eleitor pelo prisma de suas exigências, sujeitando-se às suas constituições e previsões legais e aos padrões internacionais. Há um espaço tremendo para compartilhar experiências e aprendizados por meio da experiência internacional.

A Comissão Eleitoral da Índia, em colaboração com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, organizou a Conferência Internacional sobre Educação do Eleitor para a Participação Inclusiva, Informada e Ética, de 19 a 21 de outubro de 2016, em Nova Déli. Dignitários de órgãos de administração eleitoral de 18 países, além de organizações internacionais e de especialistas

(lista anexa) empreenderam uma interação sobre suas experiências, aflorando problemas e desafios no domínio da educação do eleitor.

A conferência adota os seguintes princípios orientadores sobre educação para o voto inclusivo, informado e ético.

A RESOLUÇÃO

Reconhecendo o fato de que o eleitor é o ator central na eleição democrática e que a sua participação no processo eleitoral é integral para o desenvolvimento exitoso de qualquer democracia,

Admitindo que o maior estado de consciência da população apta a votar não se converte necessariamente em aumento da participação e que este resultado depende da educação do eleitor,

Enfatizando que a qualidade da educação do eleitor é o modo mais apropriado de melhorar a participação em uma democracia, comparado com qualquer outra alternativa,

Recordando que diversos países, de fato, têm a educação do eleitor expressamente prevista como parte de suas atribuições constitucionais,

Valorizando que os países e seus órgãos de administração eleitoral abordaram a educação do eleitor sob o prisma de suas constituições e leis e de orientações segundo padrões internacionais,

Observando os fundamentos da conexão entre democracia e educação do eleitor e a rica experiência compartilhada ao longo dos três dias da Conferência sobre Educação do Eleitor para a Participação Inclusiva, Informada e Ética, ocorrida de 19 a 21 de outubro de 2016 em Nova Déli, este ilustre órgão aprova, por unanimidade, os seguintes princípios orientadores para os órgãos de administração eleitoral, como resolução da Conferência.

1. Solucionar os problemas de déficit de participação e esforçar-se no sentido de melhorar a participação tanto quantitativa quanto qualitativamente.

2. Esforçar-se no sentido de desenvolver, de forma sistemática, estratégica, estruturada e universal, a conscientização e educação do eleitor, de acordo com as suas necessidades e de suas comunidades, e desenvolver o efetivo alcance para maximizar a participação confortável, confiante, informada e ética.

3. Engajar-se com governos para a introdução da educação do eleitor nos currículos escolares como alfabetização eleitoral na educação primária é um grande passo no sentido de cultivar uma juventude composta de eleitores e cidadãos bem preparados e bem informados; as melhores práticas de vários países podem ser adaptadas.

4. Educar, no âmbito da educação informal do eleitor, o eleitorado não contemplado pelo sistema de educação formal ou apartado do sistema vigente por diversas razões.

5. Disseminar a educação informal do eleitor por meio de intervenções específicas e dirigidas com vistas a remover diferenças de gênero na juventude e em segmentos marginalizados da sociedade.

6. Colaborar para que se produza a educação do eleitor em formatos acessíveis e desenvolver materiais inclusivos que sirvam a cidadãos com todos os tipos de deficiência.

7. Aumentar a transparência do processo eleitoral, proporcionando informações relevantes relacionadas ao candidato, para habilitar o povo a realizar escolhas conscientes.

8. Garantir que eleitores estejam aptos a votar livremente em representantes e partidos de sua escolha e que não sejam indevidamente influenciados por qualquer tipo de indução.

9. Aumentar o alcance e a efetividade de programas de educação do eleitor por meio da inovação e do uso de tecnologias acessíveis a pessoas de diferentes níveis educacionais e com deficiências.

10. Promover a cooperação e parcerias com organizações da sociedade civil, com a imprensa e com outras entidades relevantes

para a concepção, o desenvolvimento e a efetiva implementação de programas de educação do eleitor.

11. Empenhar recursos financeiros e humanos suficientes para a educação do eleitor.

12. Compartilhar experiências, ideias e conhecimentos a partir de uma rede mundial de conhecimento composta de órgãos de administração eleitoral, institutos engajados com a democracia e com as eleições e de indivíduos com expertise.

ÓRGÃOS PARTICIPANTES

- i. Comissão Eleitoral Independente do Afeganistão
- ii. Comissão Eleitoral Australiana
- iii. Tribunal Superior Eleitoral do Brasil
- iv. Eleições do Canadá
- v. Gabinete de Eleições de Fiji
- vi. Comissão Central Eleitoral da Geórgia
- vii. Comissão Eleitoral da Índia
- viii. Comissão Geral Eleitoral da República da Indonésia
- ix. Alta Comissão Eleitoral Independente do Iraque
- x. Comissão Eleitoral e de Fronteiras do Quênia
- xi. Comissão Eleitoral Independente de Lesotho
- xii. Comissão Eleitoral da Malásia
- xiii. Comissão Eleitoral das Maldivas
- xiv. Comissário Eleitoral das Ilhas Maurício
- xv. Instituto Nacional Eleitoral do México
- xvi. Comissão União Eleitoral de Mianmar
- xvii. Comissão Eleitoral do Nepal
- xviii. Comissão Eleitoral da Namíbia
- xix. Comissão Eleitoral do Paquistão
- xx. Comissão para Eleições, Filipinas
- xxi. Comissão Eleitoral do Sri Lanka

- xxii. Gabinete da Comissão Eleitoral da Tailândia
- xxiii. Alta Comissão Eleitoral Independente da Tunísia
- xxiv. Comissão Eleitoral de Uganda
- xxv. Comissão de Assistência Eleitoral dos Estados Unidos da América
- xxvi. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
- xxvii. Fundação Internacional para Sistemas Eleitorais
- xxviii. Instituto para a Democracia e Assistência Eleitoral
- xxix. Centro de Estudos da Comunidade da Malásia
- xxx. Universidade de Haifa



LAVAGEM DE DINHEIRO EM
CAMPANHAS ELEITORAIS

Daniela Wochnicki
Letícia Garcia de Farias

RESUMO: Devido à crescente evidência da infiltração da criminalidade em campanhas eleitorais, o presente estudo tem como finalidade individualizar situações que comprovem a ocorrência do fenômeno, com especial foco para a utilização do processo de escolha de representantes políticos para a lavagem de dinheiro. Realizou-se a pesquisa mediante cotejo de revisão bibliográfica e documental, com consulta doutrinária, jurisprudencial e legal, e com base no método dedutivo. Primeiramente, foram traçados breves apontamentos acerca de financiamento e gastos em campanhas eleitorais e de mecanismos de controle atualmente existentes no Brasil, com relevo no arcabouço jurídico. Em seguida, abordou-se o conceito de crimes de branqueamento de capitais, os quais são exemplificados através de situações concretas de operações realizadas que possibilitaram o proveito do objeto de crimes. Por fim, ao concluir que as regras eleitorais em vigência sobre arrecadação de recursos e fiscalização são insuficientes para inibir que campanhas eleitorais sejam utilizadas para lavagem de dinheiro, as autoras apresentam possibilidades de incremento do controle dessa modalidade criminosa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Lavagem de Dinheiro. Eleições. Financiamento e gastos em campanhas eleitorais. Fiscalização.

ABSTRACT: Due to the increasing evidence of crime infiltration in electoral campaigns, the current study aims to present cases that demonstrate its occurrence. We concentrate our analysis on situations in which

government representatives' selection process is a means of money laundering. The deductive inclined research presented on this paper is based on doctrinal, case-law and legal literature cross-checking. First, we briefly comment on mechanisms of monitoring electoral campaigns' financing and expenditures currently in place in Brazil, with special emphasis on legal framework. Next, money laundering crime concept is addressed and followed by examples of concrete schemes that allowed criminals to benefit financially from them. Finally, the authors conclude that the current electoral rules for campaign fundraising and its monitoring system are insufficient to inhibit electoral campaigns from being used in money laundering schemes. Therefore, possibilities of increasing such crime control apparatus are presented.

KEYWORDS: Criminal Law. Money laundry. Elections. Financing and spending on election campaigns. Crime monitoring.

1. INTRODUÇÃO

O financiamento de campanhas eleitorais no Brasil é realizado de forma mista, com recursos públicos e privado. Tanto a arrecadação de recursos quanto o dispêndio devem ser fiscalizados por toda a sociedade e, em especial, pela Justiça Eleitoral.

O presente trabalho tem como objeto de estudo algumas situações relativas à arrecadação de recursos para campanhas eleitorais através do financiamento privado e aos gastos efetuados

pelos candidatos. A verificação dessas ocorrências culminou no questionamento sobre a eficiência das regras de arrecadação e gasto de recursos na inibição das campanhas eleitorais como mecanismos de lavagem de dinheiro.

Para apresentação dos contornos do tema e obtenção de respostas, como ponto de partida do presente artigo, se buscou destacar dados acerca do financiamento de campanhas e dos mecanismos de controle atualmente existentes. Mediante análise dedutiva sobre decisões judiciais, se intentou levantar elementos que, em primeiro momento, podem parecer não diretamente relacionados ao tema, mas que, no contexto, são determinantes da ocorrência das irregularidades.

Além disso, buscar-se-á na pesquisa bibliográfica e documental, a possibilidade de reunião das ideias e posicionamentos a respeito do tema, a definição dos principais conceitos empregados e relacionados tão somente ao aspecto criminal do problema, já que o fenômeno comporta vários ângulos de análise.

Buscar-se-á também constatar ocasionalmente os dispositivos legais de julgamento de casos de uso de dinheiro privado em campanhas eleitorais como forma de lavagem de dinheiro e o modo como são aplicados pelo Poder Judiciário. A exposição dessa situação visa a que a aplicação da legislação - e mesmo seu aprimoramento - possam ser guiadas por uma perspectiva mais ampla do que aquela meramente contábil.

2. FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS NO BRASIL E MECANISMOS DE CONTROLE

Embora o escopo desta pesquisa seja a configuração de lavagem de dinheiro em campanhas eleitorais, eventualmente as colocações são também pertinentes, pela similitude, à arrecadação de recursos de fonte vedada prevista como ilicitude civil eleitoral.

Feita a necessária observação, nos propomos a traçar breves considerações sobre a sistemática de arrecadação de recursos para o financiamento de campanhas eleitorais no Brasil, para então tratar dos crimes de branqueamento de capitais e dos meios por intermédio dos quais a legislação eleitoral vem tentando coibir condutas ilícitas dessa natureza.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê um sistema misto de arrecadação de recursos, visto que permite que as campanhas eleitorais para cargos no Poder Executivo e Poder Legislativo sejam financiadas por recursos públicos e privados. Em síntese, o financiamento público fica restrito aos valores repassados por meio dos Fundo Partidário e Fundo Especial de Financiamento de Campanha e ao acesso ao tempo de propaganda eleitoral gratuita de rádio e TV (esse último viabilizado mediante compensação fiscal pelas emissoras pela cessão do tempo na programação, conforme distribuição prevista na lei). O financiamento privado está regulado, principalmente, na Lei nº 9.504/97 - Lei das Eleições¹ – e em resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

A Lei das Eleições, visando à efetiva fiscalização financeira do pleito, estipula diversas regras em relação à arrecadação de recursos dos candidatos e dos partidos políticos. Dentre essas, pode ser elencado o art. 24 do diploma, que enumera aquelas que se consideram as fontes vedadas de arrecadação de recursos. O dispositivo proíbe o recebimento direto ou indireto de doação em dinheiro ou de estimável em dinheiro procedente de

- a) entidade ou governo estrangeiro;
- b) órgão da administração pública direta e indireta ou

¹ BRASIL. Lei 9.504, de 30 de set. de 1997: Estabelece normas para as eleições. Brasília, D.F, set 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm Acesso em: 23.06.2018.

- de fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público;
- c) concessionário ou permissionário de serviço público;
 - d) entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal;
 - e) entidade de utilidade pública;
 - f) entidade de classe ou sindical;
 - g) pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior;
 - h) entidades beneficentes e religiosas;
 - i) entidades esportivas;
 - j) organizações não-governamentais que recebam recursos públicos; e de
 - k) organizações da sociedade civil de interesse público.

Importante frisar que o rol acima mencionado acabou por ter sua natureza restritiva menos relevante após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4.650, no qual ficou assentada a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as doações oriundas de pessoas jurídicas, estabelecendo, por decorrência, apenas a licitude de contribuições privadas de pessoas físicas². Não obstante, cabe sua menção para fins de estabelecer que, antes das Eleições 2016, se consideravam de fonte vedada as doações de alguns entes, e que, a partir do mencionado julgamento, qualquer recebimento de recursos oriundos de pessoa jurídica passou a ser considerado ilícito eleitoral de natureza não criminal.

² TRIBUNAL SUPERIOR FEDERAL. ADI 4650. Relator(a): Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. DJ:17/09/2015. DJe-034.

A ressalva é necessária porque as operações fraudulentas que aqui serão examinadas podem ser perpetradas tanto no intuito de lavagem de dinheiro quanto de ocultação da fonte vedada dos recursos. Em vista dessa consideração, não mencionaremos no decorrer do trabalho fraudes apuradas relacionadas comprovadamente à ocultação de fonte vedada.

Ainda ao que tange os recursos privados aplicados no pleito, outra limitação imposta pela Lei das Eleições se dá em relação ao montante individual que pode ser doado por eleitor: o art. 23 estabelece que os repasses aos candidatos ficam limitados a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição. Se acaso excedido esse limite, o infrator está sujeito ao pagamento de multa.

A possibilidade de captação ampla de recursos implica a observância de alguns requisitos. Atualmente, a fiscalização da movimentação financeira de campanha deve se dar pela população em geral e, especificamente, no bojo da ação de Prestação de Contas, de competência da Justiça Eleitoral.

Para viabilizar o controle popular, e como forma de dar transparência à contabilidade, a Justiça Eleitoral criou um sítio na rede mundial de computadores (Internet) onde está prevista a divulgação dos recursos em dinheiro recebidos para financiamento de campanha eleitoral de candidatos, em até 72 horas de seu recebimento, e de relatórios descritivos das transferências do Fundo Partidário, dos recursos em dinheiro, dos estimáveis em dinheiro recebidos, bem como dos gastos realizados em campanha.

Segundo José Jairo Gomes,

é direito impostergável dos integrantes da comunhão política saber quem financiou a campanha de seus mandatários e de que maneira esse financiamento se deu. Nessa seara, impõe-se a transparência absoluta, pois em jogo encontra-se o legítimo exercício de mandatos e conseqüentemente do poder estatal.

Sem isso, não é possível o exercício pleno da cidadania, já que se subtrairiam do cidadão informações essenciais para a formação de sua consciência político-moral, relevantes sobretudo para que ele aprecie a estatura ético-moral de seus representantes e até mesmo para exercer o sacrossanto direito de sufrágio.³

Para que tal fiscalização seja possível, a Lei nº 9.504/97 impõe que, obrigatoriamente, antes do início da arrecadação de dinheiro e da realização da despesa de campanha, seja aberta uma conta bancária específica, vinculada à inscrição específica para esse fim no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, a fim de registro de todo o movimento financeiro da campanha (art. 22).

Paralelamente, o § 1º do art. 30 do regulamento estabelece que a decisão que julgar as contas dos candidatos eleitos será publicada em sessão até três dias antes da diplomação, o que acaba por forçar que o Judiciário examine com maior rapidez justamente os registros contábeis daqueles que normalmente mais movimentam recursos. Desse modo, a escassez de tempo para o exame dos documentos e das movimentações acaba por afastar as possibilidades de realização de maiores diligências ou circularizações (ainda que o fato não signifique que a apreciação não possa ser bem conduzida).

Temos que o financiamento do sistema político e eleitoral foi primordialmente estabelecido objetivando o controle e a fiscalização dos recursos das campanhas eleitorais como uma das garantias da regularidade e da legitimidade das eleições. Entretanto, a cada pleito transcorrido, cresce a preocupação com a licitude dos recursos das campanhas.

A respeito, Gracco e Abreu ressaltam que a justiça eleitoral, na tentativa de coibir que o produto de crimes contra a

³ GOMES, José Jairo. Direito eleitoral – 14. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 401.

ordem econômica e tributária seja utilizado para financiar campanhas e desague em compra de votos e de mandatos,

[...] tem atuado conjuntamente com a Receita Federal, a Polícia Federal e o Ministério Público de forma a atuar na complexidade que o tema exige como a utilização de softwares que permitem o cruzamento infinito de informações que possam promover vínculos entre pessoas, contas e instituições, mapeando todas as contas que recebem recursos, para onde eles são mandados, e identificação de organizações criminosas que porventura estejam financiando campanhas, utilizando-se banco de dados da Receita Federal.⁴

Schlickmann e Mezzaroba, em trabalho sobre os instrumentos de controle de doações e gastos eleitorais nas Eleições 2016, destacam a instituição nacional de núcleo de inteligência com vistas ao compartilhamento de informações que pudessem apurar indícios de uso de campanhas eleitorais para atividades ilícitas, o qual é composto por representantes do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), do Ministério Público Federal (MPF), da Polícia Federal, do Tribunal de Contas da União (TCU), da Receita Federal do Brasil e do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

Na conclusão do estudo, os autores ressaltaram que tal núcleo de inteligência,

congregando os órgãos de maior expertise de controle e fiscalização do país, alcançou resultados capazes de demonstrar

⁴ GRACCO, Abraão Soares Dias dos Santos; ABREU, Renata Soares Machado Guimarães de. A influência das atividades criminosas na atuação institucional do Estado Brasileiro: as mercadorias políticas ligadas ao controle do crime organizado e sua relação na aquisição de cargos eletivos. In.: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012. Uberlândia. Anais de Uberlândia, 2012. P. 20.

que em um mundo em que a informação é o bem que agrega o maior valor social, a união de esforços e a articulação de ações conjuntas pode produzir resultados que efetivamente contribuem para a legitimidade dos pleitos.⁵

De fato, a transparência e a disponibilização de informações sobre a contabilidade eleitoral ao público é um grande instrumento de fiscalização, conforme se verificará, a seguir, nas apresentações de casos.

3. A LAVAGEM DE DINHEIRO

Como se sabe, o delito de lavagem de dinheiro consiste na ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime, nos termos da Lei nº 9.613/98⁶.

Essa modalidade de conduta procura dar aparência de licitude aos valores obtidos de modo ilegal nas mais diversas infrações penais. Por transformar “dinheiro sujo” em “dinheiro limpo”, mundialmente se convencionou relacionar a figura típica a expressões associadas à limpeza, como branqueamento de capitais

⁵ SCHLICKMANN, Denise Goulart; MEZZAROBBA, Orides. Financiamento de campanhas eleitorais: a atuação do núcleo de inteligência da Justiça Eleitoral como instrumento de controle de doações e gastos eleitorais nas eleições de 2016. *Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos*, V. 3, n. 2. Maranhão, Jul/Dez. 2017, p. 68–88. P. 87.

⁶ BRASIL. (1998). Lei 9.613, de 3 de mar. de 1998: Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, D.F., mar. de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccIVIL_03/leis/L9613.htm Acesso em: 22.06.2018.

(Portugal), *blanqueo de capitales* (Espanha), *blanchiment d'argent* (França), *geldwaschen* (Alemanha), *riciclaggio di denaro sporco* (Itália), *money laundering* (Estados Unidos), *lavado de dinero* (Argentina) e *lavado de ativos* (Colômbia). A origem da associação remete às organizações mafiosas norteamericanas que aplicavam em lavanderias e lava-rápidos o capital obtido com atividades criminosas. A escolha se devia ao fato de que tais negócios movimentavam dinheiro rapidamente e em espécie, o que facilitava a mistura entre o faturamento proveniente da atividade das empresas com aquele criminoso, dando aparentemente justificativa a origem dos valores pela atividade econômica.

Acerca do tipo penal, Callegari e Webber colocam que

[a] fim de compreender a lavagem de dinheiro e como se dá o fenômeno, imperioso o estudo das etapas para a concretização do delito. A doutrina majoritária e os principais órgãos reguladores do tema destacam serem três as fases: colocação ou ocultação, estratificação ou escurecimento e integração ou lavagem propriamente dita. As fases são distintas e independentes, e não necessariamente devem ocorrer simultânea ou sucessivamente em cada caso, contudo, o estudo em separado garante que as autoridades possam investigar a fase mais vulnerável, geralmente a de colocação.⁷

Os estudiosos seguem descrevendo a fase da ocultação ou colocação como aquela “inicial da lavagem, momento em que os criminosos pretendem fazer desaparecer as grandes somas que suas atividades ilegais geraram, separando os ativos da ilegalidade”⁸. Já

⁷ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014. p.11-12. Pp. 11-12.

⁸ Op. cit., p. 12.

na fase de estratificação ou escurecimento, o capital perde a marca de ilicitude; e na de integração ou reinserção, será incorporado novamente à economia, de forma que o criminoso possa obter o proveito financeiro da conduta penal.

Sobre a circunstância dos valores recebidos para o financiamento eleitoral provirem de atividades ilícitas, bem pontua Rodrigo Janot que

[a]s investigações da denominada operação Lava Jato comprovaram a suspeita do senso comum. Revelaram prática de ilícitos nas doações para campanhas eleitorais, sejam aquelas denominadas de “caixa 1” (doações declaradas à Justiça Eleitoral), sejam as denominadas “caixa 2” (doações clandestinas).

[...]

Na verdade, várias doações, ainda que declaradas à Justiça Eleitoral, nada mais eram que pagamento disfarçado de propinas, com processo de lavagem de dinheiro de fora para dentro e de dentro para fora do processo eleitoral⁹.

Serve de exemplo de caso concreto da engrenagem acima descrita por Janot, isto é, da operação denominada como “caixa 1” ou “por dentro”, a ação penal no STF recebida contra o Senador Valdir Raupp, em que o teor da denúncia da Procuradoria-Geral da República é precisamente o fato de doações oficialmente declaradas na prestação de contas à Justiça Eleitoral terem sido utilizadas como método para ocultar ou dissimular o seu caráter delituoso¹⁰.

⁹ BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Eleições e Corrupção. Palestra proferida no II Congresso de Direito Eleitoral do IGADE. Universidade de Caxias de Sul (UCS), Bento Gonçalves/RS. 22.6.2018.

¹⁰ MACEDO, Fausto de. Supremo admite que doações eleitorais podem ser propina. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/supremo-aceita-denuncia-contra-valdir-rauppna-lava-jato/>>. Acesso em: 13.09.2018.

Outra mostra de situação fática, em que ocorreu o clareamento de valores em uma operação com “caixa 1” e “caixa 2”, restou configurada no Termo de Delação Premiada do dono da UTC, Ricardo Pessoa, na denominada Operação Lava Jato, no qual ele relata que “contratou” um escritório de advogados, fazendo-lhes pagamentos oficialmente. No caso, o escritório que recebeu esses valores emitia nota, pagava impostos, entre outros, de forma a cumprir com todas as suas obrigações legais por meio do “caixa 1”. Assim, o dinheiro superfaturado ingressava oficialmente na conta da empresa (percentual baixo, de até 3% do lucro, mas que representava grande volume). Após essas etapas, ato contínuo, o suposto advogado do escritório sacava o dinheiro, retirava para si sua “comissão” e, do restante dos valores, o entregava ao senhor Ricardo Pessoa. Nesta etapa, o dono da UTC pagava em dinheiro a propina (“caixa 2”)¹¹.

Observa-se que a forma como se desenvolve a campanha eleitoral acaba também por propiciar toda a sorte de operações adequadas à lavagem de dinheiro. O candidato em campanha realiza gastos de difícil mensuração e precificação, como contratação de publicidade, assessoria jurídica e contábil, consultorias, contratação de pessoal, em relação aos quais é difícil a “quantificação” dos preços efetivos pela prestação de serviços.

Uma ressalva se faz necessária a fim de estabelecermos os limites do escopo analisado neste artigo: aqui será considerada apenas a conduta de incorporação de dinheiro proveniente de crime na contabilidade da campanha eleitoral, o qual será, posteriormente, transformado em ativos lícitos por meio de simulação de negócios. Assim, a campanha eleitoral, no prisma

¹¹ MACEDO, Fausto de. Termo de depoimento de colaboração premiada de Ricardo Pessoa. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veja-a-integra-das-delacoes-do-empresario-ricardo-pessoa/>>. Acesso em: 13.09.2018.

que se propõe, será apenas o veículo da lavagem de dinheiro. Ilustram essa situação os casos de “venda de candidaturas” ou de lançamento de candidatos com pouca viabilidade eleitoral. Nesses casos, o único objetivo da candidatura seria a utilização da campanha eleitoral como possibilitadora da realização de negócios aptos a dar aparência de licitude a recursos obtidos mediante a realização de condutas criminosas.

Embora haja coincidência de procedimentos em relação à dissimulação da origem dos recursos arrecadados, escapam ao escopo deste trabalho as situações que envolvem a incorporação de valores oriundos de crimes para proveito real (gastos efetivos), por parte do candidato, com a finalidade de sucesso na eleição¹². Mesmo que se possa considerar que ter um candidato eleito defendendo os interesses do criminoso ou colocando a máquina pública a serviço desse possa constituir patrimônio imaterial, aqui examinaremos a questão considerando a simulação de negócios para que recursos financeiros possam ser usufruídos pelo autor da lavagem de maneira direta, por simulacro de um gasto eleitoral.

Para a perfectibilização da lavagem nos limites do que analisamos, o que se observa é que, normalmente, os valores provenientes de crimes ingressam em contas bancárias de candidatos mediante utilização de números de inscrição no cadastro de pessoas físicas (CPF) de eleitores que não têm qualquer simpatia, ou mesmo conhecimento, da campanha. Essas inscrições, imprescindíveis para a mínima identificação do depósito e exigidas pela legislação eleitoral, em princípio, acabam por serem obtidas sem o conhecimento e sem

¹² Embora não sendo o objeto deste estudo, o proveito real de recursos oriundos de crime por parte de candidatos também é situação recorrente, sendo inclusive descrito em precedentes jurisprudenciais. A título de exemplo, cita-se o caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Inquérito nº 2280, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, com decisão publicada em 03/12/2009.

o consentimento dos eleitores, podendo ser provenientes de listas irregulares colocadas à disposição dos interessados, de cadastros disponíveis em repartições públicas (nas quais os candidatos, com frequência, já estão inseridos), de dados facilmente localizáveis na Internet, dentre outras possibilidades.

Veja-se que os números de CPF podem também ser fornecidos por pessoas com relação com o autor da conduta ou com o candidato, mas como existe uma previsão de limite para doação por pessoa física – 10% dos rendimentos auferidos no ano anterior ao da eleição, sendo que as doações são confrontadas na Receita Federal -, de forma que se dificulte a investigação e para o fracionamento dos valores provenientes de crime, a tendência é a utilização de terceiros que não têm envolvimento com os autores do fato.

A utilização desses “laranjas” é comprovada em pesquisa jurisprudencial, nas quais encontramos casos, para exemplificar, de eleitores de Macapá, Estado do Amapá, que, ao descobrirem estar sendo relacionados como doadores de campanha de deputado estadual no Rio de Janeiro, nas Eleições 2014, postularam a fixação de indenização por danos morais¹³.

Também um eleitor de Rolim de Moura, em Rondônia, demandado em ação judicial, alegou ter sido nomeado como doador da mesma candidatura carioca. Na ocasião, juntou ao processo reportagem na qual se noticiava que o candidato teria usado nome e CPF de pessoas aprovadas em concurso público como financiadores de sua campanha eleitoral¹⁴.

¹³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ. (2015). Turma Recursal dos Juizados Especiais. AP. Relator(a): Cesar Augusto Scapin. DJ: 06/10/2015.

¹⁴ TRIBUNAL REGIONAL DE RONDÔNIA. (2015). Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Regional de Rondônia. Ano 2015, n. 213. Disponível em <http://apps.tre-ro.jus>.

Já no Paraná, o nome vários servidores públicos, lotados no setor de vigilância de uma universidade pública, constaram como supostos doadores para a campanha eleitoral de um deputado federal, conforme se verificou nas decisões dos processos que aportaram no Supremo Tribunal Federal em razão do quantum fixado como reparação civil¹⁵.

Com exceção do caso de Rondônia, nos demais mencionados, os eleitores tiveram ciência da utilização de seus dados ao consultarem seus nomes em sites de busca na Internet.

Quanto ao ingresso irregular de valores, a legislação eleitoral, no intuito de minimizar a possibilidade da utilização dos doadores “laranjas”, impõe a utilização de mecanismos como a transferência eletrônica entre as contas bancárias do doador e do candidato para conferir maior confiabilidade acerca da real origem das contribuições superiores a R\$ 1.064,10.

Tal valor, equivalente a um mil UFIR, é o parâmetro de insignificância na seara eleitoral, uma vez que o art. 27 da Lei nº 9.504/97 autoriza que esse não seja contabilizado na prestação de contas quando refletir gasto realizado por eleitor em apoio a candidato de sua preferência, desde que não haja reembolso.

Dessa forma, nas doações de valor inferior ao parâmetro, a simples declaração do CPF por ocasião do depósito do valor já é considerada identificação da origem dos recursos.

Para ilustrar, segue a transcrição dos dispositivos do último regulamento do TSE pertinente às Eleições 2018, a qual seja a Resolução TSE n. 23.553/17:

br/sadJudDiarioDeJusticaConsulta/diario.do?action=downloadDiario&voDiarioSearch.tribunal=RO&voDiarioSearch.id=46854. Acesso em: 27.07.2018.

¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator(a): Min. Luiz Fux. DJ: 26/02/2013. Primeira Turma.

Das Doações

Art. 22. As doações de pessoas físicas e de recursos próprios somente poderão ser realizadas, inclusive pela internet, por meio de:

I – transação bancária na qual o CPF do doador seja obrigatoriamente identificado;

II – doação ou cessão temporária de bens e/ou serviços estimáveis em dinheiro, com a demonstração de que o doador é proprietário do bem ou é o responsável direto pela prestação de serviços;

III – instituições que promovam técnicas e serviços de financiamento coletivo por meio de sítios da internet, aplicativos eletrônicos e outros recursos similares.

§ 1º As doações financeiras de valor igual ou superior a R\$ 1.064,10 (mil e sessenta e quatro reais e dez centavos) só poderão ser realizadas mediante transferência eletrônica entre as contas bancárias do doador e do beneficiário da doação.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se também à hipótese de doações sucessivas realizadas por um mesmo doador em um mesmo dia.

§ 3º As doações financeiras recebidas em desacordo com este artigo não podem ser utilizadas e devem, na hipótese de identificação do doador, ser a ele restituídas ou, se isso não for possível, recolhidas ao Tesouro Nacional, na forma prevista no caput do art. 34 desta resolução.

§ 4º As consequências da utilização dos recursos recebidos em desacordo com este artigo serão apuradas e decididas por ocasião do julgamento da prestação de contas.

§ 5º É vedado o uso de moedas virtuais para o recebimento de doações financeiras.¹⁶

¹⁶ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Secretaria de Gestão de Informação. Resolução n. 23.553, de 18 de dez. de 2017: Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições. Brasília, D.F, dez. de 2017.

Mesmo com a indicação de que a transferência eletrônica é o modo de identificação do recurso – uma vez que o recurso de origem não identificada não pode ser utilizado em campanha -, os tribunais eleitorais muitas vezes relativizam a exigência, o que acaba por enfraquecer o controle sobre o ingresso de receitas e por permitir que as campanhas sejam financiadas com valores provenientes de crime. Dessa forma, com a utilização de nomes e CPF de terceiros alheios a campanhas eleitorais, se possibilita a ocultação da real origem dos recursos incorporados à campanha e o fracionamento de vultosas quantias.

Outra possibilidade é a lavagem retroalimentar ou desvio de recursos públicos, tal qual verificado quando recursos oriundos de serviços superfaturados são destinados a campanhas eleitorais por sócios de empresas beneficiadas. Uma operação nesse sentido e realizada entre etapas foi identificada pelo COAF, como explicitado no trecho a seguir:

Um grupo de ONGs recebe recursos do Estado para supostamente realizar serviços de interesse público, sem realização dos procedimentos licitatórios. Para a execução dos serviços, as ONGs subcontratam empresas, cujos proprietários são ligados direta ou indiretamente a seus dirigentes. Após o recebimento dos recursos, cujos valores indicam a existência de superfaturamento, as empresas doam parte dos valores para campanhas eleitorais de candidatos ligados a servidores do executivo responsáveis pela liberação de recursos para as ONGs, sem realização de licitações.¹⁷

¹⁷ BRASIL. Ministério da Fazenda. COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras). Casos e Casos: Coletânea de Casos Brasileiros de Lavagem de Dinheiro. Disponível em: https://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/casos-casos/arquivos/casosecasos_coletanea-completa_setembro2016.pdf/view. Acesso em: 10.07.2018. P. 26

¹⁸ MACEDO, Fausto de. Termo de depoimento de colaboração premiada de Ricardo Pessoa. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veja-a-integra-das-delacoes-do-empresario-ricardo-pessoa/>. Acesso em: 13.09.2018.

Situação análoga à apontada pelo COAF foi identificada na Operação Lava Jato, conforme se afere no Termo de Depoimento de Colaboração Premiada de Ricardo Pessoa, que, expressamente, declarou que “não tem preferência política alguma; que seu interesse é principalmente empresarial”¹⁸. Na manifestação, fica evidente o propósito das investidas criminosas e a utilização de candidaturas como forma de integrar valores provenientes de crime em uma atividade regulada pelo Estado, dando a esses uma aparência de legalidade.

Retornando à modalidade de ilícito que aqui se busca delinear, uma vez integrados os recursos ‘sujos’ à conta de campanha, esses são utilizados para a contratação de empresas ou colaboradores “de fachada” que atestam a prestação de serviços irreais ou superfaturados à campanha eleitoral, permitindo o ingresso regular dos valores “limpos” em conta de colaborador ou do próprio autor do crime antecedente.

José Jairo Gomes descreve manobra semelhante à utilizada em campanha ao tratar dos gastos com publicidade, enfatizando que tal modalidade de dispêndio

tem igualmente servido à lavagem de dinheiro, ao desvio de recursos públicos e financiamento da corrupção. Para o corrupto, o desvio de dinheiro público via contrato publicitário é por demais proveitoso. Diferentemente do que ocorre na realização de obra ou serviço, a inexecução daquele tipo de contrato praticamente não deixa rastro. Afinal, quem se lembrará de algumas entre milhares de peças diuturnamente exibidas nos

¹⁸ MACEDO, Fausto de. Termo de depoimento de colaboração premiada de Ricardo Pessoa. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veja-a-integra-das-delacoes-do-empresario-ricardo-pessoa/>>. Acesso em: 13.09.2018.

veículos de comunicação? E quem dirá com certeza sobre as que, embora regidamente pagas, jamais foram exibidas? ¹⁹

Na mesma linha da exposta pelo doutrinador, podemos questionar sobre os santinhos que nunca foram impressos, as peças publicitárias que custaram um valor infinitamente menor do que o declarado na prestação de contas, ou a consultoria que nunca foi efetivamente prestada.

É possível afirmar a existência dessas fraudes de diversas maneiras, sendo que, no estudo conduzido por Schlickmann e Mezzaroba, relativo às Eleições 2016, foram arrolados, dentre outros indícios de irregularidade, os casos de cidadão beneficiário do Bolsa Família que efetuou doação eleitoral no valor de R\$ 67.000,00; realização de 290 doações provenientes de indivíduos com registro de óbito anterior à doação; concentração de doadores em uma mesma empresa; fornecedores sem registro na Junta Comercial ou na Receita Federal, prestando serviços a campanhas políticas em valores acima de R\$ 400.000,00; e empresa aberta às vésperas da eleição, de titularidade de filiado a partido político, que prestou serviços no valor de R\$ 250.000,00²⁰.

Da mesma forma, o COAF divulgou, na sua Coletânea de Casos Brasileiros de Lavagem de Dinheiro, situações em que foram verificadas dissimulações com a finalidade de ocultar a origem de valores que deram suporte a campanhas eleitorais. Em um dos casos, foi apurado o financiamento irregular com propinas, mascarado com o trânsito de valores por contas de supermercados.

¹⁹ GOMES, José Jairo. Direito eleitoral – 14. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. P. 685.

²⁰ SCHLICKMANN, Denise Goulart; MEZZAROBBA, Orides. Financiamento de campanhas eleitorais: a atuação do núcleo de inteligência da Justiça Eleitoral como instrumento de controle de doações e gastos eleitorais nas eleições de 2016. Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos, V. 3, n. 2. Maranhão, Jul/Dez. 2017, p. 68–88.

Vejamos:

Em contas correntes de supermercados é comum a ocorrência de depósitos em espécie pelas características de suas operações. Uma determinada empresa desse ramo de atividades possuía registros de vários depósitos em espécie em sua conta corrente quando houve uma mudança na forma do recebimento dos créditos, em período eleitoral. Em lugar dos créditos serem recebidos por meio de depósitos em espécie, a empresa passou a receber depósitos em cheques em valores não compatíveis com a atividade presumida da empresa, cuja principal característica é de venda ao varejo pulverizada.

Paralelamente a essa interrupção, foram recebidas comunicações de que trata a Lei 9.613/98, oriundas do segmento de transporte de valores, indicando que o supermercado havia contratado tal serviço para transportar valores em espécie destinados a determinadas pessoas físicas, sem utilização de instituição financeira, o que poderia caracterizar tentativa de ocultação de identidade dos verdadeiros beneficiários dos valores.

Análises subsequentes indicaram que os cheques depositados na conta do supermercado eram emitidos por empresas relacionadas às pessoas físicas destinatárias dos valores em espécie transportados.

Após investigações, descobriu-se que os valores em espécie eram destinados a financiamento irregular de campanha eleitoral. Os cheques depositados eram lastreados em pagamentos de propinas de empresas vencedoras de licitações irregulares.²¹

²¹ BRASIL. Ministério da Fazenda. COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras). Casos e Casos: Coletânea de Casos Brasileiros de Lavagem de Dinheiro. Disponível em: https://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/casos-casos/arquivos/casosecasos_coletanea-completa_setembro2016.pdf/view. Acesso em: 10.07.2018. P. 36.

Esses são exemplos evidentes de que o financiamento e o dispêndio de recursos em campanhas eleitorais vêm sendo desvirtuado. A forma mais comum de fraude parece ser a utilização de dados de terceiros como doadores de campanha eleitoral de forma a mascarar a origem dos recursos, seja porque são frutos de atividade ilícita, seja porque a fonte dos valores pode estar relacionada entre aquelas vedadas pela legislação eleitoral e pela realização de gastos simulados.

Gracco e Abreu também pontuam que

a criminalidade política organizada voltada a interferir na soberania popular por meio do financiamento de campanhas eleitorais, além de perpetuar uma forma de fazer política, desacreditam as instituições perante o restante da comunidade política.

Historicamente, as formas de lavagem de dinheiro em campanhas eleitorais são conhecidas, o que possibilita cada vez mais, dependendo de vontade política, sua prevenção e repressão. O ciclo vicioso é sempre o mesmo: Democracia, financiamento de campanhas, crime organizado, lavagem de dinheiro.

A mercadoria política, oriunda geralmente de crimes contra a Administração Pública, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e crimes contra a Ordem Econômica e Tributária são utilizados para financiar campanhas, desaguando em compra de votos e compra de mandatos²²

²² GRACCO, Abraão Soares Dias dos Santos; ABREU, Renata Soares Machado Guimarães de. A influência das atividades criminosas na atuação institucional do Estado Brasileiro: as mercadorias políticas ligadas ao controle do crime organizado e sua relação na aquisição de cargos eletivos. In.: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012. Uberlândia. Anais de Uberlândia, 2012. P. 19.

Como se percebe, o fenômeno da utilização de campanhas eleitorais para lavagem de dinheiro tem importantes reflexos republicanos. Os recursos ilícitos oriundos de atividades ilícitas irrigando campanhas eleitorais acabam por estabelecer, entre candidatos e financiadores ilegais de campanhas políticas, vínculos que, no futuro, poderão derivar na realização de novas modalidades de ilícitos envolvendo a máquina pública ou mesmo a produção legislativa. Ainda que apenas considerada a utilização da campanha política como veículo para lavagem de dinheiro - desprezando-se a relação que se estabelece entre o candidato e o autor do crime antecedente -, a realização de contratos inexistentes ou a indicação de gastos inflacionados acaba por tirar a confiabilidade de estimativas acerca do quanto é necessário para financiar uma campanha política no país.

Desse modo, parece ser possível afirmar que as regras de controle sobre arrecadação e dispêndio de recursos atualmente são insuficientes para inibir que o financiamento de campanhas eleitorais seja utilizado como mecanismo de lavagem de dinheiro. Não se pode negar que tem havido, ao longo do tempo, evolução nesse sentido mediante

- a) introdução de dispositivos nas regras de regência dos pleitos pelo Tribunal Superior Eleitoral; e
- b) instituição de núcleo de inteligência composto por representantes de tribunais envolvidos com as eleições, de órgão de controle e do fisco, para fins de compartilhamento de informações.

Entretanto, não se pode dizer o mesmo sobre o número de indícios apurados e o número insignificante de processos judiciais específicos localizados, o que demonstra que o controle não tem sido eficaz.

É de se observar também que a introdução de mecanismos que acrescentem qualquer normatização suplementar aos dispositivos da legislação eleitoral (leis em sentido estrito), expedidos em regulamentos pelo TSE, é frequentemente questionada pelos candidatos. Tal situação, acaba por implicar que cada iniciativa de controle e fiscalização pela Justiça Eleitoral seja judicializada até o exame final da situação pelos Tribunais Superiores, colaborando com a impunidade.

Como a lavagem de dinheiro é uma situação dinâmica e complexa, que se reinventa a cada barreira que seja imposta, ainda é um desafio à imposição de restrições que se considerem legítimas, do ponto de vista do processo legislativo, e que coibam que um mecanismo democrático seja utilizado com finalidade criminosa. Em análise acerca da utilização de instrumento de combate à criminalidade econômica, Felipe Bertoni apresenta o compliance como alternativa a ser implementada, destacando

[o] raciocínio elaborado por Antoinette Verhage [2011] quando explica as perspectivas que se projetam com a aplicação da atual política criminal internacional relativamente à lavagem de capitais: O esforço exigido dos atores públicos e privados na prevenção e detecção da lavagem de dinheiro é bastante elevado (Comissão das Comunidades Europeias, 2009). Como resultado de iniciativas nacionais e internacionais tomadas no combate contra o crime organizado e a lavagem de dinheiro, estamos presenciando o desenvolvimento de duas estruturas paralelas na luta contra a lavagem de dinheiro e seus crimes derivados: uma estrutura legislativa e reguladora, designada para prevenir e detectar a lavagem de capitais, de um lado, e uma estrutura

eminentemente comercial que surge decorrente de um reflexo de auto-proteção por parte das instituições financeiras, que aspiram a se proteger contra riscos de sanções regulatórias e zelar por sua reputação. Essas estruturas serão denominadas, respectivamente, de complexo antilavagem de dinheiro e a indústria do compliance. Entre essas estruturas separadas e ao mesmo tempo entrelaçadas, vemos instituições financeiras privadas abrangendo dois mundos. Essas instituições privadas são, por um lado, parte do complexo antilavagem, atuando por meio do emprego de inspetores que precisam capacitar a instituição no que diz com o obediência das regras e regulamentos estabelecidos - os oficiais de compliance - e, por outro lado, essas instituições financeiras, ao comprar serviços das - não financeiras - indústrias de compliance, para adequar a implementação das medidas editadas pelo complexo antilavagem, tornam-se, com isso, patrocinadoras da indústria de compliance (tradução livre).²³

Este parece ser o caminho natural a ser seguido: a conjunção de esforços dos atores públicos e privados no combate à delinquência econômica.

4. CONCLUSÃO

A análise legal e doutrinária e, em especial, dos casos concretos encontrados na jurisprudência sobre irregularidades na arrecadação e gastos em campanhas eleitorais demonstrou que

²³ BERTONI, Felipe Faoro. O delito de lavagem de capitais e o desenvolvimento do criminal compliance. Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí, v. 1, n. 02 (2012). p. 112-127

as atuais regras sobre arrecadação e dispêndio de recursos em campanhas eleitorais não são suficientes para coibir a lavagem de dinheiro, uma vez que neste estudo se comprovou a existência de ‘doadores laranja’ e de outras hipóteses de atos de ilicitude para o clareamento de valores, corroboradas por indícios de irregularidades da mesma natureza e relatados em publicações especializadas.

Do mesmo modo, as atuais práticas de fiscalização não têm alcançado real efetividade como instrumento de combate à introdução de valores oriundos de atividades ilícitas em campanhas eleitorais, permitindo que o dinheiro ilícito e criminoso se envolva na competição eleitoral e se infiltre na economia e na vida política, redundando em crescente influência do poder econômico sobre o processo político.

Tendo em vista que o controle da arrecadação de recursos e gastos das campanhas eleitorais visa à regularidade e à legitimidade das eleições, sendo uma das garantias do sistema político e eleitoral, é imperiosa a busca por soluções para o problema da lavagem de dinheiro nesse meio. Assim, fica evidente que, para o auxílio do controle e da transparência da arrecadação e do gasto de recursos dessa natureza, são necessárias novas técnicas especiais de investigação, de forma a aprimorar a fiscalização. Entendemos que essa pode ser feita por meio de inovações legislativas, por meio de montagem e de ampliação de órgãos técnicos, pelo controle externo, pela máxima fiscalização popular, pelo *compliance*, por sistemas informáticos que propiciem a intensificação do compartilhamento de dados (com a utilização de softwares que permitam o cruzamento infinito de informações), e, inclusive, pelo aprofundamento na investigação das escriturações contábeis.

Da mesma forma, o recrudescimento de exigências por parte da Justiça Eleitoral deve ser interpretado, pelos atores no processo eleitoral, como forma de aprimoramento da democracia e com vistas ao combate à delinquência econômica.



