



ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 9 - Número 2

Maio/Agosto 2014



VIRAGEM JURISPRUDENCIAL
EM MATÉRIA ELEITORAL E
SEGURANÇA JURÍDICA: ESTUDO
SOBRE O CASO DA DECLARAÇÃO
DE INCONSTITUCIONALIDADE DO
RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO
DE DIPLOMA PELO TRIBUNAL
SUPERIOR ELEITORAL¹

JURISPRUDENTIAL TURN IN ELECTORAL
MATTERS AND JURIDICAL SECURITY: THE
DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY OF
THE APPEAL AGAINST DIPLOMA EXPEDITION
BY THE SUPERIOR ELECTORAL COURT

MARCELO ROSENO DE OLIVEIRA²

¹ Artigo recebido em 10 de janeiro de 2014 e aceito para publicação em 6 de maio de 2014.

² Mestre e doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Juiz estadual no Ceará. Professor de Direito Eleitoral da Unifor e da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

RESUMO

O presente artigo objetiva examinar a viragem da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral ocorrida por ocasião da apreciação do Recurso contra Expedição de Diploma nº 8-84/Pl. Analisa aspectos da força dos precedentes em sistemas jurídicos com matrizes do *civil law* e do *common law*, destacando, nesse contexto, características das decisões da Justiça Eleitoral brasileira. Além disso, tendo presente que se operou alteração da jurisprudência que fulminou o cabimento de demanda eleitoral específica, o estudo procura desvendar a repercussão, no plano do direito intertemporal e considerados os processos em curso, de pronunciamento judicial que extingue, sob a pecha de inconstitucional, a própria possibilidade jurídica de ajuizamento da ação, concluindo que seria recomendável, no caso examinado, a modulação dos efeitos da declaração incidental, atribuindo-lhe efeitos prospectivos, preservando os feitos pendentes.

Palavras-chave: Viragem jurisprudencial. Justiça Eleitoral. Força dos precedentes.

ABSTRACT

This article aims to analyze the jurisprudential turn by the Superior Electoral Court occurred during the trial of Appeal against Diploma Expedition nº 8-84/Pl. Examines aspects of the force of the precedents in legal systems of civil law and common law, noting, in this context, characteristics of decisions of the Brazilian Electoral Justice. Moreover, bearing in mind that operated turn that overtook the appropriateness of specific electoral demand, the study seeks to uncover the impact, in terms of intertemporal law and considered the proceedings, of the judicial pronouncement that extinguished, under the allegation of

unconstitutionality, the legal possibility of the demand, concluding that it would be advisable, in the case examined, the modulation of the effects of incidental declaration, attributing prospective effect, preserving the pending cases.

Keywords: Jurisprudential turn. Electoral Justice. Force of the precedents.

1 Introdução

Ao concluir, em 17 de setembro de 2013, o julgamento do Recurso contra Expedição de Diploma-RCED nº 8-84/PI, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) estabeleceu marcante ruptura de jurisprudência há anos firmada na Corte, definindo, por maioria, que a hipótese de cabimento do RCED então prevista no art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965) era incompatível com a Constituição Federal de 1988.

A tese apresentada pelo relator, Ministro Dias Toffoli, e acolhida pela maioria sustentou que a única ação judicial apta a questionar o mandato eletivo, de acordo com a ordem constitucional, seria a ação de impugnação prevista no art. 14, §§ 10 e 11, da Lei Maior, notadamente nos casos de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude, de modo que padeceria de inconstitucionalidade aquela hipótese de incidência prevista no Código Eleitoral, seja quanto à redação decorrente da formulação original, que datava de 1965 – a importar no reconhecimento de sua não recepção –, seja quanto à parte acrescida pela Lei nº 9.840/1999, em relação à qual restou acolhido o incidente então suscitado de ofício.³

³ O dispositivo originalmente tinha a seguinte redação: “Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos seguintes casos: [...] IV - concessão ou denegação do diploma, em manifesta contradição com a prova dos autos, na hipótese do art. 222”. O art. 222, do Código Eleitoral, por seu turno, prevê que: “É também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei”. Com o acréscimo determinado pela Lei nº 9.840/1999, o artigo passou a contar com o seguinte texto: “Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos seguintes casos: [...] IV - concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do art. 222 desta Lei, e do art. 41-A da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997”, tendo sido esta a norma declarada inconstitucional pelo TSE.

Propôs o relator que, em se assentando a inconstitucionalidade do recurso com fundamento no art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral, o caso seria de não conhecimento do RCED nº 8-84/PI, o que importaria fulminá-lo de plano, sendo essa posição, ao final, afastada, após modulação proposta por outros integrantes da corrente majoritária, segundo os quais seria o caso de se operar, em privilégio da fungibilidade, a conversão em ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), remetendo os autos ao Tribunal Regional Eleitoral do Piauí, competente para apreciar originariamente tal demanda, uma vez que se buscava desconstituir diploma de candidato a deputado federal eleito naquele estado.

Passadas mais de duas décadas desde a promulgação da Constituição e mais de 13 anos desde a alteração aditiva do citado artigo, promovida pela edição da Lei nº 9.840/1999, e tendo o TSE, durante esse período, conhecido, julgado e, inclusive, provido diversos recursos fundados em tal hipótese de incidência, apegado a consolidado entendimento de que o RCED e a AIME coexistiriam sem incompatibilidades – porque são ações autônomas, com causas de pedir próprias e consequências jurídicas distintas –, a Corte promoveu autêntica viragem em sua jurisprudência.

Pretende-se, no presente trabalho, examinar os efeitos de tal mudança de entendimento, notadamente quanto à conveniência de que seus efeitos fossem modulados no tempo, conferindo-se aplicação prospectiva, nos termos do que já vem de decidir o Supremo Tribunal Federal (STF) quanto às superações de precedentes pelos órgãos da Justiça Eleitoral, o que importaria arrear a incidência do novel entendimento sobre os RCEDs em curso, relativos às eleições de 2010 e de 2012, uma vez que manejados quando amplamente admitida, à luz da disciplina legal então em vigor e da pacífica jurisprudência do TSE, a interposição do recurso com fundamento no art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral.

Além disso, tendo presente que se operou alteração da jurisprudência que extirpou o cabimento de demanda eleitoral específica, o estudo procura desvendar a repercussão, no plano do direito intertemporal e considerados os processos em curso, de norma jurídica (*in concreto*) que extingue a própria possibilidade jurídica de ajuizamento da

ação, analisando a adequação da solução proposta quanto à conversão das causas e remessa ao órgão competente.

Registra-se, de logo, que a superveniente alteração da disciplina legal do RCED, promovida pela Lei nº 12.891, de 11 de dezembro de 2013, que revogou os incisos I a IV do art. 262 do Código Eleitoral, restringindo as hipóteses de cabimento da demanda, não amaina o relevo de que se examine a repercussão da viragem jurisprudencial reportada, vindo, ao contrário, a reforçá-lo, de modo a possibilitar a fixação de parâmetros para futuras alterações de curso da jurisprudência, máxime quando em jogo os assim denominados “direitos processuais adquiridos”.

2 Estabilidade da jurisprudência eleitoral no Brasil: aportes à luz dos contornos dos sistemas do *civil law* e do *common law*

A segurança jurídica é um dos primados do Estado de Direito. O sistema jurídico, esteja fundado na lei ou nas decisões judiciais como fonte primária da normatividade, há de ser dotado da capacidade de assegurar, ainda que minimamente, a previsibilidade das consequências dos comportamentos humanos, observando, ainda, a necessidade de destinar o mesmo tratamento a condutas iguais.

O direito assume, dentre outras, a função de garantir a estabilidade, “proporcionando tranquilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade” (WAMBIER, 2009, p. 122). Nessa toada, a segurança jurídica passa a ser considerada como um princípio da ordem estatal, mas também como um direito fundamental, uma vez que o cidadão “precisa ter a segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado” (MARINONI, 2010, p. 212).

Tal característica não sofre variações a partir das matrizes de sistemas jurídicos. Segundo anota Wambier (2009, p.122), tanto nos sistemas de

civil law quanto nos de *common law*, o direito nasceu e existe com o objetivo predominante de criar estabilidade e previsibilidade.

Ainda que se cogite, na atualidade, sobre uma crescente aproximação entre as famílias jurídicas romano-germânica e anglo-saxã, a distinção entre os sistemas forjados numa e noutra matriz reside fundamentalmente no reconhecimento da jurisprudência como fonte de direitos e, portanto, em sua função criativa (LIMA, 2013, p. 59).

O contraste, segundo Wambier (2009, p. 130), está em que “nos sistemas de *common law*, o direito é feito pelo juiz (*judge-made-law*) e, nos sistemas de *civil law*, quem cria o direito é o Poder Legislativo”. Na mesma linha, anota Carpena (2010, p. 198):

Em geral e em análise apertada, tem-se compreendido o *civil law* como um sistema jurídico que tem por fonte primária, ostentando posição de relevância como fonte de solução de conflitos sociais, a lei, vale dizer, a norma jurídica escrita, positivada; já por *common law* tem-se entendido o sistema cujo elemento norteador, a base da estrutura jurídica, são os casos julgados, isto é as decisões judiciais já proferidas, cujas soluções empregadas se apresentam vinculantes, ou seja, têm de ser obrigatoriamente observadas em julgamentos posteriores. Evidentemente que a diferença entre os dois sistemas, no entanto, não se resume somente a isso; muito pelo contrário, são muito maiores e envergam, pela própria forma como cada um particularmente encara a posição da Justiça, o dever de cumprimento das decisões judiciais e própria disposição jurídica como forma de regular condutas sociais.

Nos países de sistema costumeiro, o objetivo da previsibilidade é alcançado com a prática da obediência aos precedentes, de modo que o “comportamento dos cidadãos deve conformar-se aos termos das decisões judiciais” (WAMBIER, 2009, p. 129).

Observa-se, porém, que mesmo nos países de tradição romano-germânica, como ocorre com o Brasil, o direito jurisprudencial tem sido um *locus* privilegiado para a criação do direito, daí porque se identifica atualmente um movimento de “commonlawlização” do direito nacional

“a partir da importância que as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio, particularmente por meio do crescente prestígio de corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz” (PORTO, 2007, *on-line*).

Lima (2013, p. 123) destaca o fato de que o legislador pátrio não cuidou de definir claramente o papel do direito pretoriano no sistema jurídico nacional, em que pese não tenha erguido óbices ao desenvolvimento da jurisprudência como instrumento de criação do direito, que, “no caso brasileiro, conquistou paulatinamente a autoridade a ponto de em alguns casos exercer a mesma influência que o direito legislado”. Anota, ainda, que a inércia do legislador em evidenciar a posição do direito jurisprudencial num ordenamento não pode servir como motivo para que essa forma de expressão do direito tenha seu papel diminuído, citando como exemplo os julgamentos do STF, em que as teses jurídicas são posteriormente invocadas nas lides judiciais, administrativas e entre particulares.

No que tange ao desempenho da jurisdição eleitoral, é fundamental não perder de vista o fato de que, ao entregar a órgãos do Poder Judiciário o encargo de qualificar as eleições, notadamente quanto ao desempenho do contencioso, o sistema de controle adotado no Brasil mostra-se virtuoso.

Dota-se de confiabilidade o modelo constitucional brasileiro de apuração da verdade eleitoral, uma vez que orientado por critérios tipicamente normativos e jurisdicionais, possibilitando que os conflitos sejam dirimidos com força imperativa, por terceiro, imparcial, sob as garantias constitucionais dirigidas aos litigantes em geral. As decisões proferidas (necessariamente fundamentadas, sob pena de nulidade) são controladas por um sistema recursal atrelado a três graus de jurisdição, sem excluir, em caso de alegada afronta à Constituição, a atuação do STF.

Nessa linha, a “justiciabilidade” das questões eleitorais, a afastar a possibilidade de que sejam dirimidas mediante critérios de ordem exclusivamente política, mas, ao contrário, à luz de parâmetros jurídicos, garantindo aos envolvidos a utilização de diversos instrumentos processuais para provocar a aferição de legitimidade das eleições, apresenta-se,

em última análise, como elemento fundante do próprio regime democrático, presente a essencialidade de consultas livres e justas (*free and fair elections*).

No caso brasileiro, tem-se percebido que a judicialização das eleições é fenômeno cada vez mais presente, seja pela expansão do contencioso, seja por fatores que encontram raízes na própria fragilidade da legislação e que cobram a atuação da Justiça Eleitoral, como anota Pereira (2008, p. 104), em estudo comparado sobre os diversos modelos de controle das eleições:

O Brasil é, de longe, o país onde essa atuação jurisprudencial se mostra efervescente. A instabilidade histórica na regulamentação do processo eleitoral brasileiro, advinda do casuismo com que o legislador sempre tratou a questão, acabou por deixar aos tribunais o árduo trabalho de sistematização, colmatação de lacunas e compatibilização de procedimentos, institutos e mesmo ações judiciais sobrepostas.

Percebe-se, contudo, que a atuação dos tribunais eleitorais brasileiros têm sido marcada por uma inegável alternância de posições, impedindo que se extraia da jurisprudência a construção de linhas interpretativas que primem pela segurança jurídica. Há, é certo, frequente invocação de precedentes, os quais, porém, alternam com insólita habitualidade sobre temas os mais variados, de modo que não é raro encontrar, na jurisprudência do TSE, correntes majoritárias rigorosamente díspares sobre situações jurídicas semelhantes, a depender da composição da Corte.

Consoante anota Salgado (2010, p. 17), no Direito Eleitoral brasileiro, mais especialmente pela atuação do TSE, “parece persistir uma prática jurisdicional de construção da regra pelo Poder Judiciário, sem respeito aos precedentes, sem coerência, sem consistência e sem unidade”. E sentencia: “Um mistura pragmática (talvez esquizofrênica) entre *common law* e *civil law*”.

Identifica-se, ainda, uma propagação de tais julgamentos pelos demais órgãos da Justiça Eleitoral, que são reproduzidos algumas

vezes de forma acrítica, por fatores que deitam raízes na própria forma de investidura dos magistrados, regida pela regra da temporariedade. Consoante já se alinhou:

O rodízio permanente de magistrados contribui, ainda, para que os julgados do TSE assumam nítida autoridade persuasiva (*persuasive authority*), desencorajando comportamento mais ousado dos regionais e dos juízes e juntas eleitorais no sentido de formular interpretações a par das já realizadas pela Corte Superior. O Direito Eleitoral está preponderantemente afeto a ramo especializado da jurisdição, sendo orientado por princípios próprios, todavia, diante da movimentação constante dos que recrutados para o exercício da judicatura (de quem, como visto, não se exige afinidade com a matéria), verifica-se natural acomodação dos operadores quanto a acatar, sem maiores questionamentos, os precedentes do TSE, que, assim, findam por assumir força quase vinculante (OLIVEIRA, 2010, p. 83).

Na mesma linha, anota Pinto (2006, p. 22) que os “precedentes construídos, **cases** produzidos no TSE, mesmo inexistindo lei determinando o efeito vinculante, são acolhidos pelos juízes e tribunais eleitorais, que os seguem à risca”. Ressalva, desse modo, que, ao contrário dos países do sistema anglo-saxônico, em que o precedente tem força obrigatória para os casos futuros, o sistema jurídico brasileiro não assume tal característica, todavia, ainda assim, os juízes eleitorais seguem espontaneamente as manifestações da instância superior, fazendo-o “com tal intensidade que, na prática, o TSE efetivamente cria o direito”.

Importante campo do Direito Eleitoral, relacionado à prática de abusos de poder e corrupção eleitoral, envolve, é certo, a apreciação detida das circunstâncias da situação dada, importando preponderantemente no exame de matéria fática, daí por que se mostra rigorosamente difícil fugir à pecha de que a atuação das Cortes Eleitorais estaria a produzir um “direito do caso concreto”. Basta que se tenha em conta a notória dificuldade da doutrina e mesmo das Cortes Eleitorais quanto a parametrizar conceitos como o abuso de poder econômico e o abuso de poder político.

Ainda assim, não se pode negar que a categorização jurídica dos fenômenos, sua valoração, há de encontrar maior estabilidade quando sob exame dos tribunais, uma vez que a falta de linearidade solapa de forma clara o princípio da segurança jurídica, alicerce do Estado de Direito.

3 A viragem jurisprudencial no caso do RCED 8-84/PI: a recomendada modulação de efeitos no tempo em face da potencial violação ao direito de ação

É certo que o abandono de precedentes por parte dos órgãos da Justiça Eleitoral no Brasil apresenta-se com invulgar frequência, o que pode ser atribuído preponderantemente à própria forma de investidura dos magistrados no exercício da jurisdição especializada, fundada historicamente no postulado da temporalidade, a ocasionar constantes mudanças dos que desempenham a judicatura eleitoral e, como resultado, frequentes alterações de curso da jurisprudência.

Ainda assim, o exame dos pronunciamentos do TSE revela que, nos últimos anos, vem se registrando incipiente preocupação da Corte quanto à modulação de efeitos de suas decisões, de modo a evitar que sejam destinados tratamentos díspares a situações verificadas na mesma eleição. Foi o que ocorreu, por exemplo, com representações por propaganda eleitoral irregular, relativas às eleições de 2006, nas quais se questionava a veiculação de pinturas excedentes a 4m² em muros particulares, quando se deliberou que a prática, considerado aquele pleito, não seria apta a provocar a aplicação de multa, invocando-se expressamente o princípio da segurança jurídica para asseverar que a “jurisprudência do TSE recomenda não haver alteração do posicionamento jurisprudencial em relação à mesma eleição” (Agravo Regimental no REspe nº 28.499/PA, rel. Min. Marcelo Ribeiro, julg. 5.8.2008).

Estabeleceu-se, portanto, em nome da segurança jurídica, uma barreira para a superação de precedentes por parte do tribunal, de modo que não se deveriam dispensar interpretações diversas para casos ocorridos no mesmo pleito.

A mesma preocupação quanto a privilegiar a segurança jurídica, contudo, não foi observada por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 32.507/AL, em 17.12.2008, quando a Corte deu nova interpretação ao art. 14, § 5º, da Constituição Federal, passando a entender que os chefes do Poder Executivo somente poderiam exercer dois mandatos consecutivos nos respectivos cargos, afastando-se a possibilidade de exercício de terceiro mandato imediatamente subsequente em cargo idêntico, ainda que em circunscrição diversa.

Os precedentes até então firmados albergavam a possibilidade de investidura de prefeitos – já reeleitos – para o mandato imediatamente seguinte em município diferente, de modo que muitos candidatos, amparados por tal posição, disputaram e foram eleitos em 2008, mesmo já contabilizando vitórias nas duas eleições municipais anteriores. Em alguns casos, não houve sequer impugnação, todavia a Corte, após a eleição, alterou sua jurisprudência e passou a entender que a situação configuraria uma fraude à Constituição, não cuidando de modular os efeitos da aplicação do novel entendimento.

Como consequência, diversas demandas foram manejadas para tentar evitar a diplomação de prefeitos eleitos nas condições narradas, tendo sido, posteriormente, acolhidas pelo TSE com base no precedente então firmado. Uma delas, pelo menos, foi submetida, em sede de recurso extraordinário, ao STF (RE nº 637.485/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 1º.8.2012), que decidiu, em consonância com o entendimento firmado pela Corte Eleitoral, que a eleição para o terceiro mandato imediatamente subsequente de prefeito municipal, ainda que em circunscrição diversa, configuraria prática vedada pela Constituição, ressalvando, porém, que a viragem jurisprudencial deveria operar efeitos prospectivos, não se aplicando às eleições municipais de 2008, sob pena de afronta ao princípio da segurança jurídica.

A decisão do STF, ainda que em sede de recurso extraordinário, tem o condão de assumir forte impacto quanto à atuação do TSE, firmando importante baliza para os pronunciamentos da Corte, uma vez ter assentado que as decisões que “no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento) impliquem mudança de jurisprudência (e dessa

forma repercutam sobre a segurança jurídica) não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior”.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do precedente junto ao STF, destacou, em trabalho doutrinário, a importância do julgado e de sua repercussão na jurisprudência do TSE: “Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas ‘viragens jurisprudenciais’ na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral” (MENDES, 2012, *on-line*).

Tratou-se de reconhecer especificidades às manifestações da Justiça Eleitoral, que seriam dotadas de peculiar caráter normativo, justificando, à luz do princípio da anterioridade da Lei Eleitoral, que as “mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica” (MENDES, 2012, *on-line*).

A decisão do STF produziu reflexos nas manifestações posteriores do TSE acerca da figura do “prefeito itinerante”, como ficou conhecida a prática de candidatar-se a três mandatos consecutivos em municípios diversos, afastando a possibilidade de que o entendimento firmado (quanto à impossibilidade da candidatura) pudesse ser observado para os casos ocorridos no pleito de 2008. Indo além, o TSE entendeu que aqueles que foram validamente eleitos em 2008, por força da aplicação da tese, teriam o direito de concorrer à reeleição em 2012, pois, do contrário, se incorreria em vedada retroação e, ainda, em desrespeito ao princípio da segurança jurídica (REspe nº 11.374/PR, rel. Min. Arnaldo Versiani, 16.10.2012 – Precedente Astorga).

Percebe-se, portanto, que o julgamento do STF no REspe nº 637.485/RJ produziu reflexos na jurisprudência do TSE, importando que a Corte, diante de situações de superação de precedentes, deva imprimir caráter prospectivo às alterações, sob pena de violar a segurança jurídica.

Esse limite, porém, não foi aventado por ocasião do julgamento do RCED nº 8-84/PI, tendo-se entendido, mais de duas décadas depois da promulgação da Lei Maior, que uma das hipóteses de cabimento daquela que se constitui uma das principais ações eleitorais seria incompatível com a ordem constitucional. Ainda que, como visto, se tenha operado a conversão em AIME, com remessa ao juízo competente, evitando-se a pura e simples extinção do feito, não se cogitou em postergar tal entendimento para casos futuros.

Cuidou-se de viragem jurisprudencial de inegável relevo, uma vez que, dentre as quatro hipóteses de cabimento do RCED, aquela prevista no inciso IV, do art. 262, do Código Eleitoral, era frequentemente invocada no cotidiano das lides eleitorais, servindo de fundamento, por exemplo, para todos os recursos interpostos junto ao TSE após as eleições de 2010 e que pretendiam desconstituir o diploma de 12 governadores de estado eleitos naquele ano.⁴

Após as eleições estaduais de 2006, aliás, governadores de dois estados foram apeados do cargo por força de decisões do TSE em sede de recursos contra expedição de diploma: Maranhão e Tocantins, e, em ambos, o fundamento foi o da hipótese de incidência posteriormente declarada inconstitucional.⁵

⁴ Segundo matéria veiculada no portal eletrônico do Jornal *O Globo*, a decisão assumiu o condão de alcançar recursos interpostos contra a diplomação de 11 governadores eleitos em 2010: "TSE anula recurso e abre brecha que pode beneficiar 11 governadores". Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/tse-anula-recurso-abre-brecha-que-pode-beneficiar-11-governadores-10014293>>. Acesso em 26 nov. 2013. Pelo menos um dos casos já havia sido julgado pela Corte: o RCED nº 711.647/RN, interposto contra a diplomação da governadora do Rio Grande do Norte, Rosalba Ciarlini, improvido em 27 de outubro de 2011. A relação dos governadores cujas diplomações ainda eram alvo de questionamento no TSE pode ser encontrada em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/onze-governadores-estao-pendurados-no-tse/>. Acesso em 26 nov. 2013.

⁵ Reporta-se aos casos do governador Jackson Lago, do estado do Maranhão, a quem se acusou de ter sido beneficiado pela máquina pública, em virtude da realização de eventos oficiais de assinatura de convênios, nos quais o então governador o apresentava como possível candidato à sucessão (TSE, RCED nº 671/MA, 3.3.2009); e o governador Marcelo Miranda, do estado de Tocantins, a quem se imputou, dentre outros ilícitos eleitorais, haver contratado, em desvio de finalidade, 1.447 servidores para cargos de provimento em comissão nos três meses que antecederam as eleições de 2006 (TSE, RCED nº 698/TO, 25.6.2009).

A jurisprudência desenvolveu-se, mesmo após a ordem constitucional estabelecida em 1988, sob o forte entendimento de que as demandas (AIME e RCED) seriam distinguidas por força de terem finalidades diversas, de modo que coexistiriam sem que se pudessem opor ao seu manejo as exceções de litispendência e coisa julgada, ainda que houvesse identidades de partes e causa de pedir.

Desse modo, enquanto o RCED buscaria atacar a concessão do diploma, a AIME estaria voltada a impugnar o mandato, estabelecendo-se distinção entre aquele e este, inobstante o primeiro seja instrumento para alcançar o segundo.

Não constitui objeto do presente estudo examinar a correção da tese majoritariamente acolhida pela Corte, mas antes analisar as consequências de sua adoção e da ausência de modulação dos efeitos no tempo, especialmente quanto a não se ter aventado, quando do julgamento, a possível incidência, na espécie, da tese firmada pelo STF por ocasião do julgamento do RE nº 637.485/RJ, preferindo-se o apego à teoria da nulidade da lei inconstitucional, a qual, embora acolhida como regra no Brasil, não se mostrava suficiente para o caso.

Nesse ideativo, a possível modulação de efeitos, conferindo viés prospectivo ao novo entendimento, não poderia ser afastada sequer ante o argumento de que sua incidência deveria estar restrita ao controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que hoje se acha plenamente assentada, inclusive em julgados do STF, a possibilidade de modulação nos casos de controle difuso.

Sobre o ponto, Barroso (2012, p. 153) recorda que o STF tem precedentes, em controle incidental, nos quais deixou de dar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade como consequência da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados. Em consequência, diz que se multiplicaram nos últimos anos “estes casos de modulação de efeitos temporais, por vezes com a invocação analógica do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e outras vezes sem referência a ele”.

O posicionamento não difere do sustentado por Mendes (2014, p. 451), ao aludir ao fato de que “o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos”, asseverando que a base

constitucional dessa restrição abrange o modelo de controle de constitucionalidade como um todo.

Com efeito, ainda que em sede de controle difuso, como ocorreu no julgamento do RCED nº 8-84/PI, o TSE reunia plenas condições para aplicar efeitos prospectivos à mudança de entendimento, para o que poderia haver considerado, dentre outros fatores, a ausência de prévia sinalização da Corte quanto à alteração no curso da jurisprudência há anos consolidada.

4 Parâmetros para a superação de precedentes por parte do Tribunal Superior Eleitoral

A ruptura patrocinada pelo TSE por ocasião do julgamento do RCED nº 8-84/PI suscita duas questões que merecem destaque: a) a possível incidência, na espécie, das balizas fixadas pelo STF quanto às viragens jurisprudenciais da Justiça Eleitoral, por ocasião do RE nº 637.485/RJ, de modo a definir se a mudança de entendimento poderia ou não ser aplicada imediatamente a casos ocorridos em pleitos anteriores, todavia ainda não definitivamente apreciados; e b) em se cuidando de novo entendimento, que suprimiu a hipótese de cabimento de uma ação, qual seria o tratamento a ser destinado ao caso pelas regras do direito intertemporal.

Quanto ao primeiro aspecto destacado, cumpre trazer à colação o que foi manifestado pelo STF por ocasião do julgamento do RE nº 637.485/RJ, especialmente quanto às alterações de entendimento dos órgãos da Justiça Eleitoral:

II. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL. NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO.

Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal

que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE nº 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.

Percebe-se que o entendimento do STF reporta-se a mudanças jurisprudenciais que envolvam a interpretação de normas que versem sobre direitos políticos e processo eleitoral, as quais se subsumiriam à limitação temporal então contemplada, importando a impossibilidade de aplicação retroativa.

A expressão processo eleitoral, nessa passagem da jurisprudência do STF, parece muito mais distinguir o fenômeno do “processo de formação e manifestação da vontade eleitoral, sendo o conjunto de atos

e procedimentos ordenados desenvolvidos com a finalidade de obter a manifestação livre e eficaz da vontade do corpo eleitoral acerca da recomposição dos mandatos representativos” (PEREIRA, 2009, p. 23), do que aquela relacionada ao “conjunto de atos e procedimentos ordenados desenvolvidos perante um órgão jurisdicional com o fim de solucionar um determinado litígio de natureza eleitoral”.

Nesse aspecto, ainda que se tenha em conta que a interpretação sobre o cabimento do RCED fundado no art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral, versa sobre norma de direito processual eleitoral, e que, em primeira análise, tal situação poderia aparentar como não estando abrangida pelo emprego da expressão “processo eleitoral” a que se reporta a decisão da Suprema Corte, não se duvida de que a possibilidade jurídica de manejo do recurso (verdadeira ação contra a diplomação, como pacificamente apontada por doutrina e jurisprudência), a gerar a possibilidade de que, por meio dele, se invalide a certificação conferida ao candidato que disputou o pleito, e, por conseguinte, se o impeça de desempenhar o mandato, deve ser salvaguardada pelos limites estabelecidos pelo precedente do STF.

Não se vislumbra, portanto, razão fundada para que o TSE, ao declarar a inconstitucionalidade do RCED, abandonando jurisprudência há muito firmada, não tenha tido o cuidado de modular os efeitos da decisão, aplicando ao caso o entendimento consolidado pelo STF, de modo a determinar que a nova posição somente fosse adotada para eleições futuras, ressaltando, desse modo, a incidência sobre ações ainda em curso, relativas aos pleitos de 2010 e 2012.

A aplicação prospectiva do juízo então firmado privilegiaria nitidamente a segurança jurídica, resguardando a apreciação das demandas em curso, manejadas nos termos de preceito legal sobre o qual não recaía qualquer pecha de inconstitucionalidade, todavia indicando que, a partir do próximo pleito, não mais se admitiria o ajuizamento de recurso com fundamento no art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral, remanescendo a AIME como único instrumento apto a impugnar o mandato eletivo contestado com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Tal posicionamento evitaria, ainda, que as partes fossem surpreendidas pela mudança no entendimento da Corte. Consoante aponta Marinoni (2013, p. 432), quando não há indicações de que o precedente será revogado, e, assim, há confiança justificada, “não há razão para tomar de surpresa o jurisdicionado, sendo o caso de atribuir efeitos prospectivos à decisão, seja ela de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade”.

No mesmo sentido, anota Lima (2013, p. 359) que “os fatos ocorridos na vigência da jurisprudência anterior não podem ser ignorados e merecem ser tratados em conformidade com ela, exceto se existirem justos motivos a autorizar o contrário (e.g., sinalização anterior da corte sobre a mudança de entendimento; ou desuso contínuo do pretérito entendimento)”, o que, contudo, não se aventou quando do julgamento do RCED nº 8-84/PI.

A conversão dos RCEDs em AIMEs com o envio dos autos aos tribunais regionais apresentou-se como solução intermediária, que assoma, em verdade, como um paliativo, que não exclui o potencial de interferir nas pretensões dos recorrentes, notadamente quando em conta que ela se dá, considerados os mandatos iniciados em 2011 e com término previsto para 2014, numa quadra em que dificilmente haverá tempo para que as causas percorram duas instâncias da Justiça Eleitoral antes do encerramento dos lapsos de representação.

Cabe recordar, ainda, que o entendimento adotado no RCED nº 8-84/PI foi paulatinamente estendido a outros casos então em tramitação no TSE, procedendo-se, mediante decisões dos relatores, às respectivas conversões, todavia nem todas as ações foram imediatamente encaminhadas aos regionais. A demora provocou, inclusive, a possibilidade de que, em se tratando de decisão tomada por maioria de quatro a três, e se tendo operado a alteração da composição do tribunal logo após o julgamento, a matéria fosse novamente levada a plenário, com adoção de entendimento diverso, reforçando ainda mais a insegurança jurídica, notadamente quando em conta o aspecto da igualdade.

Nesse ponto, aliás, cumpre ter presente a controversa questão daqueles que tiveram diplomas cassados por força de RCEDs interpostos

com fundamento no art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral, e que eventualmente, por força de tais decisões, tenham sido considerados inelegíveis por oito anos, consoante prevê a Lei das Inelegibilidades: seriam agora, diante do novo entendimento, exonerados da restrição ao direito de disputar mandatos eletivos?

Em arremate deste tópico, cabe asseverar que, mesmo quando presentes as regras do direito intertemporal, segundo as quais alterações de normas de direito processual alcançam as causas em curso, há que se ter presente que modificações que importem na própria supressão de determinada espécie de ação judicial devem resguardar a continuidade das demandas já ajuizadas, sob pena de manifesta violação aos direitos de ação e de acesso à Justiça, o que não se observou no caso analisado.

A singela aplicação da teoria da nulidade da lei inconstitucional, consoante afirmado, não se afigurava a solução mais adequada ao caso, daí por que caberia ao TSE diferir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tomando como parâmetro as regras do direito intertemporal, considerando o julgamento (e a extinção da demanda) como equivalente à situação constituída pela entrada em vigor de nova norma processual.

Cumprindo recordar com Dinamarco (1995, p. 39) que a entrada em vigor de nova regra processual faz surgirem algumas situações possíveis: a) a lei nova não se aplica aos processos findos; e b) ela invariavelmente se aplica aos processos instaurados em sua vigência. Considerados os processos pendentes quando da entrada em vigor da lei nova, afirma o autor que seria, em tese, admissível:

- a) aplicá-la desde logo a eles, de modo integral; b) preservar todo o processo da alteração legislativa e fazê-lo prosseguir sob o império da lei velha, ou c) respeitar as fases procedimentais já superadas ou em curso (postulatória, ordinatória etc.), impondo a lei nova somente quanto às fases subsequentes.

Assevera o autor que há de prevalecer o denominado isolamento dos atos processuais, de modo que a lei nova, “encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos já realizados e disciplina o processo a partir de sua vigência” (DINAMARCO, 1995, p. 39).

Nessa linha, houvesse o TSE atentado para a plenamente recomendável modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, pela via incidental, do art. 262, IV, do Código Eleitoral, poderia ter, em resguardo da segurança jurídica, balizado seu pronunciamento em atenção às regras do direito processual intertemporal, destinando àquele precedente a mesma natureza de uma lei nova revogadora de uma das hipóteses de incidência de ação específica.

Tal importaria que não pudesse aquele pronunciamento alcançar as fases processuais já consumadas (isolamento dos atos), de modo que não gozaria de juridicidade simplesmente negar o acesso à jurisdição e extinguir os RCEDs pendentes, sob pena de violar os chamados “direitos processuais adquiridos”, impondo-se aos litigantes o componente da surpresa.

Alude o mesmo Dinamarco (1995, p. 42) que as situações jurídicas constituídas também devem ser respeitadas à vista do direito processual intertemporal e, nesse contexto, “falar em direito processual adquirido significa substancialmente levar em conta as situações processuais consumadas, cuja efetividade deve resistir à superveniência da lei processual nova”.

Em alusão que se amolda ao estudo ora levado a efeito, exemplifica o autor que, uma vez “publicada a sentença e assim constituída a situação de um direito a recorrer, eventual eliminação do recurso cabível contra ela não atinge o sujeito”. Desse modo, é lícito concluir que a supressão, por vício de inconstitucionalidade, de hipótese de incidência do art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral, não poderia atingir os feitos pendentes, gerando efeitos apenas para eleições futuras.

Melhor seria, sem dúvida, se se tivesse atentado para a advertência formulada por Figueiredo (2009, p. 13), segundo a qual:

Em muchas oportunidades la justicia electoral debe conciliar el respeto de los principios de igualdad y seguridad jurídica con la necesidad de corregir la doctrina sentada en sus precedentes, para lo qual se propone que en algunos casos

se difiera, para el futuro, la aplicación de los cambios de jurisprudencia.⁶

5 Conclusão

Do estudo realizado, conclui-se que a viragem jurisprudencial levada a efeito pelo TSE por ocasião do Recurso contra Expedição de Diploma nº 8-84/PI, na forma como realizada, sem que se tenha atentado para a necessidade de modulação dos efeitos no tempo, mediante aplicação prospectiva (*prospective overruling*), nos termos já assentados na jurisprudência do STF, assumiu o claro condão de violar o direito de ação e de acesso à Justiça.

Em que pese a força dos precedentes do TSE, a constante alteração de entendimentos patrocinada pela Corte ocasiona graves riscos aos postulados da estabilidade, previsibilidade e igualdade, com grave comprometimento da segurança jurídica.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, fev. 2010, v. 35. n. 180, p. 195-220.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁶ Tradução livre: "Em muitas oportunidades, a Justiça Eleitoral deve conciliar o respeito aos princípios da igualdade e segurança jurídica com a necessidade de corrigir a doutrina assentada em seus precedentes, para o que se propõe que, em alguns casos, difira, para o futuro, a aplicação das mudanças de jurisprudência".

FIGUEIREDO, Hernán R. Gonçalves. El respeto de los precedentes y los cambios de jurisprudência en la justicia electoral. *Justicia Electoral*, México, 2009; v. 1, n. 4, p. 13-31.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

MENDES, Gilmar. *Segurança jurídica e mudança na jurisprudência eleitoral*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-18/observatorio-constitucional-seguranca-juridica-jurisprudencia-eleitoral>> Acesso em: 10 jan. 2014.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINTO, Djalma. *Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial*. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2014.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, jun. 2009; v. 34, n. 172, p. 121-174.