

DIREITO ELEITORAL CONTEMPORÂNEO
70 Anos da Redemocratização Pós-Ditadura Vargas e
da Reinstalação da Justiça Eleitoral

A importância do artigo 105-A da Lei das Eleições no asseguramento da paridade de armas

Leandro Souza Rosa

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de apresentar uma análise crítica sobre a (in) constitucionalidade do art. 105-A da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, perpassando pelas correntes doutrinárias e jurisprudenciais favoráveis à declaração de sua inconstitucionalidade mediante uma síntese dos principais argumentos, bem como a exposição dos posicionamentos, em âmbito da doutrina e da jurisprudência pátrias, contrários ao reconhecimento de inconstitucionalidade, sob o prisma do princípio da isonomia na relação jurisdicional eleitoral.

Palavras-chave: artigo 105-A; Lei 9504/1997; constitucionalidade; isonomia; processo.

Abstract

This article aims to present a critical analysis of the constitutionality issue regarding section 105-A of the Law no. 9504, issued on September 30th, 1997, looking through the doctrinal and jurisprudential currents favorable to the declaration of its unconstitutionality, summarizing the main arguments presented by them, as well as displaying the positions, in doctrinal and jurisprudential aspects, of those against the recognition of said unconstitutionality, especially in the light of the principle of equality in the electoral jurisdictional relations.

Keywords: section 105-A; Law 9504/1997; constitutionality; equality; legal process.

Introdução

Originalmente, a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, não continha o art. 105-A, que foi posteriormente incluído pela

Sobre o autor

Leandro Souza Rosa é advogado, membro da Comissão de Direito Eleitoral da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná (OAB/PR). Membro fundador do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral (IPRADE). Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP).

minirreforma eleitoral efetuada pela Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009.

Na realidade, o aludido art. 105-A nem mesmo estava contemplado no projeto original que resultou na Lei 12.034/2009, porém, foi inserido pela Emenda de Plenário nº 57, da Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Bonifácio Andrada.

Referido art. 105-A apresenta a seguinte redação: “Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”¹ (Brasil, 2009).

A inserção dessa vedação pontual foi empreendida consoante à exposição de motivos do Deputado Bonifácio Andrada, nos seguintes termos:

O processo eleitoral é específico e precisa ser devidamente regulamentado e não pode ser alterado na prática do dia a dia, quer por parte do Juiz Eleitoral, quer por parte do Membro do Ministério Público. São comuns ocorrências em que o Ministério Público instala sindicâncias seguindo os procedimentos que se prevê a Lei da Ação Civil Pública ou certos tipos de inquéritos que na realidade representam providências [sic] ilegais e com graves repercussões no processo político eleitoral, mesmo que estes inquéritos não resultem em apuração de qualquer infração. Só o fato de se instalar uma sindicância contra um candidato já constitui uma providência [sic] que atingi [sic] de uma forma muito expressiva sua campanha eleitoral (Brasil, 2009).

Logo, o escopo do legislador foi obstar a utilização arbitrária e abusiva de procedimentos preparatórios genéricos sem o correlato lastro de materialidade infracional mínimo que, sem levar em conta as peculiaridades do período eleitoral, concomitantemente, atinge de forma substancial a imagem do candidato perante seu eleitorado.

Não obstante a intenção do legislador, a mencionada disposição normativa suscitou acirrada controvérsia nos âmbitos doutrinário e jurisdicional sobre sua cogitada (in)constitucionalidade, sendo imprescindível promover uma análise crítica dos posicionamentos

1. A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, também conhecida como Lei da Ação Civil Pública, disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

favoráveis e contrários à constitucionalidade da aludida regra, mediante uma ampla revisão bibliográfica e pesquisa dos principais julgados dos Tribunais Superiores, com escopo de verificar a (in) constitucionalidade, sob o prisma da isonomia entre os litigantes no processo jurisdicional eleitoral.

Posições doutrinárias e jurisprudenciais que abordam o art. 105-A da Lei das Eleições

O art. 105-A da Lei 9.504/1997, de forma expressa, veda a utilização de procedimentos previstos na Lei 7.347/1985 para a matéria eleitoral.

Isso evidencia a decisão do legislador em afastar qualquer possibilidade de se aplicar os procedimentos contidos na Lei da Ação Civil Pública, incompatibilizando todas as questões de eleitoral com os comandos inseridos naquela norma jurídica (Agra e Cavalcanti, 2010, 136), o que inviabiliza o uso de instrumentos processuais como a ação civil pública, o inquérito civil público e o termo de ajustamento de conduta.

Por isso, houve estridente insurgência do *Parquet*, sob o argumento de que tal disposição legal é inconstitucional, porquanto vulnera os arts. 127 e 129, incisos I e III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Tal manifestação está consignada no parecer do Procurador Geral da República, em sua manifestação na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.352, ainda sem julgamento, cujo objeto é a declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos alterados pelas Leis nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, e nº 11.300, de 19 de outubro de 2006².

Especificamente sobre o art. 105-A da Lei 9504/1997, a suscitada inconstitucionalidade estaria consubstanciada na restrição às prerrogativas constitucionalmente asseguradas ao Ministério Público para sua escorreita atuação institucional, além de violar os princípios da moralidade, da probidade e do abuso do poder político e econômico (Santos, 2013).

2. A ação foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), em 03 de dezembro de 2009.

Confluindo com o entendimento pela inconstitucionalidade tem-se significativa parcela da doutrina que, a exemplo de Flávio Cheim Jorge (2014, 15), defende ter sido a dita norma criada por políticos para proteção de seus próprios interesses, mesmo em desacordo com a defesa do interesse público; contudo, não é possível impedir abusos mediante a supressão do instrumento constitucional vocacionado para a reunião de provas destinadas à propositura de uma demanda coletiva, por meio da qual se alcançará a defesa do interesse público.

Nesse sentido, ao obstar a utilização dos instrumentos elencados na Lei 7.347/1985, especialmente o manejo de Inquérito Civil para colheita de informações e dados destinados a subsidiar futuras ações de natureza coletiva em matéria eleitoral, aconteceria inegável limitação dos instrumentos investigatórios do Ministério Público, maculando de inconstitucionalidade o art. 105-A da Lei 9.504/1997.

Perfilhando esse mesmo posicionamento, Antônio Veloso Peleja Júnior (2010) assevera que o Inquérito Civil é instrumento necessário à investigação e coleta de provas pelo *Parquet*, para o posterior ajuizamento da ação, de modo que o impedimento de seu uso provoca restrição ao manejo da respectiva ação, o que constitui óbice no acesso ao Poder Judiciário.

E, no âmbito jurisprudencial, é importante mencionar a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 593727, de 14 de maio de 2015, com repercussão geral, por meio da qual foi consolidado o entendimento de que o Ministério Público pode também desempenhar diligências investigatórias de natureza penal (Brasil, 2015).

Destarte, quer pela ofensa ao texto literal do art. 129 da Constituição Federal, quer pelo vilipêndio aos princípios da moralidade, de abuso do poder político econômico, de probidade e da inafastabilidade do Poder Judiciário, o art. 105-A da Lei 9504/1997 seria inconstitucional.

Mas, em sentido inverso, outra relevante parcela da doutrina e jurisprudência pátrias milita na defesa da constitucionalidade da norma ora debatida.

Nessa senda, o Tribunal Superior Eleitoral, quando fez análise específica dessa temática no Recurso Ordinário nº 4746-42.2010.604.0000 (Brasil, 2014), em 26 de novembro de 2013, por maioria decidiu acolher a posição divergente do Ministro

Marco Aurélio Mello para julgar constitucional o art. 105-A da Lei 9504/1997³.

Durante o aludido julgamento, o Ministro Marco Aurélio (que também integra o STF) foi enfático em ressaltar que não vê inconstitucionalidade no art. 105-A da Lei 9.504/1997, além do que “o inquérito, tal como o previsto na Constituição, é para a ação civil pública e não para a ação eleitoral, como a representação” (Brasil, 2014).

E, desde então, o posicionamento de constitucionalidade do mencionado art. 105-A vinha prevalecendo nas decisões exaradas naquela corte superior a partir do aludido *leading case*, até que sobreveio reformulação de entendimento, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 545-88.2012.6.13.0225 (Brasil, 2015), ocorrido em 08 de setembro de 2015, ocasião em que se fixaram três correntes de pensamento quanto ao uso de inquérito civil público no âmbito da Justiça Eleitoral: duas interpretaram o dispositivo conforme a Constituição Federal e a terceira declarou-o inconstitucional, nos termos das posições dos Ministros João Otávio de Noronha, Henrique Neves e Luiz Fux, respectivamente, que foram acompanhados pelos demais membros da Corte. De toda sorte, não houve pronunciamento de inconstitucionalidade.

Na mesma diretriz, o integrante do Ministério Público Thales Tácito Cerqueira reconhece a constitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997, já que os instrumentos processuais existentes na legislação especializada eleitoral, apesar de terem prazos exíguos e decadenciais, permitem a atuação do Ministério Público Eleitoral (Cerqueira, 2010, 665-6).

A esses aludidos argumentos soma-se a presunção de constitucionalidade de que gozam as normas expedidas, a qual somente pode ser elidida mediante a declaração de inconstitucionalidade pelos mecanismos de controle descritos na Constituição Federal (Silva, 2013, 55).

Diante disso, o mencionado art. 105-A da Lei 9504/1997 é reconhecido como constitucional, prevalecendo a presunção de conformidade aos preceitos constitucionais.

Estabelecidas as vertentes existentes sobre o tema, verifica-se que a alegada inconstitucionalidade do art. 105-A da Lei 9504/1997, não tem o vigor necessário para prosperar.

3. Ocasião em que ficaram vencidos o relator originário, Ministro Dias Toffoli, e a Ministra Laurita Vaz.

A inconstitucionalidade acontece

a partir da criação de atos legislativos ou administrativos que se contraponham às normas ou princípios da Constituição, sob duas formas possíveis: a) formalmente, quando as normas são criadas por autoridades incompetentes, ou então, mediante descumprimento das formalidades ou procedimentos fixados no texto constitucional; b) materialmente, quando o conteúdo de tais normas infringe princípio ou regras consignadas na Constituição (Silva, 2013, 49).

Logo, uma norma pode ser formal e/ou materialmente contrária à Constituição.

Sob o aspecto formal, não existe qualquer inconstitucionalidade porque a Lei 12.034/2009 percorreu toda a tramitação legislativa necessária para sua criação e sanção, cumprindo os requisitos que lhe eram exigíveis.

O projeto de lei inicialmente apresentado tramitou no Congresso Nacional – recebendo as emendas que lhe foram postas –, foi aprovado e transformado em lei, ultimando-se com a sanção presidencial e posterior publicação na imprensa oficial.

Ressalte-se que a matéria foi tratada em lei ordinária, que é a espécie legislativa adequada para dispor a respeito das matérias abrangidas pela minirreforma da Lei 9.504/1997.

Por outro lado, no plano material, também não é crível a existência de inconstitucionalidade a macular o art. 105-A da Lei 9.504/1997, na exata medida em que suas disposições não menoscabam as funções e atuação do Ministério Público.

No ponto, merece realce o fato de que o multicitado dispositivo legal trata especificamente de matéria de natureza processual, que é regulamentada por meio de lei ordinária, como acertadamente ocorreu com a Lei 12.034/2009.

A limitação do uso dos institutos da Lei 7347/1985 deu-se especificamente na seara da matéria cível-eleitoral, e não avançou contra as prerrogativas constitucionais do Ministério Público. Ou seja, a restrição deu-se com relação à matéria (eleitoral), e não com relação à instituição Ministério Público ou suas atribuições e prerrogativas.

Ilustrativamente, é importante ressaltar que a Lei 7.347/1985 objetiva reger o instrumento processual de ação civil pública para responsabilização dos agentes causadores de danos ao ambiente,

ao consumidor, ao patrimônio histórico-cultural, abarcando bens e direitos, outrossim, de valores estéticos, artísticos, turísticos e paisagísticos, porém, sem fazer qualquer menção à sua aplicação na seara da justiça especializada eleitoral.

Portanto, inexistente expressa remissão à aplicação dos preceitos e diretrizes da Lei 7.347/1985 em matéria estritamente eleitoral, e, nesse contexto, sendo o Ministério Público uma espécie de órgão público, não pode atuar sem respaldo autorizador legal (Nogueira, 2011).

Em verdade, o próprio art. 1º da Lei 7.347/1985 estabelece restrição à sua utilização, de modo que não subsiste qualquer alegação de vício no fato de outra lei, igualmente ordinária, também fazê-lo.

Noutro enfoque, o art. 105-A não apresenta absolutamente nenhum impedimento para que o Ministério Público cumpra com sua missão constitucional, pelo só fato de inviabilizar, especificamente no âmbito eleitoral, o uso de instrumentos decorrentes da Lei 7.347/1985, v.g., como a ação civil pública, a ação cautelar, o inquérito civil público e o termo de ajustamento de conduta.

Inclusive, é eloquente a constatação de que o Tribunal Superior Eleitoral tem reiterado entendimento de que o Ministério Público não pode utilizar o termo de ajustamento de conduta para limitar o comportamento dos candidatos em campanha eleitoral.

É que a atuação do *Parquet* se consuma por meio de diversas medidas, judiciais e extrajudiciais, atuando como defensor dos direitos coletivos e sociais, como controlador externo da atividade policial e garantidor de que os direitos previstos no ordenamento sejam respeitados e observados pelo poder público (Silva, 2013, 605).

Acresce dizer que a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, no seu art. 72, ao prever a atuação do Ministério Público Eleitoral, não traz a expressa possibilidade de instauração de inquérito civil, embora tenha assim agido ao fixar as atribuições do Ministério Público do Trabalho (art. 84, II), por exemplo. Além disso, a redação do art. 6º, VII da mencionada lei complementar, é clara em dotar de competência o Ministério Público da União para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa das matérias que especifica em suas alíneas, onde não se encontra contemplada a vertente eleitoral.

Logo, a exclusão de procedimentos específicos, como aqueles previstos na Lei 7.347/1985, não ofende as prerrogativas do *Parquet*, até

porque este dispõe de vários outros meios processuais para exercer suas atribuições funcionais na defesa do regime democrático e da ordem jurídica.

Efetivamente, o Ministério Público continua com uma gama de prerrogativas e de meios para exercer seu mister, não havendo sequer prejuízo para essa instituição.

Nesse sentido, tem-se a manifestação feita pela Advocacia Geral da União na Ação Direita/Lei 4.352; Lei 4.3747:

ao excluir a incidência de um tipo específico de procedimento em relação à matéria eleitoral, a norma atacada não ofende as funções institucionais do Ministério Público, cujas atribuições podem ser adequadamente desempenhadas por diversos procedimentos existentes no ordenamento jurídico pátrio. A título de exemplo, pode-se fazer referência à ação de improbidade, à impugnação ao pedido de registro de candidatura, à investigação judicial eleitoral por abuso de poder econômico e/ou político, à ação de captação ilícita de sufrágio, à impugnação ao mandato eletivo, bem como à reclamação e à ação penal pública, dentre outras espécies de procedimentos aplicáveis (Brasil, 2013).

Seguramente, o *Parquet* Eleitoral pode servir-se de outros instrumentos processuais mais adequados à paridade de armas para se desincumbir de seu mister, fazendo uso, por exemplo, da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), prevista no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, para reunir as provas que desejar, diante do Poder Judiciário, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Inclusive, a esse respeito, fazendo suas anotações à reforma eleitoral aqui examinada, o Procurador da República Juraci Guimarães Júnior enfatizou que nas demandas de natureza eleitoral existem procedimentos específicos, de características diferentes daquelas contidas na Lei de Ação Civil Pública, tais como a legitimidade, o prazo de duração, a possibilidade de transação etc. (Leite Filho e Guimarães Júnior, 2011, 187).

De acordo com o Ministro Henrique Neves da Silva, a declaração da inconstitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997 poderia resultar na compreensão equivocada de que, além do inquérito civil público, os demais procedimentos decorrentes da Lei 7347/1985

podem ser utilizados, não só pelo Ministério Público Eleitoral, mas também por todas as outras pessoas legitimadas pelo art. 5º da Lei 7.347/1985, assim ampliando a legitimidade que está prevista em diversas normas da legislação eleitoral, como os arts. 3º e 22 da LC 64/1990 (Brasil, 2015).

Aliás, o Ministro Henrique Neves também destacou que, por imposição constitucional (CF/1988, art. 14, §10), as ações eleitorais não se amoldam à possibilidade de ser imposto o cumprimento coercitivo da atividade devida, “sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”, como se tem nas ações civis públicas (Lei 7.347/1985, art. 11); além do que, as multas eleitorais e as sanções pecuniárias impostas aos partidos políticos revertem ao Fundo Partidário (Lei 9.096/1995, art. 38, I), enquanto que as condenações em dinheiro que acontecem nas ações civis públicas, por força do art. 13 da Lei 7.347/1985, tem rumo diverso (Brasil, 2015).

Até a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 593727, em 15 de maio de 2015, ainda que tenha contado com repercussão geral, não tem o condão de tornar regular a atuação ministerial em sede de Inquérito Civil Público.

Isso porque a questão tratada no aludido Recurso é especificamente ligada ao processo penal comum, e não pode ser aplicada diretamente nos processos eleitorais de natureza cível.

Mesmo no caso dos procedimentos investigatórios criminais, o Supremo Tribunal Federal foi expresso em restringir a atuação ministerial por meio da imposição de vários requisitos, dentre os quais tem-se o respeito aos direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou pessoa sob investigação do Estado.

Nesse sentido, é de bom alvitre lembrar que na matéria especializada eleitoral, de natureza não penal, a aplicação subsidiária que se tem é a do Código de Processo Civil.

Destarte, são processos efetivamente distintos, orientados por vetores principiológicos diferentes, que não guardam inteiração alguma.

E, em arremate, é importante salientar que a matéria eleitoral tem campo próprio, que pelo princípio da especialidade deve prevalecer sobre o regramento mais genérico, como é o caso da Lei 7.347/1985.

Portanto, conjugando as premissas delineadas anteriormente, é possível concluir que o art. 105-A da Lei 9.504/1997 é, sim, constitucional, além do que é absolutamente necessário para assegurar a isonomia entre os litigantes em demandas de natureza eleitoral.

A importância do art. 105-A da Lei 9.504/1997 para a manutenção da paridade de armas

O substrato argumentativo que respalda a constitucionalidade da regra em exame consiste em dois eixos centrais: (i) inexistência de cerceamento aos instrumentos assegurados ao Ministério Público, com arrimo constitucional; e (ii) aplicação do princípio da isonomia em plano processual, garantindo aos litigantes em lide eleitoral um mesmo patamar de condições.

A esse respeito, merece registro o fato de que, apesar do conteúdo do art. 105-A da Lei nº 9.504/1997, após o julgamento do Recurso Ordinário nº 4746-42.2010.604.0000, pelo Tribunal Superior Eleitoral, o Procurador Geral da República expediu a Portaria nº 499, de 21 de agosto de 2014, por meio da qual elidiu o mencionado dispositivo legal mediante a criação do instrumento denominado “Procedimento Preparatório Eleitoral” (PPE), no âmbito do Ministério Público Eleitoral, para a investigação de ilícitos cíveis eleitorais.

Na essência, por meio de instrumento normativo interno, o Ministério Público passou a servir-se do PPE para o mesmo objetivo do Inquérito Civil Público na seara eleitoral, inclusive dotando-o de variadas semelhanças procedimentais.

Logo, na prática, o PPE nada mais é que um Inquérito Civil Público com outro nome, o que atrai a incidência da proibição contida no art. 105-A da Lei 9.504/1997.

De toda sorte, por meio de Inquérito Civil Público ou de PPE, é preciso salientar que a atuação investigatória do Ministério Público é irregular, porque unilateral e, portanto, ofensiva ao princípio da paridade de armas.

O Direito Eleitoral é área especializada, específica, que passa por um grande número de acontecimentos, intensamente acompanhados e divulgados pelos veículos de comunicação, durante o breve período de tempo que o calendário eleitoral estabelece para a realização das eleições.

Por conta das peculiaridades do Direito Eleitoral, não é possível levar um primeiro fundamento até as últimas consequências. Não raras vezes, os princípios constitucionais podem ser relativizados diante das peculiaridades do caso concreto. Não há princípios absolutos e ilimitáveis. É, pois, incumbência do intérprete, em face dos fatos e das normas potencialmente incidentes, escolher o melhor princípio a ser empregado ante o problema que deve ser resolvido (Agra e Cavalcanti, 2010, 87).

Tal ressalva é importantíssima porque a notória instabilidade da regulamentação do processo eleitoral brasileiro acabou por impor ao Poder Judiciário o pesado ônus de sistematizar, integrar espaços, assim como compatibilizar procedimentos e institutos aparentemente conflitantes ou sobrepostos (Pereira, 2008, 104).

Em matéria eleitoral, não raras vezes, a escolha interpretativa entre o “um certo” e o “outro certo” se mostra inevitável, já que todas as opções têm lastro constitucional, sendo essenciais para a defesa dos interesses em conflito, até porque “os atores tradicionais do contencioso eleitoral participam no controle sempre de modo parcial, com motivações, recursos, lógicas e estratégias diferentes” (Pereira, 2010, 151).

Não existem apenas requerentes neutros, sem condicionamentos prévios, razão pela qual a trilha que vai da constatação de uma suposta irregularidade até o seu processamento e julgamento em juízo passa por trechos sinuosos, que nem sempre estão orientados pela proteção da verdade eleitoral (Pereira, 2010, 151).

É, pois, no campo pragmático que se pode justificar a finalidade do Direito Eleitoral, posto que não se deve simplesmente impressionar com dogmas ou paradigmas trazidos da vivência jurídica comum (Agra e Cavalcanti, 2010, 200); as normas jurídicas de aplicação geral demandam aplicação relativizada.

E precipuamente sob essa orientação é que foi redigido o art. 105-A da Lei nº 9.504/1997, para impedir o uso desproporcional e abusivo de instauração de procedimentos preparatórios, por parte do Ministério Público, com a consequente coleta de elementos probatórios, em procedimentos alongados e sob cobertura midiática, destituídos do exercício do devido contraditório pela parte investigada.

O escopo dessa proibição é evitar a utilização de procedimentos inquisitoriais e unilaterais para a produção de provas não submetidas

ao contraditório. Os Inquéritos Cíveis Públicos foram vedados porque, em razão do potencial lesivo ao próprio certame eleitoral, assim como do uso indevido dos instrumentos unilaterais de investigação, até a própria investigação precisa ser justificada e realizada sob o controle do Poder Judiciário (Nogueira, 2011).

Consoante ao bem observado por Luiz Silvio Moreira Salata (2015), antes da Lei 12.034/2009 o Ministério Público usualmente instaurava procedimentos preparatórios variados, sob diferentes denominações, com o objetivo de promover a colheita das provas necessárias à instrução de ações eleitorais sem facultar a intervenção dos envolvidos e seus advogados na conduta eleitoral reputada ilícita, o que resultava em ofensa às garantias constitucionais, com graves prejuízos à parte acusada. A introdução do art. 105-A na Lei 9504/1997 restaurou o equilíbrio entre as partes litigantes no campo processual, afastando a possibilidade de o *Parquet* Eleitoral proceder à montagem de conjunto probatório por meio de procedimentos preparatórios previstos na lei da ação civil pública visando a propositura de ações eleitorais.

A preocupação em fazer que a atividade fiscalizatória do Ministério Público na matéria eleitoral seja exercida de maneira adequada, sem comprometer a igualdade de oportunidade entre os candidatos, assim como a normalidade e a legitimidade do pleito, é de tamanha monta que, de maneira muito leal e autêntica, o Promotor de Justiça Rodrigo López Zilio (2014, 47) ressaltou a existência de um “vácuo legislativo” a esse respeito, o que realça a necessidade de definição e delimitação dos procedimentos que viabilizem o exercício da atividade investigatória cível e penal em matéria eleitoral como forma de garantir segurança jurídica para todos os envolvidos, bem como transparência para os atos colhidos extrajudicialmente.

Efetivamente, o Inquérito Cível Público (ainda que sob a nomenclatura estratégica de PPE) não é o meio processual adequado para a apuração de ilícitos eleitorais, vez que é incompatível com as regras de preclusão e celeridade estabelecidas no Direito Eleitoral. Não é plausível a aplicação do rito judicial da Lei da Ação Civil Pública nos feitos eleitorais, devido às peculiaridades existentes entre a matéria especializada eleitoral e os respectivos procedimentos coletivos (Zilio, 2014, 47-8).

O Inquérito Civil Público, tal como concebido pela Lei 7347/1985, não se presta para investigação de assuntos vinculados à seara eleitoral porque sua marcha processual é excessivamente demorada e claramente unilateral, sem a transparência necessária para as partes envolvidas, mas nitidamente ao alcance amplo do noticiário de imprensa, inclusive durante o período crítico das eleições.

A título de exemplo, registre-se que nos limites da atividade investigatória ministerial, dentro do campo do Inquérito Civil Público, é possível ao Ministério Público: (i) a oitiva de testemunhas sem a presença dos advogados de defesa das pessoas investigadas; (ii) a requisição de diligências da Polícia Federal; (iii) a realização de provas periciais diversas, sem acompanhamento de qualquer assistente técnico de defesa.

E tudo isso pode, passo a passo, ser acompanhado e divulgado pela imprensa, mesmo durante o curto período das campanhas eleitorais. Aliás, já se tornou comum ver nos veículos de imprensa da atualidade, diuturnamente, cobertura jornalística ampla a respeito de supostas irregularidades perpetradas por pessoas ligadas ao setor público, permeadas das versões acusatórias e imagens daqueles que são objeto de investigação.

Por consectário lógico e comum, tais matérias que circulam na mídia repercutem no juízo que os eleitores fazem a respeito dos candidatos inscritos para a disputa do certame eleitoral, desencadeando um julgamento moral que naturalmente tende a fomentar a desestima e a reprovação social daqueles que compõem o cerne das práticas investigadas.

Essas práticas, portanto, são suficientes para comprometer a igualdade de condições entre os candidatos, assim como a legitimidade do pleito, em detrimento do candidato envolvido em práticas investigadas e da própria preservação da Democracia – que podem acabar influenciadas artificialmente pelas balizas das investigações unilaterais do Ministério Público.

Nesse contexto, uma vez passado o dia das eleições, ainda que ao final de um Inquérito Civil Público a conclusão do *Parquet* seja direcionada para a inexistência de ilícito, ou então para a ausência de participação de eventual candidato investigado em alguma irregularidade, a verdade insofismável que se tem é a de que o prejuízo eleitoral já restará consolidado, e de nada adiantará recorrer a pretensões indenizatórias ou ao Conselho Superior do Ministério

Público, porque resta impossível desfazer o resultado contaminado que tenha emergido do exercício do sufrágio universal viciado.

Na Portaria nº 499, de 21 de agosto de 2014, o Ministério Público perdeu a oportunidade de introduzir avanços reais, para superar as dificuldades que resultaram na criação do art. 105-A da Lei 9.504/1997. Em atenção à brevidade e sensibilidade do período eleitoral, com respeito às garantias de contraditório e ampla defesa, o *Parquet* poderia ter estabelecido balizas para a defesa das partes que compõem o objeto em investigação, permitindo a atuação, ainda que não obrigatória, de advogados para examinar autos, acompanhar seus constituintes, oferecer manifestações, apresentar quesitos em perícias etc.

Vale dizer que essa participação dos envolvidos na investigação, desde o seu princípio, é importante também porque os órgãos oficiais do Estado têm maior autoridade e alcance que um investigado para requisitar informações e encontrar provas.

Nesse sentido, sobre a paridade de armas, o procedimento processual deve proporcionar às partes as mesmas armas para a luta. Os litigantes devem receber tratamento processual idêntico, de modo que possam se enfrentar em condição de igualdade (Didier Júnior, 2004, 23).

Ou seja, para fins de assegurar materialmente o princípio da isonomia, devem ser oportunizadas as mesmas condições para litigantes, sem qualquer privilégio e/ou benesse em favor de um com prejuízo ao outro. Com isso, garante-se o tratamento isonômico às partes, viabilizando a participação com igualdade de armas processuais (Marinoni, 2012).

Acerca da temática, é relevante destacar que o cânone da isonomia impõe um tratamento igualitário aos litigantes, tanto no plano formal quanto material, sempre almejando extinguir e/ou dirimir as eventuais disparidades iniciais (Hertel, 2005).

Afinal,

Em cada auto processual, mais do que um número, existem pessoas humanas que debatem muitas vezes direitos sociais relevantíssimos, como a moradia, a alimentação, o trabalho e a saúde. Esses litigantes, para alcançarem os objetivos constitucionais, a efetiva participação, a efetividade e os escopos do processo, não podem litigar em desequilíbrio de forças. A decisão judicial, em face da carga política que representa e em razão da responsabilidade social que lhe é imanente, só pode

vir após absoluta garantia de que as partes litigaram em igualdade de condições. Só assim se terá a razoável certeza de que a decisão da justiça não foi fruto de esperteza de uma das partes, mas fruto de um debate jurídico igual (Portanova, 1999, 42-3 apud Hertel, 2005, s.n.).

Considerando o próprio objeto do Direito Eleitoral (tutela de direitos políticos), deve-se assegurar o tratamento isonômico aos litigantes, notadamente para viabilizar uma participação efetiva na construção da decisão judicial para que esta corresponda à realidade existente, e ainda, para propiciar que o julgamento de valor a que estão sujeitos todos os candidatos aconteça de forma equilibrada.

Com efeito, o asseguramento de um contraditório (ainda que mínimo) na fase pré-processual faria com que tudo o quanto fosse apurado em investigação emergisse desde logo com os posicionamentos adotados pelos respectivos interessados, proporcionando um quadro mais amplo e completo dos fatos que, não raras vezes, ganha importante espaço na mídia, que não se veria limitada apenas à divulgação de informações vinculadas à acusação.

Já que o esperado avanço não aconteceu, é inarredável a conclusão de que regra do art. 105-A da Lei 9.504/1997 constitui meio importante de defesa da higidez do processo eleitoral, que preserva a democracia, assegurando que eventual investigado por irregularidade de cunho eleitoral venha a ser responsabilizado através de rito processual adequado, transparente, que lhe assegure pelo menos a possibilidade de exercitar suas garantias constitucionais de contraditório e ampla defesa, em posição isonômica de enfrentamento das acusações que forem direcionadas.

Apesar da relevância e da estatura constitucional do Ministério Público, é certo que num Estado Democrático de Direito suas prerrogativas não podem se sobrepor a outras garantias igualmente constitucionais, como o princípio da legalidade (CF/1988, art. 37, *caput*) e o princípio da reserva legal (CF/1988, art. 22, I).

Assim, tem-se que a LC 64/1990, em seu art. 22, assentou expressamente a legitimidade do Ministério Público Eleitoral, dentre outros, para oferecer representação à Justiça Eleitoral, pedindo a abertura de Investigação Judicial Eleitoral.

Por conseguinte, afronta o senso de justiça, ofende a garantia de igualdade processual, impõe a qualquer demandado que responda a uma ação eleitoral proposta pelo Ministério Público com lastro em conjunto probatório formado unilateralmente, à custa de requisições

de documentos variadas e seguidas, reforçadas por oitivas de testemunhos colhidos em gabinete e sem a presença de advogado, e até com apoio de equipes de auditoria técnica interna e parcial.

E nesse contexto processual de vigoroso trabalho na colheita de provas não se deve olvidar que o Ministério Público pode, comumente, propor uma AIJE, na qual os réus terão o prazo máximo de cinco dias (LC 64/1990, art. 22, I, “a”) para oferecer “ampla defesa”, fazendo juntada de documentos e rol de testemunhas que conseguir em período tão exíguo.

Flagrante, portanto, a desigualdade processual que o *Parquet* pretende preservar.

É inconcebível garantir a uma das partes na relação jurídica eleitoral a utilização de instrumentos de coleta de elementos probatórios de forma unilateral e sem a devida manifestação do interessado, principalmente porque no âmbito eleitoral já existem os meios processuais adequados, inclusive com a participação do interessado, sendo, portanto, mais condizente às peculiaridades que o próprio direito eleitoral tem como pressupostos fundantes.

Diante do exposto, é preciso ter presente que a paridade de armas entre as partes do processo ganha ainda maior relevância no âmbito da justiça especializada eleitoral, que prestigia a celeridade processual, mas carrega a obrigação insofismável de preservar o Estado Democrático de Direito, resguardando fundamentalmente o princípio da soberania popular, manifestado pelo sufrágio universal, que é o real legitimador do poder estatal.

Conclusão

A controvérsia sobre a (in)constitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997 representa um tema polêmico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacional, sendo, portanto, imprescindível promover uma análise sobre o assunto sob o prisma científico e específico do Direito Eleitoral.

E justamente sob esse enfoque é que o presente estudo ocupou-se de expor, sucintamente, as correntes de pensamento sobre o assunto, para então concluir que a norma em exame não restringiu o âmbito de prerrogativas inerentes ao Ministério Público, bem como não ostenta qualquer violação aos princípios da probidade, moralidade e combate ao abuso do poder econômico.

De fato, referida norma está em consonância com os preceitos constitucionais, convergindo para a concretização do princípio da isonomia (paridade de armas) no plano processual ao proibir a utilização de instrumentos investigatórios inadequados, abusivos e unilaterais, para a matéria eleitoral.

Assim, ao obstar o uso desses expedientes, foi assegurado exercício do contraditório e ampla defesa em um ramo de direito que, pelas características próprias, impõe um tratamento isonômico entre os litigantes, de forma peculiar.

A propósito, vale dizer que o processo eleitoral é regido por legislação especializada que se sobrepõe às regras comuns da hermenêutica cotidiana, já que concebida para preservar a igualdade entre os candidatos, assim como a normalidade e lisura das eleições.

Foi nesse contexto que o legislador criou o art. 105-A da Lei 9.504/1997, para estabelecer concretamente a óbvia incompatibilidade entre os institutos da Lei 7.347/1985 e a matéria eleitoral.

Tal restrição não é inconstitucional, porquanto não desrespeita os arts. 127 e 129, incisos I e III, da Constituição Federal, na medida em que a atuação do *Parquet* permanece assegurada pelos meios processuais adequados e já existentes na seara eleitoral, como é o caso da AIJE, tratada no art. 22, da LC 64/1990.

A investigação dos ilícitos eleitorais deve transcorrer de maneira transparente, célere, em ambiente processual de igualdade entre as partes e plena garantia de contraditório, sob pena de influir no resultado democrático das eleições, por meio da provocação de desequilíbrio entre os candidatos e/ou quebra da normalidade do certame eleitoral.

Compromete a garantia de tratamento processual igualitário a tolerância a privilégios processuais para aparelhar o *Parquet*, que podem desencadear julgamento moral apressado e nocivo à preservação da Democracia sem que o acusado tenha a oportunidade de apresentar seus argumentos de resposta à acusação.

Por isso, a preservação e aplicação efetiva do art. 105-A da Lei 9.504/1997 é providência relevante para o asseguramento da normalidade e da lisura das eleições, além de concretizar materialmente o cânone da isonomia, sob o prisma da paridade de armas em âmbito processual.

Referências

- AGRA, W. de M.; CAVALCANTI, F. Q. (2010). *Comentários à nova lei eleitoral: lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009*. Rio de Janeiro: Forense.
- BRASIL. (1985). *Lei nº 7.347, de 14 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7347orig.htm]. Acesso em 29 de agosto de 2015.
- _____. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm]. Acesso em 31 de agosto de 2015.
- _____. (1997). *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para eleições. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm]. Acesso em 30 de agosto de 2015.
- _____. (1997). *Emenda de Plenário nº 57, de 08 de julho de 1997*. Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos) e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que “estabelece normas para as eleições”. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: [<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=441616>]. Acesso em 30 de agosto de 2015.
- _____. (2009). *Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009*. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm]. Acesso em 30 de agosto de 2015.
- _____. (2013). Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4352*. Ministro Luiz Fux. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico, tomo 27, dia 08 de fevereiro de 2013. Disponível em: [<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3806925>]. Acesso em 28 de agosto de 2015.
- _____. (2013). Advocacia Geral Da União. *Manifestação na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4352*. Advogado-Geral Da União Luís Inácio Lucena Adams. Disponível em: [www.agu.gov.br/page/download/index/id/14124544]. Acesso em 28 de agosto de 2015.

- _____. (2014). *Portaria nº 499, de 21 de agosto de 2014*. Institui e regulamenta, no âmbito do Ministério Público Eleitoral, o Procedimento Preparatório Eleitoral (PPE). Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: [<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/123456789/53342/PORTARIA%20PGR-MPF%20N%C2%BA%20499-2014.pdf?sequence=2&isAllowed=y>]. Acesso em 29 de agosto de 2015.
- _____. (2014). Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Ordinário nº 4746-42.2010.604.0000*. Ministro Relator José Antônio dos Santos Dias Toffoli. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico, tomo 44, dia 06 de março de 2014, p. 37. Disponível em: [<http://www.tse.jus.br/sadJudSadpPush/ExibirPartesProcessoJud.do;jsessionid=1C69C35641CFB5921F79E29E573BED6B>]. Acesso em 31 de agosto de 2015.
- _____. (2015). Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 593727*. Ministro Relator Gilmar Mendes. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico, tomo 97, dia 22 de maio de 2015. Disponível em: [<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184>]. Acesso em 31 de agosto de 2015.
- _____. (2015). Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral nº 545-88.2012.6.13.0225*. Ministro Relator João Otávio de Noronha. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico, dia 04 de novembro de 2015, p. 15. Disponível em: [<http://inter03.tse.jus.br/sadpPush/ExibirPartesProcessoJud.do;jsessionid=A6TJV7PsL-5NaGRIDRNbUBkpv>]. Acesso em 22 de março de 2016.
- CERQUEIRA, T. T. P. de P. (2010). *Reformas eleitorais comentadas: Lei 12.034/2009*. São Paulo: Saraiva.
- DIDIER JÚNIOR, F. (2004). *Direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm. vol. 1.
- HERTEL, D. R. (2005). *Reflexos do princípio da isonomia no direito processual*. Disponível em: [<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18223-18224-1-PB.pdf>]. Acesso em 31 de agosto de 2015.
- JORGE, F. C.; RODRIGUES, M. A. (2014). A limitação à utilização do inquérito civil no direito eleitoral: a inconstitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 39, n. 235, p. 13-18.
- LEITE FILHO, J.; GUIMARÃES JÚNIOR, J. (2011). *Reforma Eleitoral*. Leme: Imperium.
- MARINONI, L. G. (2012). *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em: [<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>]. Acesso em 31 de agosto de 2015.
- NOGUEIRA, D. F. J. (2011). *E quando o Fiscal da Lei ignora a lei?* Disponível em: [<http://blex.com.br/index.php/2011/eleitoral/1533>]. Acesso em 30 de agosto de 2015.

- PELEJA JÚNIOR, A. V. (2010). *A proibição de procedimentos de ação civil pública no Direito Eleitoral*. Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/17545>]. Acesso em 01 de setembro 2015.
- PEREIRA, E. W. (2010). *Direito Eleitoral: Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais-Eleitorais*. São Paulo: Saraiva.
- PEREIRA, R. V. (2008). *Tutela coletiva no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- PIAUÍ. Tribunal Regional Eleitoral. *Representação nº 23-14.2015.6.18.000*. Juiz José Wilson Ferreira de Araújo Júnior. Teresina: Diário de Justiça Eletrônico, tomo 132, dia 22 de julho de 2015. Disponível em: [<http://www.tre-pi.jus.br/servicos-judiciais/acompanhamento-processual-e-push>]. Acesso em 26 de agosto de 2015.
- SALATA, L. S. M. *A inaplicabilidade da Lei nº 7.347/85 (lei da ação civil pública) nas representações eleitorais*. *Ballot*. Rio de Janeiro: UERJ. Volume 1 Número 1 Junho 2015. pp. 261-269. Disponível em: [<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot>].
- SANTOS, R. M. G. (2013). *Parecer na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4352*. Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130706-03.pdf]. Acesso em 01 de setembro de 2015.
- SILVA, J. A. de. (2013). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros.
- ZILIO, R. L. (2014). *Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à diplomação)*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico.