

Comentários sobre o precedente do TRE-RS (RE 231-44) – Integridade e coerência do Direito – Pós-positivismo à brasileira – Discricionariedade/ arbitrariedade interpretativa – De como não nos livramos do positivismo jurídico – E de como o esquema sujeito-objeto ainda nos persegue

Guilherme Rodrigues Carvalho Barcelos (EPD, Brasil)
guilhermebarcelosgrcp88@gmail.com

Rua dos Andradas, 1091, Sala 43
Centro Histórico 90020015
Porto Alegre, RS - Brasil

Abstract

On the proceedings of the Election Appeal no. 231-44 (Itaqui, in the state of Rio Grande do Sul), the Regional Electoral Court from Rio Grande do Sul concluded that the forbidden conduct of clause VII of Election Law Article 73 requires, attractively, that during the year of the election, there had been institutional advertising expenditure in excess, compared to the last three years immediately preceding the lawsuit, and not to the semesters. By majority of the votes, the agreement prevailed considering that, for purposes of Election Law Article 73, VII, the average of the last three years preceding the year of the lawsuit must be considered, since the legal instrument once mentioned does not make any mention of the semi-annual average. Therefore, in order to tutor, on the one hand, the legal security, the equality, the consistency and the integrity of the Law and, on the other hand, ensure the consistent interpretation regarding to the paradigm of the Democratic Rule of Law (which does/would not admit interpretative arbitrariness, neither the replacement of the legislation which was democratically constructed by the discretion of the performer-applier), it runs counter what the Superior Electoral Court (TSE) decided, in relation to the massively case in Brusque, in the state of Santa Catarina, the Regional Electoral Court of Rio Grande do Sul, by four votes in favor and three against, dismissed the action brought by the Public Prosecutors' Office and, sharply, dismissed the Electoral Representation which was once handled, dispelling, opportunely, the offense of the rule once alleged, contained in clause VII of Election Law Article 73 (9.504/97).

Keywords: Election Law; Public Expending; Legal Certainty

Resumo

Nos autos do Recurso Eleitoral n.º. 231-44 (Itaqui-RS), o Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul decidiu que a conduta vedada do inciso VII do artigo 73 da Lei das Eleições requer, à atração, que tenha havido, no ano eleição, gastos com publicidade institucional superiores à média dos três últimos anos imediatamente anteriores ao pleito, e não dos semestres. Por maioria de votos, prevaleceu o entendimento no sentido de que, para fins de incidência do art. 73, VII, da Lei das Eleições, deve ser considerada a média dos últimos três anos anteriores ao ano do pleito, uma vez que o referido dispositivo legal não faz menção à média semestral. Dessa forma, de modo a tutelar, de um lado, a segurança jurídica, a igualdade, a coerência e a integridade do Direito e, de outro, zelar por uma interpretação em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito (que não admite(ria) arbitrariedades interpretativas, tampouco a substituição da legislação democraticamente construída pela discricionariedade do intérprete-aplicador), na contramão do que acabou decidindo o TSE no rumoroso caso de Brusque-SC, a Corte Regional Eleitoral do RS, por quatro votos a três, negou provimento ao recurso interposto pelo MPE e, no ponto, julgou improcedente a Representação Eleitoral então manejada, afastando, por oportuno, a alegada transgressão à regra contida no inc. VII do art. 73 da Lei das Eleições (9.504/97).

Palavras-chave: Lei das Eleições; Gasto Público; Segurança Jurídica

Parecer

Nos autos do Recurso Eleitoral n.º. 231-44 (Itaqui-RS), o Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul decidiu que a conduta vedada do inciso VII do artigo 73 da Lei das Eleições requer, à atração, que tenha havido, no ano eleição, gastos com publicidade institucional superiores à média dos três últimos anos imediatamente anteriores ao pleito, e não dos semestres. Por maioria de votos, prevaleceu o entendimento no sentido de que, para fins de incidência do art. 73, VII, da Lei das Eleições, deve ser considerada a média dos últimos três anos anteriores ao ano do pleito, uma vez que o referido dispositivo legal não faz menção à média semestral. Assim, por quatro votos a três, vencido o Relator do feito, o Regional Eleitoral do RS negou provimento ao recurso do Ministério Público Eleitoral, julgando, neste ponto, improcedente a Representação Eleitoral na qual o órgão ministerial postulava a cassação dos diplomas dos candidatos eleitos nas eleições de 2012.

Na espécie, a questão de fundo recaiu sobre a prática, ou não, da conduta vedada consubstanciada na extrapolação dos gastos com publicidade institucional no ano de eleição (LE, art. 73, VII). O artigo 73, inciso II, da Lei n. 9.504/97 (na sua redação original) prevê(ia) que caracteriza(va) conduta vedada aos agentes públicos realizar, em ano de eleição, “despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a médias dos gastos nos últimos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição”. Logo, caberia saber, pois bem, se os candidatos representados, uma vez que candidatos à reeleição, teriam ultrapassado os limites legais, ou se, com vistas ao texto legal, o teriam respeitado, não havendo, nesta hipótese, falar em ilícitos dessa ordem.

Com efeito, o precedente em voga denotou que, no ano de 2009, foram gastos R\$ 166.551,43; em 2010 gastou-se o montante de R\$ 183.737,70; e em 2011 a despesa foi de R\$ 194.322,70, chegando-se ao gasto médio de R\$ 181.537,28 com publicidade institucional nos três anos anteriores ao pleito. Já no ano das eleições, 2012, as despesas liquidadas chegaram ao valor absoluto de R\$ 126.175,40. Vê-se, portanto, que as despesas com publicidade institucional no ano da eleição não superaram o valor bruto da média dos últimos três anos nem os gastos realizados no ano imediatamente anterior ao da eleição. Assim sendo, considerando que a norma, ou seja, o produto da interpretação, não está descolada do texto (o contrário seria arbitrariedade), que a interpretação não pode partir de um grau zero de sentido, que os então candidatos agiram pautados no texto legal, que o dispositivo legal resta(va) legitimado pela principiologia constitucional (logo, deveria ser aplicado) e que a jurisprudência desde há muito consolidada sufragava a mesma vertente inserta na lei ou no dispositivo legal, não haveria que se cogitar da prática da conduta vedada em comento, devendo, assim, ser julgada improcedente a Representação neste ponto. Isto é, de outra maneira: considerando que, na espécie, os candidatos, no ano da eleição (2012), dispenderam gastos com publicidade institucional inferiores ao que fora gasto no ano anterior (2011) e à média dos três últimos anos (2009, 2010 e 2011), não se verificaria a prática da conduta vedada em comento, porquanto a conduta narrada quedou-se perfeitamente amoldada aos limites semânticos do texto envolto ao inciso VII do artigo 73 da Lei das Eleições. A pretensão ministerial, assim, improcederia. E o respectivo apelo deveria, necessariamente, ser desprovido.

Contudo, *in casu*, amparado em recente decisão prolatada pelo Tribunal Superior Eleitoral (que pende de trânsito em julgado, registre-se), o MPE apresentou raciocínio diverso,

sustentando, dessa maneira, a existência de irregularidades no agir dos demandados. Tratou-se, por oportuno, o precedente do TSE, do Recurso Especial Eleitoral n°. 33645¹, originário do Município de Brusque-SC, Relator o Min. Gilmar Mendes. Segundo registrado, o artigo 73 da Lei n. 9.504/97, de regra, veda a realização de publicidade institucional nos três meses anteriores ao pleito (inciso VI, 'b'), permitindo, portanto, a realização de propagandas apenas no primeiro semestre do ano eleitoral. Por outro lado, o inciso VII limita os gastos com publicidade institucional à média dos três anos anteriores. Assim, segundo o voto vencido, “pela letra fria da lei, o dispositivo usaria medidas distintas para estabelecer um critério de igualdade: adotaria os gastos com publicidades realizadas no decorrer de doze meses para estabelecer um limite de despesas nos seis primeiros meses do ano eleitoral. Dessa forma, o candidato poderia concentrar no primeiro semestre do ano eleitoral toda a publicidade institucional realizada ao longo de um ano inteiro nos exercícios anteriores”. Tal interpretação, porém, nos termos do que fora consignado “ofende(ria) a própria finalidade da norma, que busca evitar o aumento da divulgação dos atos do governo no ano do pleito, impondo ao candidato a manutenção dos gastos médios realizados nos demais exercícios financeiros de sua gestão, para assegurar a igualdade entre os contendores”. Diante desta realidade, conseqüentemente, foi que o egrégio Tribunal Superior Eleitoral (no que esteve na iminência de ser acompanhado no âmbito da Corte Regional gaúcha) firmou entendimento no sentido de que a regra do art. 73, VII, da Lei n. 9.504/97, para além de limitar os gastos do ano eleitoral à média dos anos anteriores, viria a impor (onde?) a “observância de uma relação de proporcionalidade entre os gastos realizados”.

1. ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CONDUTA VEDADA. GASTOS EXCESSIVOS COM PUBLICIDADE INSTITUCIONAL NO PRIMEIRO SEMESTRE DO ANO DA ELEIÇÃO. ABUSO DE PODER POLÍTICO/AUTORIDADE. DESVIRTUAMENTO DA PUBLICIDADE INSTITUCIONAL NO PRIMEIRO SEMESTRE DO ANO DA ELEIÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. [...] 4. Conduta vedada e gastos com publicidade institucional: os gastos com publicidade institucional não podem ultrapassar a média dos três anos anteriores ou a do ano imediatamente anterior à eleição - art. 73, inciso VII, da Lei no 9.504/1997. A compreensão sistemática das condutas vedadas, que busca justamente tutelar a igualdade de chances na perspectiva da disputa entre candidatos, leva à conclusão de que, no primeiro semestre do ano da eleição, é autorizada a veiculação de publicidade institucional, respeitados os limites de gastos dos últimos três anos ou do último ano, enquanto, nos três meses antes da eleição, é proibida a publicidade institucional, salvo exceções (art. 73, inciso VI, alínea b, da Lei no 9.504/1997). Conseqüentemente, os gastos com publicidade institucional, no ano de eleição, serão concentrados no primeiro semestre, pois no segundo semestre, além das limitações, algumas publicidades dependem de autorização da Justiça Eleitoral. O critério a ser utilizado não pode ser apenas as médias anuais, semestrais ou mensais, nem mesmo a legislação assim fixou, mas o critério de proporcionalidade. O acórdão regional demonstra que os gastos no primeiro semestre de 2012 (R \$ 1.340.891,95 - um milhão, trezentos e quarenta mil, oitocentos e noventa e um reais e noventa e cinco centavos) representaram aproximadamente: 68% dos gastos realizados em 2011 (R\$ 1.958.977,91 - um milhão, novecentos e cinquenta e oito mil, novecentos e setenta e sete reais e noventa e um centavos), 24% a mais do que os realizados em 2010 (R\$ 1.079.546,97 - um milhão, setenta e nove mil, quinhentos e quarenta e seis reais e noventa e sete centavos) e 94% dos gastos do ano de 2009 (R\$ 1.415.633,93 - um milhão, quatrocentos e quinze mil, seiscentos e trinta e três reais e noventa e três centavos), o que dispensa maiores cálculos matemáticos acerca da evidente desproporcionalidade das despesas com publicidade institucional no primeiro semestre de 2012, a revelar quebra da igualdade de chances. Some-se a isso o fundamento ressaltado pelo acórdão regional de que “os números demonstram que os gastos em excesso foram bastante expressivos, superiores a 80% (oitenta por cento) do valor autorizado por lei, o que torna a conduta ainda mais grave” (fl. 356). [...] (TSE, Recurso Especial Eleitoral n. 33645, Acórdão de 24.3.2015, Relator Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: REPDJE - Publicado DJE, Tomo 73, Data 17.4.2015, Páginas 45-46 DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 72, Data 16.4.2015, Páginas 92-93.).

Em seu voto (RESPE nº. 33645), que vai parcialmente transcrito, o Min. Gilmar Mendes disse o seguinte, *verbis*:

“[...] Dispõe o art. 73, inciso VII, da Lei das Eleições ser proibido ao agente público realizar no ano da eleição “despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição”. A referida norma protege o princípio da igualdade de chances ou paridade de armas entre os contendores - candidatos, partidos políticos e coligações - entendido assim como a necessária concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, sem o qual fica comprometida a própria essência do processo democrático. O princípio da igualdade de chances entre os competidores, portanto, abrange todo o processo de concorrência, não estando, por isso, adstrito a uma fase específica. É fundamental, por isso, que a legislação que disciplina o sistema eleitoral, a atividade dos partidos políticos e dos candidatos, o seu financiamento, o acesso aos meios de comunicação, o uso de propaganda governamental, etc. não negligencie a ideia de igualdade de chances, sob pena de a concorrência entre agremiações e candidatos tornar-se algo ficcional, com grave comprometimento do próprio processo democrático. A compreensão sistemática das condutas vedadas, que busca justamente tutelar aquela igualdade de chances na perspectiva da disputa entre candidatos, leva à conclusão de que, no primeiro semestre do ano da eleição, é autorizada a veiculação de publicidade institucional, respeitados os limites de gastos dos últimos três anos ou do último ano, enquanto, nos três meses antes da eleição, é proibida a publicidade institucional, salvo exceções (art. 73, inciso VI, alínea b, da Lei nº 9.504/1997). Consequentemente, portanto, os gastos com publicidade institucional, no ano de eleição, serão concentrados no primeiro semestre, pois no segundo semestre, além das limitações, algumas publicidades dependem de autorização da Justiça Eleitoral. Por isso, o critério a ser utilizado não poder ser apenas as médias anuais, semestrais ou mensais, nem mesmo a legislação assim fixou, mas o critério de proporcionalidade, evitando, à guisa de exemplificação, que o gestor público gaste, no primeiro semestre do ano da eleição, muito além das despesas do ano anterior, em desrespeito ao princípio da igualdade de chances. Não se trata de interpretar extensivamente norma restritiva de direito (condutas vedadas), pois não se está restringindo situação fática não prevista em lei, mas apenas buscando a finalidade da norma. Para Carlos Maximiliano, “deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”. De fato, constituiria verdadeiro absurdo flagrante violação da ideia de igualdade de chances, pensar que a finalidade da legislação eleitoral é vedar gastos que excedam apenas a média anual, sabendo-se, de antemão, que a Lei das Eleições impõe diversas restrições à publicidade institucional no segundo semestre em que haverá disputa eleitoral. [...]”

E disse mais, por derradeiro, para o efeito de afastar eventual alegação de mudança abrupta de jurisprudência no caso em liça, *ipsis literis*:

“[...] Não se argumente, ademais, que há mudança radical de jurisprudência sobre o critério para a verificação dos gastos com publicidade institucional. De fato, além de não existir jurisprudência consolidada sobre o tema no TSE, o precedente referido no acórdão regional,

Ag n° 2.5061SP, rel. Mm. Fernando Neves, julgado em 12.12.2000, realmente utilizou o critério anual, mas ressaltou que “o acórdão regional não registra que a concentração da propaganda institucional foi feita com o intuito de indevidamente influir na campanha eleitoral”. No caso concreto, isso é evidente, pois houve nítido desvirtuamento da publicidade institucional, conforme se observará adiante. Da mesma forma, no julgamento do AgR-REspe no 476-861SC, rel. Min. Dias Toffoli, em 27.3.2014, este Tribunal utilizou o critério anual, mas ressaltou no tocante à média semestral: “ainda que se considerasse tal critério de proporcionalidade, de 11,61% do limite semestral. [...]”.

Pois bem. À luz dessas balizas argumentativas (e não interpretativas/ hermenêuticas, conforme demonstraremos a seguir), e seguindo o que fora decidido pelo TSE no caso de Brusque-SC, o relator do feito regional em análise acolheu a tese ministerial, dando provimento à respectiva irresignação sob o argumento de que “Retomando a análise dos fatos, tendo como norte esse critério de proporcionalidade, os gastos no ano de 2012 (R\$ 126.175,40) equivalem a 69% da média de gastos com publicidade nos três anos anteriores ao pleito (R\$ 181.537,28) e 64% das despesas equivalentes no ano de 2011. Evidente, portanto, a não observância da proporcionalidade imposta pelo artigo 73, VII, da Lei n. 9.504/97, a justificar a imposição de sanção também por descumprimento desse inciso”. Dessa maneira, a representação foi julgada procedente e o candidato sancionado nos termos do §4º do artigo 73 da LE, justamente em razão do dito critério de proporcionalidade (que não está posto na legislação) e da falada finalidade da norma (*sic*), que residiria em tutelar a igualdade de oportunidade entre os candidatos. O voto foi acompanhado por três juízes do TRE-RS, que sufragaram o mesmo entendimento.

Sobreveio, entretanto, competente divergência que, ao final e ao cabo, veio a conduzir o julgamento do importante caso sob debate. Dos votos divergentes que formaram a maioria (quatro votos a três), duas manifestações acabaram se sobressaindo. Primeiramente, para o efeito de negar provimento ao apelo ministerial, o eminente juiz eleitoral Dr. Leonardo Tricot Saldanha, apesar de reconhecer o (suposto) acerto da tese sufragada pelo TSE e também pelo relator, em prol da segurança jurídica, da coerência do direito e da igualdade que deve nortear as interpretações jurídicas como um direito fundamental do jurisdicionado, consignou o seguinte, *verbis*:

“[...] essa nova interpretação, invocada pelo órgão ministerial com base na recente decisão do Tribunal Superior Eleitoral, conduz à alteração significativa na jurisprudência desta Corte, que até então adotava os gastos com publicidades realizadas no decorrer de doze meses para aferir a extrapolação do limite de despesas nos seis primeiros meses do ano eleitoral. [...]. Em outros julgamentos em que este Tribunal decidiu pela inovação de interpretação muito significativa, como a que ora se apresenta, concluiu pela modulação da consequência concreta do novo posicionamento, não punindo diretamente a parte, solução que parece ser razoável adotar na hipótese dos autos. Cito, como referência, o acórdão no REC 136258, de relatoria do Des. Federal Otávio Roberto Pamplona, julgado na sessão de 24.9.2014, em que o Tribunal decidiu pela ausência de sancionamento devido à alteração do entendimento até então adotado em casos análogos, em preservação da segurança jurídica e da boa-fé processual: [...]. No referido julgado, esta Corte entendeu que a parte não deveria ser punida porque haveria uma surpresa decorrente da alteração de entendimento, mostrando-se adequado aplicar ao caso concreto a mesma conclusão. [...]. Considero que essa inovação interpretativa deve guiar as nossas interpretações futuras pra outros casos, mas não quando esses gastos

foram feitos ao tempo em que esse entendimento não era adotado pela jurisprudência, pois a regra não era clara para os administradores públicos naquele determinado momento em que a conduta vedada ocorreu. Com essas considerações, acompanho parcialmente o Relator e VOTO pelo desprovimento do recurso do Ministério Público Eleitoral”.

Neste contexto, não menos relevante foi a manifestação desencadeada pelo Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, que, apesar de extensa, merece a devida transcrição, senão vejamos:

“[...] Sra. Presidente. Eu também fiquei com séria dúvida com relação à nova tese jurisprudencial. E na verdade não é nem em relação ao princípio da não surpresa e da boa-fé, é mesmo uma questão do meu ponto de vista, mais semiótico, ou semiológico mesmo; é que eu não consigo enxergar no texto do artigo 73, inciso VII, as expressões semestralidade e proporcionalidade, elas não estão no texto, o texto é claro, fala em três últimos anos e não faz a mínima referência a essa possibilidade de cindirmos esse período. Ocorre que o texto é fundamental para a interpretação, embora não se confundam texto e norma, o texto não pode ser ignorado pelo intérprete. Tem um trabalho fantástico do Humberto Eco - Eco é um semiólogo; na verdade, ele travou um debate com o Derrida, Jacques Derrida, e ele defendia que toda interpretação tem limites. Cada um com seus argumentos, mas havia um consenso de que a interpretação tem limites no texto, o texto, ele precisa ser ouvido - Eco dizia -, o intérprete precisa deixar o texto falar, precisa ouvir o texto para depois se manifestar. O intérprete nunca é livre na sua interpretação, toda interpretação então tem limites, um dos limites é justamente o limite semântico do texto, não tem essas expressões. Há um problema legislativo aqui, não de interpretação. A interpretação é de certa forma arbitrária, ela vai além do texto; ainda que o texto possa receber várias interpretações - Eco mesmo disse que o texto se submete a todo tipo de interpretação - ele precisa falar, ele precisa se manifestar. A interpretação do Ministro Gilmar, Humberto Eco chamaria de intencionalista. Por que intencionalista? Porque ele enfoca no autor, na intentio auctoris, ou na soberania do leitor, na intentio lectoris, buscando a real intenção do texto, a intentio operis; eu acho que foi longe demais a interpretação do ministro Gilmar, que pese respeitável, o ministro Gilmar é uma referência mesmo. Mas nós precisamos ser humildes, enquanto leitores, para ouvir o texto. Humberto Eco condena a superinterpretação. O que ele chama de superinterpretação? É justamente desrespeitar o limite do texto; se o texto fala, e de fato permite uma infinidade de interpretações no seu contexto, o autor empírico deve silenciar. O que não significa que não possa agir como leitor modelo, diz Eco, ou mesmo admirar leituras diversas do seu próprio texto. Assim, resumidamente, eu também vou pedir vênia ao eminente relator para negar provimento ao recurso ministerial, acho que o texto não acomoda essa respeitável compreensão”.

Dessa forma, conclusivamente, de modo a, de um lado, tutelar a segurança jurídica, a coerência e a igualdade e, de outro, uma interpretação em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito (que não admite(ria) arbitrariedades interpretativas, tampouco a substituição da legislação democraticamente construída pela discricionariedade do intérprete-aplicador), na contramão do que acabou decidindo o TSE no rumoroso caso de Brusque-SC (que pende de trânsito em julgado, reitere-se), a Corte Regional Eleitoral do RS, por quatro votos a três, negou provimento ao recurso interposto pelo MPE e, no ponto, julgou

improcedente a Representação Eleitoral então manejada, afastando, por oportuno, a alegada transgressão à regra contida no inc. VII do art. 73 da Lei das Eleições (9.504/97).

Recebido em: 03/12/2015

Aceito em: 17/12/2015

Como citar

BARCELOS, Guilherme Rodrigues Carvalho. **Comentários sobre o precedente do TRE-RS (RE 231-44) – Integridade e coerência do Direito – pós-positivismo à brasileira – Discricionariedade/arbitrariedade interpretativa – De como não nos livrarmos do positivismo jurídico – E de como o esquema sujeito-objeto ainda nos persegue**. *Ballot*. Rio de Janeiro: UERJ. Volume 1 Número 2 Setembro/Dezembro 2015. pp. 229-237. Disponível em: [<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot>]



A Revista *Ballot* está licenciada sob uma licença Creative Commons Atribuição - Não Comercial - Compartilha Igual 3.0 Não Adaptada.