

Rio Azuis

O Azuis, menor rio do Brasil, fica no município de Aurora do Tocantins, mais precisamente no Povoado dos Azuis, próximo à divisa com Taguatinga, região sudeste do Estado.

É considerado rio por ter a extensão de 143 metros e derramar 0,5 m³ de água por segundo. Supõe-se que a água do Azuis, cristalina e morna, vem de uma caverna. Dois olhos d'água brotam de um barranco e formam um lago de um azul encantador, enchendo os olhos do visitante. O menor rio do país está em cima de uma rocha de calcário e sua profundidade, fora do período de chuva, não ultrapassa 1,7 metro. O acesso pode ser feito pela TO-050 sentido Arraias, ou pela TO-110 sentido Taguatinga.

A partir da nascente são formadas duas grandes piscinas naturais. Na primeira delas há uma pequena represa e uma bananeira, formando um belíssimo cenário. Logo à frente dessa pequena barreira, forma-se uma segunda piscina, na qual o visitante tem acesso através de alguns degraus de uma escada construída a sua margem ou descendo pelo próprio rio.

O rio Azuis deságua no rio Sobrado, que também recebe a Cachoeira do Registro, outro atrativo da região. O encontro das águas calmas, mornas e cristalinas do rio Azuis com a água barrenta, de correnteza forte e gelada do rio Sobrado é um espetáculo a parte. Os rios são perpendiculares e, no ponto de encontro, é possível visualizar nitidamente a divisão entre os dois. Além disso, quem consegue se posicionar nesse ponto de encontro e mistura, experimenta a sensação indescritível de ter, ao mesmo tempo, parte do corpo mergulhado numa água morna, e parte numa água gelada.

Às margens do rio Azuis podem ser saboreados deliciosos pratos regionais, especialmente galinha caipira, carne de sol e moqueca de peixe.

Por **Marisa Batista Alvarenga Webler**



Capim Dourado (capa) (syngonanthus s.p)

O Capim dourado é uma espécie de gramínea de nome científico (syngonanthus s.p), existente apenas no Brasil. Foi descoberto pelos Índios do norte de Goiás, hoje Estado do Tocantins. De rara beleza é utilizado para produção de artesanato.

Sua principal característica é a cor que lembra o ouro. Constitui-se de uma roseta de haste dourada, prolongada na forma de uma flor que só pode ser colhida entre 20 de setembro e o início das chuvas no mês de novembro, quando suas hastes estão secas e douradas.

A principal localidade onde iniciou a produção artesanal foi o Povoado do Mumbuca, um vilarejo de comunidade quilombola localizado no município de Mateiros, região do Jalapão. Visando a sustentabilidade ambiental, econômica e social da região, não é permitida a saída do material "in natura", mas somente peças já produzidas pela comunidade local.

A tradição do artesanato foi passada de geração em geração pelas mãos da artesã Guilhermina Ribeiro da Silva, a dona Miúda (in memoriam), que contava que sua mãe aprendeu a técnica para a confecção do artesanato com os índios. Hoje, após a introdução de cursos de designer, são confeccionados bolsas, cintos, pulseiras, artigos de decoração e outros.

O artesanato, derivado do capim dourado e bastante admirado por turistas foi mostrado pela primeira vez a um grande público em 1993, na Feira de Folclore, Comidas Típicas e Artesanato do Tocantins - FECOARTE, que acontece em Palmas. Hoje, pode ser encontrado em todo o Brasil e no exterior.



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL Tocantins

Revista Jurídica TRE-TO

Ano 5 n° 1 jan/jun 2011

REVISTA JURÍDICA - TRE-TO

Ano 5

Número 1

jan/jun 2011



**TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
TOCANTINS**

Revista Jurídica TRE-TO

ISSN 2176-9710

Palmas	ano. 5	n.1	p. 89	jan/jun 2011
--------	--------	-----	-------	--------------

© 2011 Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins
Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.
Disponível também em: <<http://www.tre-to.jus.br>>

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA

Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins
Coordenadoria de Gestão da Informação
202 Norte, Av. Teotônio Segurado, Conj 01, Lotes 1 e 2, Plano Diretor Norte
- PALMAS – TO CEP: 77.006-214 / CAIXA POSTAL 181 / Tel.: (63) 3216-
6838 Fax: (63) 3216-6838
<<http://www.tre-to.jus.br>>
E-mail: sedip@tre-to.gov.br

COMISSÃO EDITORIAL

Francisco Gomes - Presidente
Jacinta Brito Tavares
José Eudacy Feijó de Paiva
Maria do Carmo Barbosa
Maria Zita Rodrigues Vilela Dias
Marisa Batista Alvarenga Webler
Regina Bezerra dos Reis
Renato Alves Gomes
Sandro Mascarenhas Neves
Saulo Gomes da Rocha

Editoração/Diagramação: Seção de Editoração e Publicações / COGIN / SJJ
Capa: Maria do Carmo Barbosa

Tiragem: 800 exemplares

Os artigos foram inseridos de acordo com as notas dos próprios autores

Revista Jurídica do TRE-TO / Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins
a. 5, n. 1 (jan/jun). Palmas: TRE-TO, 2011.

Semestral

ISSN 2176-9710

1. Direito Eleitoral – periódicos I. Tocantins. Tribunal Regional Eleitoral.
CDU 342.8(811.7)(05)

Pleno do TRE-TO

MEMBROS EFETIVOS

MARCO VILLAS BOAS
Desembargador Presidente

JOSE DE MOURA FILHO
Desembargador Vice-Presidente

MARCELO ALBERNAZ
Juiz Federal Corregedor

FRANCISCO GOMES
Juiz de Direito Vice-Corregedor

JOSE RIBAMAR MENDES JUNIOR
Juiz de Direito Ouvidor

PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL

RODRIGO LUIZ BERNARDO SANTOS

DIRETOR-GERAL DA SECRETARIA

FRANCISCO ALVES CARDOSO FILHO

Sumário

DOCTRINA

- A Modulação Temporal dos Efeitos no Controle Concentrado de Constitucionalidade no Brasil 09
- Soluções para os Conflitos entre a Administração Pública e o Cidadão 31
- O Voto Secreto no Poder Legislativo e o Estado Democrático de Direito..... 39

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

- RvE - Autos nº 26-56.2011.6.27.0000..... 53

JURISPRUDÊNCIA

Decisões Colegiadas (Acórdão / Inteiro Teor)

- AP – Autos nº 103 – Corrupção Ativa Eleitoral..... 57
- RE – Autos nº 189-70.2010.6.27.0001 – Investigação Judicial Eleitoral..... 65

A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Maria da Vitória Costa e Silva, Cargo Técnico Judiciário do TRE-TO, Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho (Unitins), Direito Civil e Processual Civil (Unitins), Direito Constitucional (LFG/UNIDERP), Direito Tributário (LFG/UNIDERP), e-mail: mavit@pop.com.br ou vitoria@tre-to.jus.br

RESUMO

A Constituição é a lei máxima no Estado Democrático de Direito cuja normatividade e eficácia requer um modelo jurisprudencial contemporâneo que proporcione igualdade material, preservação dos direitos fundamentais e respeito à dignidade da pessoa humana. A aplicação da modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade constitui importante instrumento jurídico à disposição do hermeneuta constitucional, com vista a administrar os efeitos das leis infraconstitucionais declaradas nulas, devendo ser manipulado com “larga dose de discricionariedade e razoabilidade, ponderando interesses em disputa”. É com este propósito que a modulação deve ser concretizada no controle de constitucionalidade brasileiro, como será demonstrado neste trabalho.

Palavras-chave: Hermenêutica. Constituição. Novos Paradigmas. Modulação. Interpretação.

INTRODUÇÃO

Um Estado soberano e democrático tem como lei máxima a sua Constituição que mesmo dotada de supremacia necessita de um instrumento para protegê-la dos abusos e violações cometidos por parte do legislador ordinário, das demais autoridades públicas, melhor esclarecendo, dos Poderes do Estado. Esse mecanismo de proteção é o controle de constitucionalidade, cujo pré-requisito para a sua existência deverá repousar na Supremacia da Constituição.

Daí, a importância da preservação das normas constitucionais e do surgimento de um instrumento (controle de constitucionalidade) que objetiva evitar a proliferação de normas inconstitucionais.

No Brasil, o controle concentrado para fiscalizar a constitucionalidade das leis ou atos normativos compete ao Supremo Tribunal Federal, o qual “atua como legislador negativo, não podendo converter seu *múnus* em instrumento de *legiferação positiva*”, ou seja, a Suprema Corte não pode legislar, atuar como constituinte originário.

¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2007, pág. 148.

Não obstante, embora o STF atue como legislador negativo, não se pode desprezar a importância de seu papel como intérprete constitucional, pois sua atuação tem o desafio de dar concretude e realizar “a pretensão de eficácia” dessa Norma Fundamental.

A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia², ficando a cargo do **intérprete constitucional** a responsabilidade de sua concretização.

A partir do novo modelo hermenêutico constitucional que culminou com a normatização da Constituição, o intérprete assumiu um papel de destaque, pois do seu trabalho depende a segurança e consolidação do respeito às normas insculpidas na “Carta Magna”.

Com essas observações preliminares, este trabalho visa apreciar a modulação temporal dos efeitos no controle concentrado de constitucionalidade no Brasil.

A primeira parte aborda os novos paradigmas da hermenêutica constitucional que deixou para trás um modelo centrado na interpretação do Parlamento, para valorizar o papel do Judiciário como intérprete constitucional.

Num segundo momento, em breve síntese, a atenção se volta para a teoria da hermenêutica constitucional de Peter Häberle³, precisamente, o que vem a ser “a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” e sua importância para a normatividade constitucional.

Após, o estudo prossegue dando um giro em torno da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, chegando-se à modulação temporal dos efeitos da decisão de nulidade no controle concentrado de constitucionalidade, discorrendo sobre sua importância, aplicação e limites no direito brasileiro.

1. MARCOS TEÓRICOS DEMARCADORES DAS MUDANÇAS DE PARADIGMAS CONFERIDOS À NORMA CONSTITUCIONAL

Na inconfundível capacidade de analisar a contextualização histórica do novo direito constitucional brasileiro, Luís Roberto Barroso⁴ afirma que esse vive um momento virtuoso ocasionado pelas mudanças de paradigmas ocorridas em sua elaboração científica e da prática jurisprudencial, passando a ser premissa da Constituição o reconhecimento de sua “força normativa”. Essas transformações, segundo o respectivo autor, redefiniram a posição da Constituição na ordem jurídica brasileira. Assim, o Código Civil, nas últimas décadas, foi perdendo sua posição de preeminência, passando a Constituição a

² Konrad Hesse. *A força normativa da constituição (DIE normative Kraft der Verfassung)*. Tradução Gilmar Mendes. PORTO Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição - contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 339.

ocupar o centro do sistema, funcionando como um filtro à ordem jurídica, de modo a realizar os valores nela consagrados.

Na ordem jurídica atual, as normas constitucionais têm supremacia constituindo valores primordiais à preservação dos direitos fundamentais e ao respeito à dignidade da pessoa humana. Todo esse processo foi fortalecido no decorrer dos tempos, conforme leciona o eminente professor Luís Roberto Barroso:

O direito público brasileiro sofreu o influxo de um conjunto amplo de transformações, que tiveram como marco histórico, entre nós, a constituição de 1988; como marco filosófico, o pós-positivismo; e como marco teórico, três mudanças de paradigma: a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional.⁵

Nos itens que se seguem, encontra-se uma síntese da abordagem desses paradigmas, na visão delineada pelo professor Barroso.

1.1. “A força normativa da Constituição”

Com as grandes mudanças de paradigmas ocorridas ao longo do século XX, a norma constitucional ganhou *status* de norma jurídica, superando o modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Não se reconhecendo ao Poder Judiciário, daquela época, qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. Contudo, na Alemanha, a partir da década de 50 do século XIX, esse quadro alterou-se e alguns países da Europa passaram a reconhecer a força normativa da Constituição. No Brasil, a ideia de que a Constituição era uma norma jurídica, dotada de aplicabilidade direta e imediata, só se consolidou com a vigência da Constituição de 1988.

Atualmente, essa nova realidade, passou a ser premissa do estudo do direito Constitucional: o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições.

1.2. “A expansão da jurisdição constitucional”

Diferente do modelo de supremacia do Poder Legislativo que vigorou na maior parte da Europa, antes de 1945, a partir do final da década de 40, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana no postulado da supremacia da Constituição, sendo adotado por alguns países europeus um modelo próprio de controle de constitucionalidade. No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana de 1891.

⁵ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.*

A ação direta destinada ao controle por via principal (abstrato e concentrado) foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Com a Constituição de 1988 ampliou-se o direito de propositura, bem como a criação de novos mecanismos de controle concentrado.

1.3. “A reelaboração doutrinária de interpretação constitucional”

Diante da nova maneira de se conceber o direito constitucional, visto como força normativa, a hermenêutica jurídica, de uma maneira geral, passou a dar uma nova roupagem ao direito constitucional ao interpretá-lo. Enfim, um conjunto vasto e heterogêneo de fatores influenciou, decisivamente, o modo como o direito constitucional é pensado e praticado. Foram afetadas premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação tradicional - inclusive e notadamente quanto ao papel da *norma*, suas possibilidades e limites - do *problema* a ser resolvido e da importância da realidade fática na produção da norma concreta e do *intérprete*, sua função e suas circunstâncias. Nesse ambiente, ao lado dos elementos tradicionais de interpretação jurídica e dos princípios específicos de interpretação constitucional delineados ao longo do tempo, foram descobertas novas perspectivas e desenvolvidas novas teorias.

Ao reportar-se à importância da interpretação constitucional Konrad Hesse⁶ externaliza sua contribuição nos seguintes termos:

(...) a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se configura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade.

⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (DIE normative Kraft der Verfassung)*. Tradução Gilmar Mendes. PORTO Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.

A interpretação é vista dessa forma por Konrad Hesse porque a Constituição tem força ativa para mudar a realidade⁷.

Para Hesse, a força normativa de uma Constituição depende da chamada “vontade de constituição” (que vem a ser a disposição dos indivíduos de orientar a própria conduta segundo a ordem estabelecida na Lei Maior).

Inferese desse contexto que, o antigo modelo de ver a Constituição de lugar a “Constitucionalização do Direito e a Judicialização das Relações Sociais e Políticas”⁸, conferindo ao intérprete constitucional uma postura pró-ativa, assentando seu compasso na utilização de princípios e regras, concretizando-os.

Luís Barroso, no fechamento de sua exposição, conclui que nessa perspectiva pós-positiva do Direito, pode-se conferir que constituem ideias essenciais a normatividade dos princípios: **a ponderação de valores** (raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de maior objetividade, incluindo a seleção das normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos) **e a teoria da argumentação** (cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípios e conceitos indeterminados que envolvem o exercício de discricionariedade por parte do intérprete, o qual demonstra de forma racional que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional).

No Brasil, como já exposto, “o guardião da Constituição é o Supremo Tribunal Federal”, o qual, na função de intérprete constitucional, tem competência para dar o veredicto final quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do direito infraconstitucional em face da “Carta Magna”, delimitando a extensão dos efeitos de seus acórdãos. O seu papel não se restringe somente a declarar a nulidade da norma, mas dizer qual a extensão de seus efeitos.

Essa responsabilidade do STF torna-se mais desafiadora quando a observação é lançada sobre uma Constituição extensa e analítica como no caso da Constituição Federal de 1988. Contudo, a interpretação constitucional logrará excelentes êxitos, como reitera Luiz Roberto Barroso⁹, quando se assentar em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto.

⁷ HOLTHE, Leo Van. *Direito Constitucional*. Bahia: JusPODIVM, 2009, págs. 32.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 384/385.

O relevante trabalho do hermenêuta constitucional pode tornar mais produtora quando nesse processo estiverem envolvidas todas as forças da comunidade política, estatais ou não estatais, da forma preconizada por Peter Häberle¹⁰, cuja demonstração pode ser conferida no próximo tópico.

2. OS INTÉRPRETES CONSTITUCIONAIS NA VISÃO DE PETER HÄBERLE

A interpretação constitucional na visão de Peter Häberle¹¹ “não é um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política”, estatais ou não estatais.

Nas lições de Häberle a Constituição é Culturalista, significa dizer que a Constituição deve representar as manifestações culturais da sociedade.

Rafael Caiado Amaral¹² explica que “para Peter Häberle, a Constituição é um contínuo processo de interpretação e atualização do texto constitucional, promovida por todos aqueles que fazem o meio no qual está inserido”. Exatamente, chegando a essa conclusão, enfatiza que o constitucionalista alemão formulou a obra “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten).

Para Häberle, em uma sociedade aberta, vários são os legitimados da interpretação constitucional, existindo os legitimados em sentido lato e os legitimados em sentido estrito.

Assim, expõe:

Em sentido lato, intitulados “pré-intérpretes”, são legitimados todos os cidadãos e grupos; órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública. Assim, todos os grupos sociais de um modo geral “representam forças produtivas de interpretação”. Asseverando que “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”.

Em sentido estrito, a atividade interpretativa fica sob a responsabilidade dos agentes tradicionalmente legitimados a produzir o entendimento sobre a norma (Poder Judiciário, Legislativo etc).

A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, vista por Häberle, “os juízes constitucionais não participam de forma isolada deste processo, sofrendo

¹⁰ HÄBERLE. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição - contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor.

¹¹ *Idem*

¹² AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional – Alcance Doutrinário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2004.

influências dos intérpretes lato de modo a colher as informações necessárias à obtenção de um resultado mais justo e razoável”.¹³

Explica Rafael Caiado¹⁴:

*Esses “novos” legitimados são **participantes** do processo lato de interpretação constitucional, o qual se afunila com a decisão da Corte Constitucional. Assim, os juízes constitucionais já não interpretam de forma isolada no processo constitucional. Há, portanto, uma ampliação das formas de participação mediante a dilatação do rol de participantes no referido instrumento. Imaginemos um funil, onde a abertura superior e maior representa a gama de interpretações sobre uma determinada matéria, formuladas pelos diversos legitimados. À medida que o processo se desenvolve, percebe-se que o número de interpretações diminuem. Muitas são reformuladas, outras se fundem. Há um verdadeiro processo de liquidação dessas interpretações até aquela matéria naquele momento certo e definido. Isto é o reflexo da sociedade plural, formada por diversos grupos de interesses que interpretam os fatos da vida muitas vezes de forma diversa, mas que se toleram e que, por meio do diálogo e da persuasão racional convivem harmoniosamente. Essa liquidação das interpretações representa o dissenso e a contínua renovação e atualização da Constituição dentro da publicidade. O rol ampliado de intérpretes possibilita ao juiz constitucional analisar com maior substrato, o texto constitucional, o que lhe permitirá decidir de forma mais adequada e legítima. In casu, são trazidas para o processo suas verdadeiras necessidades, ampliando, assim, as possibilidades de decisão em virtude dos vários pontos de vista e de interpretações...A participação da sociedade aberta no processo hermenêutico-constitucional confere à jurisdição constitucional uma maior legitimidade. As decisões serão mais legítimas à medida que se aumente a participação dos interessados no procedimento que, porém, deve se dar de forma racional e organizada.*

Depreende-se da teoria de Häberle, a necessidade de uma nova mudança de paradigma. A interpretação constitucional que esteve ou ainda está vinculada a uma sociedade fechada, conferindo legitimidade da hermenêutica constitucional somente aos juízes e partes diretamente envolvidas no processo, deverá fechar essa página e abrir novos horizontes para uma teoria da interpretação constitucional efetiva, trazendo para o processo hermenêutico constitucional todos os grupos sociais que fazem parte da realidade da Constituição. Essas contribuições dos intérpretes constitucionais farão com que as decisões judiciais sejam mais justas, coerentes e propulsoras da verdadeira efetividade dos direitos fundamentais e realização da dignidade da pessoa humana.

¹³ SILVA JÚNIOR, Antônio Soares. *A hermenêutica constitucional de Peter Häberle. A mudança do paradigma jurídico de participação popular no fenômeno de criação/interpretação normativa segundo a teoria concretista*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1208, 22 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/970>>

¹⁴ AMARAL, Rafael Caiado. *Breve ensaio acerca da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle*. Brasil, 2006. disponível em <www.ihj.org.br> .

Nesse sentido, nunca é demais trazer à lume os ensinamentos de Luís Roberto Barroso¹⁵ que muito tem contribuído com essa nova hermenêutica constitucional no Brasil. Assim, assevera referido mestre:

O juiz não pode ignorar o ordenamento jurídico. Mas, com base em princípios constitucionais superiores, poderá paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar-lhe novo sentido, sempre que possa motivadamente demonstrar sua incompatibilidade com as exigências de razoabilidade e justiça que estão sempre subjacentes ao ordenamento. Jamais deverá o magistrado se conformar com a aplicação mecânica da norma, eximindo-se de sua responsabilidade em nome da lei – não do direito! –, supondo estar no estrito e estreito cumprimento do dever. Sem essa percepção mais aguda, estará sujeito à crítica devastadora de Plauto Faraco de Azevedo: “Preso a uma camisa de força teórica que o impede de descer à singularidade dos casos concretos e de sentir o pulsar da vida que neles se exprime, esse juiz, servo da legalidade e ignorante da vida, mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega. Negando-a, abre caminho para o desassossego social e a insegurança jurídica”.

A interpretação constitucional no caso brasileiro tem evoluído no decorrer dos tempos. O Supremo Tribunal Federal, como Corte Suprema e guardião de nossa Constituição, através de audiências públicas, da participação do *amicus curiae*, dentre outras participações de grupos sociais, tem remodelado a posição interpretativa de seus acórdãos dando maior efetividade às normas constitucionais, principalmente, ao aplicar as técnicas da interpretação conforme a Constituição, da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, da declaração de constitucionalidade e lei ainda constitucional, bem como da modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, objeto deste estudo. Porém, nem sempre foi assim, como pode ser verificado ao se fazer uma breve retrospectiva sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, até se chegar ao fenômeno jurídico da aplicação da modulação de efeitos nas suas decisões.

3. A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

3.1 Constituição de 1824

Afirma Gilmar Mendes¹⁶ que a Constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle constitucional. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição”. Vigorava a soberania do

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional, Inocência Mártires coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco – 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 1033/1034.*

Parlamento, não havia lugar para o mais incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade.

3.2 Constituição de 1891

A partir da Constituição Republicana de 1891, sob a influência do direito norte-americano, consagra-se no direito brasileiro a técnica, mantida até a CF/88, do controle de constitucionalidade de lei ou ato com indiscutível caráter normativo (desde que infraconstitucionais) por qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência e organização judiciária. Trata-se do denominado **controle difuso** de constitucionalidade, repressivo, posterior ou aberto, pela via de exceção ou defesa, pelo qual a declaração de inconstitucionalidade se implementa de modo incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao mérito.¹⁷

3.3 Constituição de 1934

A **Constituição de 1934**, mantendo o sistema de controle difuso, estabeleceu, além da **ação direta de inconstitucionalidade interventiva**, a denominada **cláusula de reserva de plenário** (a declaração de inconstitucionalidade só poderia ser pela **maioria absoluta** dos membros do tribunal) e a atribuição ao **Senado Federal** de competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional por decisão definitiva¹⁸.

3.4 Constituição de 1937

A Constituição de 1937 representou um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora tenha preservado o controle judicial difuso, o poder constituinte usurpado enfraqueceu muito a competência do Judiciário relativamente à declaração de inconstitucionalidade das leis. O Presidente da República tinha poderes para submeter novamente ao Parlamento a lei já declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. Com a confirmação, pelo Parlamento, da legitimidade da norma, esta voltaria a ser aplicada, desconsiderando-se a decisão do Judiciário em sentido contrário. Nessa Constituição o mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. Deixou de constar do texto constitucional, também, a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a representação interventiva.¹⁹

3.5 Constituição de 1946

Essa constituição, “fruto do movimento de redemocratização e reconstituição instaurado no País, flexibilizou a hipertrofia do Executivo, restaurando a tradição do sistema de controle de constitucionalidade”²⁰.

¹⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010, pág.203.

¹⁸ *Idem*, pág. 203.

¹⁹ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, págs. 710/711

²⁰ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010, pág.204.

Esclarecem Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino²¹ que a Constituição em comento trouxe de volta as disposições suprimidas pela Carta outorgada de 1937. Assim, o controle judicial difuso voltou a ser exercido com exclusividade pelo Poder Judiciário, sem possibilidade de outro Poder tornar “sem efeito” suas decisões; restaurou-se a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (controle difuso); e a representação interventiva, para intervenção federal, foi modificada, condicionando-se a decretação da intervenção à manifestação prévia do Supremo Tribunal Federal. A legitimação para a representação de inconstitucionalidade perante o STF foi confiada ao Procurador-Geral da República.

3.6 A EC nº 16/1965 e a Constituição de 1967 (EC nº 1/1969)

A Constituição de 1946 foi modificada pela Emenda Constitucional nº 16/1965 que introduziu em nosso ordenamento o controle abstrato de normas, cuja competência foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal para julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de normas federais e estaduais em face da Constituição Federal, sendo a legitimação para a propositura conferida, exclusivamente, ao Procurador-Geral da República²².

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969, segundo Uadi Lammêgo Bulos,²³ não trouxeram maiores contribuições em matéria de controle de constitucionalidade.

3.7 A Constituição de 1988

O modelo de controle da constitucionalidade implantado pela Carta de 1988 é um dos mais avançados do mundo, principalmente em matéria de fiscalização concentrada²⁴.

Nas lições de Pedro Lenza²⁵, em relação ao controle concentrado em âmbito federal, ampliou a legitimação para a propositura da representação de inconstitucionalidade, acabando com o monopólio do Procurador-Geral da República (art. 103 da CF/88 e art. 2º da Lei nº 9.868/1999). Estabeleceu, também, a possibilidade de controle de constitucionalidade das omissões legislativas, seja de forma concentrada (art. 103, § 2º), seja de modo incidental, pelo controle difuso. Estabeleceu a ação declaratória de constitucionalidade. Aos Estados foi conferido o poder para instituir a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º). Pela primeira vez, facultou-se a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102,

²¹ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, pág. 711.

²² PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, pág. 712.

²³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 122.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Idem*.

parágrafo único), dentre outras novidades implementadas pela EC nº 45/2004 (Reforma do Judiciário), como, por exemplo, a constitucionalização da súmula vinculante e a ampliação da legitimidade para propositura da ação declaratória de constitucionalidade.

Destaca-se, nesse período, a promulgação da Lei nº 9868/99 (responsável pela regulamentação do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade) e da Lei nº 9.882/99 (responsável pela regulamentação do procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental). Precisamente, seus arts. 27 e 11, respectivamente, que facultam ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal/estadual, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos dessa declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. As razões que consubstanciam os dispositivos em questão são o da segurança jurídica ou do excepcional interesse social.

Vale ressaltar que o art. 27 da Lei nº 9868/99 e o art. 11 da Lei nº 9882/99 incorporaram no direito brasileiro o instituto da modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade, também denominado de “manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade” (Canotilho).

No item que se segue, será analisada a modulação dos efeitos temporais no controle concentrado de constitucionalidade, uma das modalidades de efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal.

4. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

4.1 Previsão Legal no Brasil

A declaração de inconstitucionalidade em ação direta, pelo Supremo Tribunal Federal, é dotada de eficácia contra todos, com efeitos vinculantes e retroativos, podendo alcançar os atos pretéritos com base nela praticados, implicando, inclusive, a plena restauração da vigência das leis e das normas afetadas (revogadas) pela lei ou ato normativo declarado inconstitucional²⁶. Significa dizer que o STF ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, torna-a NULA. Esta sanção que torna o ato inconstitucional nulo, em sua regra geral, terá eficácia *ex tunc e erga omnes*, ou seja, o ato é considerado nulo desde a origem e terá efeitos contra todos.

Não obstante, existam casos em que é preciso que essas decisões, no controle concentrado, logrem efeitos *pro futuro*, por motivo de segurança jurídica, para evitar o caos, desconstituindo relações jurídicas travadas com base na boa-fé. Justamente por essa razão, o Supremo Tribunal Federal tem flexibilizado o princípio da nulidade. Vale ressaltar, que a flexibilidade desse princípio é uma exceção, não podendo ser aplicada como regra geral.

²⁶ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, págs.

Aclarando respectivo entendimento, Uadi Lammêgo Bulos²⁷ explica que: “quando o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado, declara a inconstitucionalidade normativa, vários efeitos defluem de sua decisão”.

Esses efeitos são catalogados por Bulos da seguinte forma:

- a) **efeitos gerais (ergas omnes)**, ou seja, essa decisão alcança a todos, indistintamente. Seus efeitos são genéricos e automáticos;
- b) **efeitos repristinatórios**, significa dizer que no exato momento que o STF publica sua decisão, cassando a constitucionalidade do ato normativo, voltam à vigência as previsões legais que haviam sido revogadas pela lei declarada inconstitucional;
- c) **efeitos retroativos (ex tunc, ab initio ou ex origine)**, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no controle concentrado, voltam no tempo e alcançam as condutas pretéritas, praticadas sob a égide da lei declarada inconstitucional;
- d) **efeitos vinculantes**, são aqueles que ligam, prendem, submetem as decisões do STF à toda comunidade;
- e) **efeitos prospectivos (ex nunc, pro futuro ou a posteriori)**, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse local, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir ou limitar, de modo lógico e razoável, os efeitos da declaração abstrata de inconstitucionalidade.

Essa possibilidade vem prevista no art. 27, da Lei nº 9.868/99, que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e no art. 11 da Lei nº 9.882/99, que trata da arguição de preceito fundamental.

Dispõe o art. 27 da Lei nº 9.868/99:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Segundo Bulos, essa previsão legal excepcionou a regra da eficácia *ex tunc*, flexibilizando o dogma da nulidade da lei inconstitucional. Assim, ao atenuar o regime da sanção de nulidade em nosso país, respectiva lei deu ao Supremo Tribunal Federal margem para *manipular, graduar, restringir, limitar ou modular* os efeitos da declaração abstrata de constitucionalidade. Resultado: em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de preceito fundamental, a decisão do Pretório Excelso pode apresentar eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*.

Vale ressaltar que a modulação dos efeitos temporais das decisões do Supremo Tribunal Federal não deve funcionar como regra geral, mas sua

²⁷ *Idem*.

manipulação, nas lições de Luís Barroso, requer uma larga dose de discricionariedade e razoabilidade, ponderando interesses em disputa.

Para que assim seja, no item que segue, serão descritos os requisitos impostos pelo art. 27 da lei em comento, objetivando a aplicação da modulação, bem como serão demonstrados alguns limites sugeridos por parte da doutrina à sua adoção pelo STF.

4.2 Requisitos da modulação de efeitos e limites à sua aplicação

O art. 27 da Lei nº 9.868/99 impõe dois requisitos a serem observados pelo Supremo Tribunal Federal na aplicação da modulação de efeitos de suas decisões. O primeiro diz respeito às razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. A segunda exigência requer que o Supremo Tribunal Federal somente restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por maioria de dois terços de seus membros.

Para BULOS²⁸, esses requisitos podem ser descritos da seguinte forma:

- a) *exigência formal-procedimental*, ou seja, o STF só poderá restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se, no dia do julgamento, estiverem presentes, pelo menos, oito ministros; e,
- b) *exigência material-substancial* significa que o STF apenas poderá restringir os efeitos de sua decisão tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Dessas exigências, o referido autor extrai algumas observações importantes:

- 1) *a exigência formal-procedimental consagra a regra da maioria qualificada, ou seja, somente com a presença de 2/3 dos membros da Suprema Corte pode acontecer a manipulação da eficácia do veredito pretoriano. Com isso, a possibilidade de ponderar interesses não é atribuição corriqueira e sim, acontecimento de grande relevo. O que se busca, através desse mecanismo, é a concretização de valores constitucionais, ou seja, a preservação da própria supremacia da Carta Magna, que deve ser concebida como um todo, e não em pedaços ou partes;*
- 2) *a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade só pode ocorrer no campo do controle concentrado, e não no do controle difuso (muito embora reconheça a existência de entendimento contrário);*
- 3) *tal restrição só pode acontecer no exato momento em que a ação direta estiver sendo apreciada pelo quórum mínimo de oito ministros da Corte;*
- 4) *o princípio pelo qual, declarada a inconstitucionalidade de lei revogadora de outra lei, restaura-se a norma revogada submete-se ao juízo de conveniência e oportunidade do quórum de 2/3 dos ministros do Supremo, no sentido de que a Corte Excelsa poderá decidir – mediante avaliação discricionária – que a norma a ser restaurada não deve ser aplicada, em nome do interesse social. Decerto, a inteligência*

²⁸ *Idem*

do art. 27 da Lei nº 9868/99 é no sentido de que mesmo se a norma revogada for constitucional, não convém ser ela aplicada caso cause profundas injustiças e danos irreparáveis à segurança das relações jurídicas;

- 5) os pressupostos formal e material devem ser observados em conjunto, não em separado. Pelo quórum mínimo de oito ministros, o Pretório Excelso pode restringir os efeitos da sua decisão se estiverem em jogo motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social;
- 6) a noção do que sejam razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social deve ser tomada em sentido amplo, porque no momento que o legislador confere ao Pretório Excelso o poder de ponderar quanto aos valores em disputa, abre-se uma gama enorme de possibilidades de concretização constitucional à luz de um juízo de conveniência e oportunidade, algo que suplanta, em muito, o mero ato de decretar a inconstitucionalidade normativa;
- 7) o Supremo não poderá manipular os efeitos de sentenças condenatórias transitadas em julgado, no sentido de permitir a retroatividade da lei penal mais severa, contrariando, assim, o mandamento insculpido no art. 5º, LV, da Carta de 1988. Aliás, normas incriminadoras de Direito Criminal estão fora desse contexto;
- 8) será juridicamente impossível a Corte restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade depois que a decisão sair publicada no Diário Oficial. Isso porque a norma foi expurgada da ordem jurídica. Inexiste a mínima possibilidade de manipular pauta jurídica inexistente.

Olavo Augusto e Luciana Campanelli²⁹ (texto publicado pela JusPODIVM - A aplicação da modulação temporal pelo Supremo Tribunal Federal: casos julgados e proposta de alguns limites), também dão sua contribuição ao mencionar um rol exemplificativo de imposição de limites à aplicação da modulação, qual seja: **as cláusulas pétreas (art. 60, §4º, da CF); os direitos fundamentais; o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; a retroatividade da lei penal mais benéfica e a retroatividade da lei tributária benéfica.**

Diante do exposto, pode-se concluir que o art. 27 da Lei nº 9.868/99 e o art. 11 da Lei nº 9.882/99 são constitucionais, pois dão segurança às relações jurídicas praticadas com boa-fé. Porém, esse entendimento não é unânime. Há quem entenda em sentido contrário, considerando respectivos dispositivos inconstitucionais, como pode ser conferido no tópico seguinte.

4.3. A modulação na visão de alguns doutrinadores

A aplicação da modulação dos efeitos pelo Supremo Tribunal Federal é vista com certa preocupação por parte da doutrina, como se denota dos posicionamentos expostos abaixo.

No seu curso de direito constitucional, Bulos assevera:

²⁹ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, ROMEU, Luciana Campanelli (org. Marcelo Novelino). *Leituras Complementares de Constitucional – controle de Constitucionalidade. Bahia: JusPODIVM, 2010, pág.280.*

Posição contrária à nossa: Ives Gandra da Silva Martins, por exemplo, diz que o art. 27 da Lei n. 9.868/99 é inconstitucional, sob o argumento de que ele se basearia num princípio do direito alemão que não se aplica no Brasil. Entende que a tradição jurídica pátria confere efeitos ex tunc e não ex nunc à declaração de inconstitucionalidade. Assevera que se a norma for inconstitucional “sua existência no mundo jurídico fica definitivamente prejudicada desde o seu surgimento” (Eficácia de decisões em controle concentrado de constitucionalidade, in Direito processual: inovação e perspectivas, p. 289).

Alguns questionamentos da doutrina sobre a compatibilidade formal e material das previsões legais que criaram a modulação são expostos, também, por Olavo Augusto e Luciana Campanelli³⁰ da seguinte forma:

- a) *Juristas como Ives Gandra da Silva Martins (2001), Ingo Wolfgang Sarlet (2001), Luciana de Assunção Macieira (2001) e o Ministro Sepúlveda Pertence entendem inconstitucionais os dispositivos em comento por inidoneidade do meio escolhido (lei ordinária), afirmando este último que uma alteração dessa magnitude só poderia ser feita por Emenda Constitucional;*
- b) *o Ministro Néri da Silveira e André Ramos Tavares assinalam que a graduação (dimensionamento) temporal das decisões proferidas pelo Supremo é poder que se insere, naturalmente, nas prerrogativas do Tribunal, sendo desnecessária previsão constitucional expressa;*
- c) *Lenio Luiz Streck (2004) leciona que “tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (sic). Tal previsão é absolutamente estranha ao Direito Constitucional brasileiro”. Concluindo que, no efeito pro futuro “estar-se-ia atribuindo um espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal que, a toda evidência, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”;*
- d) *Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que a modulação permite inclusive que medida restritiva de direitos e garantias fundamentais, embora inconstitucional, seja aplicada por meses e, quem sabe, até mesmo por anos, após ter sido declarada inconstitucional.*

Não obstante as posições soerguidas, Olavo Augusto e Luciana Campanelli³¹ ratificam que “existem juristas que entendem a modulação como forma de aplicação da ponderação de valores constitucionais, o que a compatibiliza com a Constituição Federal e, portanto, não há qualquer ofensa ao princípio da supremacia”, dentre eles, destaca-se o Ministro Gilmar Mendes (Recurso Extraordinário n. 197.917), o qual entende que o princípio da nulidade deve ser afastado se ficar demonstrado, com base em uma ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

³⁰ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, ROMEU, Luciana Campanelli (org. Marcelo Novelino). *Leituras Complementares de Constitucional – controle de Constitucionalidade*. Bahia: JusPODIVM, 2010, págs. 243/248.

³¹ *Idem*.

Embora exista essa discussão sobre a constitucionalidade da modulação, o fato é que o Supremo Tribunal Federal vem utilizando essa técnica interpretativa em alguns julgados. Contudo, o que causa certo desconforto é que, ora apresenta aspectos positivos, em outro momento, aspectos negativos, como se depreende de alguns de seus julgados, descritos no item que segue.

4.4. Aplicação da modulação pelo Supremo Tribunal Federal (In)Compatibilidade com a Constituição Federal de 1988

O Supremo Tribunal Federal tem, no decorrer dos tempos, mudado a sua forma de interpretar a Constituição, utilizando-se de novas técnicas que buscam ampliar a efetividade das normas constitucionais. Ao adotar a aplicação da modulação dos efeitos em suas decisões, demonstra uma abertura de pensamento pró-ativo e digno de aplausos por todos aqueles que acreditam que o direito deve servir à sociedade. A normatividade constitucional, vista dessa forma, propaga uma onda de confiança na preservação dos direitos fundamentais e no respeito à dignidade da pessoa humana.

Esse novo modo de atuação do STF é reflexo das mudanças de paradigmas especificados acima por Luiz Roberto Barroso, bem como os primeiros passos à concretização da normatividade constitucional exposta por Konrad Hesse, evoluindo para a tão esperada concretização da hermenêutica constitucional proposta por Peter Häberle “a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”.

Falam os mais antigos que “no andar da carruagem as coisas se ajustam”. Não é diferente ao se mergulhar nos estudos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na aplicação da modulação de efeitos, este tem atuado, ora de forma compatível com a Constituição Federal, ora de forma inconstitucional ao prejudicar direitos individuais e criar regras e privilégios inconstitucionais em favor do Estado³². O Supremo tem aplicado a modulação, segundo Olavo Augusto e Luciana Campanelli³³, de forma compatível com a Lei Maior nos seguintes momentos:

- a) *na declaração de inconstitucionalidade de lei que fixa a quantidade de vereadores de Município em número superior ao permitido pelas diretrizes constitucionais – no recurso extraordinário nº 197.917, de São Paulo, o STF julgou inconstitucional o parágrafo único do art. 6º, da Lei Orgânica nº 222 de 31/3/1990, do Município de Mira-Estrela-SP, de menos de três mil habitantes, que fixara em 11 o número de vereadores da Câmara Municipal, por ofensa ao art. 29 da CF. O Tribunal determinou que, com o trânsito em julgado, a Câmara de Vereadores adotasse as medidas cabíveis para adequar sua composição aos parâmetros ora fixados, respeitados, entretanto, os mandatos dos atuais vereadores. Este precedente foi aplicado no recurso extraordinário nº 266.994;*

³² FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, ROMEU, Luciana Campanelli (org. Marcelo Novelino). *Leituras Complementares de Constitucional – controle de Constitucionalidade. Bahia: JusPODIVM, 2010, pág.291/292.*

³³ *Idem.*

- b) **na lei que redefinia os limites de municípios sem plebiscito exigido pela Constituição e de lei que criava Município sem lei Complementar** – na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.615, da Paraíba, proposta pelo Partido da Frente Liberal, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 51, dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias do Estado da Paraíba, que redefiniu os limites territoriais do Município do Conde, ao desmembrar parte do Município e incorporar a área separada ao território limítrofe, sem prévia consulta mediante plebiscito, diante a afronta ao § 4º do art. 18 da CF, com efeito ex nunc. No mesmo sentido, agiu ao apreciar as ações de inconstitucionalidade n.ºs 2.240, 3.316, 6.983 e 3.689;
- c) **de lei que atribuía à Defensoria Pública do Estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo** – Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.022, do Rio Grande do Sul, proposta pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da expressão “bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais”, contida na alínea “a” do Anexo II da Lei Complementar estadual n. 10.194/1994, que atribuía à Defensoria Pública do Estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente, em razão do regular exercício do cargo, mantendo a eficácia da norma constitucional até 31/12/2004. Segundo o Ministro Relator Joaquim Barbosa a aplicação da modulação fez-se necessária “para não causar prejuízos desproporcionais”;
- d) **burla ao princípio do concurso, de servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região** – no julgamento do recurso extraordinário n.º 442.683, do Rio Grande do Sul, o STF observou o princípio do concurso público esculpido em nossa Constituição Federal, conforme se depreende da ementa que segue:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. PROVIMENTO DERIVADO. INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITO EX NUNC. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA. I. A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos 1987 a 1992, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito ex nunc, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, "DJ" de 25.6.1999. II. - Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito ex nunc para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos. III - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - RE conhecido, mas não provido”(RE 442.683-RS. Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 24/03/2006).

- e) **de Portaria que estabelecia o horário do foro** – na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.907, do Amazonas, proposta pelo Conselho Federal da OAB, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da Portaria da

presidência do Tribunal de Justiça do Estado (Portaria nº 954/2001) que fixava horário do foro, sustentando que a decisão só poderia ser tomada por órgão colegiado que representasse o Tribunal (art. 96, I, alínea "a", da CF). Assim, a declaração de inconstitucionalidade que teria efeito ex tunc, foi modulada para passar a vigora a partir de então (com efeitos ex nunc), com fundamento no princípio da segurança jurídica e da boa fé, já que as pessoas que praticaram os atos processuais nos termos daquela Portaria, confiando no ato, suportariam prejuízos irreparáveis.

Além desses casos, outros exemplos existem demonstrando inúmeras situações em que o STF optou pela necessidade de modular os efeitos de suas decisões. Seja por motivo de segurança jurídica e/ou para resguardar a boa-fé de terceiros interessados.

Não obstante os pontos positivos em epígrafe, Olavo Augusto e Luciana Campanelli³⁴ lamentam que em algumas situações a modulação tenha sido aplicada pelo STF de forma inconstitucional, ao prejudicar direitos individuais e criar regra de privilégio inconstitucional em favor do Estado, como na hipótese do habeas corpus nº 82.959 e dos recursos extraordinários n.559.943-4, n.559.882-9, n. 560.626-1 e n. 556.664-1. Assim expõem referidos autores:

No primeiro (habeas corpus n. 82.959), ao declarar a inconstitucionalidade de norma que determinava o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime prisional integralmente fechado, afastou a responsabilidade civil pelo excesso das execuções nas quais a lei inconstitucional foi aplicada, incidindo efeito ex nunc quanto àqueles que já tiveram suas penas extintas na data do julgamento. O Tribunal violou direitos fundamentais, já que a decisão sobre o cabimento ou não da reparação que deveria ser tomada nos processos concretos movidos eventualmente pelos condenados, foi tomada pela Corte Suprema, na via estreita do habeas corpus, onde se discutia o direito à imediata progressão do regime, com evidente violação aos princípios constitucionais da retroatividade da lei penal mais benéfica (artigo 5º, inciso XL), da responsabilidade civil objetiva do Estado por seus atos em geral (artigo 37, § 6º), devido processo legal, ampla defesa dos interessados e pelo excesso na execução penal (artigo 5º, inciso LXXV). Nos demais casos (recursos extraordinários n. 559.943-4, n.559.882-9, n. 560.626-1, e n. 556.664-1), o Tribunal, ao julgar inconstitucionais dispositivos de leis que alargavam os prazos para lançamento e execução judicial de contribuições previdenciárias, aplicou a modulação para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, impedindo a restituição das contribuições pagas sem que houvesse pedido nesse sentido ajuizado até a data do julgamento. O Tribunal suprimiu direitos fundamentais deixando prevalecer o prazo previsto em lei inconstitucional, em prejuízo à segurança jurídica do cidadão que confiou na aplicação da Constituição Federal. Suprimiu também o princípio da separação dos poderes, verdadeira cláusula pétrea, tendo em vista que os Ministros atuaram como legislador positivo, decidindo discricionariamente sobre o momento do nascimento e subsistência de relações jurídicas fundadas em normas constitucionais. Assim, suprimiu o núcleo de

³⁴ Idem.

Nestes termos, o que se espera do Supremo Tribunal Federal é que a aplicação da modulação de efeitos seja concretizada mediante contornos positivos, com vista à promoção efetiva do desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, o qual requer que seus agentes atuem no sentido de preservar os direitos fundamentais e respeitar os direitos humanos, promovendo a verdadeira justiça e resguardo da paz social.

Neste contexto de reabertura do Direito Constitucional ao universo da eficácia da normatividade constitucional, a democracia tem que figurar como elemento essencial na interpretação, pois como leciona Daniel Sarmento³⁵:

A democracia é a única forma de governar que trata a todos com igualdade, na medida em que atribui a cada indivíduo um idêntico poder de influência nas decisões coletivas que atingirão sua vida. É na democracia que as pessoas são tratadas como sujeitos e não como objetos, uma vez que apenas no regime democrático se reconhece em cada indivíduo um cidadão livre, dotado da competência moral para, em igualdade com seus concidadãos, participar da adoção de decisões vinculativas para toda a comunidade. Só no regime democrático – epicentro axiológico de qualquer ordenamento constitucional humanitário –, pois denegar a cada um o direito de participar ativamente da construção do futuro coletivo da comunidade a que pertence, é fazer pouco da sua humanidade. E a democracia não se esgota na observância da regra da maioria nas decisões sobre questões controvertidas. Para que haja democracia, é preciso que as pessoas tenham condições de expor e debater francamente as suas idéias e projetos, de falar e de serem ouvidas. Ela pressupõe um regime que trate todas as pessoas como livres e iguais, que respeite a dignidade intrínseca de cada ser humano e que busque a inclusão no espaço público deliberativo daqueles que, pelas adversidades da vida, foram dele excluídos. Ela exige, portanto, a garantia de direitos básicos para todas as pessoas, visando não apenas a contenção do arbítrio dos Estados e dos poderosos em prol das liberdades políticas e individual de cada um, mas também a garantia de condições mínimas de vida para os hipossuficientes, a fim de que aquelas liberdades possam ser realmente usufruídas e não se tornem uma mera fachada para a opressão estatal ou privada.

Assim, atento a essas observações, deve o hermenauta seguir as linhas de orientações que mais se coadunem com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e a promoção da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Da análise da modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade podem-se compendiar alguns pontos de importância inquestionáveis para a sua aplicabilidade pela Corte Suprema brasileira:

³⁵ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais – estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006, pág. 11.

- 1) *A hermenêutica constitucional no modelo contemporâneo não tem lugar para interpretações fechadas, devendo pautar suas trajetórias na busca de novos horizontes que culminem com decisões democráticas. Assim, qualquer tentativa de frustrar a aplicabilidade desse fenômeno jurídico poderá causar um retrocesso na evolução da aplicação da norma constitucional, prejudicando, por consequência, a segurança jurídica e a paz nas relações sociais;*
- 2) *A aplicação da modulação de efeitos nas decisões declaradas inconstitucionais constitui um reflexo positivo da nova hermenêutica que impõe normatividade à Constituição, porém, sua aplicação requer a observância dos limites legalmente impostos pela legislação pertinente;*
- 3) *O Supremo Tribunal Federal, como Corte Suprema, ao dar a última palavra sobre matéria constitucional, ao aplicar a modulação de efeitos em suas decisões deverá fomentar suas ideias na essência dos valores primordiais lançados pelos grupos políticos (estatais e não estatais) presentes na sociedade, quiçá buscando implementar a “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” propagada por Peter Häberle, vez que as forças econômicas, sociais, políticas e culturais poderão dar eficaz suporte ao hermeneuta para bem aplicar as normas constitucionais;*
- 4) *Na atividade interpretativa, os erros do passado devem servir como exemplos ineficazes a serem evitados, devendo o hermeneuta ter visão pró-ativa em busca da aplicação do direito a serviço da sociedade, propagando a difusão do respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana;*
- 5) *A aplicabilidade da modulação de efeitos não pode ser utilizada somente para favorecer grupos econômicos ou poderes do Estado, mas deve, acima de tudo, constituir-se numa técnica de promoção da segurança jurídica e disseminação da justiça distributiva a todos os cidadãos;*
- 6) *A Constituição brasileira de 1988 vem recheada de um rol exemplificativo de direitos fundamentais e humanos, os quais precisam ter sua efetividade vivificada e concretizada, exigindo-se dos novos intérpretes constitucionais elevado grau de conhecimento e espírito evoluído, sob pena de se comprometer o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e o ideal de justiça. Nas lições de Konrad Hesse, sob pena de comprometer a força normativa da Constituição.*

Com essas palavras, resta a esperança que a presente reflexão venha provocar um debate franco e aberto sobre essa nova técnica de hermenêutica constitucional (modulação), aguçando, quem sabe, a curiosidade do estudioso do direito, com vista a aprofundar suas pesquisas sobre os novos contornos da mutação constitucional no Brasil, o que contribuirá para decisões judiciais mais justas e equânimes.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Rafael Caiado. Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional – Alcance Doutrinário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12 ed. V.1. Brasília: UnB, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 24ªed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra – Portugal. Edições Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional do direito brasileiro. Coimbra, 1998. Disponível em: www.idp.org.br
- DEL PRÁ, Carlos Augusto Rodrigues. **Amicus curae**: Instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008.
- DIDIER Jr, Fredie, BRAGA, Paulo Sarno, OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (ação direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). IN: **Ações constitucionais**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves e ROMEU, Luciana Campanelli (org. Marcelo Novelino). Leituras Complementares de Constitucional: controle de Constitucionalidade. Bahia: JusPODIVM, 2010.
- HÄBERLE. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição – Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor
- HESSE, Konrad. A força normativa da constituição (DIE normative Kraft der Verfassung). Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOLTHE, Leo Van. Direito Constitucional. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009.
- LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza, SARMENTO, Daniel (org.) A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2007.
- SANTANA, Uzaías José de. **Controle concreto de constitucionalidade** – efeitos das decisões e Vinculação do Poder Judiciário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006.

SILVA JÚNIOR, Antônio Soares. A hermenêutica constitucional de Peter Häberle. A mudança do paradigma jurídico de participação popular no fenômeno de criação/interpretação normativa segundo a teoria concretista. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1208, 22 out. 2006, Disponível em: <<http:jus.uol.com.br/revista/texto/970>>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: Crise, Acertos e Desacertos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SOLUÇÕES PARA OS CONFLITOS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O CIDADÃO

LUCIANO CARLOS FERREIRA, Professor Assistente da Universidade Federal do Tocantins, e-mail: lucianocarlosferreira@gmail.com

1 - INTRODUÇÃO

As deficiências no serviço público são recorrentes, desde um simples atendimento, num órgão público qualquer, a um processo licitatório, relativo à compra ou serviços bilionários, viciado pelo próprio gestor ou pelo(s) interessado(s).

Temos, hoje, um órgão constitucional que faz um papel de Tribunal Administrativo, mas específico para julgamento de contas públicas, o qual está regulado pelos artigos 71/75 da Constituição Federal.

Tal Tribunal, por não poder executar suas decisões, as quais são consideradas títulos executivos extrajudiciais, passa esta competência para o Poder Executivo, por sua procuradoria, para a devida proposição da ação de cobrança ou executiva.

Assim, em face da inexistência de um Tribunal Administrativo com função jurisdicional, o qual pudesse abarcar todos os tipos de pretensões dirigidas à Administração Pública, o cidadão, seja o servidor público, seja a pessoa que de alguma forma requer à Administração Pública, sente-se prejudicado, pois, por mais que os órgãos públicos possam solucionar suas pretensões, muitas vezes, há que buscar no judiciário, a satisfação de seu interesse.

A fim de demonstrar a importância do cidadão na construção do Estado Democrático de Direito, citamos J. J. CALMON DE PASSOS¹:

(...) a cidadania, em sua plena abrangência, engloba direitos políticos (participação), direitos civis (autodeterminação) e direitos sociais (pretensão a prestações públicas). Ser cidadão, portanto, importa na titularidade de direitos nas três esferas apontadas, vale dizer, de um poder de vontade não subjetivo a limitações e controles que o anulem ou inviabilizem. E mais, a exclusão de qualquer das esferas apontadas, ou a limitação em qualquer delas, é fragilização da cidadania. Ser cidadão plenamente significa poder de participação efetiva na vida política e participação com preservação do poder de autodeterminação pessoal, seja em termos de impor abstenções ao Estado, seja em termos de lhe exigir prestações.

2- DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

A Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999), apesar de ser uma lei voltada para a Administração Pública Federal,

¹ *Cidadania tutelada. Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001, p.09

vem sendo utilizada por muitos entes federativos e seus respectivos poderes, por não terem suas próprias leis específicas. Isso faz com que haja divergências ou mesmo incongruências, desde um simples processo de sindicância para averiguar se ocorreu ou não a materialidade do ato ilícito e a autoria do mesmo, até para o devido deslinde de falhas ocorridas num processo licitatório que, muitas vezes, prejudica, principalmente, o cidadão, em face dos desvios de verbas por parte do agente e/ou empresas envolvidas.

Os regulamentos relativos aos processos administrativos, quando existentes, de Fundações, Autarquias e de órgãos da Administração Direta, apesar de obedecerem aos preceitos constitucionais, algumas vezes deixam o indiciado ou cidadão prejudicado por não respeitarem os princípios processuais administrativos. O judiciário, outras vezes, diferentemente, reforma as decisões administrativas, sem, contudo, admitir a validade dos regulamentos inseridos no âmbito da Administração Pública, pois, ao Judiciário caberia verificar os aspectos do devido processo legal e não na questão de mérito da decisão administrativa.

Citamos, como exemplo, algumas decisões de nossos tribunais, as quais poderiam ter outro caminho, se houvesse uma eficiente aplicação do processo administrativo e, de outra parte, se o Judiciário não reformasse o mérito das decisões administrativas, senão vejamos:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. AÇÃO ORDINÁRIA. MUNICÍPIO DE GUAÍBA. DESCONSTITUIÇÃO DO ATO DE ADMISSÃO DE SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL, POR ORDEM EMANADA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO, SEM AS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: DESCABIMENTO. REINTEGRAÇÃO. PERCEPÇÃO DE VENCIMENTOS. 1. A revisão de ato de admissão, decorrente de **decisão** do Tribunal de Contas do Estado, revela a necessidade de instauração do devido processo administrativo **pelo** ente municipal, com a prévia ciência do interessado para dele participar, sob pena de nulidade. Entendimento que defluiu da inteligência do enunciado nº 3, da Súmula Vinculante, já que a orientação sumulada **pelo** Supremo Tribunal Federal, além de abranger apenas os processos de matérias relativas à concessão inicial e homologação de aposentadoria, **reforma** e pensão, atinge a relação travada entre a Administração Pública e o TCE. 2. Diante de comando no sentido de reintegrar a servidora ao cargo, por **decisão** judicial, lhe são devidos todos os vencimentos e vantagens que deveria ter recebido durante o período em que esteve afastada, em decorrência lógica da referida ordem, visto que retroage ao status quo ante. 3. Configurado tanto o dano quanto ao nexo de causalidade, entre o ato que desconstituiu a admissão das servidoras, por **decisão** do Tribunal de Contas do Estado, sem o devido processo legal, e os prejuízos suportados pelas agentes públicas, em sua esfera subjetiva, ficaram caracterizados os elementos insitos da responsabilidade objetiva do Estado (Teoria do Risco Administrativo), cuja previsão consta do artigo 37, § 6º, da CF. Aplicação de tal normativa fundamentada em precedente exarado **pelo** Supremo Tribunal Federal. 4. Ônus sucumbenciais invertidos. Verba honorária redimensionada. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70043816917, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 01/09/2011)

Processo RMS 32464/MGRECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA2010/0118271-0 Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 26/10/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 04/11/2010”

Processo: AMS 2001.34.00.000494-2/DF; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator: JUIZA FEDERAL ADVERCI RATES MENDES DE ABREU Órgão Julgador: 3ª TURMA SUPLEMENTAR Publicação: e-DJF1 p.191 de 24/08/2011 Data da Decisão: 03/08/2011 Decisão: A Turma Suplementar, à unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial. Ementa: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ESTÁGIO PROBATÓRIO. REPROVAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO DA AVALIAÇÃO OCORRIDAS APÓS A ESTABILIDADE NO CARGO. IMPOSSIBILIDADE ARTIGOS Nº 20, § 1º e 21 DA LEI 8.112/90. TRANSCURSO DE MAIS DE 10 ANOS. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. 1. Restou comprovado nestes autos que embora a última etapa de avaliação do estágio probatório tenha ocorrido do lapso temporal previsto para o término do estágio probatório (dois anos), a homologação daquele resultado se deu após aquele, quando já alcançada a estabilidade no cargo. 2. Embora não possa ser invocada para a perpetração de toda e qualquer decisão judicial em caráter liminar, a teoria do fato consumado aplica-se às hipóteses em que a reversão se mostre altamente prejudicial para uma das partes e de pouco utilidade prática para a outra, o que se mostra evidente no caso em exame em que a cassação da decisão exarada em primeira instância, dez anos depois, representa grave dano ao apelado cuja carreira no órgão público para o qual fora reintegrado já se mostra consolidada pelo decurso do tempo.3. Hipótese em que o decurso do prazo convalidou situação de fato recomendando sua manutenção.4. Apelação e remessa oficial desprovidas.

Nas decisões citadas temos, na primeira, uma falha na condução do processo administrativo, onde, sem penetrar no mérito da questão, o Judiciário, em face do desrespeito por parte do órgão administrativo quanto ao princípios do processo administrativo, interveio.

Na segunda decisão, temos uma situação em que por meio de uma decisão quanto ao pedido de liminar, deferida ao servidor em estágio probatório, por força da morosidade para o julgamento do mérito judicial, convalidou sua situação, mesmo tendo sido reprovado administrativamente, no estágio.

O que percebemos, nas decisões citadas, são equívocos, seja por parte da administração pública, seja por parte do Judiciário. Uma pela não observância dos princípios constitucionais processuais e processuais administrativos, outra pela intromissão no mérito administrativo quanto ao regulamento do órgão da administração pública, fazendo com que todos estes entes tenham um cuidado redobrado no exercício de suas funções.

3- DAS FACILIDADES TRAZIDAS POR UMA CORTE ADMINISTRATIVA

A existência de um órgão competente para dirimir os conflitos administrativos e aqueles possíveis de serem solucionados pela Administração Pública sem a intervenção do Judiciário traria, a este, um melhor desempenho, considerando o número de processos judiciais, que hoje alcança uma cifra desproporcional ao número de juízes.

Havendo um Tribunal Administrativo, teríamos a possibilidade de levar ao administrado um dos fins públicos da Administração Pública, qual seja: o bem estar, o qual, por meio daquele Tribunal, competente para solucionar os conflitos surgidos das mais variadas situações, revelaria tal fim.

O princípio da eficiência pode ser reportado no presente momento, pois, a Administração presta um serviço público não só pelo que faz em prol da população de forma mecânica e rotineira, mas também quando é compelida, por meio de um requerimento, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, ou mesmo quando da responsabilidade pela obrigação de pagar, devidamente comprovada, pelo devido processo legal.

Assim, a necessidade de se instituir um Tribunal Administrativo imparcial, com a criação de um Código Administrativo, a fim de que algumas das competências, hoje dirigidas ao Judiciário, pudessem, sem alteração da tripartição dos poderes, ser dirigidas à Corte Administrativa, faria com que os conflitos, advindos dos atos ilícitos cometidos pela Administração, tivessem uma solução mais célere e eficiente.

Um dos questionamentos recorrentes, hoje, é o da eficiência do Judiciário para solucionar as questões de cunho eminentemente administrativo ou que sejam possíveis de serem solucionadas pela Administração Pública.

Se buscarmos no direito francês², temos o Código Administrativo, o qual, em seu artigo L 111-1, traz a seguinte redação:

Article L111-1

Le Conseil d'Etat est la juridiction administrative suprême. Il statue souverainement sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par les diverses juridictions administratives ainsi que sur ceux dont il est saisi en qualité de juge de premier ressort ou de juge d'appel.

Tradução:

O Conselho de Estado é o supremo tribunal administrativo. Dá uma decisão final sobre o recurso de cassação contra as decisões em última instância pelos tribunais administrativos diversos, bem como aqueles antes dele como juiz de primeira instância ou juiz de apelação.

Pela citação supra, percebe-se, claramente, a independência das Cortes Administrativas existentes naquele país, onde um Conselho de Estado faz as vezes, nas questões administrativas, do Supremo Tribunal Federal.

Não só no Direito Francês, como também no Alemão e no Português temos o Código Administrativo e, para um melhor esclarecimento, citamos o seguinte trecho da obra "A Justiça Administrativa"³:

² Disponível em:

<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070933&dateTexte=20110326>>

³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa (Lições)*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 102.

O CPTA (Código de Processos nos Tribunais Administrativos), como já vimos, tem mesmo o cuidado de, a título de disposições fundamentais, enumerar, no artigo 2., os pedidos que se podem dirigir aos tribunais administrativos, incluindo expressamente os de condenação, intimação e injunção dirigidos às autoridades administrativas; tal como no artigo 3., se refere aos poderes dos tribunais administrativos, como o de fixar prazos para cumprimentos dos deveres que imponham à Administração e de lhe aplicar sanções pecuniárias compulsórias, e o de assegurar a execução das sentenças, inclusivamente através de sentenças substitutivas de actos administrativos.

Uma jurisdição especializada que, de uma forma mais eficiente, pudesse solucionar vários pedidos, antes dirigidos ao Judiciário, seria de suma importância para a vida dos administrados.

A Constituição Federal instituiu vários remédios para o cidadão efetivar o Estado Democrático de Direito, dentre os quais a ação popular, o *habeas data*, o mandado de injunção, o mandado de segurança, o *habeas corpus*, a ação civil pública e a ação de impugnação de mandato eletivo.

De todas as ações acima citadas, poderíamos excluir da apreciação do Poder Judiciário, o *habeas data*, o mandado de injunção, várias pedidos de concessão de mandado de segurança, ação popular e ação civil pública, isto, se existisse uma Corte Administrativa.

Óbvio, então, que a existência desta Corte traria uma diminuição fenomenal dos processos judiciais, considerando a competência especializada da Corte Administrativa e sua melhor aptidão para a solução célere dos processos a ela afeitos.

4. CONCLUSÕES

A Administração Pública deve levar ao cidadão o bem-estar e ao Judiciário cabe satisfazê-lo quanto às suas pretensões, quando provocado.

Assim, percebe-se, claramente, que à Administração cabe uma maior tarefa, pois, também, deve, em face dos princípios do processo administrativo (oficialidade, verdade material, legalidade objetiva, informalismo, ampla defesa, gratuidade, motivação), atender ao cidadão nas suas necessidades primárias e pretensões, necessitando, portanto de uma profissionalização de seu quadro de funcionários para a aplicação impecável da lei instrumental.

Como demonstrado, há interferência, uma vez ou outra, do Judiciário em questões de cunho estritamente administrativo, trazendo à tona esta questão, necessitamos ou não de uma Corte Administrativa?

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. A justiça administrativa (Lições). 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2005

- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. São Paulo: Forense, 1964.
- BARROS, Celso de. Ciência das finanças. 4ª ed. São Paulo: Ed. Edipro, 1991.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. São Paulo, Ed. Saraiva, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 9 ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard. Le droit administratif français. 7.ed. Paris: Presses de sciences po et Dalloz, 2005.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, 3. ed., Coimbra: Almedina, 1999.
- CASSONE, Vittorio. Direito Tributário. 7ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1994.
- CORREIA-COSTA, Osmar Brina. Sociedade Anônima. 2. ed., São Paulo: DelRey ed., 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado do domínio público. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- DIDIER JR. Fredie. Ações constitucionais. 2.ed., Salvador: JusPodivm, 2007.
- DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito administrativo, 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FALLA, Fernando Garrido. Tratado de derecho administrativo. 14. Ed. Madrid: Editora Tecnos, Vol. 1, 2005.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tomada de contas especial. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- FERRAZ, Luciano. Due process of law e parecer prévio das cortes de contas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, Vol. 4, 1992.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- FIUZA, Ricardo. (Coord.) Novo código civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FRANCO, Antonio L. de Sousa. Finanças públicas e direito financeiro, 2. ed., Coimbra: Almedina, 1988.
- GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ensaios de teoria constitucional. Fortaleza: UFC, 1989

- , Processo constitucional e direitos fundamentais, São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Manual de direito financeiro e tributário. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro, 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- MANNORI, L; SORDI, B. Storia del diritto amministrativo. Madri: GLF Editori Laterza, 2003.
- MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). Atuais rumos do processo administrativo. São Paulo: RT, 2010.
- MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa de. Direito Processual Constitucional. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- , Licitação e contrato administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle da constitucionalidade. Aspectos jurídicos políticos, São Paulo: Saraiva, 1990.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa: A constituição e as provas licitamente adquiridas *Ajuris* n. 68.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de direito tributário. 14ª ed. , SãoPaulo: Saraiva, 1995.
- PASSOS, J. J. CALMON DE. Cidadania tutelada. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001, p.09
- REZENDE, Leonardo Pereira. Avanços e contradições do licenciamento ambiental de barragens hidrelétricas. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- Revista española de derecho administrativo. Director: Eduardo Garcia de Enterría. Estudios doctrinales, comentários jurisprudenciais. Índice acumulado., Abr 1974 - abr 2009. Ns. 1-141. Civitas – Thomson Reuters.
- ROMANO, Santi, Principii di diritto costituzionale generale, 2ilano, Giuffrè, 1947.
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1993.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 10ª ed., São Paulo, Malheiros editores, 1995.
- SILVA NETO. Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. . Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- SPITZCOVSKY, Celso. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- STEINMETZ, Wilson Antônio, Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WADE, William; FORSYTH, Christopher. Administrative law. 9. Ed. Oxford: Oxford University press, 2004.

Sites consultados:

<<http://www.direitopublico.com.br>>

<<http://www.goias.go.gov.br>>

<<http://www.jurisambiente.com.br>>

<<http://www.jus.com.br>>

<<http://www.jusvi.com>>

<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070933&dateTexte=20110326>>

<<http://www.oabsp.org.br>>

<<http://www.planalto.gov.br>>

<<http://www.saraivajus.com.br>>

<<http://www.tcu.gov.br>>

O VOTO SECRETO NO PODER LEGISLATIVO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CLEITON GOMES BANDEIRA Advogado Especialista em Direito Tributário e Empresarial. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. Presidente do Observatório Social de Palmas. Especialização em Sociologia. www.cleitonbandeira.com.br - advogado@cleitonbandeira.com.br - cleitonbandeira@uft.edu.br

RESUMO

Este trabalho analisa como o voto secreto nas deliberações do Poder Legislativo repercute no sistema representativo e na democracia brasileiros, faz-se uma abordagem a partir da ótica da Ciência Política e do Direito Constitucional.

A metodologia utilizada para estudar o objeto desta investigação foi o dedutivo, partindo-se de teorias e leis gerais para analisar a ocorrência de fatos particulares. Teve por base a pesquisa analítica de base bibliográfica. A razão da escolha do método foi a disponibilidade de informação e a adequação com a finalidade pretendida.

Essas investigações trouxeram como principal resultado a verificação que muitos dos problemas do sistema representativo e da democracia decorrem do distanciamento de representantes e representados, por causa, entre outros motivos, do sigilo nas deliberações das Casas Legislativas.

Palavras-chave: Democracia. Sistema Representativo. Voto Secreto no Poder Legislativo.

1. INTRODUÇÃO

Essa investigação científica tem por objeto de estudo a análise do voto secreto no Poder Legislativo. E o assunto foi abordado a partir das repercussões desse procedimento no sistema representativo, e na democracia brasileira.

A justificativa para a escolha do tema decorre da sua importância para a sociedade, na medida em que as decisões dos representantes nas casas legislativas interessam e atingem a todos os cidadãos.

O problema de pesquisa vem a ser a relação entre o voto secreto e o sistema representativo brasileiro e suas conseqüências para a democracia, no prisma do Estado Democrático de Direito.

Sugere-se como hipótese de estudo, o paradigma de que com o voto aberto se promove mais transparência e interação entre representantes e representados, possibilitando o acompanhamento pela sociedade do desempenho dos parlamentares, podendo com isso fazer um melhor juízo da capacidade do agente político. Enquanto por outro, o sigilo nas votações somente promove a corrupção e o afastamento da sociedade dos trabalhos legislativos.

Tem-se por objetivo analisar o contexto e as repercussões do voto secreto no Poder Legislativo para a democracia e sistema representativo brasileiros, do ponto de vista doutrinário, jurisprudencial e legal.

O método que se usará para estudar o objeto desta investigação será o dedutivo, partindo-se de teorias e leis gerais para analisar a ocorrência de fatos particulares. Terá por base a pesquisa analítica de base bibliográfica.

A razão de escolha do método é a disponibilidade de informação e a adequação com a finalidade pretendida.

Esse trabalho trouxe como principal resultado a verificação que muitos dos problemas do sistema representativo decorrem do distanciamento de representantes e representados, principalmente por mecanismos como a não prestação de conta dos políticos para os cidadãos.

O voto secreto afasta a sociedade das casas legislativas e molesta o sistema representativo, a democracia e o Estado Democrático de Direito. Por outro lado, o voto aberto trás a possibilidade de a sociedade, em especial os representados, acompanhar o desempenho de seus representantes, podendo fazer uma aferição constante de sua capacidade.

2. DEMOCRACIA

A democracia já foi conceituada de muitas maneiras no decorrer dos séculos, todavia uma definição que ecoou e ainda é muito significativa nos dias atuais foi a constatação lapidar de Lincoln, trazida por José Afonso da Silva (2003, p. 128), para o pensador a “[...] a democracia, como regime político, é governo do povo, pelo povo e para o povo. [...]”.

Mas esse conceito, apesar de emblemático e sintético, é muito rico, pois se fazendo uma “dissecação” de seus significados, constata-se que um governo democrático deve ser aquele que presta conta ao povo e observa os interesses dos cidadãos.

Com efeito, a democracia pressupõe um poder imanente, o qual tem como titular nas democracias modernas, como é o caso da brasileira, a soberania popular. Assim, cabe esclarecer conforme o faz o extraordinário Norberto Bobbio (2000, p.386), que o poder é do cidadão, não do povo, pois povo é uma metáfora, “[...] a soberania não é do povo, mas de cada um dos indivíduos, enquanto cidadãos”.

De outra maneira, Bobbio entende que o conceito de democracia, apesar dos vários matizes, preferindo o autor entre as definições “[...] aquela que apresenta a democracia como o ‘poder em público’[...]” (2000, p.386). O que significa que os governantes devem tomar as suas decisões às claras e permitirem que os governados “vejam” como e onde as tomam.

No decorrer da história da humanidade, a experiência da democracia foi muito rica e variada, mas se visualiza duas principais maneiras de exercício desse sistema de governo: a direta, no qual o próprio cidadão exerce o poder, e a indireta, por meio do qual o cidadão elege representantes para decidir em seu

lugar. Da primeira, se tem notícia como sendo a mais notável a democracia grega, já a segunda é a mais comum nos dias atuais.

Todavia, existe um sistema híbrido, como vem a ser o brasileiro, que é uma mistura de democracia indireta com institutos da democracia direta, como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular de leis.

Com efeito, a democracia tem seus princípios, os quais remetem a sua própria existência, mas para SILVA (2003), ela repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra que todo o poder emana do povo; b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação.

Ademais, completam o significado de democracia os seus pressupostos: os valores da igualdade e liberdade “[...] A igualdade é o valor fundante da democracia, não a igualdade formal, mas a substancial [...]” (SILVA, 2003, p. 197).

Cabe ainda ressaltar a história da democracia e como a sua evolução não derogou seus princípios e valores essenciais, apesar de distorções pontuais em regimes autoritários. Assim, encontra-se respaldo na história para a demonstração que a democracia representativa não pode se afastar dos princípios e valores fundamentais que vêm desde a democracia grega. Como acontecia na *ágora* ateniense, a assembléia ao ar livre era a forma de exercício da democracia. Não obstante, na passagem da democracia direta para a democracia representativa, “[...] desaparece a praça, mas não a exigência de “visibilidade” do poder, que passa a ser satisfeita de outra maneira, com a publicidade das sessões do parlamento, com a formação de uma opinião pública através do exercício da liberdade de imprensa [...]” (BOBBIO, 2000, p. 387).

Como se subtrai da citação acima, Bobbio (2000) não admite a compatibilidade da democracia com o poder invisível, secreto, por isso sugere uma redefinição da democracia para que ela seja idealmente uma forma de governo na qual também as últimas fortificações do poder invisível sejam vencidas e o poder, tal como a natureza, não tenha mais segredos para o homem.

De fato, as distorções do poder secreto, o distanciamento do cidadão do poder, a crise do sistema representativo e toda sorte de vícios nas democracias modernas, geram a oposição entre democracia real e ideal, pois a democracia perfeita não pode existir, ou de fato jamais existiu, são duas as razões: a primeira é que a liberdade e a igualdade são não um ponto de partida, mas sim um ponto de chegada. A democracia pode ser considerada um processo, lento mais irrefreável, no sentido da aproximação dessa meta. A segunda razão, “[...] diz respeito ao pressuposto que o fundamento ético da democracia é o reconhecimento da autonomia do indivíduo, de todos os indivíduos, sem distinção de raça, sexo, religião, etc”. (BOBBIO, 2000 p. 422.)

Noutro viés, a democracia depende de uma ordem constitucionalmente justa, no âmbito de um Estado Democrático de Direito. O professor José Joaquim Gomes Canotilho analisa o tema, e para ele, “[...] averiguar se uma ordem constitucional está informada pelos princípios do Estado de direito democrático é ou pode ser uma pedra de toque para se concluir, positiva ou negativamente, acerca da sua dignidade [...]” (CANOTILHO, 1993, p.346). Reconhecendo-se como ordem constitucional justa, como Estado de direito ou Estado de não direito, como Estado democrático ou como ditadura.

Portanto, a justificativa que a democracia é a melhor forma de governo está precisamente no pressuposto que o indivíduo singular, o indivíduo como pessoa moral e racional, é o melhor juiz do seu próprio interesse. Como o homem racional é um ideal-limite, também a democracia é um ideal-limite, por isso inatingível a democracia perfeita.

3. REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E MANDATO

Como nas sociedades modernas em virtude de sua complexidade e pujança não é viável a democracia direta, assim se desenvolveu a democracia indireta e semidireta. A indireta, com a designação de representantes que falam em nome de todos os cidadãos, já a semidireta é uma forma mitigada na qual se elege representantes, mas se reserva uma parcela de participação direta, como são exemplos o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular de leis.

Quanto à representação, verifica-se que o eleitor vota no candidato com a idéia de que este o representará, todavia, existe a representação política e a representação de interesses. Na contraposição entre representação dos interesses e representação política, Bobbio (2000) ressalta que adquirem particular relevo os significados de representação e espelhamento, o primeiro, na diferença entre mandato vinculado e mandato livre; o segundo, na diferença entre o espelhamento de cada um dos interesses organizados ou então de todos os interesses, mesmo daqueles não-organizados.

Esclarecendo os conceitos, ambas as formas de representação são representações de interesses: a diferença está na oposição entre interesses parciais e interesses gerais, entre interesses de grupos particulares e o interesse da nação inteira.

Com efeito, o âmago da questão está na diferença entre o mandato vinculado e mandato livre, o caráter distintivo das duas formas de representação consiste em ser a primeira vinculada aos interesses dos cidadãos, enquanto a segunda significa uma liberdade do representante para fazer o que entender, sem prestar conta aos representados. Nesse sentido, Bobbio (2000, p. 461) questiona se quem “[...] age por conta de um outro sem estar vinculado pela vontade do mandante pode ainda ser propriamente chamado de representante? [...]”.

Quanto ao mandato político-representativo, este “[...] constitui uma situação jurídico-política com base na qual alguém, designado por via eleitoral, desempenha uma função política na democracia representativa [...]”. (SILVA, 2003, p.136).

Para a doutrina, a teoria política conhece duas formas principais de mandato: o mandato representativo e o mandato imperativo.

O mandato imperativo, para Silva (2003) vigorou antes da Revolução Francesa, de acordo com o qual seu titular ficava vinculado a seus eleitores, cujas instruções teria que seguir nas assembleias parlamentares; se aí surgisse fato novo, para o qual não dispusesse de instrução, ficaria obrigado a obtê-los dos eleitores, antes de exigir; estes poderiam cassar-lhe a representação.

Assim no mandato imperativo há uma sintonia entre o representante e o representado, devendo haver uma prestação de contas constante para que o cidadão possa aferir a capacidade e o desempenho do parlamentar, pois, segundo o professor Paulo Bonavides (2006, p. 282), essa espécie de mandato “[...] sujeita os atos do mandatário à vontade do mandante; que transforma o eleito em simples depositário da confiança do eleitor [...]”.

Essa forma de mandato tem por fundamento a teoria da identidade pela qual o mandato imperativo consiste essencialmente em estabelecer a identidade e suprema harmonia da vontade dos governantes com a vontade dos governados, uma sintonia entre os cidadãos e os parlamentares.

Todavia, Bonavides (2006) entende que o princípio da identidade instrumentalizado para coletar sem deformações os interesses prevalentes de grupos específicos, e o sistema representativo culmina logicamente numa depreciação progressiva da independência do representante, cada vez mais “comissário”, cada vez menos “representante”.

De outro modo, Bobbio (2000) ressalta a tendência de volta do mandato imperativo com a democracia contemporânea, desta feita como instrumento de autenticação da vontade democrática, há um exemplo no qual existe o mandato imperativo: a Constituição da Tchecoslováquia. Por seu turno, Bonavides (2006) também faz a mesma verificação, para ele, essas tendências têm apoio teórico nos fundamentos da representação concedida segundo a regra da “identidade”, que em boa lógica retira do representante todo o poder próprio de intervenção política animada pelos estímulos de sua vontade autônoma e o acorrenta sem remédio à vontade dos governados.

Na prática, a repercussão do mandato imperativo trás a possibilidade de um maior controle dos representantes por parte dos cidadãos, existindo alguns instrumentos em alguns países pelo qual é possível a revogação do mandato por certo número de votos dos eleitores, “[...] é o caso de *recall* nos Estados Unidos da América e era o da revocação na antiga União Soviética.” (SILVA, 2003, p. 139).

Por outro lado, o mandato representativo é aquele que confere ao representante toda a liberdade para desempenhar o mandato, sem se preocupar com a avaliação ou com o que pensam os representados. Ele tem fundamento na teoria da duplicidade, a qual para Bonavides (2006) insistira toda a velha doutrina do sistema representativo numa idéia capital: a independência do representante em face do eleitor.

Foi uma doutrina desenvolvida e defendida por John Milton, Blackston, Burke, Montesquieu, Sieyès, Mirabeau, Benjamin Constant, Grizot, Carl Schmitt, entre outros. O professor Paulo Bonavides (2006) ressalta que essa doutrina teve o seu apogeu na Constituição Francesa de 1791, na França, e se propagou nos demais Estados postos sob o influxo revolucionário.

E teve seu declínio a partir da Constituição de Weimar, na qual já havia disposições contraditórias e conflitantes que começaram a abalar e debilitar aquela doutrina, “[...] verificando-se nas Constituições seguintes uma diminuição desse pensamento” (BONAVIDES, 2006, p. 226).

Esse tema não escapou à análise do arguto Hans Kelsen, para quem era uma grosseira ficção aquela contida na teoria já desenvolvida na Assembléia Nacional francesa de 1789, “[...] segundo a qual o parlamento, na sua essência, não seria nada mais que um representante do povo, cuja vontade se expressaria apenas nos atos parlamentares”. (KELSEN Apud BOBBIO, 2000, p. 461).

Em suma, por essa doutrina o representante se faz interprete da vontade nacional, sem nenhum laço de sujeição ao cidadão.

Quanto à natureza da representação, Sobolewsky (apud BONAVIDES, 2006) entende que se trata de um processo, afigura-se-lhe apenas admissível uma representação que se analise como processo, em seu aspecto dinâmico.

Ainda no tocante ao mandato representativo, Bonavides (2006) descreve com base em farta doutrina suas características imanentes: a generalidade, a liberdade, a irrevogabilidade e a independência. Pela generalidade, significa que o parlamentar representa a nação mesma em seu conjunto, já pela autonomia, o representante exerce o mandato com inteira autonomia de vontade.

Ademais, no concernente à irrevogabilidade, por essa característica, não há lugar para aqueles instrumentos do regime representativo semidireto, como o *recall* dos americanos ou o *Abberufungsrecht* dos suíços. Por fim, pela independência, os atos do mandatário se acham a salvo de qualquer ratificação por parte do mandante, “[...] presumindo-se que a vontade do representante seja a vontade nacional”. (BONAVIDES, 2006, p. 281)

O mandato representativo e por sua vez o sistema representativo foram analisados por Rousseau, para ele “[...] na ocasião em que um povo institui representante, ele já não é livre; deixa de existir. [...]” (ROUSSEAU apud BONAVIDES, 2006, p.229). No entanto, o seu pensamento anti-representativo se abrandava em presença das necessidades de auto-organização que o Estado moderno produziu, daqui nascendo transigências que de outra forma não se explicariam.

Mas analisando o pensamento do grande escritor, Rousseau atribuía como uma das causas da corrupção, os vícios do sistema representativo de seu tempo, os quais se verificam nos dias atuais, a corrupção que faz do órgão da liberdade um instrumento da servidão. Para combater esse mal, Rousseau indica dois meios eficazes de atalhá-lo: “[...] a renovação freqüente das assembléias, encurtando-se o mandato dos representantes; e a submissão

destes às instruções de seus constituintes, a quem devem prestar estreitas contas de seu procedimento nas assembléias (mandato imperativo)” (ROUSSEAU apud BONAVIDES, 2006, p. 230).

Por fim, cabe ressaltar que a Constituição brasileira de 1988 significou um retrocesso a esse respeito, em matéria de sistema representativo, a “duplicidade” voltou a prevalecer sobre a “identidade”, pela memória recente da ditadura militar e as perseguições que havia contra os parlamentares, todavia essa preocupação não exista nos dias atuais.

Quanto aos direitos e deveres de representantes e representados, aos representantes políticos cabe o exercício do mandato político com todas as prerrogativas constitucionais, sendo-lhe assegurado a generalidade, a liberdade, a irrevogabilidade e a independência. Por outro lado, ao cidadão incumbe o exercício da soberania popular, pois todo o poder emana do povo.

Refletindo sobre quais as minúcias e consequências dessas prerrogativas, constata-se que o representante tem aproveitado as prerrogativas de seu mandato, todavia o cidadão não tem utilizado efetivamente os poderes que a Constituição Federal de 1988 lhe garante.

Pela configuração institucional e legal, a democracia brasileira é do tipo semidireta, que vem a ser aquela na qual existe o sistema representativo, mas ele é mitigado com instrumentos de participação direta do cidadão, cite-se o referendo, e plebiscito e a iniciativa popular de lei.

Ademais, em várias passagens, a Constituição Federal brasileira consagra a participação do cidadão nos assuntos do Estado. Mas essa participação não tem sido efetiva.

Obviamente que uma participação popular de qualidade deve envolver um processo que passa pela educação do povo. A cidadania política pressupõe o conhecimento sobre as ciências básicas, sobretudo o saber sobre o que acontece no âmbito do poder, pois “[...] O cidadão deve “saber”, ou pelo menos deve ser colocado em condições de saber. [...] Porque as últimas fortificações do poder invisível devem ser vencidas e o poder, tal como a natureza, não pode mais ter segredos para o homem”. (BOBBIO, 2000, p. 392)

Por fim, Silva (2003) faz um contraponto entre a democracia e a participação, a democracia não teme, antes requer a participação ampla do povo e de suas organizações de base no processo político e na ação governamental.

Desse quadro, justifica-se a crise do sistema representativo, no qual políticos são eleitos para representar seus próprios interesses, quando muito o interesse de um grupo específico, sem a preocupação com os interesses da nação como um todo.

De tal conjuntura, resulta o paternalismo e despotismo, distorções da democracia e vícios que impedem a realização plena da cidadania no Brasil, pois “[...] todas as formas de governo que não partem dos direitos e dos

interesses dos indivíduos são chamados de 'paternalistas' ou 'despóticas'". (BOBBIO, 2000, p. 424)

A esperança existe de dias melhores, se o cidadão brasileiro despertar para a efetiva participação, organizando-se e se qualificando, pois é bom que em cada sociedade existam pessoas que possam fazer livre uso da razão sem possuir outra força além daquela derivada dos bons argumentos. "[...] São os profetas desarmados dos quais Maquiavel escarneia". (BOBBIO, 2000, p. 398)

4. VOTO SECRETO NO PODER LEGISLATIVO

Essa questão foi tratada a depender de como o mandato representativo era desempenhado, se imperativo ou representativo, como vimos, o primeiro significa mais controle por parte dos representados, enquanto que pelo segundo, há uma liberdade e independência dos representantes que afastam o controle pelo representado, no qual o voto secreto prevalece e grageja.

No Brasil, historicamente prevaleceu a previsão do voto secreto como medida excepcional, sendo as sessões públicas a regra, nesse sentido, o jurista Ponte de Miranda apontava que o voto secreto sob a Constituição de 1946 era excepcional. "[...] Nenhum dos corpos legislativos podia deliberar que a votação fosse secreta: podia, no entanto, fazer secreta a apresentação e discussão dos projetos, em resolução 'in casu'" [...]. (MIRANDA, 1967, p.577)

Todavia, na Assembléia Nacional Constituinte de 1988, havia em especial uma preocupação com o bom exercício do mandato, pois a lembrança recente da ditadura e as perseguições a parlamentares recomendavam a guarnição do exercício da atividade parlamentar a salvo de qualquer sorte de adversidade e perturbação. Medida justificável à época, mas aquela situação não persiste mais, já não há ameaça ao livre exercício do mandato parlamentar.

Na Constituição Federal de 1988, as deliberações serão por voto secreto nas hipóteses do artigo 52, III, IV e XI: escolha pelo Senado Federal de membros de poder e ocupantes de cargos públicos do alto escalão; artigo 55, §2º: decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador; e §4º do artigo 66: apreciação do veto presidencial.

Conforme a doutrina mais abalizada, não há representação que se passe em segredo e a portas fechadas, pois representar significar tornar visível, pois "A publicidade dos debates nas Câmaras submete os poderes ao dever de buscar a justiça e a razão sob os olhos de todos, com o objetivo de que cada cidadão se convença de que essa busca é feita de boa-fé". (GUIZOT apud BOBBIO, 2000, p. 387).

Não há outra razão que justifique o voto secreto que não seja a necessidade de segurança dos parlamentares, mas tem outra justificativa, a intenção de dominação, "[...] É compreensível também porque quem exerce o poder sente-se mais seguro de obter os efeitos desejados quanto mais se torna invisível àqueles aos quais pretende dominar. [...]" (BOBBIO, 2000, p. 387). Mas há outra razão para Bobbio, ele entende que há um desprezo pelo povo, pois a principal razão pela qual o poder tem necessidade de subtrair-se do olhar do

público está em considerar o povo incapaz de entender os supremos interesses do Estado.

A verificação da realidade dos governos nos quais estão presentes o voto secreto demonstra uma relação entre voto secreto e governos despóticos, para Bobbio (2000), quem considera que o sigilo seja conatural ao exercício do poder sempre foi fator dos governos autocráticos.

O autor italiano, considerado um dos mais notáveis cientistas políticos da atualidade, analisa amplamente a questão do voto secreto, portanto há muito a expor sobre seu pensamento. Nesse sentido, o autor faz uma relação entre poder e maioria, pois para o homem que saiu da minoridade, o poder não tem, não deve mais ter, segredos. “[...] Para que o homem que chegou à maioria possa fazer público das questões de Estado. É necessário que o poder aja em público. Caiu por terra uma das razões do sigilo de Estado: a ignorância do vulgo [...]” (BOBBIO, 2000, p. 406).

Mas esse tema não se circunscreve ao âmbito da ciência política somente, na filosofia, encontra-se no pensamento de Kant reflexões sobre o sigilo nos governos, é interessante observar que o filósofo expõe o problema do possível acordo da política com a moral, o pensador “[...] Sustenta que o único modo de garantir que isso ocorra é a condenação do sigilo dos atos de governo e a instituição da sua publicidade [...]” (KANT apud BOBBIO, 2000, p. 406).

Mas Kant não para por aí, argumenta que todas as ações relativas aos direitos de outros homens, cuja máxima não é compatível com a publicidade, são injustas. Pois uma máxima que eu não possa tornar pública sem com isso tornar vão o objetivo ao qual me propus “[...] máxima tal não pode explicar essa reação necessária e universal de todos contra mim [...] a não ser pela injustiça com a qual ela ameaça a todos”. (KANT apud BOBBIO, 2000, p. 407).

Dessa colocação se abstrai que o pressuposto desse discurso kantiano é claro: manter em sigilo um propósito, ou mesmo um pacto, ou, se fosse possível, qualquer providência pública, é por si só uma prova da sua ilicitude.

A respeito desse tema, um dos maiores juristas brasileiros, Pontes de Miranda (1967), analisou as repercussões do sigilo nas votações em sua época, lições valiosas e perfeitamente atuais, para ele, no regime pluripartidário, em Constituição que mandou atender-se à representação dos partidos nas omissões e adotou outras medidas de responsabilização, seria difícil explicar-se o receio da votação aberta, para o eminente jurista, o eleitor é que deve votar secretamente (há razões de técnica para isso); não, o eleito.

5. A INCOMPATIBILIDADE DO VOTO SECRETO NO PODER LEGISLATIVO COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Primeiramente cabe esclarecer o que vem a ser Estado Democrático de Direito, expressão esculpida no art. 1º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.

Buscou-se na obra de Canotilho (1993) um esclarecimento sobre esse conceito, que para o constitucionalista, é um Estado de direito democrático aquele baseado no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais. Mas Estado de direito democrático, não é um conceito, mas sim um princípio, “O princípio do Estado de direito não é um conceito pré ou extraconstitucional, mas um conceito constitucionalmente caracterizado erigido em forma de racionalização de uma estrutura estadual-constitucional [...]” (CANOTILHO, 1993, p.370).

Pela pesquisa, constatou-se que o voto secreto nas deliberações do Poder Legislativo é incompatível com o sistema representativo por que o parlamento é um lugar onde o poder é representado, no duplo sentido da palavra, pois “[...] é o lugar onde se reúnem os representantes e onde, ao mesmo tempo, ocorre uma verdadeira encenação”. (BOBBIO, 2000, p. 408-409)

Situação diferente é a do cidadão, que deve ter resguardada a sua liberdade e por isso a exigência do sigilo no sufrágio, pois como nota Canotilho (2006, p. 435), “O princípio do sufrágio secreto é uma garantia da própria liberdade de voto. Além de exigir, como se disse, a proibição de sinalização do voto, pressupõe também a impossibilidade de uma reconstrução posterior do sentido da imputabilidade subjectiva do voto [...]”.

Outra questão relacionada diz respeito à analogia entre representação, máscara e linguagem. O representante que recebe essa incumbência assume um papel equivalente aos personagens teatrais, ele deve representar o papel designado. Curioso notar que na antiguidade, os autores usavam máscaras durante as representações teatrais, para separar o personagem do ator. Disso infere-se que o representante político quando vota secreto, analogicamente está usando uma máscara para separar o representante político da pessoa, isso não é compatível com nosso sistema político.

Essa incompatibilidade também é percebida por Carl Schmitt que vislumbra muito bem o nexa entre representação e encenação. “[...] A representação [...] pode desenvolver-se apenas na esfera da publicidade. Não há representação que ocorra em segredo e a portas fechadas [...]”. (SCHMITT apud BOBBIO, 2000, p. 409).

No mesmo sentido, Jefferson citando o pensador Sennett entende que o dirigente deve agir com discrição, “[...] mas não lhe deve ser permitido manter para si as suas intenções”. (JEFFERSON apud BOBBIO, 2000, p. 409). Já para Bentham (apud BOBBIO, 2000, p. 413-414), “Surpresa e segredo são – comenta enfim – as fontes da desonestidade e do medo, da ambição injusta associada à fraqueza” [...].

Reforça essa tese o princípio da publicidade, consagrado na Constituição Federal brasileira de 1988, bem se trata de um princípio geral do direito, e para Canotilho (1993, p. 947), “[...] a justificação do princípio da publicidade é simples: o princípio do Estado de direito democrático exige o conhecimento, por parte dos cidadãos, dos actos normativos, e proíbe os actos normativos secretos contra os quais não se podem defender [...]”.

Todavia, analisando a Constituição Federal brasileira de 1988, bem como os aspectos históricos envolvidos, percebe-se uma preocupação do Legislador Constituinte em oferecer todas as garantias para o exercício do mandato parlamentar, oferecendo amplas prerrogativas constitucionais de modo a resguardar a liberdade e a independência do parlamentar.

Fazendo uma pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, encontra-se a Corte debatendo esse tema na votação da ADI 2461/RJ. Interessante manifestação que ressaltou nesse julgado, foi a do Ministro Carlos Britto (2005), no voto, ele disse que, de fato, a opção política feita pelo Constituinte de 88 quanto ao voto secreto em caso de processo de perda de mandato de parlamentares não foi a melhor opção, pois não homenageia o princípio da publicidade, não homenageia o princípio da transparência, esquece que o parlamentar não vota simplesmente por si, ele tem uma satisfação a dar aos eleitores ou a seus representados, diferentemente do eleitor individual, do cidadão, que só dá satisfação a si mesmo.

De maneira geral, do ponto de vista histórico no Brasil, por ocasião dos trabalhos do Legislador Constituinte, havia uma situação excepcional, corroborada pelos doutrinadores, desde que se tenha em vista a proteção da própria democracia, é justificável pelo Estado o uso do segredo através da instituição dos serviços de segurança, “[...] como um instrumento necessário para defender, em última instância, a democracia [...]”. (BOBBIO, 2000, p. 415). Portanto, somente em extremada situação.

Mas no Brasil essa não tem sido a regra, na verdade, por outro lado, tem prevalecido o segredo e a conseqüente falta de transparência, apesar de Propostas de Emenda à Constituição que pretendem extinguir o voto secreto no parlamento tramitarem no Congresso Nacional.

Segundo Canotilho a falta de transparência e publicidade afrontam os direitos fundamentais, pois “[...] os direitos fundamentais como direitos subjetivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático [...]”. Que por sua vez, “[...] como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática [...]”. (CANOTILHO, 1993. p.431).

O que se percebe é a proliferação nos Regimentos Internos de Assembléias Legislativas e de Câmaras Municipais no país inteiro, que ampliaram as hipóteses de votação secreta, de maneira flagrantemente inconstitucional, pois como essa medida é limitadora de outros direitos com amparo constitucional, deve ser interpretada restrita e estritamente.

Nesse sentido, Pontes de Miranda (1967) analisando as votações secretas, sob a Constituição de 1946, disse que procuraram interpretar o art. 43 como se ele apenas exigisse que, nos casos apontados, o voto fosse secreto, deixando-se à elaboração de regras jurídicas regimentais o estabelecimento de outras espécies em que podia ser secreta a deliberação de qualquer das câmaras. Segundo tal opinião, portanto, os regimentos poderiam ser acordes em fazer secretas as suas respectivas votações, ou um as fazer e outro não, ou

em deixarem, ou um só deixar, que se pudesse pedir, em cada caso, que a votação fosse secreta.

Para o mestre, tal interpretação desatendia à tradição brasileira, que é a da publicidade das votações em qualquer das câmaras. Outrossim, se não existisse, no sistema jurídico constitucional brasileiro, regra jurídica, implícita, que diz: "As votações de qualquer das câmaras serão públicas", poderiam os regimentos ou um deles estatuir que todas as votações fossem secretas. Ora, o absurdo ressaltava. É certo que os regimentos poderiam ser observados, a despeito da inconstitucionalidade, e teríamos as votações das leis sem a incidência do princípio da publicidade das votações, mas seria de esperar-se que a apreciação judiciária repeliria tal prática e tal regra jurídica regimental.

O arguto cientista político italiano não deixou escapar esse detalhe, para ele "[...] pode-se admitir que o segredo é admissível quando garantir um interesse protegido pela constituição sem lesar outros interesses igualmente garantidos [...]". (BOBBIO, 2000, p. 414)

Por fim, Bobbio (2000) compara a esfera privada e pública e ensina que no âmbito particular do cidadão, o segredo é a regra, contra a invasão do público no privado, e a publicidade é a exceção. Exatamente porque a democracia pressupõe a máxima liberdade dos indivíduos singularmente considerados, estes devem ser protegidos de um excessivo controle por parte dos poderes públicos sobre a sua esfera privada. Mas por outro lado, no âmbito público, exatamente porque a democracia é o regime que prevê o máximo de controle sobre os poderes por parte dos indivíduos, esse controle só é possível se os poderes públicos agirem com o máximo de transparência.

6. CONCLUSÃO

Dessas investigações e reflexões, após consultar obras que aprofundam bem os temas, cujos autores são reconhecidos pela competência com que analisam as várias questões postas sob suas análises, constatou-se a confirmação da hipótese de estudo, segundo a qual com o voto aberto se promove mais transparência e interação entre representantes e representados, possibilitando o acompanhamento pela sociedade do desempenho dos parlamentares, podendo com isso fazer um melhor juízo da capacidade do agente político.

Ademais, considera-se atendido o objetivo de analisar as repercussões do voto secreto no Poder Legislativo, o qual se demonstrou incompatível com o Estado Democrático de Direito, afastando a sociedade das casas legislativas e molestando o sistema representativo e a democracia. Por outro lado, o voto aberto trás a possibilidade de a sociedade, em especial os representados, acompanhar o desempenho de seus representantes, podendo fazer uma aferição constante de sua capacidade.

7. REFERÊNCIAS

1. BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos; organizado por Michelangelo Bovero; tradução Daniela Beccaccia Versiane. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

2. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
3. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. ADI 2461/RJ. Requerente: Partido Social Liberal. Requerido: Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro., Relator(a):Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2005. Disponível em: Acessado em: 29 nov. 2011, 21:31:12. p. 14.
4. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. totalmente refundida e aumentada. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
5. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo II, pp. 577 e seguintes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.
6. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL NO ESTADO DO TOCANTINS

Revisão de Eleitorado nº 26-56.2011.6.27.0000 (Protocolo: 2.802/2011)

Requerentes: Ivan Paz da Silva e Vilma Cruz Vieira

Requerido: Tribunal Regional Eleitoral no Estado do Tocantins

Relator: Juiz Luiz Zilmar Pires

MM Juiz Relator,

O Ministério Público Eleitoral, pelo Procurador Regional Eleitoral signatário, em atenção ao Despacho de ff. 35/36, manifesta-se nos seguintes termos:

Em oportunidade anterior (ff. 18/19), o Ministério Público Eleitoral requereu a juntada aos autos de informações quanto ao número de transferências de domicílio eleitoral para Aguiarnópolis nos anos de 2010 e 2011, assim também o número de habitantes no município com idade entre 10 e 15 anos e com mais de 70 anos.

Deferido o requerimento, as referidas informações foram acostadas aos autos a ff. 28 e 31/33.

Nesses termos, dispõe o Código Eleitoral (Art. 71, § 4º) e a Resolução/TSE n.º 21.538/2003 (Art. 58) que, havendo denúncia fundamentada de fraude no alistamento de uma zona ou município, o Tribunal Regional Eleitoral poderá determinar a realização de correição e, uma vez provada a fraude em proporção comprometedora, ordenará a revisão do eleitorado, comunicando a decisão ao E. TSE.

Preceitua o Artigo 58 da citada Resolução, *in verbis*:

Art. 58. Quando houver denúncia fundamentada de fraude no alistamento de uma zona ou município, o Tribunal Regional Eleitoral poderá determinar a realização de correição e, provada a fraude em proporção comprometedora, ordenará, comunicando a decisão ao Tribunal Superior Eleitoral, a revisão do eleitorado, obedecidas as instruções contidas nesta resolução e as recomendações que subsidiariamente baixar, com o cancelamento de ofício das inscrições correspondentes aos títulos que não forem apresentados à revisão (Código Eleitoral, art. 71, § 4º).

§ 1º O Tribunal Superior Eleitoral determinará, de ofício, a revisão ou correição das zonas eleitorais sempre que:

*I - o total de transferências de eleitores ocorridas no ano em curso seja **dez por cento** superior ao do ano anterior;*

II - o eleitorado for superior ao dobro da população entre dez e quinze anos, somada à de idade superior a setenta anos do território daquele município;

*III - o eleitorado for superior a **sessenta e cinco por cento** da população projetada para aquele ano pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (Lei nº 9.504/97, art. 92).*

§ 2º Não será realizada revisão de eleitorado em ano eleitoral, salvo em situações excepcionais, quando autorizada pelo Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º Caberá à Secretaria de Informática apresentar, anualmente, até o mês de outubro, à Presidência do Tribunal Superior Eleitoral, estudo comparativo

que permita a adoção das medidas concernentes ao cumprimento da providência prevista no § 1º.

Art. 59. O Tribunal Regional Eleitoral, por intermédio da corregedoria regional, inspecionará os serviços de revisão (Res./TSE nº 7.651/65, art. 8º)

Quanto ao tema em exame, o Ministro Carlos Eduardo Caputo Bastos pontuou, na Revisão de Eleitorado nº 515, oriunda do Amazonas, que a medida se impõe quando os requisitos acima indicados se apresentarem de forma cumulativa:

Cumpra ressaltar, portanto, a existência de duas espécies de deliberação quanto às revisões de eleitorado: a primeira, decorrente de competência originária dos tribunais regionais eleitorais, que exige, a teor da regra contida no art. 71, § 4º, do Código Eleitoral – reproduzida no caput do art. 58 acima transcrito-, a existência de “denúncia fundamentada de fraude”, a ensejar, se confirmada a fraude em proporção comprometedor, a realização da revisão, que deverá ser comunicada ao Tribunal Superior Eleitoral; a segunda, com fundamento em regra introduzida pelo art. 92 da Lei nº 9.504/97 – também reprisada na referida resolução-, que atribui a esta Corte Superior a determinação, de ofício, de correição ou revisão, nas hipóteses que especifica.

*Com base nos estudos comparativos providenciados pela Secretaria de Informática, o Tribunal Superior Eleitoral tem determinado, de ofício, a realização de revisões de eleitorado nos municípios que apresentam, **cumulativamente**, total de transferências 10% superior ao do ano anterior, eleitorado superior ao dobro da população entre 10 e 15 anos somada à de idade superior a 70 anos e relação entre eleitorado e população superior a 80%, observada a faculdade prevista na lei de que seja determinada a realização de revisão ou correição.”*

Nesse sentido decidiu o TSE, conforme ementa abaixo transcrita:

REVISÃO DE ELEITORADO. ART. 92 DA LEI Nº 9.504/97. REQUISITOS. NÃO PREENCHIDOS. INDEFERIMENTO.

*I - Nega-se a revisão de eleitorado em município, deferida pelo TRE, com fundamento no art. 92 da Lei das Eleições, quando não preenchidos, **cumulativamente**, os requisitos exigidos para tal providência, em conformidade ao disposto na Res.-TSE nº 21.538/2003.*

II - Indeferimento.”(TSE, RVE - REVISÃO DE ELEITORADO nº 500, Resolução nº 22162 de 07/03/2006, Relator(a) Min. FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 31/03/2006, Página 135)

Assim, uma vez devidamente instruídos os autos, convém analisar, no caso posto, os requisitos apontados no artigo 58 da Resolução TSE nº 21.538/2003. Verifica-se que:

a) quanto ao número de transferências de domicílio eleitoral para Aguiarnópolis, temos que, tendo ocorrido apenas 63 transferências no ano em curso e 104 no ano de 2010, as transferências ocorridas em 2011 não superaram em 10% aquelas ocorridas em 2010, conforme exige a referida norma legal para autorizar a revisão do eleitorado no município. Ao contrário, embora o ano de 2011 não tenha chegado ao fim, o número de transferências ainda é inferior àquelas ocorridas em 2010;

b) quanto ao número de eleitores, temos que corresponde a **452%** da população com idade entre 10 e 15 anos e com mais de 70 anos, considerando que o número de eleitores em 2010 era de 3.310 (f. 11) e a população estimada pelo IBGE correspondia a 5.162 habitantes (f. 33), ou seja, o eleitorado supera em 4,5 vezes a referida população; e

c) ainda quanto ao número de eleitores, verifica-se que corresponde a **64,12%** da população, porquanto o número de eleitores em 2010 era de 3.310 (f. 11) e a população estimada pelo IBGE correspondia a 5.162 habitantes (f. 33);

Do exposto, portanto, extrai-se que apenas o requisito trazido pelo inciso II do § 1º do Artigo 58 da Resolução TSE nº 21.538/2003 restou satisfeito, qual seja, *“II - o eleitorado for superior ao dobro da população entre dez e quinze anos, somada à de idade superior a setenta anos do território daquele município;”*, o que não autoriza a revisão do eleitorado conforme postulado pelos vereadores requerentes.

Pelo exposto, manifesta-se o Ministério Público Eleitoral pelo indeferimento do requerimento de revisão do eleitorado de Aguiarnópolis.

Palmas-TO, 28 de junho de 2011.

RODRIGO LUIZ BERNARDO SANTOS
Procurador Regional Eleitoral

ACÓRDÃO Nº 103

(14.4.2011)

AÇÃO PENAL – AUTOS Nº 103 – BOM JESUS DO TOCANTINS (TO)

Relator: Juiz MARCELO ALBERNAZ

Revisor: Juiz LUIZ ZILMAR

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, POR SEU PROCURADOR

Réu: JAIRTON CASTRO DA SILVA, PREFEITO DE BOM JESUS DO TOCANTINS/TO

Advogados: Dra. Mery Ab-Jaudi Ferreira Lopes e outros

EMENTA: AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CORRUPÇÃO ATIVA ELEITORAL. ART. 299 DO CP. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CP. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

1. O enquadramento da conduta na figura delitiva do art. 299 do Código Eleitoral exige, além do dolo genérico, o fim específico (dolo específico) de obter ou dar voto ou de conseguir ou prometer abstenção.
2. Caso em que restou comprovado que o acusado, na condição de candidato a Prefeito de Bom Jesus do Tocantins/TO, fez promessas de vantagens (nomeação para cargos públicos, empregos, ajuda genérica, doação de casa etc.) a diversos eleitores para obter seus votos após transferência dos respectivos domicílios eleitorais.
3. Caso em que as diversas condutas ilícitas praticadas pelo réu se adequam perfeitamente à previsão do art. 71 do Código Penal, ensejando o reconhecimento da continuidade delitiva.
4. Ausência de causas excludentes de antijuridicidade e culpabilidade, bem como de causas extintivas de punibilidade.
5. Dosimetria da pena em conformidade com o Código Penal e o Código Eleitoral.
6. Condenação do acusado JAIRTON CASTRO DA SILVA à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 7,5 (sete inteiros e cinco décimos) dias-multa pela prática da conduta tipificada no art. 299 do Código Eleitoral combinado com o art. 71 do Código Penal.
7. Arbitramento do dia-multa em 1 (um) salário mínimo vigente ao tempo do fato (maio de 2004), porquanto o acusado é prefeito municipal e contratou advogado particular (art. 286, § 1º, CE).
8. O valor do dia-multa deve ser atualizado monetariamente nos termos do art. 49, § 2º, do Código Penal.
9. Condenação do réu ao pagamento das custas e despesas processuais.
10. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos: prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.
11. Determinação de oitiva do Ministério Público Eleitoral, após o trânsito em julgado do acórdão, acerca de possível ocorrência de prescrição retroativa.

ACÓRDÃO: VISTOS, relatados e discutidos os autos, decide o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Tocantins, por unanimidade, condenar JAIRTON CASTRO DA SILVA pela prática do delito tipificado no art. 299 do Código Eleitoral combinado com o art. 71 do Código Penal, bem como determinar, após o trânsito em julgado, a oitiva do Ministério Público

Eleitoral acerca de possível prescrição retroativa, nos termos do voto do relator.

Sala das Sessões do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins

Palmas, 14 de abril de 2011.

Publicado no DJE nº 69, de 18/4/2011, pág. 2-3

RELATÓRIO

Trata-se de AÇÃO PENAL proposta pelo Ministério Público Eleitoral em desfavor de JAIRTON CASTRO DA SILVA, PREFEITO DE BOM JESUS DO TOCANTINS-TO (fls. 02-22), imputando-lhe a prática do delito tipificado no art. 289 do Código Eleitoral c/c o art. 71 do Código Penal.

Segundo a denúncia, o acusado, então candidato a prefeito do município de Bom Jesus do Tocantins/TO, “prometeu dar vantagens diversas a eleitores para obter os seus votos no pleito eleitoral de 2004”.

Recebida a denúncia, o acusado foi citado, interrogado (fls. 495/496) e apresentou defesa prévia (fls. 504/508).

As testemunhas arroladas pela acusação (com a readequação de fls. 520/521) e pela defesa foram inquiridas (fls. 553-573).

As partes não requereram diligências complementares.

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela condenação do acusado.

A defesa, por sua vez, pediu a absolvição do réu sustentando a insuficiência de provas.

O processo foi desmembrado relativamente ao acusado JOSÉ HOÉLIO PARENTE CORREIA, passando estes autos a se referirem exclusivamente ao acusado JAIRTON CASTRO DA SILVA (fl. 666).

É o relatório.

ENCAMINHEM-SE os autos ao eminente Revisor.

Palmas/TO, 25 de fevereiro de 2011.

Juiz MARCELO ALBERNAZ
Relator

VOTO

I – QUESTÕES PRELIMINARES

Concorrem as **condições da ação** e os **pressupostos processuais**.

Não há necessidade de produção de outras **provas**.

II – MÉRITO DA CAUSA

II.1 – MATERIALIDADE E AUTORIA

Imputa-se ao réu **JAIRTON CASTRO DA SILVA**, prefeito do Município de Bom Jesus/TO, a prática da conduta tipificada no art. 299 do Código Eleitoral (Corrupção Ativa Eleitoral) combinado com o art. 71 do Código Penal (continuidade delitiva), os quais assim dispõem:

*Art. 299 - **Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa.***

*Art. 71 - **Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.***

O enquadramento da conduta na figura delitiva do art. 299 do Código Eleitoral exige, além do dolo genérico, o fim específico (dolo específico) de **obter ou dar voto ou de conseguir ou prometer abstenção**.

Nesse sentido:

ELEIÇÕES 2004. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RECURSO ESPECIAL. DENÚNCIA. CANDIDATO. PREFEITO. REELEIÇÃO. DISTRIBUIÇÃO. CESTAS BÁSICAS. MATERIAL DE CONSTRUÇÃO. ALICIAMENTO. ELEITORES. ART. 299 DO CE. ABUSO DO PODER POLÍTICO E ECONÔMICO. TRE. AUSÊNCIA. REFERÊNCIA. DENÚNCIA. DOLO ESPECÍFICO. NÃO-RECEBIMENTO. PEÇA PROCESSUAL. FALTA. DOLO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. JUSTA CAUSA. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS.

Esta Corte tem entendido que, para a configuração do crime descrito no art. 299 do CE, é necessário o dolo específico que exige o tipo penal, qual seja, a finalidade de obter ou dar voto ou prometer abstenção. Precedentes. (Ac. n° 319/RJ, DJ de 17.10.97, rel. Min. Costa Leite; Ac. n° 463/BA, DJ de 3.10.2003, rel. Min. Luiz Carlos Madeira; Ac. n° 292/BA, DJ de 6.3.98, rel. Min. Eduardo Ribeiro).¹

Correta a decisão regional que rejeitou a denúncia tendo como fundamento a atipicidade da conduta por ausência do dolo específico do tipo descrito no art. 299 do CE, não havendo justa causa para a ação penal.

¹ *Negritei.*

Para afastar a conclusão da Corte Regional Eleitoral, a qual entendeu que nenhuma testemunha relacionou a distribuição de cestas básicas com pedido de votos em favor do recorrido, e que tal distribuição deu-se em cumprimento a contrato, e como parte de um acordo trabalhista intermediado pelo recorrido, à época, prefeito, seria necessário o reexame de fatos e provas, incabível em sede de recurso especial (Incidência das Súmulas nos 7/STJ e 279/STF).

Agravo regimental que não ataca os fundamentos da decisão impugnada.

Agravo regimental desprovido. (TSE. AG-6014 - Japaratuba/SE, Rel. Min. José Gerardo Grossi, Data do Julgamento: 15/03/2007. DJ: 17/04/2007, p. 101).

No caso, restou comprovado que o acusado, na condição de candidato a Prefeito de Bom Jesus do Tocantins/TO, fez promessas de vantagens (nomeação para cargos públicos, empregos, ajuda genérica, doação de casa etc.) a diversos eleitores (NÚCYA TAVARES QUEIROZ, MINELVA NETA BARBOSA PEREIRA, SEBASTIÃO CAVALCANTE SANTIAGO, SILVANO ALVES DOS SANTOS, JACY GOMES BRAS, EDSON BARREIRA DA SILVA, MARIA APARECIDA PEREIRA DOS SANTOS NOLETO e PATRÍCIA FERREIRA DOS SANTOS) para obter seus votos após transferência dos respectivos domicílios eleitorais².

Nesse sentido, confira-se o teor de alguns depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório:

NÚCYA TAVARES QUEIROZ, fls. 554/555: “[...] QUE foi Jairton em pessoa que prometeu à depoente que lhe daria posse no cargo de professora no concurso em que a depoente havia sido aprovada; [...] QUE Jairton tinha certo relacionamento com a família da depoente em razão disso soube que o antigo prefeito não queria dar posse à depoente, daí porque Jairton foi procurá-la prometendo que se ela votasse nele ele a nomearia para o cargo de professora [...]”;

MINELVA NETA BARBOSA PEREIRA, fls. 556/557: “[...] QUE Jairton esteve na casa da depoente juntamente com José Hoélio para conversar com seu marido; [...] Jairton pessoalmente prometeu emprego para José Luiz Pereira de Sousa e para a depoente [...] ;com relação ao seu ex-marido Jairton cumpriu a promessa e José Luiz trabalha nas obras da prefeitura de Bom Jesus [...]”;

SEBASTIÃO CAVALCANTE SANTIAGO, fls. 558/559: “[...] QUE Jairton procurou a testemunha pedindo-lhe que transferisse o título para Bom Jesus, prometendo-lhe ajuda caso votasse nele [...]”;

MARIA PEREIRA BRAGA, fls. 560/561: “[...] QUE seu ex-marido Silvano chegou em sua casa com Jairton dizendo à depoente que deveria acompanhá-los ao Cartório Eleitoral para fazer a transferência do título; [...] Jairton acompanhou a depoente até o cartório [...] ; Jairton não lhe prometeu

² Transferências essas que acabaram sendo canceladas pela Justiça Eleitoral nas vésperas do pleito (fls. 227/231 e 234/239).

nada, e sim ao seu ex-marido Silvano, que inclusive mudou-se para Bom Jesus, o que acabou causando a separação do casal [...]”;

JACY GOMES BRAGAS, fls. 562/563: “[...] QUE Jairton pediu que ela transferisse sua inscrição eleitoral em troca de um emprego a seu marido; [...] QUE Jairton e sua esposa prometeram o emprego para seu marido [...] [...] QUE Jairton não cumpriu com a palavra dada [...]”;

SILVANO ALVES DOS SANTOS, fl. 564: “[...] QUE prestava serviço na casa de Jairton e este lhe pediu que transferisse o título para Bom Jesus; [...] Jairton lhe ofereceu um emprego caso fosse eleito [...]”;

EDSON BARREIRA DA SILVA, fl. 567: “[...] QUE foi Jairton, pessoalmente que fez a proposta de transferência e a promessa de doação da casa [...]”;

MARIA APARECIDA PEREIRA DOS SANTOS NOLETO, fls. 569/570: “[...] QUE nunca teve nenhum vínculo com o município de Bom Jesus; [...] só transferiu o título para Bom Jesus porque Jairton prometeu-lhe um emprego se ganhasse as eleições; QUE quem fez a promessa à depoente foi Jairton e José Hoélvio [...]”;

PATRÍCIA FERREIRA DOS SANTOS, fl. 571: “[...] QUE foi o candidato Jairton que ofereceu emprego à depoente e uma casa à sua mãe para morarem [...]”.

É verdade que NÚCYA TAVARES QUEIROZ e MINELVA NETA BARBOSA PEREIRA declararam sentir raiva do réu.

Todavia, seus depoimentos relatam condutas do acusado semelhantes a outras informadas por testemunhas que não apresentam qualquer indício de suspeição.

Diante disso, merecem credibilidade os depoimentos de Núcyta e Minelva.

Os depoimentos de MARIA DAS GRAÇAS BRAGA RODRIGUES (fl. 566), EDIVALDO PEREIRA REIS (fl. 572) e MARIA OZÉLIA COSTA CAVALCANTE (fl. 573) não desconstituem os demais testemunhos acima mencionados.

Primeiro, porque Maria das Graças apenas negou os fatos narrados na denúncia quanto à sua pessoa.

Segundo, porque Edivaldo Pereira Reis e Maria Ozélia Costa Cavalcante, além de terem sido candidatos a vereador na mesma coligação do acusado (causa de possível parcialidade), basicamente declararam desconhecer os fatos narrados na denúncia.

O fato de as promessas feitas pelo acusado eventualmente não terem sido cumpridas é irrelevante para a caracterização do delito tipificado no art. 299 do Código Penal.

As diversas condutas ilícitas praticadas pelo réu se adequam perfeitamente à previsão do art. 71 do Código Penal, ensejando o reconhecimento da continuidade delitiva.

Não incidem, por ora, causas excludentes de antijuridicidade ou culpabilidade, nem causas extintivas de punibilidade.

Conseqüentemente, o acusado **JAIRTON CASTRO DA SILVA** deve ser condenado como incurso nas penas do art. 299 do Código Eleitoral combinado com o art. 71 do Código Penal.

II.2 – DOSIMETRIA DA PENA, REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO

Passo a dosar a pena a ser aplicada, iniciando pela fixação da **pena-base**, em conformidade com os artigos 59 e 68 do Código Penal Brasileiro.

A **culpabilidade** do réu é considerável, uma vez que agiu com consciência do caráter ilícito de sua conduta e lhe era exigível conduta diversa.

O acusado ostenta **bons antecedentes**.

A **conduta social** do réu deve ser considerada boa, tendo em vista que nada restou demonstrado em contrário.

Ele não revela **personalidade** voltada para a prática de crimes.

Os **motivos** são próprios de crimes dessa natureza.

As **circunstâncias** em que o delito foi praticado não ensejam majoração da reprimenda.

As **consequências** da ação delituosa não extrapolaram o normal para um crime dessa natureza.

O **comportamento das vítimas**, ao demonstrarem interesse em auferir vantagens pessoais para darem seu voto, facilitou a prática da infração.

Assim, sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB, **fixo a pena-base no mínimo legal de 01 (um) ano de reclusão e 5 (cinco) dias-multa**.

Não incidem **circunstâncias agravantes ou atenuantes, causas especiais de aumento ou redução da reprimenda nem causas gerais de redução da pena**.

Incide, todavia, a causa de aumento de pena prevista no art. 71 do Código Penal (crime continuado).

Diante da multiplicidade de condutas delituosas comprovadas nos autos (oito), **MAJORO a reprimenda em 50% (cinquenta por cento)**, passando a 1

(um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 7,5 (sete inteiros e cinco décimos) dias-multa, QUE TORNO DEFINITIVA.

A pena privativa de liberdade, cujo regime inicial deve ser o **aberto** (art. 33, § 2º, “c”, CP), deve ser **substituída** por duas penas restritivas de direitos, porquanto presentes os requisitos do art. 44, incisos I, II e III e § 2º, do Código Penal.

As **penas restritivas de direitos substitutivas** devem ser as seguintes:

- prestação pecuniária no valor de 2 (dois) salários mínimos³ (art. 45, § 1º, CP);
- prestação de serviços à comunidade em instituições/órgãos diversos daqueles onde estiver trabalhando o sentenciado (art. 46, CP).

Tendo sido concedida a substituição prevista no art. 44 do Código Penal, não há que se falar em **suspensão condicional da pena** (art. 77, III, CP).

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, **CONDENO** o acusado **JAIRTON CASTRO DA SILVA** à pena de **1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 7,5 (sete inteiros e cinco décimos) dias-multa** pela prática da conduta tipificada no art. 299 do Código Eleitoral combinado com o art. 71 do Código Penal.

ARBITRO o **dia-multa** em 1 (um) salário mínimo vigente ao tempo do fato (maio de 2004), porquanto o acusado é prefeito municipal e contratou advogado particular⁴ (art. 286, § 1º, CE).

O valor do dia-multa deve ser **atualizado monetariamente** nos termos do art. 49, § 2º, do Código Penal⁵.

CONDENO o réu ao pagamento das custas e demais despesas processuais.

SUBSTITUO a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a seguir especificadas:

- prestação pecuniária no valor de 2 (dois) salários mínimos a ser paga em favor do Conselho Central Imaculada Conceição de Palmas, da Sociedade de São Vicente de Paulo, CNPJ 02.806.795/0001-55, devendo esses valores serem depositados na conta corrente 2006-0, agência 1867-8, do Banco do Brasil S/A;

³ *Esse valor é fixado considerando as condições econômicas do réu (prefeito municipal).*

⁴ *Essas circunstâncias revelam que a fixação do dia-multa em valor inferior se mostra ineficaz para reprimir adequadamente a prática do delito.*

⁵ *“O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária”.*

- prestação de serviços à comunidade em instituições/órgãos diversos daqueles onde estiver trabalhando o sentenciado, a ser definida em audiência admonitória a ser realizada na fase de execução (arts. 148 e 149, Lei n. 7.210/84).

Eventual **parcelamento** da prestação pecuniária poderá ser deferido, mediante requerimento do condenado, na audiência admonitória a ser realizada no início da fase de execução da pena (inteligência do art. 148 da Lei n. 7.210/84).

Deixo de aplicar os **efeitos específicos da condenação**, porque ausentes quaisquer das circunstâncias elencadas no artigo 92 do CPB.

Suspendo, nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal, os direitos políticos do réu enquanto durarem os efeitos da condenação.

Após o trânsito em julgado, **OUÇA-SE** o Ministério Público Eleitoral sobre possível ocorrência de **prescrição retroativa**, tendo em vista que a pena privativa de liberdade não ultrapassa dois anos e transcorreram mais de quatro anos entre a consumação do delito e o recebimento da denúncia (art. 109, V, c/c art. 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal, com a redação anterior à Lei n. 12.234/2010⁶).

É o voto.

Juiz MARCELO ALBERNAZ
Relator

⁶ Art. 5º, XL, CF/88.

ACÓRDÃO Nº 189-70.2010.6.27.0001
(22.02.2011)

RECURSO ELEITORAL – AUTOS Nº 189-70.2010.6.27.0001

Procedência: Juarina / Colinas do Tocantins -TO – 4ªZE/TO
Recorrente: EDVAN CARMO COELHO - Candidato a prefeito pelo município de Juarina – Eleições 2008
Advogado: Dr. LEANDRO FERNANDES CHAVES e outro
Recorrente: COLIGAÇÃO “ALIANÇA DA VITÓRIA”, por seu presidente
Advogado: Dr. LEANDRO FERNANDES CHAVES e outro
Recorrente: JOSÉ CARLOS LOPES DOS SANTOS - Candidato a vice-prefeito pelo município de Juarina – Eleições 2008
Advogado: Dr. LEANDRO FERNANDES CHAVES e outro
Recorrido: ANTONIO PEREIRA DA SILVA, Prefeito do Município de Juarina-TO
Advogado: Dr. PAULO CESAR MONTEIRO MENDES JUNIOR
Recorrido: COLIGAÇÃO “UNIDOS POR UMA NOVA JUARINA”, por seu presidente
Advogado: Dr. PAULO CESAR MONTEIRO MENDES JUNIOR
Relator: Juiz MARCELO CORDEIRO

EMENTA: RECURSO. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. PRELIMINARES. INTEMPESTIVIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. SENTENÇA CITRA PETITA. NULIDADE. PREJUÍZO. AUSÊNCIA. REJEIÇÃO. INTEGRAÇÃO. TEORIA DA CAUSA MADURA. EFEITO TRANSLATIVO. Art 515, §§1º e 3º CPC. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. CONFIGURAÇÃO. ABUSO DE PODER ECONOMICO. POTENCIALIDADE. AUSÊNCIA. MULTA. REDUÇÃO. PRINCÍPIO PROPORCIONALIDADE. PROVIMENTO PARCIAL.

PRELIMINARES

1. Esclarecida falha material mediante certidão de servidor do cartório, no tocante à data de ciência da sentença pelo procurador da parte, tempestivo o ingresso da peça recursal.
2. O retardo na prestação jurisdicional por si só não caracteriza cerceamento de defesa.
3. A jurisprudência do TSE é no sentido de que a decretação de nulidade depende de demonstração de efetivo prejuízo processual à parte, em conformidade com o princípio da instrumentalidade das formas.
4. A jurisprudência é firme no entendimento de que aplica-se a teoria da causa madura quando o processo se encontrar devidamente instruído e pronto para receber a sentença de mérito, ainda que não verse sobre questão exclusivamente de direito, não havendo que se falar em supressão de instância.
5. A autorização para apreciação pelo tribunal das questões não decididas pelo juízo de 1º grau decorre do efeito translativo, expresso nos parágrafos do art. 515 do CPC, não podendo se falar

em julgamento ultra ou extra petita, nesse caso.

6. A jurisprudência tem se manifestado pela inexigibilidade de pedido expresso para julgamento do mérito nos termos do § 3º do art. 515 do CPC.

MÉRITO

7. Alegação de suspeição de testemunha não merece prosperar, ante declarações prestadas em juízo, sob o manto do contraditório, coerentes com os depoimentos das demais testemunhas.

8. As provas, ainda que somente testemunhais, são suficientes para formar a convicção, neste caso, da prática de captação ilícita de sufrágio.

9. A atual jurisprudência do Tribunal não exige a prova da participação direta, ou mesmo indireta, do candidato, para fins de aplicação do art. 41-A da Lei das Eleições, bastando o consentimento, a anuência, o conhecimento ou mesmo a ciência dos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral, elementos esses que devem ser aferidos diante do respectivo contexto fático. No caso, a anuência, ou ciência, da candidata a toda a significativa operação de compra de votos é fruto do envolvimento de pessoas com quem tinha forte ligação familiar, econômica e política. (TSE - RCED nº 755)

10. Existe um liame entre o pedido de votos realizado pela esposa do primeiro recorrente e a entrega do bem efetuada por cabo eleitoral que a acompanhava durante a visita.

11. Não configurado abuso de poder, uma vez que a prática adotada não possui potencialidade para influenciar no pleito.

12. Dada a conduta isolada, ante o princípio da proporcionalidade, reduz-se a sanção ao pagamento individual de multa no valor de 1.000 UFIRs (R\$ 1.064,10 – hum mil, sessenta e quatro reais e dez centavos) (Possibilidade de conversão em moeda corrente– AC TSE nº 4.491/05).

13. Provimento parcial.

14. Unânime.

ACÓRDÃO: VISTOS, relatados e discutidos os autos, decide o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Tocantins, por unanimidade, afastadas as preliminares, conhecer do recurso para julgar improcedente o pedido referente ao abuso de poder econômico, bem como conceder parcial provimento ao apelo no pertinente à captação ilícita de sufrágio, mantendo a condenação dos recorrentes **EDVAN CARMO COELHO** e **JOSÉ CARLOS LOPES DOS SANTOS**, reduzindo a sanção, todavia, ao pagamento individual de multa no valor de 1.000 UFIRs (mínimo legal), ou seja, de R\$ 1.064,10 (hum mil e sessenta e quatro reais e dez centavos), nos termos do voto do Relator.

Sala das Sessões do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins.

Palmas, 22 de fevereiro de 2011.

Publicado no DJE nº 35, de 24/2/2011, pág. 2-3

RELATÓRIO

Antonio Pereira da Silva, candidato eleito ao cargo de prefeito de Juarinato e a Coligação “Unidos por uma nova Juarina” pela qual concorreu nas eleições de 2008 ingressaram com ação em face de EDVAN CARMO COELHO, JOSÉ CARLOS LOPES DOS SANTOS, e a COLIGAÇÃO “ALIANÇA DA VITÓRIA”, candidatos não eleitos ao cargo de prefeito, vice-prefeito e aliança partidária a que estiveram vinculados naquele pleito, imputando-lhes a prática de abuso de poder econômico e captação ilícita de sufrágio.

A peça inicial narra que aproximadamente no dia 29/09/2008 a **esposa do Representado candidato a prefeito, senhora Nagila**, acompanhada pelo senhor Ronaldo, coordenador da campanha dos representados, teria ido à residência da **eleitora Cecília da Silva Lima** e oferecido uma cesta básica, tratamento de beleza, empregos e outros benefícios, em troca do voto da eleitora e de seus familiares.

Informa que a cesta teria sido entregue neste mesmo dia por dois entregadores, Miúda e Jorge, do Mercado Casa Nova, comércio que teria apoiado os representados durante toda a campanha, sendo este fato público e notório.

Anexo ao petítório junta vídeo e respectiva degravação, no qual a eleitora D. Cecília, ciente de que está sendo gravada a conversa, noticia os fatos supra mencionados.

Requerem ao final, reconhecimento da prática de captação ilícita de sufrágio e abuso de poder econômico, e aplicação de multa, cassação de registro ou diploma, bem como declaração de inelegibilidade dos Representados, com fundamento no art. 41-A da Lei 9.504/97 e art. 22 da LC 64/90.

Em defesa, os Representados requerem preliminarmente a extinção do feito sem julgamento do mérito, por carência de ação, nos moldes do art. 267, VI, do CPC, decorrente de impossibilidade do pedido de condenação por abuso de poder econômico.

Arguem que os pedidos são incompatíveis, pois não teria sido narrada conduta da qual se pudesse extrair o abuso de poder econômico. A seu ver,

não poderiam ser condenados pelo abuso de poder em representação manejada sob o fundamento do artigo 41-A da Lei 9.504/97, pois aquela matéria exigiria ação de investigação judicial própria.

No mérito, queixam-se que os Representados desconheciam os fatos alegados, que não existe qualquer prova de que tenham participado ou contribuído para tal, que o vídeo seria uma montagem, produzida por uma só parte, estando assim viciada, pois a eleitora seria na verdade cabo eleitoral do representante, inclusive tendo a casa adesivada com propaganda do candidato, destituída, portanto, de qualquer credibilidade, e, por fim, arguem que sequer existe o fato alegado.

Requerem a extinção do feito sem julgamento do mérito, por carência de

ação; a improcedência, por total ausência de provas seja da captação ilícita ou do abuso de poder; a produção de provas de direito; bem como a condenação do Representante por litigância de má-fé.

No termo de audiência de inquirição de testemunhas (fl. 35) registra-se a presença do Representante e dos Representados, acompanhados por seus procuradores.

Registrou-se desistência da oitiva de testemunhas arroladas por ambas as partes, como também a procedência da contradita referente a Neusa Fernandes, que declarou ter trabalhado para o representante.

Igualmente foi julgada procedente a contradita relacionada a Marcos Dianes Barbosa, em razão de ele ter trabalhado como cabo eleitoral na campanha dos Representados, conforme declarado, sob as penas da lei, por José Teles dos Santos Filho.

A contradita em desfavor de José Teles dos Santos Filho foi julgada improcedente, em função do depoimento de Jorge Martins Xavier, que não sabia dizer se aquele teria trabalhado para o representante.

Consta, ainda, a marcação de nova audiência, com mandado de intimação para a oitiva de Cecília Silva Lima, cuja ausência fora justificada por atestado médico, e Ronaldo do Rock, cuja desistência de oitiva fora requerida pelos Representados.

Na nova audiência não estiveram presentes nem o representante nem os Representados, apenas os seus procuradores. Foram inquiridos Cecília Silva Lima, como testemunha compromissada, e Ronaldo do Rock, como informante, inexistindo registro acerca de contradita.

Após a oitiva das testemunhas, o magistrado proferiu despacho determinando o prazo comum de 2 (dois) dias para as alegações finais pelas partes e em seguida vistas ao Ministério Público para parecer. Não houve requerimento de novas diligências.

As alegações finais do representante reiteram o pedido de reconhecimento da captação ilícita de sufrágio e de abuso de poder econômico, bem como a aplicação das sanções correspondentes.

Por sua vez, os Representados reiteram a preliminar de carência de ação decorrente da impossibilidade do cúmulo dos pedidos, tendo em vista que seriam diferentes as causas de pedir para as ações de captação ilícita e abuso de poder econômico.

Nessa oportunidade aduzem que não ficara provada a participação ou anuência dos Representados acerca da doação realizada pelo senhor Ronaldo, que o fizera espontaneamente. Acrescentam que tal ajuda não possuiu o caráter eleitoral, que ele não trabalhou na campanha dos Representados, pois sequer reside em Juarina, mas sim em Araguaína.

Questionam que não ficara provada a participação ou anuência dos

Representados, ou ainda domínio sobre a conduta do senhor Ronaldo, bem como de que a doação tivesse sido realizada em troca de votos.

Questionam igualmente a idoneidade da testemunha Cecília Silva Lima, alegando que esta teria interesse no processo, que o vídeo seria uma montagem, bem como o fato de que a eleitora teria a casa adesivada com propaganda do representante.

À luz de tais argumentos, requereram preliminarmente a extinção do processo sem julgamento do mérito, em vista da carência de ação, e, no mérito, pela improcedência total da ação, por ausência de provas da participação dos Representados nos fatos.

Com vistas, o Ministério Público manifestou-se pelo não acolhimento da preliminar, por inexistir empecilho à cumulação de pedidos no caso em tela, apontando julgado do TSE nesse sentido.

No mérito, opinou pela procedência parcial da representação, em vista da caracterização da prática vedada pelo art. 41-A, entendendo, contudo, que não se configurara o abuso de poder econômico, pois não teria ficado suficientemente demonstrada a potencialidade do ato para influenciar no pleito.

Na sentença, a preliminar foi afastada, por não existir óbice à cumulação de pedidos.

No mérito, teve-se por configurada a captação ilícita de sufrágio, condenando-se os representados Edvan Carmo Coelho à multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil) e José Carlos Lopes dos Santos no valor de 2.500,00 (dois mil e quinhentos) reais. **Deixou-se, contudo, de apreciar a questão atinente ao abuso de poder econômico.**

Inconformados os representados ingressaram com **recurso** requerendo preliminarmente a decretação da nulidade da sentença, por ser *citra petita*, bem como por cerceamento de defesa em razão de julgamento da ação fora do prazo.

Alegam que o juiz não se manifestou sobre os pré-questionamentos acerca da suspeição da testemunha Cecília da Silva Lima, bem como de inexistir prova em desfavor dos Representados.

Ratificam a alegação de inexistir prova de que concorreram ou tiveram ciência da conduta, que esta teria se dado por ato isolado de terceiro, sem qualquer conhecimento dos mesmos.

Alegam que o senhor Ronaldo não teria trabalhado na campanha, sob o argumento de que este reside em Araguaína; que a doação da cesta básica que este realizara não teria fins eleitorais, e portanto não teria sido utilizada para troca de votos.

Reclamam que o vídeo da senhora Cecília seria uma montagem, e que esta seria eleitora do Recorrido, tendo a sua casa adesivada com propaganda da campanha daquele, seria, portanto, carente de credibilidade.

Queixam-se de que não há provas de oferecimento de vantagens ou de pedido de votos pelos Recorrentes, ou de que anuíram com a ocorrência do fato, menos ainda de que teria sido custeada a cesta pelos Recorrentes.

Por fim, ratificam os pré-questionamentos suscitados nas alegações finais, requerem que a sentença seja reformada *in totum*, anulando as multas, ou minorando-as ao mínimo legal, em razão da pouca condição financeira dos recorrentes.

Em contrarrazões, os recorridos alegam em sede de preliminar a intempestividade do apelo e, no mérito, ratificam os argumentos contidos nas alegações finais, requerendo a manutenção da decisão atacada, bem como a condenação dos recorrentes pela litigância de má-fé, ante à interposição de recurso protelatório e intempestivo.

Com vistas, a Procuradoria Regional Eleitoral opinou pelo improvimento do recurso para manter a decisão de primeiro grau, uma vez que a sentença teria analisado suficientemente os fatos e as provas produzidas, aplicando corretamente o sancionamento preconizado.

VOTO

PRELIMINARES

1. TEMPESTIVIDADE

Alegam os recorridos que o presente recurso padece de intempestividade.

De fato, o reclame aparenta ser intempestivo, uma vez que consta à fl. 78 ciência do procurador dos recorrentes datada de **07/06/09**, às 17 horas, bem como certidão de servidor do cartório a fl 80 v. informando aquela data como dia em que teria se realizado a citação.

Contudo, uma vez que a sentença foi prolatada e publicada no dia **10/06/09**, consoante texto da própria decisão e certidão do chefe de cartório fl 83, a intimação em apreço teria ocorrido em momento anterior ao próprio ato sentencial.

Suscitada a questão nas contrarrazões recursais, a situação foi esclarecida por servidor do cartório que, atendendo a despacho do magistrado, certificou tratar-se de erro material, atestando que a intimação do procurador teria se dado no dia **7/7/09**, às 17 horas.

À fl. 82v. vê-se que o primeiro recorrente, Senhor Edvan Carmo Coelho, tivera ciência no dia **6/7/09**, e à fl. 84 identifica-se que o protocolo da peça recursal realizou-se no dia **7/7/09, às 17h01min**. Com tais observações, constata-se que protocolizou-se o recurso tempestivamente.

Ante tais esclarecimentos, afasto a preliminar de intempestividade.

2. DA SENTENÇA CITRA PETITA

2.1 Da inexistência do prejuízo alegado pelos recorrentes

Arguem os recorrentes que a sentença é citra petita, em função de ter deixado de analisar a questão pertinente ao abuso de poder econômico que lhes fora imputado. De fato, tal omissão se verifica na decisão.

Alegam que o magistrado tendo silenciado acerca da questão provocou alteração no procedimento, da qual decorreu prejuízo aos recorrentes em razão da redução do prazo recursal, por esse motivo requerem a decretação de nulidade da decisão.

Reclamam que, tendo a sentença restringido-se à apreciação da captação ilícita de sufrágio, seu prazo recursal seria de 24 (vinte e quatro) horas e não de 3 (três) dias, o que teria acarretado prejuízo decorrente da omissão da decisão.

Contudo, tenho para mim, que não se configurou o prejuízo alegado.

É fato que o TSE já se manifestou no sentido de que em se tratando de representação para apuração de descumprimento da Lei 9.504/97, inclusive no tocante ao ilícito coibido pelo art. 41-A, o prazo recursal é o expresso no § 8º do art. 96 da Lei 9.504/97. Uma vez que a sentença foi publicada em **10/06/2009**, este prazo seria, em tese, de 24 (vinte e quatro) horas, posto que anterior à modificação introduzida pela Lei nº 12.034/09.

Por outra via, entende o TSE que em se tratando de investigação judicial em que se cumula a apuração de abuso de poder e infração ao disposto no art. 41-A da Lei das eleições, aplica-se o prazo recursal geral estabelecido no art. 258 do Código Eleitoral, em face da incidência do art. 292, §2º do Código de Processo Civil. A esse respeito, o REspe nº 27.832.

Ou seja, a presente ação, por envolver estas duas questões, teria o prazo recursal de 3 (três) dias, consoante o disposto no art. 258 do CE c/c art. 292, §2º CPC.

Contudo, não vislumbro o prejuízo aludido pelos recorrentes, uma vez que eles interpuseram a peça recursal, a qual foi recebida e encontra-se em apreciação. E mais! não lhes foi obstacularizada a interposição no prazo de 3 (três) dias.

O fato de terem obedecido ao lapso de 24 (vinte e quatro) horas decorreu de sua própria iniciativa, do seu entendimento, possivelmente tentando evitar uma eventual alegação de intempestividade. **Ocorre que, tendo os interessados consumado a faculdade defensiva de ofertarem a peça recursal, não se pode alegar um dano que não se materializou.**

A jurisprudência é pacífica no sentido de decretar a nulidade de ato apenas se dele decorrerem prejuízos, em respeito aos princípios da instrumentalidade das formas e da efetividade processual. Frise-se, portanto, a necessidade de demonstrar a existência de prejuízo, ônus do qual não se

desincumbiram os recorrentes.

Nesse sentido, aponto julgados do TSE:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CAUTELAR. ELEIÇÕES 2004. PERDA DE CARGO ELETIVO. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. LIMINAR. INDEFERIMENTO. FATOS. PROVAS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Para a concessão da tutela cautelar, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* têm de ser perceptíveis de plano.

2. Verifico, *prima facie*, que eventual irregularidade relativa à ausência de assinatura do advogado na petição inicial foi sanada antes da prolação da sentença, razão pela qual não há falar em nulidade do processo (Precedentes).

3. **Em razão do princípio da instrumentalidade das formas, somente se declara nulidade com a demonstração de efetivo prejuízo processual à parte.**

4. Observo, em análise *perfunctória*, que modificar a conclusão do e. TRE/PR para examinar se houve mudança no ideário do partido ora requerido demandaria o reexame de provas, o que é vedado pela Súmula nº 7/STJ.

5. Agravo regimental desprovido.

(Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 2681, Acórdão de 16/09/2008, Relator(a) Min. FELIX FISCHER, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, **Data 8/10/2008**, Página 17) (grifo meu)

RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. CONEXÃO. IDENTIDADE. PARTE. FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. É certo que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não se reputam conexas as ações eleitorais, por serem autônomas, possuírem requisitos legais próprios e consequências distintas. Todavia, no caso vertente, a conexão foi requerida pelos próprios recorrentes, que não poderiam, segundo o disposto no art. 243 do Código de Processo Civil, ter arguido a sua nulidade.

2. **O julgamento antecipado da AIME não implica nulidade se a prova requerida é considerada irrelevante para a formação do convencimento do órgão julgador. Na linha dos precedentes desta Corte, não se declara a nulidade sem a efetiva demonstração de prejuízo.**

3. A jurisprudência desta c. Corte Superior não exige a participação direta do candidato, bastando o consentimento, a anuência em relação aos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral.

4. Para alterar as conclusões perfilhadas no acórdão quanto à autoria e materialidade dos ilícitos, bem como a sua potencialidade para desequilibrar o resultado da eleição, seria necessária a incursão no acervo fático-probatório dos autos, providência incabível nesta via recursal (Súmulas nos 7/STJ e 279/STF).

5. Recurso Especial desprovido. (Recurso Especial Eleitoral nº 30274, Acórdão de 22/06/2010, Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, **Data 05/08/2010**, Página 82) (grifo meu)

Assim, inexistindo o prejuízo alegado pelos Recorrentes, afastou a preliminar suscitada.

Reconheço, contudo, que a prestação jurisdicional realizou-se aquém do que fora suscitado, entendendo, todavia, **não ser necessário anular a sentença, podendo o Tribunal avançar no julgamento e integrar a decisão**, com respaldo nos §§ 1º e 3º do art. 515 do Código de Processo Civil.

2.2 Da aplicação do art. 515, §3º do CPC a questões não exclusivas de direito – A teoria da causa madura

A sentença resta omissa quanto à apreciação do abuso de poder econômico, necessitando, portanto, ser integrada e não anulada. Segundo DIDIER JR¹ o sistema de nulidades impõe que a invalidação do ato deve ser vista como última solução, tomada apenas quando não for possível aproveitar o ato praticado com defeito. Não é o caso dos autos.

Os autos estão devidamente instruídos, realizou-se a oitiva das testemunhas, não tendo sido requerida pelas partes qualquer outra diligência. Observa-se que não foram desrespeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, donde se conclui que a causa está madura para julgamento, com aplicação do disposto no §3º do art. 515 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

Embora o dispositivo se refira expressamente à questão que versar exclusivamente de direito, tem sido aplicado igualmente a casos que envolvam instrução probatória, desde que esteja concluída, encontrando-se os autos prontos para julgamento.

No julgamento do Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 1549-90.2010.6.00.0000, de Relatoria do Min. Marcelo Ribeiro, esteve em discussão a aplicação da teoria da causa madura à questão não exclusiva de direito, na qual o Relator entendeu pela possibilidade de aplicação do §3º do art. 515 do CPC.

No caso a que se alude, o juízo de 1º grau extinguiu a ação sem julgamento do mérito, por entender incabível AIME para apurar uso indevido dos meios de comunicação. Apreciando o recurso, o TRE/RJ afastou a preliminar de descabimento e, com base no art. 515, §§ 3º e 4º do CPC, julgou o mérito e cassou os mandatos.

Inconformados os cassados protocolaram embargos de declaração e recurso especial, bem como ação cautelar com pedido de liminar visando a suspensão dos efeitos do acórdão do TRE/RJ, ante a alegação de que o tribunal regional teria violado o art. 515, §§3º e 4º do CPC, sob o argumento de que o caso não representava questão unicamente de direito, mas também de fato.

Não lograram êxito, contudo.

Cumpra ressaltar que o TSE se posiciona pela impossibilidade do julgamento nos termos do art. 515, §3º do CPC **quando há necessidade de dilação probatória no 1º grau**, devidamente requerida pela parte.

Agravo regimental. Recurso especial. Investigação judicial. Abuso do poder econômico e de autoridade. Art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil. Teoria da causa madura. Não-aplicação.

1. O art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil prevê que, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

2. Conforme já decidido nos Recursos Especiais nos 26.023 e 26.037, de minha relatoria, de 23.8.2007, não há como ser aplicado esse dispositivo pelo TRE na hipótese em que havia necessidade de dilação probatória em primeiro grau, devidamente requerida pela parte, não havendo falar, portanto, em causa madura.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 28515, Acórdão de 04/03/2008, Relator(a) Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS, Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 1/4/2008, Página 16) (grifo meu)

Ou seja, o Tribunal Superior tem o entendimento de que caracteriza cerceamento de defesa a decisão que julga improcedente investigação judicial por insuficiência probatória, quando **não oportunizada a produção de provas, embora a parte a tenha requerido.**

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Investigação judicial eleitoral. Abuso do poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação social. Prova. Produção. Possibilidade. Inocorrência. Cerceamento de defesa. Configuração.

1. **Configura cerceamento de defesa a decisão que julga improcedente investigação judicial, por insuficiência probatória, considerando não oportunizada a produção de provas devidamente requerida pela parte.**

2. *Nega-se provimento a agravo regimental quando não afastados os fundamentos da decisão impugnada.*

(AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 28334, Acórdão de 02/10/2007, Relator(a) Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Data 30/10/2007, Página 170) (meu)

A possibilidade de julgamento de causas que não versarem exclusivamente de direito encontra-se pacificada no Superior Tribunal de Justiça, para o qual “Não obstante o art. 515, § 3º, do CPC, utilize a expressão ‘exclusivamente de direito’, ao permitir que o Tribunal conheça desde logo da lide, no caso de extinção sem exame de mérito, na verdade **não excluiu a possibilidade de julgamento da causa quando não houver necessidade de outras provas.** O mencionado dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 330, o qual permite ao magistrado **julgar antecipadamente a lide se**

esta versar unicamente questões de direito ou, "sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência".

Cito a ementa referida:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. JULGAMENTO DA CAUSA MADURA. APLICAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 515, § 3º, DO CPC. TAXA REFERENCIAL (TR). POSSIBILIDADE.

1. Não obstante o art. 515, § 3º, do CPC, utilize a expressão "exclusivamente de direito", ao permitir que o Tribunal conheça desde logo da lide, no caso de extinção sem exame de mérito, na verdade não excluiu a possibilidade de julgamento da causa quando não houver necessidade de outras provas. O mencionado dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 330, o qual permite ao magistrado julgar antecipadamente a lide se esta versar unicamente questões de direito ou, "sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência". Assim, firmada a conclusão adotada pelo Tribunal a quo na suficiência de elementos para julgar o mérito da causa, não pode esta Corte revê-la sem incursionar nas provas dos autos, providência vedada pela Súmula 07/STJ.

(...)

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(STJ. REsp 619405/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 08/06/2010)

Assim, extrai-se a possibilidade de aplicação extensiva do §3º do art. 515 do CPC a casos não exclusivamente de direito, mas cuja instrução probatória esteja concluída, encontrando-se a lide em condições de julgamento.

Esta é exatamente a situação dos autos em apreço. No presente, foi concluída a instrução probatória, não foi denegada a produção de qualquer prova, bem como inexistente qualquer pedido de diligência.

2.3 Da sentença citra petita e da possibilidade de o tribunal julgar questões não apreciadas pelo juízo de 1º grau

Do mesmo modo que se tem aplicado extensivamente o §3º do art. 515 aos casos que envolvem questão de fato, igualmente tem sido aplicado às hipóteses em que houve uma apreciação de mérito na instância de 1º grau.

Com esse posicionamento tem-se permitido que os tribunais avancem no julgamento das causas, inclusive na hipótese de julgamento *citra petita* pela instância de 1º grau, desde que concluída a instrução probatória.

Ao julgar o Recurso Eleitoral nº 4695, em 14/7/2008, o TRE paraibano enfrentou exatamente uma dessas situações. A lide se referia à Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo fundamentada em abuso de poder econômico e captação ilícita de sufrágio.

No caso mencionado, a decisão de 1ª instância deixou de apreciar a infração ao art. 41-A, dando por extinto o feito nesse tocante. Diante da

sentença *citra petita*, o TRE/PB julgou o mérito de recurso eleitoral, adentrando na questão não apreciada pelo juízo a quo, aplicando a teoria da causa madura.

A seguir, apresento a ementa do caso citado:

ELEITORAL. Recurso inominado. Ação de impugnação de mandato eletivo. Preliminar ex officio. Sentença citra petita. Nulidade. Teoria da causa madura. Aplicação. Abuso de poder econômico e político. Captação ilícita de sufrágios. Não comprovação. Precariedade da prova. Desprovimento.

1 - É certo que terceiro não detentor de cargo eletivo não pode, em tese, ser alcançado por uma ação que vise exclusivamente suprimir mandatos, todavia, quando sua conduta puder, eventualmente, ser capaz de beneficiar outros integrantes do pólo passivo da demanda, não se justifica excluí-lo da relação jurídica sob o fundamento de ilegitimidade passiva ad causam, mesmo porque, pode restar possível, em tese, a aplicação da sanção pecuniária quando a questão envolve a captação ilícita de sufrágios.

2 - A sentença será *citra petita* se omissa quanto a fatos relevantes suscitados pelo autor da demanda e sobre os quais outros integrantes do pólo passivo possam ser responsabilizados, ante a co-participação nas condutas.

3 - A teor de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, aplica-se a teoria da causa madura quando o processo se achar devidamente instruído e pronto para receber a sentença de mérito, não havendo que se falar nessas hipóteses em supressão de instância.

(TRE/PB - RECURSO ELEITORAL nº 4695, Acórdão nº 5413 de 14/07/2008, Relator(a) JORGE RIBEIRO NÓBREGA, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Data 07/08/2008, Página 02/03) (grifo meu)

No mesmo sentido decisão da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0418.06.001127-1/00, de relatoria do Des. Elpídio Donizetti, órgão que, diante da constatação da alegada sentença *citra petita*, posicionou-se pela desnecessidade de cassação da decisão de 1º grau, optando pela integração da sentença pela Câmara, mediante interpretação extensiva do § 3º do art. 515 do CPC.

A seguir, a ementa supra mencionada:

AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE - VÍCIO DE JULGAMENTO CITRA-PETITA - CONSTATAÇÃO - ART. 515, § 3º, DO CPC - INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA - POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL INTEGRAR O JULGAMENTO - COISA JULGADA - INOCORRÊNCIA - PLEITO POSSESSÓRIO - REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC - DEMONSTRAÇÃO - POSSE DOS REQUERENTES E TURBAÇÃO EVIDENCIADOS - RECURSO IMPROVIDO. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Dessa forma, não há como opor aos apelados a exceção de coisa julgada emanada de relação processual da qual não participaram. - O ordenamento jurídico assegura ao possuidor diversas formas para a proteção da sua posse, entre as quais se pode citar o manejo dos interditos possessórios. Entretanto, não há que se falar em

proteção possessória na hipótese de não se comprovar a posse, que deve ser compreendida como o exercício de fato, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade, conforme a teoria objetiva de Ihering, adotada pelo direito brasileiro. - Evidenciadas a posse dos requerentes e os atos de turbação - quiçá esbulho - praticados pelas apelantes, impõe-se a manutenção da sentença que concedeu o pleito possessório deduzido na inicial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0418.06.001127-1/001 - COMARCA DE MINAS NOVAS - APELANTE (S): ACESITA ENERGETICA LTDA, ACESITA S/A E OUTRO (A)(S) - APELADO (A)(S): JOSÉ FRANCISCO ROCHA E OUTRO (A)(S) - RELATOR: EXMO. SR. DES. ELPÍDIO DONIZETTI

18ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Nº 1.0418.06.001127-1/001 (1).04/12/2007. Publicação 17/12/2007. Extraído do sítio

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5938878/10418060011271001-1-mg-1041806001127-1-001-1-tjmg>

Acerca da possibilidade de **apreciação pelo tribunal das questões não decididas pelo juízo de 1º grau**, tem-se que tal autorização opera-se em conformidade com o §1º do art. 515 do CPC, e não em função do §3º.

A esse respeito, entendendo **não configurar supressão de instância o julgamento pelo tribunal**, o STJ se manifestou expressamente no julgamento do REsp nº 1.102.897/DF, de relatoria da Ministra Denise Arruda, conforme ementa colacionada abaixo:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO BACEN.

LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ULTERIOR DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA. PREJUÍZOS CAUSADOS A INVESTIDOR. ALEGADA OMISSÃO DA AUTARQUIA FEDERAL NA FISCALIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

3. A Corte Especial, no julgamento do REsp 274.736/DF, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros (DJ de 1º.9.2003), consagrou entendimento no sentido de que não configura supressão de instância o fato de o Tribunal ad quem, no julgamento da apelação, após afastar o implemento do prazo prescricional - que é fundamento para a extinção do processo com resolução de mérito - passar a apreciar diretamente o mérito da lide, quando a causa for exclusivamente de direito e estiver devidamente instruída. Isso, porque "o § 1º do Art. 515 é suficientemente claro, ao dizer que devem ser apreciadas pelo tribunal de segundo grau todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro". Assim, "se o Tribunal ad quem afasta a prescrição, deve prosseguir no julgamento da causa". Desse modo, a autorização para o afastamento da prescrição e posterior julgamento do mérito da demanda pelo Tribunal ad quem, em sede de apelação, decorre do disposto no § 1º do art. 515, do CPC e não de seu § 3º, tendo em vista que a apelação devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, inclusive a apreciação e o julgamento de "todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro".

(...)

(STJ. REsp 1102897/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 05/08/2009)

Nesse mesmo sentido, no julgamento do REsp nº 274.736, o STJ registrou no acórdão que “O § 1º do Art. 515 é suficientemente claro, ao dizer que devem ser apreciadas pelo tribunal de segundo grau todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”

Na mesma linha do entendimento já mencionado, no julgamento do REsp nº 508.363, o STJ assentou que “A Corte Especial do STJ firmou o entendimento segundo o qual, uma vez afastada a prescrição decretada pelo julgador singular, deve a Corte de origem prosseguir no julgamento das questões suscitadas e discutidas no processo, conforme disposição do art. 515, § 1º e 2º, do CPC”.

Elenco as ementas mencionadas (REsp nº 274.736 e 508.363 STJ):

PROCESSUAL – PRESCRIÇÃO – SENTENÇA - EXTINÇÃO DO PROCESSO – INSTRUÇÃO CONSUMADA – APELAÇÃO – AFASTAMENTO DA PRESCRIÇÃO – RESTANTES QUESTÕES DE MÉRITO -EXAME PELO TRIBUNAL AD QUEM– CPC, ART. 515, § 1º.

- O § 1º do Art. 515 é suficientemente claro, ao dizer que devem ser apreciadas pelo tribunal de segundo grau todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

- Se o Tribunal ad quem afasta a prescrição, deve prosseguir no julgamento da causa.

(STJ. REsp 274736/DF, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2003, DJ 01/09/2003, p. 209)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. PERDAS E DANOS.

LUCROS CESSANTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO.

DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. PEDIDO IMPLÍCITO. PRESCRIÇÃO DECRETADA NO 1º GRAU. ART. 515 DO CPC.

NECESSIDADE DE O TRIBUNAL PROSSEGUIR NO JULGAMENTO DAS QUESTÕES SUSCITADAS NO PROCESSO.

(...)

4. A Corte Especial do STJ firmou o entendimento segundo o qual, uma vez afastada a prescrição decretada pelo julgador singular, deve a Corte de origem prosseguir no julgamento das questões suscitadas e discutidas no processo, conforme disposição do art. 515, § 1º e 2º, do CPC.

(...)

(REsp 508363/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 08/09/2009)

Assim, conforme bem posto no voto do Des. Adilson de Araujo, no julgamento da Apelação nº 1.075.257-0/1 pela 31ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Seção de direito privado, a apreciação de

questões não julgadas pelo juízo de 1º grau opera-se em razão do efeito translativo do recurso, gravado nos parágrafos do art. 515 do CPC.

A esse respeito, transcrevo a ementa do voto condutor, por ser este parte integrante do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA INFRA PETITA. FALTA DE APRECIÇÃO DA DENUNCIÇÃO DA LIDE. APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL POR EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO. EXCEPCIONALIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 515, § 3º, DO CPC. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA PROCESSUAL, EFETIVIDADE E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. NECESSIDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA.

Bem enfatizam os professores GILSON DELGADO MIRANDA e PATRÍCIA MIRANDA PIZZOL, que "... com relação à abrangência do art. 515, § 3º, entendemos que a nova regra também deva ser aplicada no caso de sentença extra ou infra petita. Vale dizer se o Tribunal pode o 'mais' - analisar o mérito na hipótese de extinção do processo mediante sentença terminativa (art. 267) - poderá também o 'menos' - reformar a sentença de mérito adaptando a aos limites do pedido (arts. 2º, 128 e 460, todos do CPC...". (TJSP-31ª CÂMARA Apelação nº 1075257-0/1. Relator Des. Adilson de Araújo. Julgamento 13/5/2008. Dados extraídos do sítio <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=9BA613EEC9B9A435E13FB0DDF6D32CFB>

Acerca da matéria, NERY JRⁱⁱ esclarece que o efeito translativo determina a profundidade em que o recurso será recebido, extrapolando a matéria das razões e das contrarrazões, e, portanto, a devolutividade, sem contudo caracterizar julgamento ultra, extra ou infra petita, conforme permissivo dos §§ 1º a 3º do art. 515 e 516 do CPC. Por esclarecedora a preleção, faço citação literal:

Dá-se o efeito translativo quando o sistema autoriza o tribunal a julgar fora do que consta das razões ou contrarrazões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento ultra, extra ou infra petita. Isso ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão. A translação dessas questões ao juízo ad quem está autorizada pelo CPC 515 §§1º a 3º e 516.

Cumprе ressaltar ser desnecessário o pedido expresso de julgamento de mérito da demanda. A esse respeito, elenco posicionamento expresso do STJ, no julgamento dos Resp nº 1.102.897; nº 836.932; nº 657.407; nº 701.569, dentre os quais transcrevo abaixo a ementa do REsp nº 1.102.897, no que interessa:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO BACEN. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ULTERIOR DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA. PREJUÍZOS CAUSADOS A INVESTIDOR. ALEGADA OMISSÃO DA

(...)

4. Não é necessário pedido expresso da parte interessada no sentido do julgamento do mérito da demanda, após o afastamento de causa extintiva do processo, mormente porque o Tribunal de origem estava autorizado, em sede de apelação, a julgar o mérito da causa, ainda que a sentença não a tenha julgado por inteiro (art. 515, § 1º, do CPC).

7. Recurso especial desprovido. (STJ. REsp 1102897/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 05/08/2009)

Tomando por empréstimo as palavras do Ministro Marcelo Ribeiro no julgamento do Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 154990, “o retorno dos autos para prolação de um novo ato decisório seria providência inútil e flagrantemente infensa aos Princípios da Economia Processual e da Duração Razoável do Processo, posto que já reunidas as condições necessárias para seu imediato julgamento”.

Ante o exposto, no tocante ao aspecto da inconformidade da decisão de 1º grau aos pedidos exordiais, afasto a preliminar de nulidade da sentença, a fim de que esta Corte a integre mediante a apreciação da questão atinente ao abuso de poder, com fundamento nos §§ 1º e 3º do art. 515 do Código de Processo Civil.

3. DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DECORRENTE DE CERCEAMENTO DE DEFESA

Os recorrentes alegam cerceamento de defesa, em razão do julgamento da ação fora do prazo, como razão para decretar a nulidade da sentença.

Contudo razão não lhes assiste. O retardo na prestação jurisdicional não caracteriza por si só cerceamento de defesa, cumpridas as demais formalidades legais.

Ante o exposto, afasto a preliminar de nulidade de sentença.

MÉRITO

A presente ação tem por fundamento alegação de violação ao art. 41-A da Lei das eleições e de abuso de poder econômico (art. 22 da LC 64/90).

Em que pese a irrisignação dos recorrentes, com razão a decisão judicial que entendeu caracterizada a captação ilícita de sufrágio.

Embora os recorrentes arguam a suspeição da testemunha Sra. Cecília, alegando que esta teria produzido prova durante todo o processo, bem como teria a casa adesivada com propaganda eleitoral do representante, acrescentando, ainda, que o vídeo seria uma montagem, tais argumentos são insuficientes para elidir os fatos apontados pela esposa do primeiro recorrente, pelo Senhor Ronaldo e demais testemunhas.

Ocorre que a senhora Cecília, que prestou informações e permitiu a gravação do vídeo que instruiu a inicial, foi ouvida em juízo, oportunidade em que não lhe foi oposta contradita, segundo os registros da audiência, e apesar de trazer algumas divergências em relação ao que fora gravado inicialmente, manteve inalterado o núcleo de informações que foram confirmadas por outros depoimentos.

Assim, ante a ponderação de que o testemunho prestado à autoridade judicial, sob compromisso e sob o crivo do contraditório, resta mais alinhado à verdade dos fatos, considero apenas o teor da audiência em juízo, inclusive por existir congruência com os depoimentos prestados pelos demais.

Transcrevo do depoimento da senhora Cecília, o trecho que interessa à questão:

*“Que no dia 23 de setembro, recebeu uma visita da Sra. Nágila, acompanhada do senhor Ronaldo, oportunidade em que ela “pediu voto para a depoente e disse que se o representado fosse eleito ela iria arrumar um curso de manicure, todos os meses, para a depoente; Que, na saída, a Sra. Nagila disse para a depoente que iria mandar umas coisas para ela; **que passados uns 15 minutos, o motorista da Sra. Nágila, o Ronaldo, chegou com uma cesta básica;** que a cesta básica foi entregue pelo funcionário do supermercado que estava acompanhado pelo Ronaldo (...) Que a pessoa do Ronaldo nunca tinha freqüentado a casa da depoente, que sequer conhecia o Ronaldo; (...).*

A senhora Nágila, esposa do primeiro recorrente, reconhece ter realizado a visita, bem como ter pedido voto à senhora Cecília, e, ainda, o fato de que estava acompanhada na ocasião pelo senhor Ronaldo, assim como a circunstância de este ter trabalhado na campanha.

Nega contudo que tenha ofertado algum bem à eleitora, mas afirma que, no retorno da visita, o senhor Ronaldo lhe informara que mandaria algumas bolachas e que pagaria do próprio bolso, ocasião em que ela lhe pediu que não o fizesse, a fim de que não fosse utilizado em desfavor do Recorrente.

Transcrevo parte das informações prestadas pela senhora Nágila, no que interessa:

Que estive na casa da Sra. Cecilia no dia 29/9/2008 para pedir um voto para o pastor Edvan; Que, foi acompanhada pelo Ronaldo; Que, o Ronaldo ajudou durante a campanha do representado; Que, não prometeu para a Sra. Cecilia nenhuma cesta básica e nem um tratamento de beleza em troca de voto; (...) Que não tinha conhecimento de que o Ronaldo havia mandado entregar uma cesta básica na casa da Sra. Cecilia; Que, durante a visita o Ronaldo ficou encantado com o Joãozinho, filho da Sra. Cecilia, prometendo a ele algumas bolachas; Que, ao chegar na residência da declarante, Ronaldo disse que iria mandar as bolachas e que pagaria com o dinheiro do próprio bolso; Que a informante disse para ele não agir daquela formam, pois sabia que tentariam usar o fato em desfavor do pastor; Que o Ronaldo estava trabalhando como cabo eleitoral na campanha, mas não recebia nenhum salário; Que, não sabe

dizer qual é a profissão do Ronaldo, apenas que este trabalha em Araguaína – TO; Que, durante a campanha, o Ronaldo ficava um período em Araguaína e o outro na casa da informante em Juarina – TO (...) Que não houve outras pessoas, além do Ronaldo, que foram de outras cidades para Juarina a fim de trabalhar na campanha; Que, o Ronaldo foi trabalhar na campanha em Juarina, até porque o pai deste mora na região.

Por outro lado, o senhor Ronaldo confirma ter estado com a senhora Nágila em visita à casa da senhora Cecília, bem como reconhece ter levado na tarde daquele mesmo dia uma cesta básica à casa da eleitora mencionada, sob a alegação, todavia, de que teria realizado a doação por sua própria iniciativa, cujo pagamento teria se dado com o seu próprio dinheiro.

Transcrevo trecho de suas informações (fl 53):

Que, esteve na casa da Sra. Cecília, na companhia da Nágila, esposa do primeiro representado; Que, naquele dia, estavam fazendo visitas nos bairros; (...) Que, a Nágila não ofereceu e nem enviou cesta básica para a Sra. Cecília; Que depois que a sra. Natila e as pessoas que estavam com ela saíram da residência, o informante entrou e disse para a Sra Cecília que iria mandar uma cesta básica, porque tinha ficado comovido com a situação em que viu as três crianças deficientes, bem como em razão da Sra Cecília ter relatado que a prefeita sempre oferecia cestas básicas mas nunca entregava; Que, na tarde daquele dia, comprou uma cesta básica no supermercado, pagou com dinheiro próprio e pediu para que fosse feita a entrega na residência da Sra. Cecília; Que acompanhou a entrega; Que o primeiro representado não tinha conhecimento dos fatos. Que não ouviu a Sra Nagila oferecendo um curso de manicure para a Sra Cecília, que desconhece esse fato.

A entrega da cesta básica também foi confirmada pelo testemunho de Jorge Martins Xavier (fl 38), funcionário do supermercado onde a mesma foi adquirida, o qual alega não ter presenciado pedido de votos.

Dos depoimentos transcritos, restam incontroversos a visita à casa da Senhora Cecília, o pedido de votos e a entrega da cesta básica.

Alegam os recorrentes que o Ronaldo teria realizado a entrega da cesta básica por sua iniciativa, tendo realizado a aquisição às suas próprias custas, sem conhecimento dos recorrentes. Contudo, impossível desassociar a doação da benesse à campanha que estavam realizando para visualizar o ato meramente como uma benevolência particular.

Conforme transcrições supra, é fato reconhecido pela esposa do primeiro recorrente de que o senhor Ronaldo trabalhara na campanha, ainda que residindo em Araguaína, mas permanecendo um período na sua cidade e outro no local do pleito, permanecendo nesse período na residência da própria ouvida.

Assim, as alegações dos recorrentes de que o senhor Ronaldo não teria trabalhado na Campanha soam desarrazoadas, bem como a imputação da

doação à sua complacência pessoal.

Nesse tocante, o Ministério Público de 1ª instância enxerga a afirmação despossuída de credibilidade, manifestando-se nos seguintes termos:

A alegação trazida por Ronaldo Mendes de Oliveira, ouvido em juízo à fl. 53, no sentido de ter feito a entrega de cesta básica à Sra. Cecília apenas por sentimento de solidariedade não merece credibilidade, tanto que divorciada das demais provas dos autos, chegando a ser leviana a afirmação que esperou a esposa do primeiro representado e as outras pessoas saírem para voltar na residência da Sra. Cecília e oferecer-lhe a entrega de uma cesta básica. Ora, se todos estavam ali como cabos eleitorais e Ronaldo era o condutor do veículo, figura-se evidente que sua versão é falaciosa.

Diante do exposto, a meu ver, as arguições de desconhecimento e de anuência dos recorrentes, acerca dos fatos alegados, constituem-se insuficientes para afastar a configuração da captação ilícita de sufrágio, uma vez que realizados pela esposa do primeiro recorrente e pelo cabo eleitoral Senhor Ronaldo Mendes de Oliveira, freqüentador da sua residência, a ponto de nela permanecer durante sua estadia na cidade, conforme reconhecido pela senhora Nagila.

Nesse sentido, o julgamento do **RCED nº 755**, realizado em **28/9/2010**, no qual o TSE manifestou-se nos seguintes termos: “*A atual jurisprudência do Tribunal não exige a prova da participação direta, ou mesmo indireta, do candidato, para fins de aplicação do art. 41-A da Lei das Eleições, bastando o consentimento, a anuência, o conhecimento ou mesmo a ciência dos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral, elementos esses que devem ser aferidos diante do respectivo contexto fático. No caso, a anuência, ou ciência, da candidata a toda a significativa operação de compra de votos é fruto do envolvimento de pessoas com quem tinha forte ligação familiar, econômica e política.*”

Colaciono a ementa supra mencionada:

Recurso contra expedição de diploma. Captação ilícita de sufrágio. Abuso do poder econômico. Cassação de diploma. Candidata ao cargo de deputado federal.

1. Caracteriza captação ilícita de sufrágio o depósito de quantia em dinheiro em contas-salário de inúmeros empregados de empresa de vigilância, quando desvinculado de qualquer prestação de serviços, seja para a própria empresa, que é administrada por cunhado da candidata, seja para campanha eleitoral.

2. A atual jurisprudência do Tribunal não exige a prova da participação direta, ou mesmo indireta, do candidato, para fins de aplicação do art. 41-A da Lei das Eleições, bastando o consentimento, a anuência, o conhecimento ou mesmo a ciência dos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral, elementos esses que devem ser aferidos diante do respectivo contexto fático. No caso, a anuência, ou ciência, da candidata a toda a significativa operação de compra de votos é fruto do envolvimento de pessoas com quem tinha forte ligação familiar, econômica e política.

3. Na hipótese de abuso do poder econômico, o requisito da potencialidade deve ser apreciado em função da seriedade e da gravidade da conduta imputada, à vista das particularidades do caso, não devendo tal análise basear-se em eventual número de votos decorrentes do abuso, ou mesmo em diferença de votação, embora essa avaliação possa merecer criterioso exame em cada situação concreta.

Recurso a que se dá provimento para cassar o diploma da recorrida. (TSE. **Recurso Contra Expedição de Diploma nº 755**, Acórdão de 24/08/2010, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 28/9/2010, Página 11 e 15)

Em outras palavras, no que se refere à suspeição da testemunha sra. Cecília, ante a coerência das declarações prestadas por todos os depoentes, entendo não configurada. Pelo contrário! A circunstância da residência da eleitora estar caracterizada com propaganda do candidato adversário, neste caso, ao invés de torná-la suspeita, a meu ver pesa em desfavor dos Recorrentes, reforçando a caracterização de doação de cesta básica como estratégia para captação de voto de eleitora que publicamente declarara sua simpatia pelo adversário.

É notório o empenho nas campanhas em relação aos eleitores indecisos ou manifestamente simpatizantes de adversários, levando os candidatos ou promotores de sua candidatura a serem mais incisivos com estes do que com os que se declaram eleitores deles próprios.

Reconheço, todavia, que não se pode generalizar. Em cada hipótese deverão ser analisadas as circunstâncias a fim de extrair a verdade. No caso em apreço, embora as provas sejam todas testemunhais, do que veio aos autos, tenho que são suficientes as provas para caracterizar a captação ilícita de sufrágio.

A respeito da possibilidade de comprovação do ilícito coibido pelo art. 41-A por meio de prova testemunhal, o TSE já teve oportunidade de se manifestar, entendendo ser possível se valer desse meio probatório, desde que seja consistente.

A esse respeito, colaciono a ementa do Agravo Regimental em Ação Cautelar nº **355.740**, de Relatoria do Min. Arnaldo Versiani:

Ação cautelar. Condenação. Captação ilícita de sufrágio.

1. O Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte, valorando o contexto fático-probatório da demanda, manteve a sentença que entendeu comprovada a compra de votos, bem como a anuência dos candidatos ao ilícito eleitoral, conclusões que, a princípio, para serem afastadas, demandariam o reexame de fatos e provas, vedado nesta instância especial, nos termos da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal.

2. **A prática de captação ilícita de sufrágio pode ser comprovada por prova testemunhal, bastando que seja ela consistente no que tange à comprovação da infração.**

3. **O voto condutor na Corte de origem assentou que os depoimentos colhidos não eram depoimentos isolados, demonstraram-se**

pormenorizados e consistentes nas afirmações, bem como claros na elucidação dos fatos narrados, razão pela qual não há plausibilidade na alegação dos autores de que tal prova estaria eivada de parcialidade.

Agravo regimental não provido. (TSE. Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 355740, Acórdão de 25/11/2010, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 028, Data 09/02/2011, Página 23)

Tal qual no julgamento mencionado, no caso dos presentes autos existe congruência no núcleo das informações prestadas pela eleitora, pela esposa do primeiro recorrente e demais ouvidos, não havendo razão para concluir que o testemunho da eleitora estaria eivado de parcialidade.

Quanto ao pré-questionamento de que não existiriam provas do oferecimento de vantagens, do pedido de votos, ou de que teria a doação sido custeada pelos recorrentes, como já afirmado, tenho que as provas são suficientes para a configuração da captação ilícita de sufrágio, por todo o exposto.

No particular referente ao custeio da cesta básica, tem-se por relevantes os benefícios auferidos pelo candidato a que se vincula o entregador do bem, não especificamente se foi este ou não que arcou com os custos para a sua aquisição.

No que se refere ao pedido de votos, ainda que o empregado do supermercado testemunhe não ter ouvido o senhor Ronaldo solicitá-los, tal informação não possui o condão de descaracterizar a doação, porque a própria senhora Nagila reconhece ter pedido votos durante a visita. Estou convicto, portanto, da existência de liame entre o pedido por ela realizado e a entrega do bem efetuada pelo cabo eleitoral que a acompanhava na ocasião.

Por outro lado, o TSE tem julgado no sentido de que *“não se faz necessário o pedido explícito de votos, bastando que, a partir das circunstâncias do caso concreto, seja possível inferir o especial fim de agir, no que tange à captação do voto”*.

Representação. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Candidato. Deputado estadual.

1. Se o feito versa sobre representação por captação ilícita de sufrágio em face de candidato que concorreu a mandato de deputado estadual, cabível recurso ordinário a esta Corte Superior contra a decisão regional.

2. Para a configuração do ilícito previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não se faz necessário o pedido explícito de votos, bastando que, a partir das circunstâncias do caso concreto, seja possível inferir o especial fim de agir, no que tange à captação do voto.

3. A pacífica jurisprudência desta Corte Superior já assentou ser desnecessário aferir potencialidade nas hipóteses do art. 41-A da Lei das Eleições, porquanto essa norma busca proteger a vontade do eleitor. Recurso desprovido. (Recurso Ordinário nº 2373, Acórdão de 08/10/2009, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 03/11/2009, Página 33)

Enfim, tenho por preenchidos os requisitos caracterizadores da captação ilícita de sufrágio, tais quais a doação ou promessa de bem a eleitor, o fim especial de agir, qual seja o de captar votos, como também a realização no período eleitoral. A respeito desse tema a sentença de 1º grau não necessita de reparo algum.

De forma análoga realizou-se o entendimento da Procuradoria Regional Eleitoral que opinou pelo desprovemento do recurso, ante a circunstância de a sentença de primeiro grau ter analisado suficientemente os fatos e as provas produzidas, aplicando corretamente o sancionamento preconizado.

No tocante à alegação de abuso de poder econômico, tenho por não configurado, uma vez que a prática adotada, por ter-se comprovado apenas um ato isolado, não possui potencialidade para influenciar no pleito, inclusive tendo sido derrotados os candidatos a quem fora imputada a prática.

Nesse sentido deu-se o parecer do Ministério Público de 1ª instância, que entendeu não ter sido “suficientemente demonstrada a potencialidade de influência do ato no sentido de provocar o desequilíbrio no pleito eleitoral, não havendo comprometimento deste”.

No que se refere à litigância de má-fé, requerida por ambas as partes, tenho para mim que não se configurou, tendo os interessados se valido do remédio processual cabível à espécie.

Em relação ao quantum da multa, dada a conduta isolada comprovada, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, tenho que a sanção pecuniária deve ser reduzida ao pagamento individual de 1.000 UFIRs (mínimo legal), ou seja, de R\$ 1.064,10 (hum mil e sessenta e quatro reais e dez centavos), (Possibilidade de conversão em moeda corrente– AC TSE nº 4.491/05).

Ante o exposto, afastadas as preliminares de intempestividade e de nulidade, conheço do recurso para julgar improcedente o pedido referente ao abuso de poder econômico, bem como conceder parcial provimento ao apelo no pertinente à captação ilícita de sufrágio, mantendo a condenação dos recorrentes **EDVAN CARMO COELHO** e **JOSÉ CARLOS LOPES DOS SANTOS**, reduzindo a sanção, todavia, ao pagamento individual de multa no valor de R\$ 1.000 UFIRs (mínimo legal), ou seja, de R\$ 1.064,10 (hum mil e sessenta e quatro reais e dez centavos).

É como voto.

Palmas (TO), 22 de fevereiro de 2011.

Juiz MARCELO CÉSAR CORDEIRO
Relator

ⁱ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito de Processual Civil vol. 1, 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 258.*

ⁱⁱ NERY JR. Nelson. *NERY. Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 707.*

Normas para Publicação

A Revista do TRE-TO destina-se a ampliar o espaço para a doutrina jurídica, estimular a produção de textos e/ou monografias na área do Direito Eleitoral e Direito Administrativo, bem como temas correlatos à Administração Pública.

As matérias submetidas à Revista do Tre-To irão passar pelo exame da Comissão Editorial nomeada pela Portaria nº 567/06, publicada no Boletim Interno nº 129, de dezembro/06, a qual irá proceder à seleção das matérias a serem publicadas na edição a que se destinam.

Os escritos devem ser originais e inéditos, não podem conter qualquer tipo de ofensa ou discriminação a outras pessoas e/ou ideologias, não deverão ser submetidos simultaneamente a outras revistas e/ou periódicos e devem se enquadrar na área específica da edição a que se destinam. O conteúdo das matérias publicadas é de inteira responsabilidade de seus autores.

Ao submeterem seus trabalhos, os autores concordam que os direitos autorais referentes a cada trabalho estão sendo cedidos à Revista do TRE-TO.

Ao submeter seu artigo à revista, o autor assume o compromisso de respeitar o que está escrito nestas normas.

NORMAS TÉCNICAS:

Os artigos, bem como outros trabalhos devem:

- ter referências bibliográficas;
- estar em formato MS Word (.doc);
- ter entre 06 (seis) e 12 (doze) páginas;
- ser escrito em português;
- estar com a seguinte formatação:
- Fonte: Arial, tamanho 10;
- Páginas **NÃO** numeradas;
- Espaçamento simples entre linhas;
- Espaçamento duplo entre os parágrafos;
- Espaçamento duplo entre a citação e o parágrafo anterior e posterior;
- Parágrafos: recuo de 01 cm da margem do texto;
- Margens justificadas (alinhas tanto à esquerda quanto à direita);
- Para artigos o resumo deve: conter entre 10 (dez) e 12 (doze) linhas e estar alinhado a 05 cm da margem esquerda do texto;
- As palavras-chave de artigos devem: estar no mesmo alinhamento do resumo e dois espaços abaixo;
- Citações diretas com mais de 03 linhas: recuo de 04 cm da margem esquerda, fonte Time, tamanho 9, itálico, nome do autor no final do parágrafo no formato: (NOME, 2007,p.11)
- Nas citações com omissões de palavras ou frases: substituí-las por reticências entre colchetes, ex. [...];
- Citações indiretas: Nome (2007);
- Papel A4;
- Medida das margens da página: superior = 2,0 cm; inferior = 2,0 cm; esquerda = 3 cm; direita = 2 cm;
- Notas de rodapé: fonte Time, tamanho 8;
- Títulos de capítulos em caixa alta, mesma fonte do texto e subtítulos em texto normal, ambos em negrito, numerados e alinhados à esquerda;
- Título do artigo em caixa alta, negrito e centralizado;

Na primeira página do artigo, devem aparecer os seguintes itens:

- Título do artigo
- O nome completo do(s) autor(es)

- O e-mail do(s) autor(es)
- A instituição onde o(s) autor(es) trabalha(m) e/ou estuda(m)

As referências bibliográficas devem estar em ordem alfabética. Elas devem seguir os seguintes modelos de citação:

- Para livros:

1. SOBRENOME, Nome do autor. **Título do Livro em Negrito**. Cidade: Editora, ano.

VASCONCELOS, Eduardo Mourão. **O que é Psicologia Comunitária**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

- Para capítulos de livro:

2. SOBRENOME, Nome do autor. Título do capítulo sem destaque. In: SOBRENOME, Nome do autor. **Título do Livro em Negrito**. Cidade: Editora, ano.

MORAES, L. C. S. de. Competência legislativa. In: MORAES. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2002. cap. 2, p.54-68.

- Para artigos de periódicos:

3. SOBRENOME, Nome do autor. Título do artigo sem destaque. **Nome do Periódico em Negrito**, Ano X, n.03, p. 15-25, fev. 2007

SOBRENOME DO AUTOR, Nome. Título do artigo: subtítulo se houver. **Nome do Periódico em Negrito**, cidade, v. , n. , p. inicial – final, mês ano.

BEST, K. J.; REIFFERSCHIED, K. J. Motivos do surgimento das drosses na produção de ferro fundido nodular. **Fundição e Serviços**, São Paulo, v. 14, n. 132, p. 16-30, dez. 2003.

Para publicar na Revista do Tre-To, basta enviar os arquivos, em formato MS Word (.doc ou .txt), por e-mail, respeitando o especificado nestas normas, para o endereço eletrônico: sedip@tre-to.gov.br e encaminhar os escritos assinados à Seção de Editoração e Publicações.

COMISSÃO EDITORIAL

Francisco Gomes – Presidente
Jacinta Brito Tavares
José Eudacy Feijó de Paiva
Maria do Carmo Barbosa
Maria Zita Rodrigues Vilela Dias
Marisa Batista Alvarenga Webler
Regina Bezerra dos Reis
Renato Alves Gomes
Sandro Mascarenhas Neves
Saulo Gomes da Rocha

PUBLICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS DO TRE-TO

REVISTA JURÍDICA - TRE-TO - periódico semestral - destina-se à publicação de artigos nas áreas de Direito Constitucional, Administrativo e Eleitoral, bem como discursos, julgados, decisões e pareceres do Ministério Público Eleitoral.

EMENTÁRIO - destina-se publicação anual das decisões do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins.

Livro NORMAS ELEITORAIS E PARTIDÁRIAS - coletânea que reúne a legislação eleitoral que rege o período eleitoral de referência.

Livro RESULTADO DAS ELEIÇÕES - publicação destinada ao registro histórico dos resultados e estatísticas do eleitorado no período eleitoral de referência.

MANUAL DE PROPAGANDA POLÍTICA - destina-se à publicação da legislação pertinente, doutrina, ementas de Tribunais Superiores e Regionais, com destaque ao TRE-TO, exemplifica, conceitua e esclarece os temas ligados à publicidade eleitoral.