



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
Tocantins

Revista Jurídica

TRE-TO

IPÊ AMARELO

Tabebuia Aurea, *BIGNONIACEAE* - ipê-amarelo, pau d'arco Habitat: Mata de galeria, mata seca, cerradão, cerrado (lato sensu), savanas amazônicas. Nomes Populares: Ipê-do-Morro, Ipê-Amarelo-Cascudo, Aipé, Pau-d'arco-amarelo, Ipê-açu.

O nome ipê-amarelo é utilizado para designar não uma mas várias espécies do gênero *Tabebuia* que em tupi-guaraní significa “pau que flutua”, o nome Ipê, também de origem tupi, significa “árvore de casca grossa”.

Espécie nativa brasileira oriunda da região Sul e Sudeste abrangendo a Mata de Araucária e também o Cerrado, com crescimento rápido podendo alcançar até 30 metros de altura e 10 de diâmetro, sendo que hoje se estende por todo o território nacional devido a sua adaptabilidade.

A floração do Ipê-Amarelo e da maioria dos Ipês ocorre no mês de agosto, no final do inverno, logo sua floração é influenciada por ele, assim quanto mais frio e seco o inverno maior a florada do Ipê. Suas flores dispostas em cachos são grandes de cor amarelo-ouro, chama a atenção de diversos polinizadores como beija-flores, e insetos de diversos portes incluindo a abelha Mamangava, polinizadora natural desta espécie.

Em Palmas-To, é possível observar um belo espetáculo nos meses de floração do Ipê, pois ele muito utilizado na arborização urbana, em todo o Brasil, por seu belo espetáculo de flores.

Av. NS-8, Palmas-TO



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

ISSN 2176-9710

Palmas	ano. 7	n.1 e 2	p. 200	jan/dez 2013
--------	--------	---------	--------	--------------

© 2013 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) 3216-6829
<<http://www.tre-to.jus.br>>
E-mail: sedip@tre-to.jus.br

COMISSÃO EDITORIAL

Waldemar Cláudio de Carvalho – Presidente
Adriana Karla Albuquerque Santos Martins
Benta Adorno Montel
Ivana Aparecida Rosa Leão Resende
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

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

Tiragem: 800 exemplares

Res. TRE-TO nº 195/2009, art. 6º:

Os conceitos ou interpretações contidos nas matérias veiculadas na revista, bem como seu conteúdo, são de exclusiva responsabilidade de seus autores.

Revista Jurídica do TRE-TO / Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins
a. 7, n. 1 e 2 (jan/dez). _ Palmas – TO, TRE-TO, 2013

Semestral

ISSN 2176-9710

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

Pleno do TRE-TO

MEMBROS EFETIVOS

JACQUELINE ADORNO
Desembargadora Presidente

MARCO VILLAS BOAS
Desembargador Vice-Presidente/Corregedor

JOSÉ RIBAMAR MENDES JUNIOR
Juiz de Direito Vice-Corregedor

WALDEMAR CLÁUDIO DE CARVALHO
Diretor Executivo da Escola Judiciária Eleitoral

ZACARIAS LEONARDO
Juiz de Direito Ouvidor

JOÃO OLINTO GARCIA DE OLIVEIRA
Jurista

MAURO JOSÉ RIBAS
Jurista

PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL
ALVARO LOTUFO MANZANO

DIRETOR-GERAL DA SECRETARIA
JOSÉ MACHADO DOS SANTOS

Sumário

DOCTRINA

- A Cláusula de Barreira no Direito Brasileiro.....09
- Curto-Circuito Eleitoral – Criação de partidos e reforma Política.....73

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

- RCED – Recurso Contra Expedição de Diploma nº 478-75.2012.6.27.0018 (Protocolo 69.110/2012).....85

JURISPRUDÊNCIA

Decisões Colegiadas (Acórdão / Inteiro Teor)

- RC – Autos nº 227-92.2010.6.27.0029 – Recurso Criminal.....105
- RE – Autos nº 461-60.2012.6.27.0011 – Ação de Investigação Judicial Eleitoral.....119
- MS – Autos nº 244-50.2012.6.27.0000 – Mandato de Segurança.....131
- Rp – Autos nº 2622-47.2010.6.27.0000 – Abuso de poder político.....137
- RC – Autos nº 9947-15.2006.6.27.000 – Recurso Criminal.....169
- RE – Autos nº 284-30.2012.6.27.0033 – Recurso Eleitoral.....181

A CLÁUSULA DE BARREIRA NO DIREITO BRASILEIRO¹

MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS

Ex-presidente e atual vice-presidente e corregedor regional eleitoral do TRE-TO; diretor geral da Escola Judiciária Eleitoral do Tocantins (EJE-TO); ex-presidente do Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais (Coptrel) e do Colégio de Corregedores Eleitorais do Brasil; especialista em Direito Constitucional e Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL).

RESUMO

O Estado de Direito pós-social tem na democracia, no pluralismo, na soberania popular exercida através dos partidos políticos, e no respeito à dignidade humana, alguns dos seus mais importantes alicerces, razão pela qual o pluralismo partidário deve corresponder proporcionalmente, dentro do possível, à pluralidade dos segmentos sociais, sem exclusão das minorias. Todavia, o excesso de partidos pode causar distorções à democracia, decorrentes do enfraquecimento da representação e da dificuldade de estabilidade governamental, principalmente nos regimes presidencialista e semipresidencialista. Para solucionar esse intrincado problema das democracias ocidentais, fundadas em Estados de partidos, a engenharia política tem oferecido soluções que restringem direitos fundamentais das agremiações partidárias e do cidadão, como as chamadas cláusulas de barreira, cujo fim precípuo é o de conter o multipartidarismo resultante de falhas do sistema proporcional e do sistema majoritário de dois turnos. Ao intérprete da constituição está reservada a difícil missão de resolver os conflitos de normas constitucionais resultantes das tentativas de inserção desse instituto na ordem jurídica brasileira.

Palavras-chave: Constituição – estado de direito – democracia – pluralismo – soberania – princípio da anualidade eleitoral – partidos políticos – direitos fundamentais – cláusula de barreira.

¹ Relatório Técnico-científico de Mestrado em Direito Constitucional Recife – 2012, apresentado ao Programa de Pós-Graduação strito sensu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional. Disciplina: Direito Constitucional. Orientador: Professor Doutor Marcelo Rebelo de Sousa.

INTRODUÇÃO

O multipartidarismo, fenômeno próprio das democracias ocidentais fundadas no pluralismo político, tem como causa, na maioria das vezes, falhas no sistema eleitoral proporcional.

A liberalidade e horizontalidade das coligações, sob a justificativa de autonomia partidária, têm contribuído para o excessivo número de partidos hoje existentes no Brasil (vinte e nove, segundo dados do TSE), o que em parte também resulta do sistema majoritário de dois turnos.

O pluralismo político, entretanto, é essencial à democracia, que não pode ficar jungida à ideia de um governo da maioria. As minorias, sob o ponto de vista da dignidade humana, também têm direito a representação política através dos partidos minoritários, inclusive no Parlamento.

Portanto, em um Estado Democrático de Direito pós-social (Estado de Partidos), onde os partidos se tornam o centro das decisões que deságuam no Parlamento, muitas agremiações políticas minoritárias cumprem o relevante papel de representar segmentos sociais importantes que não podem ser excluídos do debate político e das decisões parlamentares.

O excessivo número de partidos, contudo, pode colocar em risco a governabilidade, principalmente no sistema presidencialista, bem como distorcer a democracia, situações que reclamam uma análise mais acurada dos mecanismos políticos apropriados para corrigir o problema sem ferir direitos fundamentais dos partidos, dos seus filiados e dos eleitores que neles depositam suas esperanças.

As cláusulas de barreira diretas e indiretas emergem, nesse quadrante, como propostas que devem ser ponderadas, sob o pálio da Constituição, com especial atenção para os conflitos entre direitos fundamentais advindos da implantação de mecanismo dessa natureza no sistema jurídico.

A cláusula de barreira direta, por exemplo, não é estranha ao direito brasileiro, esteve presente em diversas oportunidades em nosso ordenamento jurídico, mas nunca foi utilizada, e chegou mesmo a ser considerada inconstitucional pelo STF, por duas oportunidades, já sob a Constituição de 1988.

No entanto, os grandes partidos têm sinalizado para sua reimplantação por meio de Emenda Constitucional, hoje incluída em um pacote de projetos que se encontra sob análise da Comissão de Reforma Política do Senado Federal, após receber a chancela da Comissão de Constituição de Justiça.

Nesse estudo, após uma abordagem teórica, na qual se contextualiza os limites ao pluralismo sob o prisma da democracia, dos partidos e do sistema eleitoral, busca-se na recente história da democracia brasileira e na Constituição de 1988, uma melhor compreensão da dinâmica partidária e o que significaria levar os partidos ao corredor da morte, negando-lhes funcionamento parlamentar, verbas do fundo partidário e acesso ao rádio e à TV.

Analisa-se, de igual forma, o funcionamento da cláusula de barreira direta no direito comparado e a opinião da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, além de oferecer propostas alternativas ao instituto.

Ao final, conclui-se pela inconstitucionalidade da cláusula de barreira, na linha de considerável corrente doutrinária e das decisões do Supremo Tribunal Federal, principalmente em relação àquela que se quer implantar através da PEC 2/2007, cuja fiscalização constitucional pode ser buscada preventivamente ou após sua promulgação, nos termos do art. 60 da CF, tendo em vista que fere direitos fundamentais dos partidos políticos, dos seus filiados e dos eleitores que os sufragaram, resguardados por princípios como os da democracia, soberania popular, igualdade de chances, igualdade de voto, pluralismo, devido processo legal (legislativo), dentre outros. A inconstitucionalidade resulta evidente ainda que ponderados os limites imanentes da própria Constituição e a leitura de alguns dos mesmos princípios como os da democracia e da soberania popular, sob o ponto de vista da distorção do sistema partidário e da própria democracia pelo multipartidarismo, notadamente quando se tem um sistema partidário que há décadas sobrevive com tais características.

1. DEMOCRACIA. PARTIDOS. SISTEMAS ELEITORAIS

1.1. Democracia

Etimologicamente, o termo “democracia” advém do grego *demos* – povo – e *kratia* ou *Kratos* – governo -, em outras palavras governo do povo.

A democracia tem seu berço na antiguidade clássica. As primeiras instituições democráticas surgiram em Atenas, em 508 a.C., onde os cidadãos participavam diretamente das decisões políticas em assembleia geral.

Constitui-se no exercício popular de governo cuja essência se firma na vontade do povo.

Todavia, conceituá-la com precisão é tarefa complexa, segundo anotara Hans Kelsen², pois a expressão democracia tornou-se verdadeira palavra de ordem nos dias atuais, razão pela qual acaba por perder substancialmente seu verdadeiro sentido, servindo a modismos políticos, daí a dificuldade de sua precisa conceituação³.

José Afonso da Silva procura compreender a democracia a partir de uma análise histórica, como instrumento da vontade do povo para realização de valores essenciais à convivência humana, traduzidos nos direitos fundamentais do homem⁴, o que se alinha ao ponto de vista de Friedrich Müller, García-Pelayo e Norberto Bobbio, que também analisam a democracia em relação à plena concretização dos direitos fundamentais⁵.

Ernest Bockenford, ao aprofundar-se no estudo do tema, elege a soberania popular como diretriz orientadora do princípio democrático, asseverando que o exercício do poder, para que esteja legitimado, deve derivar do povo, de um modo concreto, somente assim haverá estado de direito em sentido material, pós-liberal, pertinente a um estado social de direito⁶.

O Estado brasileiro elege o princípio democrático⁷ como um de seus pilares e adota a democracia semidireta ou mista como forma de

² KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 25.

³ Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 115.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp.125-126: Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 101; GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986, pp. 82, 83; MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann; revisão Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 27.

⁶ BOCKENFORD, Ernest. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000, pp. 17, 55.

⁷ Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2.

manifestação popular de poder. Isso se mostra evidente diante da opção do legislador constituinte por mesclar democracia representativa com instrumentos de expressão direta do povo (referendo, plebiscito e iniciativa popular) em determinadas questões políticas, administrativas e legislativas do Estado.

Nas palavras de José Afonso da Silva, “democracia semidireta é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo”.⁸

A democracia representativa, como forma indireta de exercício de poder pelo povo, reclama o uso de técnica especial de escolha de representantes para o desempenho das atividades tipicamente estatais.

Nesse contexto, ressalta-se a importância do sufrágio universal como forma de o cidadão externar sua vontade política por meio do voto.

Norberto Bobbio esclarece que, “Numa democracia moderna, quem toma as decisões coletivas, direta ou indiretamente, são sempre e somente os cidadãos *uti singuli*, no momento em que depositam o seu voto na urna”.⁹

A adoção do sufrágio universal como forma de expressão de poder reclamou a existência de uma entidade de caráter organizacional da vontade soberana do povo, haja vista que incipientes, os regimes democráticos sucumbiriam ao caos da participação popular indiscriminada e à ingovernabilidade frente à fragmentação ideológica presente no seio da sociedade.

Nessa conjuntura, interesses comuns levaram grupos sociais a se organizarem em agremiações com o escopo de coordenar a sua representatividade de maneira permanente. Aos poucos essas associações populares foram se estruturando e se transformando na figura institucionalizada dos partidos políticos¹⁰.

ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 136.

⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 109, 110.

¹⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Os partidos políticos no direito constitucional português*. Braga: Cruz, 1983, p. 24: Os mecanismos jurídicos da representação política implicaram a criação de partidos políticos com base na própria atividade parlamentar, na medida em que os partidos formaram grupos relativamente homogêneos, e lançaram em seguida comitês de apoio, que se converteram em comitês

Destarte, cabe aos partidos políticos, de conformidade com os seus estatutos e programas registrados no Tribunal Superior Eleitoral e apresentados aos eleitores, a importante função de intermediário entre o povo e o governo, com a importante missão de velar pela soberania popular decorrente da vontade geral e da vontade de todos, mecanismos indispensáveis na própria materialização da vontade geral e edificação do Estado e de intermediação entre as massas e o Estado, na opinião de Manuel García-Pelayo¹¹.

O conceito de liberdade, portanto, está vinculado à busca da vontade coletiva, daí que no seu ponto de vista viver democraticamente significa captar esta vontade coletiva, a partir dos mecanismos representativos, e, neste caso, uma das peças basilares do Estado democrático é o partido político¹².

Porém, não basta apenas a existência de um sistema representativo e de partidos políticos, é necessário que a soberania popular seja fruto dessa representação, assim como o direito das minorias devem ter nos ideários dos partidos uma correspondência de atuação implementadora pela via da representação, com maior imperatividade do mandato, resultado de um compromisso com o ideal democrático.

eleitorais visando a sua recondução. Assim nasceriam muitos partidos políticos com origem parlamentar. Anota ainda, que mais tarde esses comitês eleitorais vão se transformar em partidos.

¹¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986, p. 34: Pero la Constitución misma implica el Estado de partidos, pues, cundo disse que todo poder político emana del Pueblo aparecen los partidos como último órgano de creación de todos los demás órganos, ya que sins u mediación la massa amorfa no podría derivar de sí misma los órganos del poder del Estado.

¹² *Ibidem*, pp. 82-83: Conclui que a evolução da democracia ocorre em três estágios: a) la democracia directa caracterizada por la identidad entre gobernantes y gobernados, es decir, por la ausencia de mediación alguna entre el pueblo y el ejercicio del poder; b) la democracia representativa en la que la identidad se transforma en la dualidad de representante y representado y en la mediación de éste por aquél, ya que sólo la voluntad del representante vale jurídicamente como voluntad del representado, y c) la democracia de partidos en la que éstos son no sólo un factor mediador entre los representados y los representantes, sino también un factor de mediatización entre el pueblo y los diputados, lo que se patentiza en la sumisión de éstos al mandato imperativo de los partidos (o, lo que es lo mismo, de los grupos parlamentarios, oid., injra., págs.93 "y ss.), con lo cual el diputado ha perdido su carácter genuino de representante y, consecuentemente, las elecciones adquieren un carácter plebiscitario en las que el pueblo otorga su confianza y su capacidad de decisión para una legislatura dada al partido como organización y no a las personas incluí das en las listas electorales salvo, naturalmente, en lo que se refiere al líder o a una minoría de líderes de éste o de aquel partido.

Para a execução dessa missão, os partidos dependem de repasses do fundo partidário, do acesso ao rádio e à televisão e, principalmente, da eleição de seus membros ao Parlamento e consequente funcionamento parlamentar, pois as decisões devem, o quanto possível, passar pela deliberação dos partidos¹³ e das respectivas bancadas e blocos parlamentares.

Sem tais garantias e transparência não há como desempenhar a missão que lhes fora constitucionalmente atribuída.

Em outras palavras, apenas o funcionamento formal dos partidos¹⁴, tal qual ocorrera no Governo Militar, não basta, é preciso que os partidos sejam garantidores institucionais do sistema democrático, ainda que o centro das decisões políticas se localize no Parlamento¹⁵.

1.2. Partidos políticos

Os partidos, segundo Maurice Duverger, têm terminologia análoga a outras organizações e facções, cujas origens remontam a renascença, mas, somente em 1850 surgem nos Estados Unidos¹⁶.

¹³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986, p. 94: Sobre a importância dos grupos parlamentares na constituição e organização do Parlamento.

¹⁴ Cf. SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lobbauer. São Paulo: Página Aberta, 1996, p. 48: Adverte sobre o risco de certas coalizões e decisões secretas sobre os destinos do povo no parlamento.

¹⁵ Cf. MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 214: Sobre o assunto: O período do Regime Militar, de 1964 a 1984, no Brasil ilustra bem essa última hipótese. Veja-se que a representação política não fora suprimida, e partidos políticos cumpriam sua função representativa formal. Pode-se falar nesse caso de um Estado Representativo, ou seja, um Estado que se organiza mediante o instituto da representação política, conforme os ditames do modelo liberal. E pode-se falar ainda de um Estado Representativo Partidário, para referir-se à inserção dos partidos políticos no modelo de representação. Mas, quando se fala de um Estado de partidos, necessariamente se está falando de uma democracia de partidos, uma vez que é um modelo que tem como ponto de partida a exigência de ambiente democrático para ser implementado.

¹⁶ DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Tradução Cristiano Monteiro Oiticica. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 19: A analogia das palavras não deve levar a confusões. Chamam-se igualmente "partidos" as facções que dividiam as Repúblicas antigas, os clãs que se agrupavam em torno de um *condottiere* na Itália da Renascença, os clubes onde se reuniam os deputados das assembleias revolucionárias, os comitês que preparavam as eleições censitárias das assembleias revolucionárias, bem como as vastas organizações populares que enquadram a opinião pública nas democracias modernas. Essa identidade nominal justifica-se por um lado, pois traduz certo parentesco profundo: tôdas essas instituições não desempenham o mesmo papel, que é o de conquistar o poder político e exercê-lo? Porém se vê, apesar de tudo, que não se trata da mesma coisa. De fato, os verdadeiros partidos datam apenas de um

Na Assembleia Constituinte Francesa de 1789, os deputados oriundos das províncias gerais, deslocados, se reuniam para se fortalecer e defender interesses regionais. Os bretões alugavam um café para a realização de reuniões regulares. Somente com o correr do tempo apercebem-se que sua comunidade de opiniões não se restringia apenas às questões regionais, mas também aos problemas fundamentais da política nacional¹⁷.

Duverger anota, também, que a corrupção teria ocupado lugar assaz importante no desenvolvimento dos grupos parlamentares britânicos nos idos de 1714, os majoritários se organizando melhor para receber a propina da venda de votos aos ministros, e do outro lado a minoria adotando disciplina análoga para se defender¹⁸, embora baseada em outros métodos, o que não escapou da acurada observação de Georg Jellinek, apontando que uma das suas razões de existir é a busca por poder e cargos¹⁹.

No entanto, a estrutura organizacional da forma como hoje os conhecemos, somente foi adotada no período pós-guerra, alguns nascendo das bases, outros das cúpulas, partidos de massa ou partidos de quadros, sendo oportuno registrar que “a primeira Constituição com as características de um Estado Social de Direito do pós-guerra a consagrar expressa e directamente os partidos políticos é a brasileira de 1946, a que se segue, na Europa a Constituição de Baden”, conforme Marcelo Rebelo de Sousa²⁰.

No Século XIX os partidos passaram a se afirmar como instrumentos vitais para as democracias representativas, tendo se proliferado sobremaneira no início do século seguinte, mostrando-se

século. Em 1850, nenhum país do mundo (salvo os Estados Unidos) conhecia partidos políticos no sentido moderno do termo: encontravam-se tendências de opiniões, clubes populares, associações de pensamento, grupos parlamentares, mas nenhum partido propriamente dito. Em 1950, êstes funcionavam na maior parte das nações civilizadas, os outros se esforçavam por imitá-las.

¹⁷ DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Tradução Cristiano Monteiro Oiticica. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 21.

¹⁸ *Ibidem*, p. 22.

¹⁹ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Prólogo y traducción Fernando de los Rios. México: FCE, 2000, p. 141: Los partidos políticos son, por su naturaleza, grupos que mediante convicciones comunes relativas a ciertos fines del Estado tratan de realizar estos fines concretos. Si se considera a éstos en su relación con el poder del Estado y con los grupos sociales dominantes, nos encontramos con grupos que detentan el poder en un momento dado y grupos que aún no lo han detentado. Es una tendencia natural de todo partido político alcanzar el poder y mantenerse en él una vez alcanzado.

²⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Os partidos políticos no direito constitucional português*. Braga: Cruz, 1983, p. 64.

cruciais para a dinâmica democrática como um todo, sobretudo no que tange aos governos parlamentares²¹.

Em um sistema democrático-representativo, os partidos políticos têm por finalidade precípua a representação da vontade soberana do povo, de modo a definir um modelo básico de convivência social.

Acerca da relevância dos partidos, Paulo Bonavides destaca que, “tanto na democracia como na ditadura, o partido político é hoje o poder institucionalizado das massas”²², o que se depreende, de igual forma, na opinião de Canotilho: “os partidos são organizações aglutinadoras dos interesses e mundividência de certas classes e grupos sociais impulsionadores da formação da vontade popular.”²³

Marcelo Rebelo de Sousa vai além, e busca no Estado de partidos, congruente com o pensamento de Garcia Pelayo, uma conceituação jurídica mais autônoma e precisa de partido político sob quatro prismas: personalidade jurídica associativa, caráter duradouro, representação política da comunidade e relevância dessa função representativa, que se traduz em candidaturas aos cargos eletivos²⁴.

Nesse comenos, não seria despidiendo afirmar que as agremiações políticas consistem na via indispensável à conquista e manutenção do

²¹ Cf. JELLINEK, *op. cit.*, p. 628: La democracia moderna vuelve a tomar su punto de partida en el derecho político del moderno derecho natural, o sea, en el principio de que el poder del Estado deriva originariamente de la voluntad soberana, pura, de los hombres que han pasado del estado de naturaleza al estado político. Por esto el derecho político de participar en el poder del Estado es un derecho general que nace de la misma naturaleza humana y que necesita ser atribuido a todo individuo que vive en la asociación estatista, quien por este hecho es elevado a la categoría de ciudadano.

²² BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 299.

²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 308.

²⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Os partidos políticos no direito constitucional português*. Braga: Cruz, 1983, pp. 75-80: Da associação política em geral se distingue o partido político através de três elementos fundamentais: o caráter duradouro, a consagração do seu papel nuclear na efectivação da representação política global da colectividade, e, como corolário, o reconhecimento do seu exclusivo no tocante ao exercício da função representativa, consistente na apresentação de candidaturas às eleições dos titulares dos órgãos do poder político de base electiva. Do grupo ou comissão eleitoral se diferencia o partido político por todas as características anteriores e ainda pelo facto de a sua natureza associativa estável ser acompanhada da personalidade jurídica, o que não sucede com o grupo ou comissão eleitoral, por definição precário e carecido de personalidade jurídica". Esta autonomização jurídica do conceito de partido político é um dos vectores inovatórios do «Estado de Partidos», ultrapassando a desnecessidade da previsão de um regime jurídico específico, diverso do regime genericamente consagrado para a liberdade de associação (e para o direito de reunião).

poder nas mãos de determinado grupo político que, periodicamente, tende a se revezar com outros para possibilitar a devida alternância do poder, de modo a refletir a multiplicidade de opiniões existentes dentro de uma sociedade pluralista. Constituem o principal elo na relação entre a sociedade e o Estado, porquanto esses interesses político-sociais são representados pelas siglas partidárias. Estas são, por isso, instrumentos essenciais a qualquer democracia. Um verdadeiro Estado de Partidos.

A verdade é que, embora as instituições partidárias tenham ligação histórica com a democracia, tendo se mostrado de vital importância para o gerenciamento da vontade popular, nem sempre tiveram o reconhecimento dessa relevância na vida política do Estado.

A evolução política da República Brasileira, que hoje se consolida em uma democracia que quer se firmar como um Estado de Partidos, recomenda respeito aos direitos fundamentais dos partidos políticos, que no curso das ditaduras de direita tiveram seus registros cassados, e com eles os direitos e as esperanças daqueles que acreditaram em seus ideários, seja engrossando suas fileiras ou sufragando seus candidatos.

Basta dizer que, no período do regime Militar, o pluripartidarismo foi suprimido de tal modo que, entre os anos 60 e 80, somente dois partidos, Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e Movimento Democrático Brasileiro (MDB) - governista e oposicionista, respectivamente - detinham registro perante o Tribunal Superior Eleitoral, por força do Ato Institucional (AI) nº 2/1965.

Inicialmente, essas agremiações disputavam os pleitos eleitorais apenas nos municípios, excluídas as Capitais e estâncias hidrominerais, isso nas eleições majoritárias para o Executivo, pois, nas proporcionais, ambas concorriam, mas ao Presidente da República era reservada a possibilidade de nomear Senadores (pejorativamente denominados senadores biônicos) para, assim, obter a maioria no Congresso Nacional e formar a base governista, sem embargos do fechamento de ambas as casas legislativas.

Mais tarde, já nos anos 80, ARENA e MDB se enfrentaram em eleições majoritárias nos Estados e nas Capitais, exceto no Distrito Federal e Brasília.

Somente com a redemocratização do País, iniciada no final do Regime Militar e com a Lei da Anistia, os grandes líderes da oposição retornaram ao Brasil e o sistema pluripartidarista voltou a ter lugar no sistema eleitoral brasileiro, restando consolidado na Constituição Federal de 1988.

A Lei 9.096/95, quase uma década posterior à promulgação da Constituição, atribui aos partidos políticos personalidade jurídica de direito

privado e a missão de assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo, assim como defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal²⁵.

Em uma democracia pluralista, disposta a se firmar materialmente com a preservação dos direitos fundamentais e a promoção da dignidade da pessoa humana, conforme assegurados na Constituição, os partidos políticos devem estar investidos de garantias fundamentais para cumprirem seus estatutos e programas, organizarem seus quadros e atuarem na defesa da democracia, na guarda da Constituição, na fidelidade com os seus eleitores e na liderança dos seus parlamentares na formação de bases consentâneas com seus ideários.

O caráter pluralista e pluripartidário da democracia brasileira, como disposto na Constituição Federal, fruto de meio século de conquistas, tomado como marco inicial o Golpe Militar de 1964, reclama o respeito às garantias fundamentais dos partidos políticos, notadamente aqueles representantes das minorias.

Por outro lado, o pluripartidarismo estremado traz riscos para a democracia, colocando em cheque a soberania e a representação, enfraquecendo as agremiações e colocando em crise o próprio sistema partidário.

Agregam-se a isso outros fatores, como a corrupção, refletindo no funcionamento parlamentar dos partidos, fenômeno político que não está adstrito ao Brasil, pois se trata de um dos problemas da democracia e do sistema partidário que ainda atormentam o mundo da pós-modernidade.

Essa pulverização dos partidos políticos, resultado das falhas do sistema proporcional, muitas vezes ensejam o aparecimento de siglas regionalizadas que sobrevivem à custa de coligações com partidos que ainda preservam seu caráter nacional, o que leva as agremiações a uma certa perda de identidade.

Some-se a isso a tendência oligárquica dos partidos de massa e a ampla intermediação dos meios de comunicação entre o cidadão, cada vez mais informado, e o Estado²⁶.

²⁵ BRASIL. *Lei nº 9.096*, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos). In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 1º. O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

²⁶ LISI, Marco. *Os partidos políticos em Portugal: Continuidade e transformação*. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 24-25: Sobre a crise e transformação dos partidos políticos.

Nesse compasso, não se pode olvidar que as massas e grupos de pressão colocam o sistema em cheque, exigindo uma nova postura condizente com a imprescindibilidade do sistema partidário e dos partidos políticos para a realização da democracia, pois não há democracia sem partidos.

Entretanto, a busca por uma solução deve ser equilibrada e sensata, principalmente no que se refere ao sistema proporcional, próprio das eleições para o Parlamento, através do qual se garante o pluralismo de ideias, característico da diversidade social.

Restrições excessivas, não expressamente previstas no Texto Constitucional devem ser mitigadas à bem da democracia, bem como sopesadas com prudente valoração aquelas limitações ou restrições constitucionais que tenham potencialidade para prejudicar ou impedir o exercício da atividade partidária.

Nesse compasso, cláusulas de barreira diretas devem ser analisadas com cautela, não apenas dentro sistema jurídico atual e sob o enfoque dos princípios e regras contidos na Constituição, mas também no contexto histórico, sem perder de vista as traumáticas cassações de direitos políticos e de registros de siglas partidárias.

1.3. Sistemas eleitorais

A compreensão do sistema eleitoral tem importância direta no estudo do tema, tendo em vista que influencia na engenharia política e partidária, muitas vezes resultando em cláusulas de barreira indiretas.

Com muita propriedade, Paulo Bonavides faz a seguinte observação acerca da influência do sistema eleitoral sobre a forma de governo, organização partidária e estrutura parlamentar:

O sistema eleitoral adotado num país pode exercer — e em verdade exerce — considerável influxo sobre a forma de governo, a organização partidária e a estrutura parlamentar, refletindo até certo ponto a índole das instituições e a orientação política do regime. A sociologia tem investigado com desvelo o efeito das técnicas eleitorais e deduzido a esse respeito importantes conclusões, conforme se trate do emprego da representação majoritária ou da representação proporcional.²⁷

A Constituição Brasileira adotou um sistema eleitoral misto, majoritário na eleição dos senadores, prefeitos, governadores e presidente da república, e proporcional na escolha dos deputados

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 265.

estaduais e federais. No sistema proporcional os mandatos são preenchidos através de listas proporcionais aos votos obtidos.

As eleições majoritárias para presidente da república (CF, art. 77, § 2º), governadores dos Estados e do Distrito Federal (CF, art. 28), prefeitos das capitais e cidades do interior com número de eleitores superior a 200.000 (CF, art. 29, II), poderão ser realizadas em dois turnos de votação, caso nenhum candidato alcance a maioria absoluta no primeiro turno de votação, concorrendo no segundo somente os dois candidatos mais votados. Já a eleição para o senado é realizada em um único turno de votação em todo o país, critério também adotado para a escolha de prefeitos das cidades com eleitorado inferior a 200.000 eleitores.

Maurice Duverger pontua que o escrutínio majoritário de um só turno tende ao dualismo dos partidos e consequente esclerose partidária, já o escrutínio majoritário de dois turnos ou a representação proporcional tendem ao multipartidarismo²⁸. Esses estudos foram aprofundados por Giovanni Sartori, que chegou a desenvolver regras para análise do pluralismo, estabelecendo critérios de padrão, classe e tipo de multipartidarismo²⁹.

No Brasil vigora o sistema do quociente eleitoral (no âmbito da circunscrição) e do quociente partidário (no âmbito do partido ou coligação) para distribuição das vagas (CE, arts. 106 e 107) e da maior média para as sobras (CE, art. 109). O quociente eleitoral resulta da divisão dos votos válidos pelo número de vagas a preencher, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior. (CE, art. 106). Determina-se o quociente partidário, por sua vez, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos obtidos por cada legenda ou coligação de partidos, desprezada a fração (CE, art. 107). Quanto às sobras, nosso sistema é o de maior média, constituindo-se na divisão do número de votos válidos atribuídos a cada partido ou coligação pelo número de lugares por ele obtido, mais um, cabendo à agremiação ou coligação que apresentar a maior média um dos lugares a preencher, repetindo-se o procedimento até o preenchimento de todas as vagas (CE, art. 109).

O sistema proporcional, apesar de propiciar melhor representação do país, tende ao pluripartidarismo com pequenos partidos, conforme adverte Giovanni Sartori, ainda que com votação inexpressiva, podendo chegar ao pluralismo extremo, o que se agrava no caso do Brasil, tendo em vista a possibilidade de as eleições para presidente, governadores e

²⁸ DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Tradução Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, pp. 242/314.

²⁹ SARTORI, Giovanni. *Partidos e sistemas partidários*. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar; Brasília: Universidade de Brasília, 1982, pp. 141 ss: Sobre o número de partidos nos sistemas partidários contemporâneos,

prefeitos de cidades com mais de 200.000 eleitores serem realizadas em dois turnos, fator que também leva ao multipartidarismo.

O fato não deixa de ser preocupante, pois a pulverização, apesar de garantir a representação das minorias, pode levar ao enfraquecimento dos partidos e colocar em risco a democracia.

Disso decorre a importância do tema e dos debates que vêm se travando sobre a legitimidade, conveniência, necessidade e, acima de tudo, sobre a constitucionalidade dos controles quantitativos de partidos na democracia brasileira.

2. BREVE HISTÓRIA POLÍTICA DO BRASIL CONTEMPORÂNEO: DO REGIME MILITAR AO ESTADO DEMOCRÁTICO

Ainda sob a égide da Constituição de 1946, os militares tomaram o poder em 1964, quando então governava o presidente João Goulart, e instituíram o regime militar.

O golpe de 1964 não foi de todo um movimento militar isolado. O empresariado, juntamente com uma parcela significativa da classe média nacional e alguns governos estaduais, apoiava e instigava a tomada do poder no anseio de sepultar definitivamente a ameaça comunista.

Com a salvaguarda americana e apoio da União Democrática Nacional (UDN), os militares brasileiros tomaram as principais cidades do país e depuseram o Presidente João Goulart.

O Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, eleito indiretamente para o cargo de Presidente da República, inaugurou a partir de então uma série de cinco presidentes militares: Castelo Branco (1964-1967), Artur da Costa e Silva (1967-1969), Emílio Garrastazu Médici (1969-1974), Ernesto Beckmann Geisel (1974-1979) e João Baptista de Oliveira Figueiredo (1979-1985).

Aos anos que se seguiram no regime militar, num suceder de modificações constitucionais e edições de decretos de Atos Institucionais, transformaram o Brasil num Estado de Exceção. Ao todo foram editados 17 Atos Institucionais e 104 Atos Complementares (ACs) com o objetivo de legitimar e assegurar o poder militar vigente.

O AI nº 1/1964 suspendeu as eleições diretas à presidência e garantiu aos militares o poder de alterar a Constituição, cassar mandatos de parlamentares, bem como os direitos políticos de todo aquele que fosse suspeito comunista pelo Serviço Nacional de Inteligência (SNI), criado logo após o Golpe de Estado. Durante os 18 anos de ditadura militar, mais de dezoito milhões de indivíduos tiveram seus direitos políticos cassados.

De início o regime imposto coexistiu com o sistema pluripartidarista. Entretanto, a partir do AI nº 2/1965, todos os partidos políticos existentes foram erradicados, adotando-se o bipartidarismo. Esse novo sistema partidário era composto por ARENA (base governamental) e MDB (oposição permitida), consistente no aglomerado de todos os partidos de oposição extintos. No mesmo AI, atribuiu-se ao Presidente da República o poder de decretar estado de sítio, intervir nos governos estaduais e decretar recesso no Congresso Nacional.

Em outubro de 1966, Castelo Branco, por meio do AC nº 24, decretou recesso ao Congresso Nacional, reabrindo-o em novembro com a imposição de criar uma nova Constituição sem a convocação de Assembléia Constituinte respectiva. Desta feita, em janeiro de 1967, a nova Constituição foi aprovada, tendo legalizado a ditadura militar e o Estado de Exceção ao contemplar a Lei de Segurança Nacional – legitimava a cassação dos direitos políticos pelos crimes políticos, de opinião e subversão.

As reformas políticas e institucionais, incluindo a adoção do regime bipartidário artificial, tinham por objetivo camuflar o poder absoluto dos generais, numa espécie de justificativa do regime militar pelo sufrágio. Essa empreitada foi bem sucedida até 1974, quando a oposição conseguiu eleger 16 dos 22 senadores, sendo essa a única eleição direta da época, posto ter o AI nº 3/1966, instituído a eleição indireta dos governadores e prefeitos das capitais.

A derrota da ARENA, em 1974, foi muito mais significativa e refletiu o profundo descontentamento com o regime, principalmente nos grandes centros urbanos industrializados. A eleição expressiva de nomes vinculados ao MDB incorporou a figura do voto de legenda e foi reflexo do acirramento da repressão pelo regime militar. Com a edição do AI nº 5/1968 (marco dos “Anos de Chumbo” no Brasil – 1968-1974), ficou proibida a manifestação política contrária ao governo, criaram-se os Tribunais Militares e atribuiu-se ao Presidente da República o poder de fechar o Congresso Nacional, medida antidemocrática que não tardou a ser tomada.

Ao final de 1975, frente ao patente enfraquecimento do regime ditatorial, têm-se uma série de medidas objetivando descaracterizar a repressão em uma “pseudo-abertura política” e fragmentar a oposição, até então unida no MDB.

Na reforma partidária de 1979, cai, em tese, o bipartidarismo e entra em cena o pluripartidarismo. Impõe-se, ainda, a obrigatoriedade da inserção do nome “partido” na denominação das agremiações. Assim, o partido da base governista (ARENA) passou a se denominar Partido Democrático Social (PDS), o que afastou o pesado estigma da sigla

anterior, e o MDB passou a se chamar Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB).

Em termos reais essa reforma não conseguiu sepultar o bipartidarismo ainda existente, observado nas eleições de 1982 por meio da clássica disputa entre ARENA e MDB, agora PDS e PMDB, respectivamente.

Não obstante os mecanismos eleitorais criados pelos militares, o PDS perdeu a maioria na Câmara Federal e em 10 das 22 câmaras e governos estaduais. Os subterfúgios nas eleições de 1982, alinhados à franca recessão econômica, índices inflacionários elevados, greves gerais no ABC paulista e política do arrocho salarial, elevaram a impopularidade do governo e culminou na explosão, em 1983, de um movimento das massas pelas eleições diretas para a Presidência da República, popularmente denominado “Diretas Já”.

Enfraquecido, o PDS expressou sinais de cisão partidária e, em 1984, fragmentou-se e deu origem à Frente Liberal, que, juntamente com o PMDB, Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e Partido Democrático Trabalhista (PDT), compôs a Aliança Democrática, coligação que, por eleição indireta, elegeu Tancredo Neves para o cargo de Presidente da República, mas com sua morte prematura, José Sarney, então Vice-Presidente, assumiu o cargo. Chegava ao fim a Ditadura Militar.

Em maio de 1985 o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional (EC) nº 25, que diminuiu sensivelmente as exigências quanto à criação de novos partidos. Desse modo, além de facilitar o surgimento de novas agremiações partidárias, essa Emenda permitiu a regularização de outros partidos, que até então viviam na clandestinidade em virtude da reprimenda do militarismo, e como era de se esperar, a EC nº 25/1985, provocou a expansão do pluralismo político e, conseqüentemente, do sistema partidário brasileiro, consolidado na Constituição de 1988.

3. CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, iniciou-se uma nova era partidária. Em capítulo próprio, a nova Carta Política, reforçando o pensamento pluralista³⁰, concedeu aos partidos políticos a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção. Garantiu-lhes,

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] V - o pluralismo político.

também, autonomia para se auto-organizarem e, na forma da lei, foi assegurado o direito à percepção da verba do Fundo Partidário e acesso gratuito ao rádio e televisão³¹.

A priori, não foi estabelecido qualquer controle quantitativo dos partidos. A Lei Maior de 1988 apenas resguardou a observância do regime democrático, do pluripartidarismo e dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Em 1989, o sistema partidário brasileiro já contava com 22 agremiações partidárias habilitadas para disputar a primeira eleição direta para presidente da República realizada no final daquele ano, muitos deles desprovidos de qualquer ideologia, base filosófica ou política, por isso comumente chamados de “legendas de aluguel”.

Essa proliferação partidária decorreu da abertura e flexibilidade inerentes ao sistema proporcional, adotado pelo constituinte de 1988 para legitimar os ideários políticos dos diversos grupos sociais perante o Estado no intuito de consagrar o pluralismo político no regime democrático brasileiro. É que o sistema proporcional está fundamentado no pluripartidarismo e pressupõe a escolha de um Partido, preferencialmente, antes da escolha do candidato. O Chamado voto de legenda fortalece o partido, seus estatutos, seu programa. Isso é próprio do sistema partidário adotado no Brasil. O partido escolhe seus candidatos e o eleitor vota nos candidatos do partido.

Evidentemente, o risco de surgirem oligarquias partidárias existe, pois, geralmente, os escolhidos possuem poder político, econômico ou de mídia, daí a acertada decisão do legislador constituinte na escolha desse sistema, afastando o sistema majoritário e distrital no âmbito das eleições proporcionais, como também determinando o cálculo do quociente eleitoral considerando-se válidos os votos brancos. Essas medidas, aliadas ao pluripartidarismo sem restrições e o voto de legenda, impedem que um puxador de votos, com grande potencial midiático, por exemplo, eleja grande número de parlamentares em uma pequena legenda. A própria distribuição das sobras auxilia nesse controle.

³¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, *ibidem*: Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: [...] § 1º - É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. [...] § 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

No entanto, o que se tem visto é uma exacerbada fragmentação partidária e isso tem dificultado a formação de maioria nas casas legislativas, influenciando de forma negativa a governabilidade democrática, seja no âmbito federal, estadual ou mesmo municipal. Atualmente, segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral, existem 29 partidos políticos registrados naquela Corte³².

A Constituição delegou aos partidos políticos a missão de intermediar a relação entre povo e governo, de forma a resguardar a soberania e representação, garantindo-lhes autonomia partidária, democracia interna, fidelidade e disciplina partidária, funcionamento parlamentar, percepção dos repasses do fundo partidário, acesso aos meios de comunicação, bem como legitimidade ativa para o ajuizamento de mandado de segurança coletivo (MS), ações diretas de constitucionalidade (ADC) e inconstitucionalidade (ADI), como também arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).³³

Dentre esses direitos fundamentais constitucionalmente atribuídos aos partidos políticos, interessa mais de perto a este estudo o funcionamento parlamentar, a percepção dos repasses do fundo partidário e o acesso aos meios de comunicação, haja vista serem diretamente afetados pelo modelo brasileiro de cláusula de barreira.

Por outro lado, a Constituição Federal estabeleceu a possibilidade de limitações a esses direitos através de leis infraconstitucionais³⁴.

³² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Partidos políticos registrados no TSE*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos>>. Acesso em: 2 set. 2012.

³³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986, pp. 49, 91, 92: Sobre a constitucionalização de partidos, com a anotação de que a Constituição é obra dos partidos políticos que são preexistentes à Assembleia Constituinte.

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei. § 1º - É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006) § 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. § 3º - Os partidos políticos

Diante desse cenário, procurou o legislador ordinário combater os males trazidos pela pulverização excessiva dos partidos políticos e, regulamentando o artigo 17, IV, da Constituição Federal por meio da edição da Lei nº 9.096/95, estabeleceu requisitos mínimos para que os partidos políticos pudessem gozar de funcionamento parlamentar perante a Câmara Federal.

Não se pode olvidar que a própria Constituição também limitou apenas aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional a legitimidade ativa para o ajuizamento de mandado de segurança coletivo, ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, e arguição de descumprimento de preceito fundamental, o que não deixa de ser um mecanismo de controle indireto, um antagônico bloqueio do acesso às vias judiciais, cláusula pétrea da Constituição Brasileira.³⁵

Por tais razões o estudo dos mecanismos diretos e indiretos de controle quantitativo dos partidos políticos reclama um exame cauteloso dos princípios e regras constitucionais que sustentam essas garantias e limitações.

4. CLÁUSULA DE BARREIRA

4.1. Conceito

Com a finalidade de corrigir supostas distorções relativas à representação proporcional, entre as quais a fragmentação excessiva do sistema partidário, a engenharia política engendrou os controles quantitativos de partidos políticos, dentre os quais se destaca a chamada cláusula de barreira.

Trata-se de um mecanismo legal, originário do Direito Alemão, que estabelece um apoio popular mínimo, baseado em número ou percentual de votos obtidos na eleição do parlamento federal, para que o partido político possa ter livre funcionamento parlamentar³⁶. Na verdade, tal instituto foi criado para funcionar como uma espécie de filtro no controle quantitativo dos partidos políticos.

têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. § 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

³⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, *ibidem*: Art. 5º [...] LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; [...] Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] VIII - partido político com representação no Congresso Nacional.

³⁶ SARTORI. Giovanni. *Engenharia constitucional*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília 1996, p. ??.

Os doutrinadores costumam utilizar outras terminologias para se referirem ao mesmo instituto jurídico, denominando-o de cláusula de exclusão, performance, desempenho, bloqueio ou umbral.

Na dicção de Orides Mezzaroba, cláusula de barreira é um “mecanismo previsto em dispositivo legal que impede a existência ou a representação parlamentar da agremiação partidária que não conte com o apoio político de um determinado número ou percentual de eleitores”³⁷.

A justificativa apontada para sua instituição está assentada na necessidade de conter o multipartidarismo extremo, que finda por desfigurar a soberania e a representação e, conseqüentemente, distorcer a democracia, sob o ponto de vista de que partidos minúsculos teriam, proporcionalmente, mais poder que partidos maiores.

Além disso, não se pode olvidar que o multipartidarismo extremo pode levar a dificuldades de formação da base governista e ensejar a corrupção partidária, seja pelo aluguel de siglas, seja pela venda de apoio no Parlamento.

Por outro lado, como dito alhures, o multipartidarismo é consequência da própria democracia e do sistema proporcional utilizado na eleição dos parlamentares, está ligado à ideia de pluralismo político e do respeito ao direito das minorias de se organizarem e se expressarem politicamente através das suas organizações políticas. Excluir partidos da disputa democrática significa mitigar o direito de expressão das minorias.³⁸

³⁷ MEZZAROB, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 300.

³⁸ Cf. JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Prólogo y traducción Fernando de los Rios. México: FCE, 2000, p. 628: Tanto menos agria es la oposición de las fuerzas sociales dentro de un pueblo, tanto más atenuada es la lucha de los partidos y más simple la división de los mismos. Si los Estados anglosajones se han preservado de la subdivisión extrema de los partidos políticos en el continente europeo, débese a la gran homogeneidad de su sociedad. En la que fuera totalmente homogénea no habría lugar a una permanente oposición de partidos. Junto a los grandes partidos hay otros necesarios que indican tendencias momentáneas y carácter, por tanto, contingente, y partidos ilegítimos, a los que llamamos de este modo porque no tienen su fundamento en las relaciones generales de la vida de los pueblos, esto es, en la distinción entre profesiones, clases, etc., sino que se basan en condiciones peculiares de un Estado particular. Los partidos contingentes son aquellos que si bien no se proponen la realización de un fin de la vida del Estado, sí tienen como programa la ejecución de intereses individuales. Así, por ejemplo, cuando hay dos pretendientes al trono, se establece una división en el pueblo entre los partidarios del orden monárquico mismo. Al segundo orden pertenecen los partidos religiosos y nacionales. Son partidos ilegítimos, porque todo partido legítimo ha de tener un programa que comprenda los puntos fundamentales de la vida general del Estado, lo cual no es posible ni partiendo

Além disso, conflitos entre regras e princípios constitucionais, pertinentes ao sistema democrático e aos direitos fundamentais dos cidadãos e partidos políticos trazem maior densidade à discussão do tema.

Esse é o ponto fulcral do problema inerente a implantação de cláusulas de barreiras diretas em um sistema partidário já existente.

4.2. A cláusula de barreira no direito comparado

Muitos são os países que adotam a cláusula de barreira com exigências mínimas para o funcionamento dos partidos políticos, seja no sistema de representação proporcional ou mesmo no sistema majoritário, a exemplo do modelo francês.

Na Alemanha – país de grande influência para o direito eleitoral luso-brasileiro -, há uma singular conciliação dos sistemas proporcional e majoritário para as eleições dos membros da Assembleia Federal (*Bundestag*).

De acordo com essa sistemática, os alemães dispõem de dois votos: um para eleger metade do *Bundestag* pelos distritos, por meio do critério majoritário, e outro para eleger a outra metade do parlamento através do critério proporcional, mediante voto nas listas partidárias estaduais fechadas.

A partir disso, incidem as cláusulas de bloqueio. De acordo com o regramento, alternativamente, o partido que não alcançar, pelo menos, 5% (cinco por cento) dos votos nas eleições proporcionais (calculados em âmbito nacional), ou o que não lograr êxito em eleger individualmente candidatos, em no mínimo três distritos, terá seus votos desprezados e não tomará assento no parlamento germânico.

Uma das peculiaridades do modelo germânico refere-se à inexistência de fixação prévia da quantidade de representantes por Estado no Parlamento Federal, pois esta pode variar de acordo com o

del punto de vista de una determinada nacionalidad ni de una cierta 'confesión religiosa. Existen partidos fragmentarios que se proponen la solución a una cuestión particular, y carecen de una concepción sobre la política general del Estado. Aparecen comúnmente estos partidos en aquellos Estados donde existe una gran división de ellos, es decir, allí donde un pueblo está dominado por intereses parciales. De esta naturaleza son, por ejemplo, los librecambistas y los agrarios. Los partidos fragmentarios, a pesar de los elementos extraños que comúnmente contienen, pueden incluirse en alguno de los grandes grupos que hemos descrito. Estos grupos son los que permanecen como partidos a través de todo cambio, en tanto aquéllos, que tienen un carácter contingente y fragmentaria, disfrutan de un periodo de vida muy limitado.

comparecimento do eleitorado às urnas, tendo em vista que lá o voto é facultativo.

A exemplo do sistema eleitoral alemão, o México também adota um sistema misto. Segundo o modelo mexicano, três quintos do Parlamento são eleitos através do critério majoritário, sendo os dois quintos restantes eleitos proporcionalmente de acordo com a votação atribuída às listas partidárias, observada cláusula de exclusão fixada em 2%.

A Argentina, embora apresente um sistema eleitoral similar ao modelo brasileiro, se diferencia deste em virtude de adotar o sistema proporcional de listas fechadas, no qual o eleitor escolhe o partido de sua preferência e não o candidato individualmente, bem como por comportar uma cláusula de barreira, por lá denominada de *padrón electoral*, que prevê a exclusão automática da lista partidária que não obtiver o mínimo de 3% do total de eleitores do distrito, para fins de distribuição dos mandatos parlamentares atribuídos à respectiva Província.

Na Espanha, o sistema proporcional para eleição dos membros do Congresso dos Deputados encontra-se previsto no próprio texto da Lei Fundamental, ao passo que a previsão de uma cláusula de barreira está amparada pela Lei Orgânica do Regime Eleitoral Geral (LOREG). De acordo com essa lei, a lista partidária deverá atingir pelo menos 3% dos votos da circunscrição, caso contrário estará inabilitada para divisão dos mandatos parlamentares daquele respectivo distrito. Nesse passo, ressalta-se que, em se tratando de vagas nas eleições municipais, esse percentual eleva-se para 5%.

Na França, a eleição dos membros da Assembleia Nacional se dá pelo sistema majoritário de dois turnos. No primeiro turno apenas são eleitos os candidatos que obtiverem a maioria absoluta dos votos. Na hipótese de nenhum candidato no distrito alcançar esse patamar, promove-se o segundo turno das eleições. Todavia, diversamente do que ocorre com as eleições majoritárias brasileiras, nessa segunda votação (*ballotage*), não concorrem apenas os dois candidatos mais votados, mas sim todos os candidatos que tenham atingido o percentual mínimo estabelecido pelo umbral francês, fixado atualmente em 15% do total de eleitores.

Vale destacar que o sistema majoritário francês, vigente desde 1958, somente foi substituído uma única vez, quando, em 1986, adotou-se o sistema proporcional de listas fechadas e distritos plurinominais para as eleições do Parlamento, cujos mandatos apenas eram atribuídos aos partidos que obtivessem, pelo menos, 5% dos votos válidos.

Na Suécia, a cláusula de barreira estabelece para os partidos políticos o percentual mínimo de 4% do total dos votos, para que participem do rateio dos mandatos federais. No entanto, não sendo

atingido este percentual, o partido que agrega pelo menos 12% dos votos de um determinado distrito fica habilitado à distribuição dos mandatos reservados para a circunscrição local.

Na Nova Zelândia, dois são os critérios estabelecidos pela cláusula de barreira: obtenção de, no mínimo 5% dos votos em âmbito nacional ou vitória majoritária em pelo menos um distrito.

Na República Tcheca, os percentuais fixados pela cláusula de barreira são progressivos, a depender do fato de o partido atuar sozinho ou em coligações. Assim, se o partido concorre isoladamente, o percentual a ser atingido é de 5% dos votos nacionais. Já na hipótese de haver coligação, esse percentual é elevado de acordo com o número de partidos que compuser a aliança: 7% - no caso de a coligação ser formada por dois partidos; 9% - para coligação de três partidos; e 11% - no caso de a coligação ser composta pela aglutinação de quatro ou mais agremiações partidárias.

A Hungria também dispõe de cláusula de barreira de percentuais variáveis, muito semelhantes aos estabelecidos pela República Tcheca: 5% - para os partidos que atuem sozinhos; 10% - para as coligações compostas por dois partidos; e 15% - para as grandes alianças partidárias.

Semelhante aos modelos húngaro e tcheco, a Polônia possui um sistema eleitoral munido de uma cláusula de barreira com três patamares mínimos de votação para o parlamento: 5% - dos votos distritais atribuídos para as agremiações partidárias solitárias; 8% - dos votos distritais para as coligações; e, por fim, 7% - dos votos, em âmbito nacional, como *conditio sine qua non* para a participação da grei partidária no rateio de 69 cadeiras, na esfera federal, do total de 460 da Câmara Baixa do Parlamento (*Sejim*).

Na Itália, é condição para que um partido possa figurar no parlamento a obtenção do percentual mínimo de votos estabelecido pela cláusula de barreira, o qual é de 4%.

A Grécia, por sua vez, adotou como condição de acesso dos partidos políticos às cadeiras do Parlamento Nacional, o alcance do percentual mínimo de 3% dos votos nacionais.

As cláusulas de exclusão da Holanda e de Israel instituíram os mais reduzidos patamares eleitorais de que se tem conhecimento, fixados em 0,67% e 1,5% dos votos nacionais, respectivamente. Ao passo que a Turquia alberga o mais rigoroso umbral de exclusão dentre os países estudados, já que para integrar a Grande Assembléia Nacional, devem os partidos políticos, além de atingir os percentuais mínimos exigidos por seus respectivos distritos, apresentar apoio mínimo, expresso em votos, de 10% dos sufrágios nacionais.

Diferentemente das demais democracias européias, Portugal não adotou qualquer patamar eleitoral mínimo como condição de acesso às Casas Legislativas. Do contrário, a instituição das denominadas cláusulas de barreira encontra-se terminantemente proibidas pela Constituição da República Portuguesa (art. 152. 1)³⁹.

4.3. A cláusula de barreira no direito brasileiro

A instituição da cláusula de desempenho no arcabouço jurídico brasileiro não foi inovação do legislador ordinário de 1995. Foram várias as tentativas de inserir essa espécie de mecanismo de controle quantitativo em nosso sistema eleitoral.

A cláusula de barreira surgiu pela primeira vez no Brasil por meio do Decreto-Lei nº 8.835/46, que estabelecia, no seu artigo 5º, a cassação do registro das siglas partidárias que, nas eleições em que tivesse disputado, obtivesse número de votos inferior à quantidade de eleitores com que haviam adquirido o registro definitivo.

Posteriormente, o Código Eleitoral de 1950 (art. 148), previu uma “cláusula de performance”, segundo a qual teria o registro cancelado perante a Justiça eleitoral o partido político que não elegeesse pelo menos um representante para o Congresso Nacional ou não obtivesse a adesão de, pelo menos, cinquenta mil votos.

Já durante o regime militar, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 4.740/65) tratou de dificultar a constituição originária do partido político. Exigia, para tanto, que este contasse com o “apoio” mínimo de 3% do eleitorado que votou na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos 11 Estados, com o mínimo de 2% em cada um deles.

No plano constitucional, a chamada “cláusula de barreira” surgiu com a outorga da Carta de 1967, que dispunha não apenas de regras relativas ao funcionamento parlamentar, mas também acerca da vida e morte civil do partido político, a depender do desempenho por este alcançado nas eleições do parlamento federal⁴⁰.

³⁹ PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional (2005). Disponível a partir de <<http://www.parlamento.pt/Legislacao>>. Acesso em: 30 ago. 2012: Artigo 152.º (Representação política) 1. A lei não pode estabelecer limites à conversão dos votos em mandatos por exigência de uma percentagem de votos nacional mínima.

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível a partir de: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2012: Art. 149 - A organização, o funcionamento e a extinção dos Partidos Políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: [...] VII - exigência de dez por cento

O art. 149, VII, da Constituição de 1967, foi modificado através de sucessivas emendas. A primeira alteração se deu por intermédio da EC nº 1/1969, tendo minimizado a exigência de dez para cinco por cento em relação à estabelecida na Carta Maior de 1967⁴¹.

Em 1978, já na última fase do Governo Militar, foi aprovada a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 11/1978, que acrescentou à Constituição uma regra complementar de distribuição em nove estados da federação com, no mínimo, 3% em cada um deles, dentre o universo dos 5% dos votos obtidos pelo partido na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.⁴²

Finalmente, a última reforma legislativa da matéria em sede constitucional deu-se em 1985, através da EC nº 25, que, flexibilizando as regras outrora estabelecidas, dispôs não ter direito à representação no Congresso Nacional o partido que não obtivesse o apoio expresso em votos de, no mínimo, 3% do eleitorado, apurados em eleição geral para Câmara Federal e distribuídos em pelo menos cinco Estados, com o mínimo de 2% do eleitorado de cada um deles. Possibilitava, todavia, aos eleitos por Partidos que não obtivessem os percentuais exigidos, a preservação de seus mandatos, desde que, no prazo de sessenta dias, efetuassem a troca de sigla por qualquer um dos Partidos remanescentes.

Apesar desse instituto jamais ter sido aplicado no Brasil, tentou-se, pelo que se vê, assegurar sua existência no arcabouço jurídico brasileiro, sobretudo durante o período militar.

Com o fim do regime militar, iniciou-se em 1985 o processo de redemocratização da República Federativa do Brasil, culminando na promulgação da Constituição Federal de 1988. A nova Ordem

do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em dois terços dos Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles, bem assim dez por cento de Deputados, em, pelo menos, um terço dos Estados, e dez por cento de Senadores.

⁴¹ BRASIL. Constituição (1967). *Emenda Constitucional nº 1*, de 17 de outubro de 1969. Disponível a partir de: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2012: Art. 152. A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: [...] VII - exigência de cinco por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, em sete Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles;

⁴² BRASIL. Constituição (1967). *Emenda Constitucional nº 11*, de 3 de outubro de 1978. Disponível a partir de: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2012: Art. 152 [...] § 2º - O funcionamento dos partidos políticos deverá atender às seguintes exigências: [...] II - apoio, expresso em votos, de 5% (cinco por cento) do eleitorado, que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, por nove Estados, com o mínimo de 3% (três por cento) em cada um deles.

Constitucional não manteve as exigências trazidas pela Lei Maior de 1967 no que se refere ao estabelecimento de cláusulas de desempenho.

4.4. A cláusula de barreira na nova ordem constitucional brasileira

Após calorosos debates no curso dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, venceu a tese contrária a implantação de uma cláusula de barreira direta no sistema eleitoral brasileiro, mantendo-se a tradição dos controles quantitativos indiretos, próprios do sistema proporcional, sem regras obstativas adicionais.

Desde então, o número de partidos que disputam as eleições e aqueles que conseguem cadeiras na Câmara dos Deputados têm oscilado muito pouco, registrando-se dezenove em 1990, dentre os trinta e três partidos então existentes, alcançando o número de vinte e quatro, dentre trinta partidos políticos na atual legislatura⁴³.

Promulgada a Constituição de 1988, os debates acerca da implantação de controles quantitativos diretos continuaram, sagrando-se vitoriosa a corrente favorável à cláusula de barreira, implantada na lei geral das eleições de 1994 (Lei nº 8.713/93), que, em seu art. 5º, § 1º, I, permitia o registro de candidatos a Presidente da República apenas aos partidos políticos que tivessem obtido 5% dos votos nacionais nas eleições para a Câmara dos Deputados.

A reação de pequenos partidos como o Partido da Reedificação da Ordem Nacional (PRONA) foi imediata e resultou no ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, registrada sob o número 966/DF, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio. O dispositivo impugnado foi declarado inconstitucional. O argumento principal residiu no fato de a norma versar sobre fatos pretéritos, tendo o legislador prévio conhecimento dos partidos que se beneficiariam e dos que se prejudicariam com a edição da lei, infringindo sobremaneira o princípio do *due process of law*.

O mesmo ocorreu com os arts. 11, §§ 1º e 2º, e 72, ambos da Lei 9.100/95, que buscou condicionar o número de candidatos a vereador de cada partido, no pleito municipal de 1996, ao tamanho das respectivas bancadas na Câmara dos Deputados.

Todavia, a luta para implantação dos controles quantitativos continuaria. Durante a Revisão Constitucional de 1993 houve uma nova tentativa de inserção da cláusula de desempenho na Constituição Federal de 1988. O Parecer nº 36, de autoria do deputado Nelson Jobim, visava

⁴³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Partidos políticos registrados no TSE*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos>>. Acesso em: 26 ago. 2012.

alterar o artigo 17 da Carta Magna, inserindo restrição do direito à representação na Câmara dos Deputados ao partido que não obtivesse, na eleição geral, o percentual mínimo de 5% dos votos válidos, excluídos os brancos e os nulos, distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, atingindo dois por cento em cada um deles. O referido parecer não foi sequer votado pelo Congresso Revisor.

Nos idos de 1995, com conteúdo semelhante ao tratado no Parecer nº 36, entrou em vigor a Lei nº 9.096/95, popularmente conhecida como Lei dos Partidos Políticos. Editada com o objetivo de regulamentar a Constituição Federal de 1988 (art. 17, IV), estabelecia parâmetros para o funcionamento parlamentar, exigindo um mínimo de 5% de votos apurados na eleição para a Câmara dos Deputados, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles⁴⁴.

As exigências descritas no dispositivo legal supracitado excederam as questões ligadas ao funcionamento parlamentar, repercutindo também na divisão dos recursos do Fundo Partidário e tempo disponível de propaganda partidária destinados aos partidos políticos.

Em relação aos recursos do Fundo Partidário, dispôs a Lei nº 9.096/95 da seguinte forma: 1% do valor que compõe o Fundo Partidário deveria ser rateado, em partes iguais, a todos os partidos regularmente registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Ao passo que o percentual de 99% seria dividido apenas entre as siglas partidárias que alcançassem os percentuais de votação exigidos no art. 13 desse Diploma Legal⁴⁵.

Quanto ao acesso gratuito dos partidos políticos aos meios de comunicação, a Lei dos Partidos também estabeleceu diferenciações,

⁴⁴ BRASIL. *Lei nº 9.096*, de 19 de setembro de 1995. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

⁴⁵ BRASIL. *Lei nº 9.096*, de 19 de setembro de 1995, *ibidem*: Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito a que se refere o § 1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios: I - um por cento do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; II - noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

usando como parâmetro as exigências inscritas no art. 13. Assim, ao partido que não atendesse exigências desse dispositivo seria assegurado o espaço de dois minutos, por semestre e em cadeia nacional, para transmissão de seu programa político-partidário. Ao passo que, o partido que alcançasse os patamares mínimos exigidos teria garantido o direito de realizar, a cada semestre, um programa em rede nacional e outro em rede estadual, com duração de vinte minutos cada. Além disso, esses partidos também gozariam do direito de veicular, semestralmente, inserções de trinta segundos ou um minuto, tanto nas redes nacionais como nas estaduais, pelo tempo total de quarenta minutos⁴⁶.

4.5. A cláusula de barreira da Lei nº 9.096/95 - Lei dos Partidos Políticos

O ponto fulcral desse estudo é analisar a cláusula de barreira da Lei nº 9.096/95 sob o prisma constitucional, tendo em vista que as propostas para implantação desse controle quantitativo no sistema eleitoral brasileiro têm sempre o objetivo de negar funcionamento parlamentar aos partidos que não alcancem um mínimo de desempenho estabelecido em lei e, consequentemente, impedir que tenham acesso ao rádio e à televisão, bem como à percepção das verbas do fundo partidário.

A cláusula de desempenho do aludido art. 13 da Lei nº 9.096/95 foi estabelecida em 5% dos votos apurados, não computados os brancos e nulos, distribuídos em pelo menos um terço do território nacional, com um mínimo de dois por cento do total em cada um deles.

Para compreensão do alcance do dispositivo de bloqueio é preciso deixar claro o que é, na verdade, funcionamento parlamentar.

Sérgio Sérulo da Cunha define o funcionamento parlamentar como:

[...] o desempenho de atividade tipicamente legislativa – apresentação e votação de projetos, indicações sobre matérias de iniciativa de outro Poder, defesa de interesses sociais - pelo que a

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos. Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado: I - a realização de um programa, em cadeia nacional e de um programa, em cadeia estadual em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada; II - a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais.

*função parlamentar seria inerente ao exercício do mandato , ao sistema representativo e à dinâmica do Poder Legislativo.*⁴⁷

Samuel Dal-Farra Naspollini anota que, ao inscrever entre os preceitos jurídicos maiores do balizamento da atividade partidária, o funcionamento parlamentar, de acordo com a lei, estaria a se referir ao conjunto de atividades inerentes à ação parlamentar⁴⁸, alicerçando-se na definição de Said Farhat, de que o funcionamento parlamentar englobaria o conjunto de:

*[...] atividades exercidas pelos parlamentares e, mais especificamente, pelos partidos com representação em uma dada Casa legislativa, tais como indicar líderes, entrar no cálculo da proporcionalidade, na composição da Mesa da respectiva Casa e suas comissões. etc.*⁴⁹

Todavia, a redação do art. 13 da Lei nº 9.096/95, foi além das limitações ao exercício da atividade parlamentar e impôs verdadeira vedação de acesso do partido ao Parlamento, entendimento majoritariamente sedimentado pela doutrina brasileira.

Eis aqui o núcleo do problema inerente à implantação da cláusula de barreira no sistema jurídico brasileiro, pois a constitucionalização dos partidos políticos, reconhecendo-os como vitais à democracia, cercou-os de direitos fundamentais que podem ser limitados, evidentemente (pois dentro do sistema constitucional não há direito absoluto), mas nunca excessivamente restringidos, sob pena de violação de outros princípios de maior proteção.

Para uma nítida compreensão desses mecanismos limitadores, é preciso vislumbrar os limites da limitação, ou seja, até onde o legislador constitucional ou infraconstitucional pode penetrar sem ferir de morte esses direitos fundamentais inerentes ao primado democrático.

Nesse comenos, é importante analisar esses princípios garantidores da existência e funcionamento dos partidos políticos:

a) soberania popular (CF, art. 14) - Jean-Jacques Rousseau transfere o conceito de soberania da pessoa do governante para todo o povo (corpo político ou sociedade de cidadãos). A soberania é inalienável e indivisível e deve ser exercida pela vontade geral (soberania popular).

⁴⁷ CUNHA, Sérgio Sérulo. *A nova lei de liberdade partidária*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Gráfica do Senado Federal, p. 131, abr./jun. 1992.

⁴⁸ NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Pluralismo político*: Subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal. Curitiba: Juruá, 2006, p. 234.

⁴⁹ FARHAT, Said. *Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil*. São Paulo: Fundação Peirópolis: Companhia Melhoramentos, 1996, p. 443.

Nas democracias indiretas ou semi-diretas os partidos políticos representam os cidadãos, destarte, estão legitimados a exercer, em nome dos seus filiados e eleitores, ainda que sejam uma minoria, o soberano direito de se expressarem perante o governo e o próprio povo;

b) pluralismo político (CF, art. 1º, V) - os partidos possuem direito a igual exercício do poder político segundo regras e procedimentos eleitorais previamente definidas. Transcende o princípio da liberdade de autodeterminação política como direito fundamental do indivíduo;

c) pluripartidarismo (CF, art. 17) - decorrente do sistema proporcional. Segundo Stuart Mill, a única salvação dos regimes democráticos. Proporcionam ascensão das minorias e de diversas correntes políticas ao Parlamento;

d) liberdade dos partidos políticos (CF, art. 17, *caput* e § 1º) – É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana. Os partidos políticos possuem autonomia para se estruturarem da forma que melhor lhes aprouver, bem como para estabelecer suas coligações livremente e sem vinculações entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária;

e) princípio da isonomia e seu desdobramento em igualdade de “chance” (CF, art. 5º) - a adoção do princípio de igualdade de chances constitui condição indispensável ao exercício legal do poder, uma vez que a minoria somente há de renunciar ao direito de resistência se ficar assegurada a possibilidade de vir a tornar-se maioria.⁵⁰ Segundo Canotilho⁵¹:

A liberdade partidária é inseparável da garantia da igualdade, ou seja, o reconhecimento jurídico a todos os partidos de iguais possibilidades de desenvolvimento e participação na formação da vontade popular. Seria, por ex., inconstitucional estabelecer regimes jurídicos diferentes para os diversos partidos (uns como corporações de direito público, outros como associações privadas) ou reconhecer papel dirigente a um partido. A liberdade partidária e a igualdade de oportunidades no desenvolvimento da actividade política são duas dimensões da liberdade partidária: proibição de ingerência positiva e de ingerência negativa dos poderes públicos na fundação, existência ou desenvolvimento dos partidos.

f) proteção às minorias (CF, Preâmbulo e arts. 1º e 58, § 1º) - Estado democrático, sociedade plural, fraterna e sem preconceitos. Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto

⁵⁰ Cf. SCHIMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguillar, 1971, pp. 43-44; *idem*, *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983, p. 185.

⁵¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 318.

possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.⁵²

g) liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

h) princípio da igualdade de voto - vem do postulado que se traduz na expressão “Um homem, um voto (*One person, one vote*)”⁵³, um dos princípios basilares do sufrágio universal. Não pode haver voto melhor que o outro, razão pela qual a escolha de um partido e de seu candidato para determinada legislatura, convergindo em seu favor a quantidade de votos para elegê-lo, não pode ser aniquilada pelo legislador sob a fundamentação de que o seu desempenho foi pífio. Além dos direitos da agremiação partidária e do candidato está em jogo igual respeito e consideração com o cidadão eleitor. Segundo Canotilho, o princípio da igualdade de voto exige que todos os votos tenham uma eficácia jurídica igual, ou seja, o mesmo peso. O voto deve ter o mesmo valor de resultado⁵⁴.

A exposição das garantias fundamentais dos partidos políticos, ainda que sucinta, leva a uma inevitável reflexão sobre a legitimidade do legislador para se antepor à vontade geral que nitidamente emana do Texto Constitucional, tendo em vista que a simples exclusão de um partido do cenário político equivale a uma mordaca aplicada aos seus filiados e eleitores, um sufocamento de vozes importantes para o despertar da consciência coletiva, sustentáculo da democracia e oxigenadorada política.

Muitas vezes, o incômodo das composições das bases governistas ou das negociações espúrias das coligações eleitorais termina sendo menos drástico se comparado ao morticínio de partidos.

Aliás, essas reflexões conduzem a uma pergunta incômoda: as falhas são do sistema ou dos políticos?

A resposta é muito dificultosa, talvez não seja mesmo possível oferecê-la com a necessária solidez, mas é de todo conveniente observar que a engenharia política tem sido usada como mecanismo de controle do poder, não pelos partidos políticos, mas por poderosos chefões e coronéis

⁵² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 89. O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam: [...] IV - os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados; V - os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal.

⁵³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 61: Sobre o individualismo como base da democracia.

⁵⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 305.

de grotões que não querem se levantar da cadeira macia de veludo vermelho, como dizia Carlos Drumond de Andrade.

O princípio pluralista, que se traduz em verdadeira diretriz democrática do estado social de direito não pode ser mitigado para dar ensejo a facilidades governamentais, ao empoderamento do Executivo em detrimento das forças proporcionais do Legislativo, representante dos mais diversos segmentos da sociedade (considerando-se que o Parlamento é a própria dinâmica das forças partidárias que concorrem e se aglutinam no estabelecimento da política legislativa, dando feições ao poder do povo).

As alegadas distorções do sistema democrático, fundamentadas no excesso de partidos políticos, aparentemente, soam nesse contexto como mecanismos controladores não apenas dos partidos políticos, mas também da própria sociedade, da contenção das minorias e do fortalecimento de um discurso ideológico com tendências autocráticas.⁵⁵

De outra banda, a democracia se torna mais intensa a partir da liberdade de organização dos seus diversos segmentos e do respeito a essas instituições como essenciais ao processo democrático.

Excluir importantes agremiações como verdes, cristãos, comunistas ou trabalhistas do universo partidário aparenta, *prima facie*, medida temerária e autoritária, pois não são partidos de figurões, estão ligados a classes e massas, assim como outros de equivalente importância.

No passado, o próprio Partido dos Trabalhadores (hoje uma das grandes agremiações brasileiras, há uma década no comando os destinos do Brasil), teve dificuldades, em 1980, para superar os controles quantitativos indiretos, conseguir seu registro no TSE e se manter na disputa pelo parlamento e pelos cargos majoritários. Certamente não teria conseguido se erguer na vigência de uma cláusula de barreira direta.

Aliás, as diversas tentativas de implantar a cláusula de barreira no sistema eleitoral brasileiro pareciam ter endereço certo: impedir a ascensão dos partidos de esquerda ao poder. Hoje, evidentemente, pode servir à esquerda para eliminar uma série de pequenos partidos de centro e centro-direita que alugam suas siglas ou barganham e vendem seu apoio ao Governo.

Essas breves reflexões não podem ser excluídas da interpretação constitucional propriamente dita, pois estão no cerne do princípio democrático, plasmadas pelos princípios do pluralismo político, do pluripartidarismo, da soberania popular, da liberdade dos partidos

⁵⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986, p. 34.

políticos, da isonomia, da igualdade de chance, da proteção às minorias e da liberdade de associação.

É preciso estabelecer um *divortium aquarium* de nitidez contrastante, para que não se navegue em uma corrente pouco caudalosa e se quede na principal. O que está em jogo aqui não se limita apenas a partidos políticos, é a própria democracia, a corrente principal, carregada nas forças populares, na vontade geral, composta das forças majoritárias e minoritárias que se agregam para dar curso ao caudal (fatores reais de poder). As mesmas forças que conduziram os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte e escreveram a Constituição, na qual elegeram os partidos políticos como essenciais à democracia (vontade de constituição).

Importante reiterar que as minorias não são forças antagônicas à democracia, ao contrário, constituem um caudal importante na vertente do Estado Democrático de Direito pós-social, em busca de um Estado mais plúrimo, um Estado de partidos⁵⁶ ao fim e ao cabo.

Essa colisão de princípios e regras deve ser resolvida com proporcionalidade, excluindo-se a restrição excessiva, na vertente assinalada por Jorge Reis Novais, que define esse princípio como:

*Núcleo central dos requisitos materiais exigidos aos direitos fundamentais. [...] decorre inquestionadamente da própria ideia de Estado de Direito “apud Lerche princípio mais abrangente onde se integram diferentes elementos constitutivos, entre os quais o da proporcionalidade. De facto, a ideia-chave é, aqui, a de que, num Estado baseado na dignidade da pessoa humana, as relações entre os particulares e o Estado estão sujeitas a um princípio basilar: a liberdade e a autonomia dos primeiros são a-regra – pelo que, em princípio, o se, o quando e o como do seu exercício são deixados à discricionariedade do indivíduo -, enquanto que a ingerência estatal na liberdade dos cidadãos é a exceção e, como tal, limitada e de validade condicionada ao preenchimento de requisitos pré-estabelecidos.”*⁵⁷

⁵⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986, p. 35.

⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa*. Lisboa: Coimbra, 2011, pp. 161-163: [...] principal instrumento de controlo da actuação restritiva da liberdade individual e de *chave* sem a qual, integrada no recurso à metodologia da ponderação de bens, não seria possível decifrar os complexos problemas que aí vêm sendo suscitados. Tão natural se acabou por converter a onnipresença do princípio que, actualmente, é já quase supérflua a questão da sua fundamentação constitucional, de tal sorte que, mesmo se não houvesse outros artigos a acolhê-lo expressamente, se diria que ele decorre inquestionadamente da própria ideia de Estado de Direito. [...] a doutrina portuguesa fez formalmente do princípio da proporcionalidade o núcleo central dos requisitos materiais exigidos às restrições aos direitos fundamentais e a jurisprudência constitucional adoptou-o com

Os partidos políticos têm status ativo, quando a Constituição fala em funcionamento parlamentar de acordo com a lei, está positivando uma garantia a ser regulamentada, com todas as características de uma norma preceptiva e ao mesmo tempo programática, conforme Jorge Miranda⁵⁸, mas de forma alguma suprimida (restrição absoluta).

De tudo isso resulta que o bloqueio e exclusão de partidos por meio de uma cláusula de barreira, nos moldes do art. 13 da Lei nº 9.096/95, ferem diretamente os princípios anteriormente elencados, os quais podem sofrer limitações previstas no Texto Constitucional ou restrições na legislação infraconstitucional, conforme previsto na Constituição. No entanto, a restrição excessiva, em seu grau máximo, em nome de um possível aprimoramento do sistema partidário e da democracia, viola o próprio princípio da democracia e do pluralismo político, com seus corolários anteriormente elencados.

esse alcance. O princípio apresenta, consequentemente, uma latitude suficientemente ampla para, por vezes, surgir identificado com cada um dos subprincípios e conceitos afins aqui invocáveis e, por outras, se considerar como princípio geral abrangendo essas várias dimensões. Foi este sucesso prático e teórico da fórmula *proporcionalidade* que levou, entretanto, o legislador da revisão constitucional de 1989 a consagrar expressamente o princípio da proporcionalidade no artigo 19.º, a propósito dos requisitos a preencher pelas declaração e execução dos regimes de estado de sítio e estado de emergência, bem como no artigo 266.º, enquanto um dos princípios fundamentais que regem a actuação da Administração. No mesmo sentido, o legislador ordinário, no artigo 5.º, n. 2, do Código do Procedimento Administrativo, erigiu o princípio da proporcionalidade em limite das decisões da Administração que afectem direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares. (grifos do autor)

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 641: Entre normas preceptivas e normas programáticas (assim como entre normas exequíveis e normas não exequíveis por si mesmas) não há uma diferença de natureza ou de valor. Só existem diferenças de estrutura e de projecção no ordenamento. São normas umas e outras jurídicas e, desde logo, normas jurídico-constitucionais, integrantes de uma mesma e única ordem constitucional; nenhuma delas é mera proclamação política ou cláusula não vinculativa. Tão-pouco se vislumbram dois graus de validade, mas só de realização ou de efectividade. Isto é verdadeiro tanto no plano do sistema constitucional quanto no plano de cada norma tomada por si. No plano do sistema, na medida em que as normas programáticas dele participam como quaisquer outras e para ele contribuem através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam; e, assim como recebem o influxo das normas preceptivas, também as não podem deixar de influenciar. No plano de cada norma isoladamente considerada, pois nenhuma deixa de revestir - sejam quais forem os critérios perfilhados - força jurídica e pode haver até normas em parte, preceptivas e, em parte, programáticas.

4.6. A cláusula de barreira na opinião da doutrina

Alinham-se favoravelmente ao controle quantitativo, mediante cláusula de barreira, grandes nomes da ciência política e dos direitos constitucional e eleitoral.

Um dos mais respeitados cientistas políticos da Europa, Giovanni Sartori, que estudou com profundidade os partidos políticos, anota sobre a cláusula de barreira:

O problema dos sistemas majoritários está em que são muito suscetíveis de manipulação. Por outro lado, os sistemas proporcionais permitem um número excessivo de partidos - o que acontece menos, naturalmente, com a proporcionalidade impura. Assim, os sistemas imperfeitamente proporcionais encontram uma justificativa no fato de constituírem um meio para impedir a fragmentação partidária. Outra forma, alternativa, para obstaculizar a proliferação dos partidos consiste em restringir o acesso às eleições, ou seja, em fixar limites mínimos para a representação eletiva. O termo alemão usado para esse recurso é Sperrklausel - "cláusula-barreira". Na Alemanha, o limite foi fixado originalmente em 5%, e o recurso foi utilizado por outros países, com uma porcentagem variável dos votos. Num extremo está Israel, com o limite perfeitamente inútil de 1% (aumentado em 1992 para 1,5%); no outro extremo está a Turquia, com 10% (nas eleições de 1983 e 1991), e especialmente a Grécia, que na sua história eleitoral altamente volátil usou barreiras acima de 15% (interpretadas como "proporcionalidade reforçada"). Entre os dois extremos, tendendo para o lado mais baixo, temos a Espanha, com 4%, e a Argentina, com um nível mínimo para admissão de 3% (ou seja, inversamente, um nível máximo para exclusão). Não é possível estabelecer a priori e de modo genérico qual o limite apropriado, porque a distribuição varia de país para país. Não há dúvida de que abaixo de 3 ou 4% esse limite não faz muito sentido; por outro lado, 10% parece um obstáculo importante. Mas uma exclusão de 5% seria inútil na Polônia, em 1991, e muito eficaz na Itália, em 1993. Seja como for, as barreiras de exclusão, de modo geral, cumprem o seu objetivo. Por outro lado, sua eficácia tem sido exagerada no caso da Alemanha, onde a Sperrklausel não eliminou o neonazismo e o Partido Comunista.⁵⁹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em referência ao controle quantitativo de partidos políticos na Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1/1969, asseverou que a multiplicação de partidos

⁵⁹SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1996, pp. 23-24.

minúsculos, esfarinhando a opinião pública, de modo algum fortalece a democracia.⁶⁰

No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos observa ter a Constituição de 1988 elegido:

*[...] a representatividade dentro do parlamento como forma de limitar a proliferação descontrolada de partidos políticos”, pois, diversamente das duas Constituições antecedentes, deixou de exigir o apoio mínimo de eleitores como condição de existencial da organização partidária.*⁶¹

Bastante favorável à adoção do controle quantitativo, Bastos apregoa que o pluripartidarismo não pode servir de pretexto para um multipartidarismo, ressaltando que a multiplicação das agremiações políticas além de certo número conduz ao esfacelamento das posições político-ideológicas, com a conseqüente perda, por parte do eleitor, da possibilidade de situar-se racionalmente no contexto.⁶²

Na visão do professor José Afonso da Silva a Carta Política vigente não rechaça a criação de mecanismos de controle quantitativo de legendas partidárias. A esse respeito, anota:

*A Constituição, como dissemos antes, praticamente não impôs controle quantitativo aos partidos, mas contém a possibilidade de que venha a existir por via de lei, quando, entre os preceitos a serem observados, coloca o de ‘funcionamento parlamentar de acordo com a lei’. É que o controle quantitativo se realiza pela instituição de mecanismos normativos que limitam as possibilidades de ampliação, ad libitum, dos partidos políticos, e atua não no momento da organização, mas no seu funcionamento, e pode consistir na exigência de que obtenham, em eleições gerais, para a Câmara dos Deputados, o apoio expresso em votos de uma percentagem mínima do eleitorado nacional em certo número de Estados, a fim também de vigorar, na prática, o caráter de nacionais.*⁶³

Acerca do assunto, o constitucionalista alemão, Konrad Hesse, apregoa que são admissíveis, segundo a índole do sistema eleitoral, diferenciações limitadas que podem resultar da imperfeição técnica

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 69.

⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 611.

⁶² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra, *loc. cit.*

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 407.

inevitável do Direito Eleitoral, mas também da tarefa das eleições, de criar relações de maioria asseguradas e de possibilitar a formação de um governo capaz de ação⁶⁴.

Na visão daqueles que defendem o controle quantitativo de partidos políticos, a instituição de cláusula de barreira traria inúmeros benefícios ao sistema partidário brasileiro, dentre os quais a redução do número de legendas, melhor governabilidade, coesão ideológica etc.

Alegam os defensores dos umbrais de exclusão que as inúmeras legendas tendem a confundir o eleitor, que já não faz sua escolha com base nos planos de governo apresentados pelos partidos. Aliás, nem se sabe ao certo se possuem tais projetos políticos.

Nesse contexto, asseveram que, devido ao excessivo número de legendas, o tempo de propaganda gratuita no rádio e TV se mostra ineficiente para exposição de projetos de governança e acaba por fomentar o surgimento de candidatos caricaturados, que se valem de bordões, sátiras da atividade política, sendo por vezes eleitos pelo povo com votos de protesto ao sistema. Tal cenário tem provocado aversão e descrédito do eleitorado para com a política nacional.

Ademais, aduzem que o elevado número de partidos com representação no Parlamento dificulta a formação de maiorias e, conseqüentemente, acaba por afetar a governabilidade do país.

Nesse passo, defendem que a criação legislativa de uma cláusula que venha restringir o acesso de legendas partidárias baseada num percentual mínimo de votos nacionais nelas depositados não representa qualquer afronta ao texto da Constituição vigente. Do contrário, reforça ainda mais o preceito constitucional do ‘caráter nacional’, de observância imperiosa por parte dos partidos políticos.

Como bem observa Samuel Napolini, “no plano internacional, as cláusulas de barreira são majoritariamente tratadas pelos cientistas políticos somente como mecanismos de correção da fragmentação partidária”⁶⁵.

Para o Senador Marco Maciel, autor da PEC nº 2/2007, o sistema de representação proporcional contribui para a proliferação excessiva de legendas partidárias. Na sua visão, as cláusulas de barreiras são

⁶⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, pp. 128 e 148.

⁶⁵ NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Pluralismo político: Subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 267.

mecanismos indispensáveis à correção das distorções de representação proporcional, a governabilidade e racionalidade do cenário político nacional, além de funcionar como instrumento de preservação da própria democracia.

Para Giusti Tavares a cláusula de barreira é instrumento intrinsecamente ligado a dinâmica do sistema proporcional e, no seu entender, “constitui uma exigência fundamental que, realizada, asseguraria ao mesmo tempo mais rigor e efetividade à representação proporcional numa república federativa com o Brasil”⁶⁶.

Renomados eleitoralistas, como Adriano Soares⁶⁷ e Thales Tácito⁶⁸, são favoráveis à reinserção do instituto em nosso sistema jurídico.

Entretanto, a cláusula de barreira encontra resistência e fortes argumentos contrários à sua implantação, sustentados por uma plêiade de doutrinadores de igual envergadura.

Canotilho, ao abordar a temática da subvenção financeira dos partidos políticos, observa que:

Quais, dentre os partidos e candidatos, devem beneficiar das subvenções financeiras? A questão reconduz-se à escolha de um critério seletivo dos beneficiários do financiamento. Um dos critérios possíveis é a representação parlamentar (Finlândia, Dinamarca, Espanha, Portugal), segundo o qual só partidos com representação parlamentar podem beneficiar do financiamento público. A repartição far-se-á tendo em conta o número de mandatos ou número de votos. Este critério – eis aqui a objeção principal – pode conduzir à rigidificação e petrificação do sistema partidário. Outro critério toma como base, para a atribuição de subvenções, o número de votos obtidos, financiando-se os candidatos ou partidos que tenham uma determinada percentagem

⁶⁶ TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 46.

⁶⁷ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 548: [...] não se pode desdourar uma candidatura, em detrimento das demais, apenas pela ausência de representação do partido na Câmara dos Deputados. Melhor seria a reforma do nosso sistema eleitoral, com a adoção da cláusula de desempenho ou de barreira, impossibilitando a candidatura majoritária lançada por micro-partidos, muitas vezes apenas com a finalidade de atrapalhar a disputa, ou atuar como laranja de candidatos mais estruturados.

⁶⁸ CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito eleitoral esquematizado*. Coordenação Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 348: [...] pela regra da proporcionalidade, harmonizadas as normas constitucionais em conflito, revendo nossa posição anterior, não estamos mais convencidos da ofensa ao pluripartidarismo pela cláusula de barreira.

de votos (Estados Unidos, Canadá, Alemanha). Em alguns países, utiliza-se um critério misto: representação parlamentar e percentagem de votos. Isto conduz ao financiamento dos partidos com representação parlamentar, distribuindo uma parte igual por todos os grupos com formação parlamentar, e outra parte em função do número de votos obtidos por cada um deles (Áustria, Itália, Suécia). [...] Da exigência de igual valor quanto ao resultado deriva também a exigência (para além da proporcionalidade) de não condicionamento da possibilidade de representação à obtenção de percentagens globais mínimas proibição de cláusulas-barreira (cfr. arts. 113.º/5 e 152.º/1). O princípio do voto igual, na sua dimensão de igual valor quanto ao resultado, tem sido estendido à própria luta eleitoral.⁶⁹

A Constituinte de 1988 em momento algum se ocupou em prever critérios quantitativos às agremiações partidárias. Ao contrário disso, declarou expressamente as liberdades partidárias, veladas pelos princípios da democracia e do pluralismo. Em outras palavras, a instituição de cláusula de barreira carece de amparo constitucional.

Ao analisar o instituto sob o prisma do pluralismo e da igualdade, Orides Mezzaroba observa que:

[...] em nenhuma passagem a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impôs qualquer tipo de barreira para organização e funcionamento dos partidos políticos” e que “a imposição das cláusulas de barreiras seria contrária à vontade do legislador constituinte que desejava a liberdade partidária, além de ferir parte da principiologia basilar do Estado Democrático, tais como o princípio da igualdade e do pluripartidarismo, como plena realização da ideia, também constitucional, de pluralismo político.

⁷⁰

Paulo Bonavides utiliza a expressão “assassinio eleitoral” para se referir às cláusulas de barreira, advertindo que:

[...] elas têm servido para cancelar a possibilidade de representação parlamentar dos pequenos partidos de fundo ideológico, frustrando-os na operação eleitoral e cortando-lhes a

⁶⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 322-323 e 305.

⁷⁰ MEZZAROBIA, Orides. *A reforma política e a crise de representatividade do sistema partidário brasileiro*. Revista Sequência, n. 53, pp. 95-112, dez. 2006, p. 108. Disponível a partir de: <periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/.../13749>. Acesso: em 3 set. 2012.

*ulterior expansão, arredados que ficam de toda participação parlamentar.*⁷¹

Segundo essa corrente, a ingerência do legislador eleitoral, no que tange à restrição de acesso dos partidos políticos aos cargos na Câmara Federal, não se mostra compatível com a Carta Política vigente. Nessa feição, Dal-Farra destaca que:

*Não há fundamento constitucional expreso para a restrição legal do espaço de livre atuação dos partidos segundo parâmetros quantitativos. Juristas que levantam neste sentido as regras concernentes à exigência de caráter nacional e ao funcionamento parlamentar de acordo com a lei, assim o fazem após considerável esforço hermenêutico. [...] Em homenagem à própria democracia recém-conquistada, caberia ao eleitor, por conseguinte, e somente a ele, determinar, por intermédio da expressão periódica de suas preferências, a consolidação de um quadro partidário menos complexo, mas também mais participativo e representativo.*⁷²

O Pluralismo partidário com direito de representação às minorias é a essência do regime político adotado no Brasil. Não há de se falar em democracia com o sacrifício da minoria. A esse respeito, observou o Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento das ADIs nºs 1.351 e 1.354, que “democracia não é a ditadura da maioria!”

Sob esse aspecto, destacam-se os ensinamentos de Pinto Ferreira, segundo o qual a “democracia, numa visão integrativa, é tudo isto: o governo constitucional das maiorias, que, sobre a base da liberdade e igualdade, concede às minorias o direito de representação, fiscalização e crítica no Parlamento.”⁷³

A instituição de cláusulas de barreira ou exclusão compromete a representatividade do povo em favor de proposta de governabilidade.

Contrário à cláusula de barreira, o professor Luís Virgílio Afonso da Silva anota que “a solução para o excesso de partidos com representação na Câmara dos Deputados não significa uma necessária adoção de uma cláusula-barreira, fixada aleatoriamente.”⁷⁴

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 275.

⁷² NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Pluralismo político*: Subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal. Curitiba: Juruá, 2006, pp. 298, 274, 275.

⁷³ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. ???, v. 1.

⁷⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais*: tipos, efeitos jurídicos-políticos e aplicação ao caso brasileiro. São Paulo. Malheiros, 1999, p. 178.

De acordo com Luís Virgílio, o fim das coligações nas eleições proporcionais já seria suficiente para corrigir as eventuais distorções no sistema partidário brasileiro. No seu entender tal:

*[...] proposta visa tão-somente evitar que aqueles partidos que não alcancem o valor numérico referente a uma cadeira parlamentar, que é o equivalente ao quociente eleitoral, obtenham, às custas de outros partidos, uma representação artificial.*⁷⁵

O eleitoralista Marcos Ramayana também se alinha àqueles doutrinadores contrários à implantação da cláusula de barreira.⁷⁶

As opiniões doutrinárias, como se vê, caminham em sentidos antagônicos na ciência política, no direito constitucional e no direito eleitoral, correntes consideráveis a favor e contra a cláusula de barreira discutem a legitimidade e utilidade do instituto nas democracias ocidentais há mais de meio século.

4.7. A cláusula de barreira no Supremo Tribunal Federal

O descontentamento de algumas siglas partidárias com a “cláusula de desempenho” instituída pela Lei nº 9.096/95 logo foi exteriorizado. Pouco tempo depois da publicação dessa lei foram ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs nºs 1.351/DF e 1.354/DF), que buscaram, no Supremo Tribunal Federal, a invalidação das disposições contidas no artigo 13 e demais dispositivos que a ele remetessem, ao argumento de serem inconstitucionais.

Na ADI nº 1.351/DF, compuseram a relação processual o Partido Comunista do Brasil (PC do B), o Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Partido Socialista Brasileiro (PSB) e Partido Verde (PV), e, na qualidade de terceiros interessados, o Partido Popular Socialista (PPS) e o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Já a ADI nº 1.354/DF foi manejada apenas pelo Partido Social Cristão (PSC).

Em síntese, em ambas as ações, os partidos requerentes asseveraram estarem os dispositivos legais impugnados em confronto direto com diversos princípios e garantias constitucionais, dentre os quais citaram o pluralismo político, a igualdade, a proteção ao ato jurídico perfeito e o direito adquirido, a vedação à discriminação, a liberdade de

⁷⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da, *loc. cit.*

⁷⁶ RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, pp. 258-259: [...]a aludida cláusula atinge o pluralismo político e a máxima eficiência dentro das casas legislativas, pois aniquila a representação minoritária dos pequenos partidos políticos e impede numa certa proporção a periodicidade dos mandatos dentro de sua renovação necessária ao sistema republicano, conforme previsão em cláusula pétrea do art. 60, § 4º, II, parte final, da Constituição da República.

associação, a autonomia e liberdade partidárias, inclusive ao próprio princípio da democracia.

Por ocasião do julgamento das ADIs susomencionadas, o Ministro Marco Aurélio, relator de ambas as ações, inicia o seu voto a partir de um ponto de vista real e prático da questão posta a julgamento, consubstanciado na análise dos resultados obtidos pelos partidos políticos nas Eleições Gerais de 2006. De acordo com o levantamento feito pelo Ministro-Relator, verificou-se que apenas sete, das vinte e nove siglas partidárias com registro no TSE, alcançaram e superaram o percentual de votos exigidos pela “cláusula de barreira” instituída na Lei dos Partidos Políticos, são elas: PT, PMDB, PSDB, PFL (atual DEM), PP, PSB e PDT.

Em memorável explanação, o Ministro Marco Aurélio adentra o contexto histórico das cláusulas de barreiras, tratadas pela Constituição brasileira de 1967 e respectivas emendas, para explicar a pertinência constitucional da controvérsia. Ao passo seguinte, enfatizou ter a Constituinte de 1988 optado por percorrer caminho diametralmente oposto ao adotado no ordenamento constitucional anterior, vez que atribuiu maior relevo à multiplicidade política ao consagrar como valores essenciais do Estado democrático o pluralismo político, a proteção às minorias, a soberania popular, a liberdade dos partidos políticos e o pluripartidarismo. Não deixando, portanto, margens para se criar distinções entre os partidos.

No que concerne à proliferação exacerbada das siglas partidárias, o Ministro ressaltou que o enxugamento do rol dos partidos é automático quando presente a vontade soberana do povo.

Outra importante questão, suscitada em seu voto, foi a inobservância do trato constitucional à matéria. A esse respeito, lembrou que durante a revisão constitucional de 1993 houve uma tentativa de introduzir, por emenda revisional, uma “cláusula de exclusão” no artigo 17 da Lei Maior de 1988. A emenda foi rejeitada, e um ano depois, ignorando o trato constitucional da matéria, o legislador ordinário veio a aprovar, na Lei dos Partidos Políticos, conteúdo idêntico ao proposto pela emenda de revisão outrora rejeitada. Asseverou, ao concluir, que a Carta acabou alterada mediante lei ordinária⁷⁷.

Para Marco Aurélio faltou razoabilidade à Lei nº 9.096/95 no que se refere às exigências de funcionamento parlamentar, divisão dos recursos do Fundo Partidário e acesso gratuito aos meios de comunicação. Segundo ele, as disposições legais impugnadas condenam os pequenos

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. **Plenário**, decisão unânime. ADI nº 1.354/DF apensa. DJ 30 mar 2007 – republicação 29 jun. 2007. **Disponível a partir de:** <<http://www.stf.jus.br>>. **Acesso em: 10 maio 2012.**

partidos à ditadura da maioria, ignorando a proteção constitucional dada às minorias e colocando em choque o próprio Estado Democrático de Direito⁷⁸.

Embora tenha acompanhado o entendimento do eminente relator, o Ministro Gilmar Mendes foi além. Com base no direito comparado, criticou a fórmula adotada pelo legislador brasileiro. Segundo ele, as exigências estabelecidas na Lei dos Partidos Políticos é desarrazoada à medida que permite a ascensão do partido ao parlamento, mas neste se lhe nega funcionamento.

A exemplo do sistema alemão, Gilmar Mendes asseverou ser plenamente possível estabelecer, no direito brasileiro, cláusula fundada no desempenho eleitoral que impeça a atribuição de mandato ao partido político que não alcançar um percentual mínimo de votos exigidos. Nesse contexto, em observância ao princípio da igualdade de chances, enfatizou ser imprescindível assegurar aos partidos políticos o acesso isonômico aos meios e recursos inerentes à disputa eleitoral.

Quanto à via normativa adequada para instituir “cláusula de desempenho”, destacou não haver necessidade de elevar a questão ao plano constitucional, podendo ser disciplinada mediante lei ordinária.

Na opinião do Ministro Ricardo Lewandowski, a instituição pura e simples de uma cláusula de barreira, sem antes discutir como pano de fundo a reforma política, acabará por beneficiar os grandes partidos em sacrifício dos menores, instaurando-se a verdadeira ditadura da maioria. Também acompanhou o voto do Ministro-Relator por considerar que a cláusula de barreira, tal como posta, atentou contra os valores maiores inerentes ao Estado Republicano e Democrático, em especial o princípio do pluralismo político e garantia de expressão às minorias.

Partilhando basicamente as mesmas teses argumentativas, os Ministros Ayres Brito, Carmen Lúcia e Eros Grau votaram pela procedência das ADIs nºs 1.351 e 1.354. Destacaram, como essência de seus pronunciamentos, que o princípio da igualdade de chances não se encerra com a disputa eleitoral, mas continua no curso dos mandatos dos representantes eleitos. Para eles, a negativa de funcionamento parlamentar ao partido que tenha representante eleito pela vontade soberana do povo, além de vulnerar o tratamento isonômico entre as

⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF*, loc. cit.: Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio: É de se repetir até a exaustão, se preciso for: Democracia não é a ditadura da maioria! De tão óbvio, pode haver o risco de passar despercebido o fato de não subsistir o regime democrático sem a manutenção das minorias, sem a garantia da existência destas, preservados os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente”.

agregações partidárias, viola também a igualdade dos eleitores insculpida no art. 14 da Constituição Federal de 1988⁷⁹.

Os Ministros Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence, embora admitissem a possibilidade de criação da cláusula de barreira como recurso moderador da proliferação de partidos políticos, também não consideraram viável a fórmula estabelecida pelo legislador infraconstitucional (Lei nº 9.096/95), em virtude de representar violação aos princípios republicanos e democráticos encartados na Lei Fundamental de 1988.

Por fim, a então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, em seu breve pronunciamento, entendeu não poder prevalecer as restrições estabelecidas pela Lei dos Partidos Políticos por considerá-las excessivamente draconianas.

Como consequência do entendimento formado por seus Ministros, a Suprema Corte, por unanimidade, julgou procedente as ADIs nºs 1.351 e 1.354 para declarar inconstitucionais as seguintes disposições contidas na Lei nº 9.096/95: art. 13; a expressão “obedecendo aos seguintes critérios”, contida no *caput* do art. 41; os incisos I e II do mesmo art. 41; art. 48; a expressão “que atenda ao disposto no artigo 13”, expressa no *caput* do art. 49, com redução de texto; cabeças dos artigos 56 e 57, com interpretação para eliminar as limitações temporais neles constantes até que o legislador edite nova lei acerca do assunto; e a expressão “no artigo 13”, constante no inciso II do artigo 57. Também por unanimidade, o STF julgou improcedente a ação no que se refere ao inciso II do artigo 56.

A questão se mostra intrigante porque, mesmo tendo havido entendimento unânime dos Ministros quanto à inconstitucionalidade da “cláusula de desempenho” versada na Lei dos Partidos Políticos, a discussão não se encerrou.

Em razão dos muitos fundamentos e argumentos invocados nos magistrais votos dos Ministros do Supremo Tribunal, ficou difícil extrair o fundamento base da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.096/95. Decerto, o ponto mais convergente do entendimento formado pelo Pleno do STF respeita à defesa dos princípios do pluralismo político, igualdade de chances, proporcionalidade e razoabilidade, proteção às minorias, liberdade dos partidos políticos e pluripartidarismo. Apesar desses fundamentos, não se pôde verificar, de forma clara, o

⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...].

posicionamento dos Ministros no que tange a possibilidade de se criar uma “cláusula de barreira” no direito brasileiro.

Sob esse aspecto, a partir da leitura dos votos, é possível constatar a existência de posicionamentos díspares entre os Ministros. De um lado, formando a primeira corrente, encontram-se os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, que admitem a possibilidade de se criar restrições com base no desempenho eleitoral dos partidos políticos.

A heterogeneidade dentro dessa primeira corrente decorre dos entendimentos divergentes dos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes acerca da via ajustada para disciplinar a questão. Enquanto o primeiro defende que as restrições devem ocorrer por via constitucional, o segundo entende que a matéria pode ser meramente disciplinada por lei ordinária. Sobre esse ponto, os Ministros Lewandowski, Peluso e Sepúlveda Pertence não emitiram qualquer juízo de valor.

Na segunda corrente estão os Ministros Eros Grau, Ayres Brito, Carmen Lúcia e Ellen Gracie, que nem sequer sinalizaram, na fundamentação de seus votos, serem favoráveis ou não à instituição do instituto em questão no direito brasileiro. Quedaram-se silentes a esse respeito.

Conforme outrora noticiado, o pronunciamento final do STF acerca da matéria tratada não pôs fim a essa discussão, sobretudo por ter deixando vigente o artigo 57 até que o legislador edite nova lei sobre o assunto, desde que “dentro dos limites esclarecidos pelo Tribunal.”⁸⁰

A verdade é que a falta de clareza nos votos proferidos tornou desafiadora a tarefa de identificar os citados “limites esclarecidos” a fim de que se compreenda o exato entendimento da Corte Constitucional acerca da matéria.

Diante de tantos argumentos levantados pelos Ministros para declarar inconstitucional a cláusula de barreira, mostra-se inviável a apuração da *ratio decidendi* do STF, o que deu margem a diversas interpretações desse julgamento. Prova disso, é a existência da PEC nº 2/2007, de autoria do Senador Marco Maciel. Nos fundamentos dessa

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1351/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. **Plenário**, decisão unânime. ADI nº 1.354/DF apensa. DJ 30 mar 2007 – republicação 29 jun. 2007. **Disponível a partir de:** <<http://www.stf.jus.br>>. **Acesso em: 20 abr. 2012: Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:** [...] O artigo 57 da Lei nº 9.096/95 deve ser interpretado no sentido de que as normas de transição nele contidas continuem em vigor até que o legislador discipline novamente a matéria, dentro dos limites esclarecidos pelo Tribunal neste julgamento.

proposta, o Senador aduz ter sido a via eleita para sua edição (lei ordinária), o único obstáculo à constitucionalidade do dispositivo impugnado no STF, de modo que seria plenamente admitida a instituição de uma “cláusula de desempenho” mediante Emenda Constitucional.

5. A PEC Nº 2/2007, UMA NOVA TENTATIVA DE IMPLANTAR A CLÁUSULA DE BARREIRA NO BRASIL

Tramita pelo Congresso Nacional a PEC nº 2/2007, de autoria do ex-Senador Marco Maciel (DEM-PE), por meio da qual busca inserir, no

art. 17 da Constituição Federal, um parágrafo com a seguinte redação:

§ 5º - Para fins de funcionamento parlamentar, a lei poderá estabelecer distinções entre os partidos que obtenham um mínimo de cinco por cento de todos os votos válidos nas eleições para a Câmara dos Deputados, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento dos votos válidos de cada um desses Estados na mesma eleição, e os partidos que não atinjam esse patamar.

Os parâmetros estabelecidos para a instituição de uma “cláusula de barreira” são, aparentemente, os mesmos utilizados pelo legislador ordinário na edição da Lei dos Partidos Políticos. Nesse passo, é importante registrar que a PEC nº 2/2007 já foi formalmente admitida, obteve parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado e segue o trâmite regimental, agora contextualizada no bloco de temas inerentes à reforma política, sob análise da Comissão Especial da Reforma Política (CEREPOL), no Senado Federal.

Não se trata aqui, à primeira vista, de proposta de emenda constitucional superadora da interpretação do Supremo Tribunal Federal⁸¹, mas sim de constitucionalização de vetores do julgamento das

⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97: Salvo em relação às matérias protegidas por cláusulas pétreas, a última palavra acerca de qual deve ser o direito constitucional positivo em dado momento é do Congresso Nacional, no exercício de seu poder constituinte derivado. De fato, discordando o Poder Legislativo da inteligência dada pelo Supremo Tribunal Federal a uma norma constitucional, poderá sempre emendá-la, desde que seja capaz de preencher o *quorum* de três quintos dos membros de cada casa, observando os demais requisitos do processo legislativo próprio (CF, art. 60 e parágrafos). Há precedentes, tanto no direito comparado como na experiência brasileira, nos quais emendas foram aprovadas para alterar interpretações estabelecidas pela Suprema Corte (v., supra). Nota: Como já consignado, nos Estados Unidos, por quatro vezes, foram aprovadas emendas constitucionais destinadas a superar precedentes estabelecidos. No Brasil, sob a Constituição de 1988, isso aconteceu, por exemplo, com a EC n. 19/98 (relativamente à inclusão de vantagens pessoais no limite

ADI nºs 1.351 e 1.354, provavelmente para evitar futura polêmica sobre a forma de instituição da cláusula de barreira, tendo em vista que alguns Ministros se manifestaram pela necessidade de se tratar do tema na própria Constituição.

Como o dispositivo proposto apenas delega o trato da matéria ao legislador infraconstitucional, aparentemente, não seria o caso de emenda superadora, o que torna a situação menos desconfortável sob o ponto de vista jurídico e dialógico.

Por exclusão, resta a hipótese de projeto de emenda constitucional de revisão com o escopo de modificar o art. 17, § 5º, da Constituição Federal, acrescentando-lhe a possibilidade de tratamento diferenciado aos partidos que não atinjam um índice mínimo de 5% dos votos válidos na eleição para a Câmara dos Deputados, além de outros critérios anteriormente mencionados.

Portanto, cabe analisar se a proposta fere direitos fundamentais ou viola, de alguma forma, o art. 60 da Constituição Federal.

Além disso, se constatada a possível inconstitucionalidade, abre-se a possibilidade de controle prévio por parte do Supremo Tribunal Federal.

Desde a decisão do Tribunal da Baviera, em 1950, se discute a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, inclusive oriundas do Poder Constituinte originário, tese defendida pelo Professor Otto Bachof, na qual procurou incluir o próprio direito suprapositivo na Constituição como padrão de controle, afastando um conceito de Constituição puramente formal.

O próprio Bachof, todavia, admite a possibilidade de uma norma constitucional inconstitucional ter vigência, se acaso for da vontade geral e fundamentada no direito suprapositivo, fenômeno por ele designado como remoção de parte da Constituição, e não apenas revisão, isso quando oriunda do Poder Constituinte originário.⁸²

Canotilho, de igual forma, citando Marcelo Rebelo de Sousa, admite a hipótese de ruptura constitucional e o controle constitucional de

máximo de remuneração dos servidores públicos), com a EC n. 29/2000 (relativamente à admissibilidade de IPTU progressivo) e a EC n. 39/2002 (relativamente à cobrança, por Municípios e Distrito Federal, de contribuição para o custeio de iluminação pública).

⁸² BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 51.

emendas, descartando, entretanto, a possibilidade de controle ou fiscalização prévia dos projetos de emendas ou leis.⁸³

Ainda que seja admitida a hipótese de ruptura através de emenda constitucional, é possível o controle quando provocado, pois não se pode admitir ruptura com o núcleo da Constituição.

Jorge Miranda comunga desse entendimento e admite a possibilidade da fiscalização em caso de revisão constitucional que pretira regras orgânicas ou procedimentais ou que infrinja limites materiais, asseverando que “as normas assim surgidas - normas constitucionais (ou que o pretendem ser), por contrariarem as normas constitucionais a que estão sujeitas, não devem subsistir, sob pena de, no limite, se produzir transição constitucional”.⁸⁴

A grande maioria da doutrina brasileira também admite a possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

No escólio de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

*Dizer que o Poder Constituinte originário não se esgota com a edição da Constituição, que por isso ele subsiste na Constituição, é afirmação verdadeira em termos. Sem dúvida, o Poder Constituinte de que é titular o povo não se esgota com a prática de um ato, como a liberdade não se exaure em qualquer de suas manifestações. Entretanto, é um órgão constituído, e não agente do Poder Constituinte originário autor da Constituição, que recebe desta o poder de alterá-la, sob certas formas, dentro de certos limites. Assim, o órgão constituído habilitado a modificar a Constituição está como os demais órgãos constituídos limitado em sua competência pela Lei Magna.*⁸⁵

Luís Roberto Barroso, na esteira de outros renomados doutrinadores, admite o controle prévio de projetos de emendas constitucionais e de leis infraconstitucionais.⁸⁶

⁸³ SOUSA, M. R. *Valor jurídico dos actos inconstitucionais*, p. 295, apud CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1077.

⁸⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2011, pp. 690-691.

⁸⁵ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 29.

⁸⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 50, 68, 210: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite, como regra, o controle judicial da tramitação de projetos, salvo quando se trate de proposta de emenda constitucional violadora de cláusula pétrea, além de ser extremamente restritiva na discussão judicial das questões regimentais em

No caso da atual Constituição brasileira, há dispositivo específico (art. 60), onde se admite a possibilidade de emenda ao texto originário, vedando-se propostas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais⁸⁷.

Na verdade, trata-se de disposição comum nas Constituições escritas do ocidente, como se fosse um sistema imune, protetor do seu núcleo duro, seja sob o aspecto formal ou material, onde se encontram

geral, referidas como *interna corporis*. Nota: STF, *RTJ*, 112:1031, 1985, MS 20.471-DF, rel. Min. Francisco Rezek: "Matéria relativa à interpretação, pelo Presidente do Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*"; STF, *DJU*, 6 jun. 1997, MS 22.503-DF, rel. Min. Marco Aurélio: "Mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, relativo à tramitação de Emenda Constitucional. Alegação de violação de diversas normas do Regimento Interno e do art. 60, § 5º, da Constituição Federal. Preliminar: impetração não conhecida quanto aos fundamentos regimentais, por se tratar de matéria *interna corporis* que só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não sujeita à apreciação do Poder Judiciário". Na doutrina, v. José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002, p. 309 e s. [...] Existe, ainda, uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade, *em sede judicial*, que tem sido admitida no direito brasileiro. O Supremo Tribunal Federal tem conhecido de mandados de segurança, requeridos por parlamentares, contra o simples processamento de propostas de emenda à Constituição cujo conteúdo viole alguma das cláusulas pétreas do art. 60, § 42. Em mais de um precedente, a Corte reconheceu a possibilidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição que veicularem matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional. [...] Proposta de emenda constitucional ou projeto de lei. Não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra ato normativo ainda em fase de formação, como é o caso da proposta de emenda à Constituição ou do projeto de lei em tramitação. Não há no direito brasileiro controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade. Nota: STF, *RDA*, 183:158, 1991, ADIn 466, rel. Min. Celso de Mello. O que já se admitiu, em sede jurisprudencial, foi o controle concreto, por via de mandado de segurança impetrado por parlamentar, de proposta de emenda à Constituição que veiculava matéria infringente das limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional. V. *RTJ*, 99:1031, 1982, MS 20.257, rel. Min. Moreira Alves; *RDA*, 193:266, 1993, MS 21.747, rel. Min. Celso de Mello; *RDA*. 191:200, 1993. MS 21.642. rel. Min. Celso de Mello; *RTI*. 165:540, 1998, MS 21.648, rel. Min. Ilmar Galvão.

⁸⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

sacralizados os direitos fundamentais do cidadão e o sistema democrático.

A exclusão de propostas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais pressupõe, de plano, fiscalização por parte do guardião da Constituição, entendimento sedimentado pela grande maioria da doutrina portuguesa e brasileira, com raízes na tese defendida por Otto Bachof.

A matéria não é estranha ao Supremo Tribunal Federal e foi objeto de decisão unânime nesse sentido, por oportunidade do julgamento da ADI nº 939/DF, de relatoria do Ministro Sidney Sanches⁸⁸.

Pois bem, verificada a possibilidade de controle (fiscalização) de constitucionalidade, seja prévio ou posterior, torna-se necessário analisar o conteúdo material da proposta à luz dos direitos fundamentais (alicerçados nos princípios constitucionais abordados no capítulo 4 deste relatório) e demais vedações do art. 60 da Constituição Federal.

Nos termos da nova redação proposta para o § 5º, art. 17, da Constituição Federal, o funcionamento parlamentar do partido dependerá de outros fatores que não apenas os do alcance de quociente eleitoral e partidário nas eleições proporcionais. Haverá um *plus* na disputa eleitoral, consistente na superação de outro índice calculado fora da circunscrição em que se deu o pleito e em momento posterior à eleição e diplomação dos eleitos.

Os dados referentes às últimas eleições para a Câmara dos Deputados, que não discrepam substancialmente das anteriores, estão disponíveis no Tribunal Superior Eleitoral⁸⁹, ao alcance de qualquer cidadão no respectivo sítio da internet, de modo que permitirá a previsibilidade de quais partidos serão alijados da Câmara dos Deputados, ou terão obstado, ou restringido, ou mesmo mitigado seu funcionamento parlamentar.

Essa previsibilidade, se não retira integralmente a abstratividade e neutralidade necessárias para evitar casuísmos da lei, abre a possibilidade de uma potencial violação do *due process of law*, matéria

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF*. Rel. Min. Sidney Sanches. Plenário, por maioria. DJ 18 mar. 1994. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 ago. 2012: Trecho da ementa: Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, a, da CF).

⁸⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Eleições anteriores*. Disponível a partir de: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

outrora enfrentada pela Suprema Corte quando do julgamento da ADI nº 966/DF, na qual fora declarada inconstitucional.⁹⁰

Todavia, ainda que não haja tal violação ao devido processo legislativo, o estabelecimento de distinção entre partidos com representação na Câmara dos Deputados fere frontalmente o princípio da isonomia e da igualdade de chance dos partidos políticos que não consigam suplantar a barreira, transferindo para um momento posterior ao da eleição e proclamação dos eleitos um novo critério a ser aplicado, muito provavelmente pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, em desrespeito aos princípios do pluralismo, soberania popular, igualdade do voto do eleitor e proteção às minorias, resultando, por derradeiro, em afronta ao princípio democrático.

Por outro prisma, deve-se analisar a possibilidade de uma cláusula de desempenho menos restritiva, mas ainda assim haveria tratamento discriminatório, possibilitando a classificação de partidos classe A, B ou C, com base no desempenho obtido nacionalmente pela sigla, fora dos limites da circunscrição onde lançou candidatos.

A vastidão territorial do Brasil deve ser considerada como fator de dificuldades de todo gênero para grupos, organizações políticas e sociais, que muitas vezes ficam adstritas a regiões brasileiras. Suponhamos, a título de exemplo, que os índios, seringueiros e ambientalistas da Amazônia resolvam fundar um partido político cuja meta principal é a preservação ambiental da Floresta Amazônica, e que consigam eleger alguns deputados federais pela Região Norte, mas não consigam alcançar o índice nacional distribuído pelo número de Estados, conforme exigido pela cláusula de barreira. É evidente que a negativa de funcionamento parlamentar ao partido na Câmara dos Deputados feriria de morte todos esses princípios anteriormente elencados, que se constituem em direito fundamental desses cidadãos, da própria agremiação política e dos seus eleitos.

Destarte, negado ao partido a prática de certos atos inerentes ao funcionamento parlamentar, sob a justificativa de falta de apoio mínimo, restará evidenciado o tratamento discriminatório vedado pela Constituição Federal.

Disso resulta a inconstitucionalidade da PEC nº 2/2007, que pode ser objeto de fiscalização prévia ou posterior pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive por provocação dos próprios partidos políticos que detêm legitimação constitucional para ajuizarem a ação direta de inconstitucionalidade.

⁹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 966/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Plenário, por maioria. DJ 25 ago. 1995. Disponível a partir de: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º set. 2012.

6. OPINIÃO

O sistema eleitoral brasileiro é constitucionalmente direcionado para o pluripartidarismo (três ou mais partidos, ainda que coligados em uma eleição - art. 17 da CF).

A adoção de um sistema proporcional puro, como é sabido, tende para uma pulverização partidária, pois as eleições proporcionais são realizadas em âmbito nacional nas circunscrições, que coincidem com os Estados da Federação, cuja magnitude é indiscutível. Nelas são apurados os quocientes eleitorais (CF, art. 45), ou seja, o acesso à Câmara dos Deputados é proporcional ao número de eleitores da circunscrição, assegurando-se um número mínimo de oito deputados para os eleitorados menores e setenta para os maiores, garantindo-se que todos tenham seus representantes. Esse sistema fortalece os grandes partidos sem restrições consideráveis aos partidos menores.

O sistema majoritário de um único turno para o Senado, que deveria favorecer o bipartidarismo, não tem influência suficiente para abrandar o multipartidarismo das eleições proporcionais e majoritárias de dois turnos.

Os atuais requisitos para a criação de novos partidos não têm impedido que novas agremiações, sem proximidade com as massas, entrem na disputa eleitoral, proporcionando o surgimento de uma considerável quantidade de partidos de quadros ou de aluguel.

O problema da pulverização se agrava com a horizontalidade ou liberalidade das coligações (CF, art. 17, § 1º), pois os acordos e manipulações partidárias realizados nas circunscrições desfiguram o caráter nacional dos partidos políticos (CF, art. 17, I) e favorecem as siglas de ocasião.

As coligações partidárias livres, entretanto, favorecem partidos pequenos e muitas vezes inexpressivos, aumenta o índice de democracia, mas distorce, em boa parte das vezes, os ideários das agremiações políticas, colocando em risco a própria legitimidade da representação.

Na busca de um controle quantitativo menos restritivo do que a cláusula de barreira, o Senador José Sarney propôs ao Senado, por meio da PEC nº 40, limitar as coligações às eleições majoritárias, sem verticalização, vedando as coligações proporcionais.

A medida, *prima facie*, pode ter potencialidade para provocar a fusão ou mesmo a extinção natural de alguns partidos, sem perder de vista que o sistema majoritário de dois turnos para Presidente da República (CF, art. 77) e Governadores, nas eleições gerais, favorece o

multipartidarismo. Todavia, não me parece a proposta mais adequada ao Texto Constitucional, melhor seria a liberdade de coligações nacionais verticalizadas, de cima para baixo, ainda que as eleições sejam municipais ou estaduais, o que preservaria o caráter nacional dos partidos políticos e restringiria as barganhas políticas localizadas, que chegam ao despautério de abrigar em uma mesma coligação partidos de esquerda e direita.

Aos diretórios regionais e municipais ficaria resguardada, todavia, a liberdade de se coligarem ou não com partidos integrantes da coligação deliberada pelo diretório nacional.

A verticalização das coligações, nesses moldes, aparenta ser a melhor solução para o multipartidarismo, pois tende a resgatar o caráter nacional das agremiações e os ideários dos partidos políticos.

A fidelidade partidária (Res.-TSE nº 22.610/2007, alterada pela Res.-TSE nº 22.733/2008 e considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs nºs 4.086/DF e 3.999/DF) resgatou a identidade e a imperatividade do mandato, própria do estado social, trazendo maior concretude à representação das minorias. Agregada a essas outras medidas tende a conter a proliferação de siglas.

Medida menos restritiva instituída pela Lei nº 11.459/07 (que acrescentou o art. 41-A à Lei 9.096/95, após a declaração de inconstitucionalidade nas ADIs nºs 1351 e 1354 no STF)⁹¹, quanto à distribuição do fundo partidário, não sofreu ulteriores impugnações no Supremo Tribunal Federal e aparentemente estabilizou o problema da repartição das verbas partidárias.

O acesso ao rádio e à televisão para veiculação da propaganda partidária, de igual modo, restou proporcionalmente garantido a todas as agremiações no atual sistema pela mencionada Lei nº 9.096/95.

Quanto ao funcionamento parlamentar, os partidos políticos têm status ativo⁹² (direitos fundamentais de participação na formação da vontade do Estado)⁹³, quando a Constituição fala em funcionamento

⁹¹ BRASIL. *Lei nº 11.459*, de 21 de março de 2007. Disponível a partir de: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 2 set. 2012: 5% (cinco por cento) do total do fundo partidário serão destacados para a entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do fundo partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição para Câmara dos Deputados.

⁹² Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178.

⁹³ Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 85.

parlamentar de acordo com a lei, está positivando uma garantia a ser regulamentada, com todas as características de uma norma preceptiva e ao mesmo tempo programática⁹⁴, mas de forma alguma suprimida (restrição absoluta).

Portanto, fere o princípio da proporcionalidade a instituição de cláusula de barreira que impeça o funcionamento parlamentar, o direito de antena e a percepção do fundo partidário pelos pequenos partidos (CF, art. 17, IV e § 3º), muitos dos quais efetivamente representantes das minorias. Seria uma restrição excessiva sob o ponto de vista de que outras medidas menos restritivas poderiam ser adotadas para impedir a pulverização partidária, tais como, estabelecer critérios mais rigorosos para a criação de novos partidos, verticalizar as coligações em prol da preservação dos ideários dos partidos e manter o rigor com a fidelidade partidária. Dessa forma iniciáramos uma lenta transição de um modelo de pluripartidarismo extremo para pluripartidarismo moderado (adotando como reflexão a classificação de Giovanni Sartori).

Além disso, a implantação e imposição da cláusula de barreira aos partidos políticos já existentes, seja por lei infraconstitucional ou por emenda à Constituição, além de ignorar os *status* ativo e positivo (percepção do fundo partidário e direito à propaganda gratuita no rádio e na TV) dos partidos políticos, fere os seguintes princípios:

a) isonomia e seu desdobramento em igualdade de “chance” (CF, art. 5º, *caput*) - Konrad Hesse alerta para o fato de que “a igualdade dos partidos políticos é, fundamentalmente, igualdade esquemática: uma distinção jurídica entre partidos grandes e pequenos, governistas e oposicionistas, é inadmissível⁹⁵. Ao excluir os partidos que não alcançaram o percentual suficiente para o funcionamento parlamentar e negar aos partidos existentes o direito de propaganda gratuita no rádio e na TV, bem como os repasses do fundo partidário, tratou com discriminação as minorias;

b) liberdade dos partidos políticos (CF, art. 17, *caput* e § 1º) - a liberdade dos partidos políticos está diretamente ligada ao princípio democrático. Sem partidos livres não há mandatários confiáveis. Conquistadas as cadeiras no parlamento, impedir o partido de ter funcionamento parlamentar importa grave restrição ao seu direito de liberdade partidária. Konrad Hesse adverte que “a liberdade partidária externa protege o partido contra intervenções e influências estatais”, ao passo que a liberdade partidária interna submete a organização dos partidos ao princípio democrático⁹⁶.

⁹⁴ Cf. *Idem*, *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 641.

⁹⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 176.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 146, 147.

c) soberania popular (CF, art. 14) - há uma restrição explícita à soberania popular na cláusula de bloqueio. Se o povo votou no partido e escolheu seus representantes, não pode ter seu direito de decisão desrespeitado, tampouco impedidos os seus representantes de cumprirem seus mandatos. A imperatividade do mandato no Estado pós-social ou Estado de partidos está assentada no princípio democrático, no respeito aos segmentos sociais, fruto do pluralismo político, fatores que impedem a exclusão das minorias do Parlamento.

d) pluralismo político (CF, art. 1º, V) - ao analisar o pluralismo sob diversos pontos de vista, Samuel Napolini destaca pelo menos três características básicas:

- a constatação empírica de que as sociedades contemporâneas são, de fato, conformadas por inúmeras esferas associativas menores, relativamente independentes,

- a manifestação de preferência por um sistema político que melhor viabilize a expressão e a participação destes grupos nas decisões coletivas e, em contrapartida,

- a refutação expressa de toda forma de despotismo, ou seja, a rejeição ao poder monoliticamente concentrado, mesmo que dotado de legitimidade democrática. Mais adiante, acrescenta que a comunidade politicamente pluralista requer liberdade de associação, possibilidade de participação desses entes nas deliberações coletivas e a exigência de consensos sociais mínimos. Destarte, uma vez registrados no TSE, os partidos possuem igualdade de direitos para o exercício do poder político e não podem sofrer restrições dessa natureza⁹⁷;

e) pluripartidarismo (CF, art. 17) - o pluripartidarismo é fruto do pluralismo político. Ambos têm suas bases assentadas na Constituição Federal. A segregação, através de restrição de funcionamento, dos partidos que ascenderam ao parlamento afronta o sistema proporcional constitucionalmente adotado, que garante a multiplicidade de siglas;

f) proteção às minorias (CF, Preâmbulo, arts. 1º e 58, § 1º) - a Constituição Federal garante, em diversos dispositivos, a proteção às minorias no Congresso Nacional. As bancadas minoritárias têm direito a participar de comissões e integrar o conselho da República. Excluir do Parlamento os partidos que as compõe importa grave violação a esse princípio e restringir excessivamente o alcance dessas regras, de forma a abrir oportunidades apenas a uma minoria selecionada ou elitizada;

g) liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) - a liberdade de associação dos filiados ao partido é colocada em risco com a possibilidade de extinção da agremiação partidária por negativa de direitos fundamentais assegurados aos outros com base no critério de desempenho;

h) igualdade de voto do eleitor (CF, art. 14) - o voto do eleitorado deve ter o mesmo valor individual. Não há voto melhor que o outro. Havendo convergência de vontades e eleição de representantes de um partido ao

⁹⁷ NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Pluralismo político*: Subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal. Curitiba: Juruá, 2006, pp. 36-37.

Parlamento, não pode o legislador eleger uma coletividade de votos melhores ou mais qualificados para aplicar medida com esse nível de restrição.

7. CONCLUSÃO

O Estado brasileiro está constitucionalmente alicerçado em uma democracia semidireta e pluralista, onde a soberania popular (excluídos os casos de plebiscito, referendo e iniciativa popular), é exercida por meio dos partidos.

A compreensão histórica da redemocratização do Brasil e da Constituição Federal de 1988 passa pela resistência e atividade dos partidos políticos, importantes e imprescindíveis na consolidação do Estado Democrático de Direito. Tais elementos revelam a existência de um Estado de partidos, onde as decisões políticas efetivamente emergem das agremiações partidárias e se consolidam no Parlamento.

A ideia de Estado de partidos está ligada à existência da democracia em sua acepção material, à concreção aos direitos fundamentais, como também ao respeito e à promoção da dignidade da pessoa humana.

Para que assim aconteça, além de um sistema garantidor do pluripartidarismo e da soberania popular representativa, os partidos devem ter autonomia, igualdade de chance e as garantias necessárias para exercerem a importante missão que o legislador constituinte originário lhes confiou.

O caráter pluralista e pluripartidário da democracia brasileira como disposto na Constituição Federal, fruto de meio século de resistência e conquistas, tomado como marco inicial o Golpe Militar de 1964, reclama respeito às garantias fundamentais dos partidos políticos, notadamente àqueles representantes das minorias.

Dessa forma, não podem existir regras draconianas que privilegiem alguns em detrimento de outros quanto aos repasses do fundo partidário, acesso à via judicial em defesa de direitos coletivos, direito de antena e, principalmente, funcionamento parlamentar.

Restrições excessivas, não expressamente previstas no Texto Constitucional, devem ser mitigadas à bem da democracia, bem como sopesadas com prudente valoração aquelas limitações ou restrições constitucionais que tenham potencialidade para prejudicar ou impedir o exercício da atividade partidária.

Nesse compasso, cláusulas de barreira ou de desempenho diretas devem ser analisadas com cautela, não apenas dentro do sistema jurídico

atual, sob o enfoque dos princípios e regras contidos na Constituição, mas também dentro de um contexto histórico, sem perder de vista as traumáticas cassações de direitos políticos e de registros de siglas partidárias outrora ocorridas na jovem democracia brasileira.

Entretanto, não se pode menosprezar o fato de o sistema proporcional, apesar de propiciar melhor representação popular, possuir falhas e tender ao multipartidarismo com pequenos partidos, ainda que possa chegar, com votação inexpressiva, ao pluralismo extremo.

As eleições para presidente, governadores e prefeitos de cidades com mais de duzentos mil eleitores, que podem ser realizadas em dois turnos, também leva ao multipartidarismo, constituindo-se em um fator agravante das falhas do sistema proporcional.

O fato não deixa de ser preocupante, pois a pulverização, apesar de garantir a representação das minorias, pode levar ao enfraquecimento dos partidos e colocar em risco a democracia.

A justificativa apontada para a instituição da cláusula de barreira está assentada, principalmente, na necessidade de conter esse multipartidarismo extremo, que finda por desfigurar a soberania e a representação e, conseqüentemente, distorcer a democracia sob o ponto de vista de que partidos minúsculos teriam, proporcionalmente, mais poder do que os maiores, situação que poderia levar até mesmo a uma ditadura da minoria.

Além disso, não se pode olvidar que o multipartidarismo extremo pode levar a dificuldades de formação da base governista e ensejar a corrupção partidária, seja pelo aluguel de siglas, seja pela venda de apoio no Parlamento.

Por outro lado, o multipartidarismo é consequência da própria democracia e do sistema proporcional utilizado na eleição do Parlamento, e está ligado à ideia de pluralismo político e do respeito ao direito das minorias de se organizarem e se expressarem politicamente por meio de suas organizações políticas. Excluir partidos da disputa democrática significa mitigar ou, até mesmo, impedir o direito de expressão das minorias.

As minorias não são forças antagônicas à democracia, ao contrário, constituem um caudal importante na vertente do Estado Democrático de Direito pós-social, em busca de um Estado mais plúrimo, um Estado de partidos ao fim e ao cabo.

Destarte, a colisão de princípios e regras constitucionais, ocasionada pela iniciativa de implantação da cláusula de barreira e pela

resistência a esse instituto, deve ser resolvida com proporcionalidade, excluindo-se restrições excessivas.

Os Partidos Políticos têm *status* ativo e positivo (classificação de Georg Jellinek). Quando a Constituição fala em funcionamento parlamentar de acordo com a lei, está positivando uma garantia a ser regulamentada, (com todas as características de uma norma preceptiva e ao mesmo tempo programática), mas de forma alguma suprimida (restrição absoluta).

A instituição da cláusula de barreira impeditiva do funcionamento parlamentar, do direito de antena e da percepção do fundo partidário pelos pequenos partidos, muitos dos quais efetivamente representantes das minorias, seria uma restrição excessiva, sob o ponto de vista de que outras medidas menos restritivas poderiam ser adotadas para impedir a pulverização partidária, tais como: estabelecer critérios mais rigorosos para a criação de novos partidos; verticalizar as coligações em prol da preservação dos ideários dos partidos; e manter o rigor com a fidelidade partidária. Penso que dessa forma iniciáramos uma lenta transição de um modelo de pluripartidarismo extremo para pluripartidarismo moderado, razão pela qual fere o princípio da proporcionalidade.

Além disso, a implantação e imposição da cláusula de barreira aos partidos políticos já existentes, seja por lei infraconstitucional ou por emenda à Constituição, além de ignorar esses *status* ativo e positivo dos partidos políticos, fere os princípios da isonomia, pluralismo político, soberania popular, liberdade dos partidos políticos, pluripartidarismo, proteção às minorias, liberdade de associação e igualdade de votos do eleitor, os quais se revelam mais importantes do que eventuais distorções da democracia ocasionadas pelas falhas do sistema proporcional, conforme anteriormente mencionado.

Recente tentativa de reinserção da cláusula de barreira no sistema eleitoral brasileiro foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal (ADIs nºs 1.351 E 1.354), no entanto, em razão das diversas opiniões assentadas nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal, ficou um tanto obscuro o vértice da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.096/95. Decerto, o ponto mais convergente do entendimento formado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal pertine à defesa dos princípios do pluralismo político, igualdade de chances, proporcionalidade e razoabilidade, proteção às minorias, liberdade dos partidos políticos e pluripartidarismo. Apesar desses fundamentos, não se pôde verificar, de forma clara, o posicionamento dos Ministros no que tange a possibilidade de se criar uma “cláusula de barreira” no direito brasileiro.

Sob esse aspecto, a partir da leitura dos votos, é possível constatar a existência de posicionamentos díspares entre os Ministros. De um lado, formando a primeira corrente, encontram-se os Ministros Marco Aurélio,

Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence que admitem a possibilidade de se criarem restrições com base no desempenho eleitoral dos partidos políticos.

A heterogeneidade dentro dessa primeira corrente decorre dos entendimentos divergentes dos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes acerca da via ajustada para disciplinar a questão. Enquanto o primeiro defende que as restrições devem ocorrer por via constitucional, o segundo entende que a matéria pode ser meramente disciplinada por lei ordinária. Sobre esse ponto, os Ministros Lewandowski, Peluso e Sepúlveda Pertence não emitiram qualquer juízo de valor.

Em uma segunda corrente estão os Ministros Eros Grau, Ayres Brito, Carmen Lúcia e Ellen Gracie, que nem sequer sinalizaram, na fundamentação de seus votos, serem favoráveis ou não à instituição do instituto em questão no direito brasileiro. Quedaram-se silentes a esse respeito.

Conforme outrora noticiado, o pronunciamento final do STF acerca da matéria tratada não pôs fim a essa discussão, sobretudo por ter deixando vigente o artigo 57 da Lei nº 9.096/95, até que o legislador edite nova lei sobre o assunto, nos limites esclarecidos pelo Tribunal.

A verdade é que a falta de clareza nos votos proferidos tornou desafiadora a tarefa de identificar os “limites esclarecidos” a fim de que se compreenda o exato alcance do julgamento.

Diante de tantos argumentos levantados pelos Ministros para declarar inconstitucional a cláusula de barreira, mostra-se praticamente inviável a apuração da *ratio decidendi* do STF, o que deu margem a diversas interpretações desse julgamento. Prova disso, é a existência da PEC nº 2/2007, de autoria do Senador Marco Maciel. Nos fundamentos dessa proposta, Marco Maciel aduz ter sido a via eleita para sua edição (lei ordinária), o único obstáculo à constitucionalidade do dispositivo impugnado no STF, sendo, portanto, plenamente admitida a instituição de uma “cláusula de desempenho” mediante Emenda Constitucional.

A PEC nº 2/2007, por essa razão, não está incólume à fiscalização pelo STF, pois a própria Constituição Federal dispõe sobre a possibilidade de emenda ao texto originário, excluindo propostas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais.

A exclusão de propostas dessa natureza remete à ideia de controle por parte do guardião da Constituição, entendimento já sedimentado pela grande maioria da doutrina portuguesa e brasileira.

Até mesmo as disposições constitucionais originárias, segundo Bachof, podem ser objeto de fiscalização constitucional.

A matéria não é estranha ao Supremo Tribunal Federal e foi objeto de decisão unânime nesse sentido, por oportunidade do julgamento da ADI nº 939/DF, da relatoria do Ministro Sidney Sanches.

Além da dificultosa aventura de superar as inconstitucionalidades já mencionadas nesse texto, bem como aquelas demarcadas nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, a problemática implantação da cláusula de barreira em um sistema de partidos já existentes poderá resultar em infringência ao devido processo legislativo.

Basta verificar os dados das últimas eleições para a Câmara dos Deputados, os quais não discrepam substancialmente das anteriores (disponíveis no TSE e Câmara dos Deputados, e ao alcance de qualquer cidadão nos respectivos sítios da internet), para previsibilidade de quais partidos serão alijados da Câmara dos Deputados, ou terão obstado, restringido ou mesmo mitigado seu funcionamento parlamentar.

Essa previsibilidade, se não retira integralmente a abstratividade e neutralidade necessárias para evitar casuísmos da lei, abre a possibilidade de uma potencial violação do *due process of law*, matéria outrora enfrentada pela Suprema Corte quando do julgamento da ADI nº 966/DF, na qual fora declarada inconstitucional.

Todavia, ainda que não haja tal violação ao devido processo legislativo, o estabelecimento de distinção entre partidos com representação na Câmara dos Deputados fere frontalmente o princípio da isonomia e da igualdade de chance dos partidos políticos que não consigam suplantar a barreira, transferindo para um momento posterior ao da eleição e diplomação dos eleitos, um novo critério a ser aplicado, muito provavelmente, pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, em desrespeito aos princípios do pluralismo, soberania popular igualdade do voto do eleitor e proteção às minorias, resultando, por derradeiro, em afronta ao princípio democrático.

Por outro ângulo, mesmo que se admitisse a possibilidade de uma cláusula de desempenho menos restritiva, haveria tratamento discriminatório no tocante ao funcionamento parlamentar, com a possibilidade de classificação de partidos de primeira e de segunda classe, com base no desempenho obtido nacionalmente pela sigla, fora dos limites da circunscrição onde lançou candidatos.

A dimensão continental do Brasil deve ser considerada como fator de dificuldades de todo gênero para grupos, organizações políticas e sociais, principalmente aquelas voltadas à defesa dos direitos das minorias, que muitas vezes têm algum respaldo nacional, mas com substancial apoio adstrito a determinadas regiões brasileiras.

Destarte, negado ao partido a prática de certos atos inerentes ao funcionamento parlamentar, sob a justificativa de falta de apoio mínimo, restará evidenciado o tratamento discriminatório vedado pela Constituição Federal.

Disso resulta a inconstitucionalidade da PEC nº 2/2007, que pode ser objeto de fiscalização prévia ou posterior pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive por provocação dos próprios partidos políticos que detêm legitimação constitucional para ajuizarem a ação direta de inconstitucionalidade.

A tese da inconstitucionalidade da cláusula de barreira no sistema eleitoral brasileiro é, de longe, a corrente mais caudalosa, tendo em vista a constitucionalização das garantias fundamentais dos partidos políticos, que se encontram no núcleo da Constituição Federal de 1988, em um subsistema próprio de um Estado de partidos.

REFERÊNCIAS

- _____. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lobbauer. São Paulo: Página Aberta, 1996.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Engenharia constitucional*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília 1996.
- _____. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguillar, 1971.
- _____. *Os partidos políticos no direito constitucional português*. Braga: Cruz, 1983.
- _____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2011.
- _____. _____. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOCKENFORD, Ernest. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível a partir de: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2012.

BRASIL. Constituição (1967). *Emenda Constitucional nº 1*, de 17 de outubro de 1969. Disponível a partir de: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2012.

BRASIL. Constituição (1967). *Emenda Constitucional nº 11*, de 3 de outubro de 1978. Disponível a partir de: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. *Lei nº 11.459*, de 21 de março de 2007. Disponível a partir de: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2012.

BRASIL. *Lei nº 9.096*, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos). In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1351/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. **Plenário**, decisão unânime. ADI nº 1.354/DF apensa. DJ 30 mar. 2007 – republicação 29 jun. 2007. **Disponível a partir de:** <<http://www.stf.jus.br>>. **Acesso em: 10 maio 2012.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF*. Rel. Min. Sidney Sanches. Plenário, por maioria. DJ 18 mar. 1994. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 966/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Plenário, por maioria. DJ 25 ago. 1995. Disponível a partir de: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º set. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Eleições anteriores*. Disponível a partir de: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Partidos políticos registrados no TSE*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos>>. Acesso em: 26 ago. 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito eleitoral esquematizado*. Coordenação Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CUNHA, Sérgio Sérulo. *A nova lei de liberdade partidária*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Gráfica do Senado Federal, abr./jun. 1992.

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Tradução Cristiano Monteiro Oiticica. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

- FARHAT, Said. *Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil*. São Paulo: Fundação Peirópolis: Companhia Melhoramentos, 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª Edição Alemã Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Prólogo y traducción Fernando de los Rios. México: FCE, 2000.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LISI, Marco. *Os partidos políticos em Portugal: Continuidade e transformação*. Coimbra: Almedina, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEZZAROBBA, Orides. *A reforma política e a crise de representatividade do sistema partidário brasileiro*. Revista Sequência, n. 53, pp. 95-112, dez. 2006. Disponível a partir de: <periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/.../13749>. Acesso: em 3 set. 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Pluralismo político: Subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal*. Curitiba: Juruá, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Lisboa: Coimbra, 2011.
- PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional (2005). Disponível a partir de: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao>>. Acesso em: 30 ago. 2012.
- RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- SARTORI, Giovanni. *Partidos e sistemas partidários*. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar; Brasília: Universidade de Brasília, 1982.
- SCHIMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais: Tipos, efeitos jurídicos-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo. Malheiros, 1999.

SOUSA, M. R. *Valor jurídico dos actos inconstitucionais apud* CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas*: Teoria, instituições, estratégia. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

CURTO-CIRCUITO ELEITORAL – Criação de partidos e reforma política

THALES TÁCITO PONTES LUZ DE PÁDUA CERQUEIRA é Jurista, autor da obra *Direito Eleitoral Esquematizado* (Saraiva, 3. ed., 2013).

É pública e notória a falta de ciência no Direito Eleitoral. Paradoxos como o fim da verticalização das coligações (os partidos podem se associar a quem desejarem, ainda que com ideologias díspares), mas a exigência de fidelidade partidária (vale dizer, o partido pode se unir ao “Diabo”, mas o seu membro tem que ser fiel a ele); retroatividade da Lei da Ficha Limpa mesmo ofendendo a coisa soberanamente julgada; regulamentação de fidelidade partidária por resolução e não por lei de competência da União (legislar sobre Direito Eleitoral) etc. Some-se a isso tudo recente decisão do TRE-MG permitindo que candidato a prefeito que não abriu conta eleitoral bancária específica pudesse prosseguir na assunção do cargo (como se alguém fosse jogar futebol sem bola! – cf. RCD nº 39-74.2013.6.13.0000), por força da soberania popular que o elegeu (esquecendo que as regras do jogo norteiam a disputa e a assunção de cargos no Brasil).

A Resolução do TSE nº 22.610/07, regulamentando a fidelidade partidária, estabeleceu a permissão de mudança partidária em caso de criação de novo partido, não se cogitando de infidelidade nesse caso. Também inovou ao ampliar o *conceito de justa causa para desfiliação, envolvendo até mesmo “questões de nítida natureza SUBJETIVA”* (Caso Clodovil – PET nº 2.766, TSE).

CRIAÇÃO DE PARTIDOS E PARADOXOS

Recentemente, o Tribunal Superior Eleitoral negou a criação do Partido Rede Sustentabilidade, da ex-Senadora Marina Silva, por “não ter atingido o número de assinaturas exigidas em lei”.

Toda pessoa pública tem simpatizantes e antagonistas, o que é normal em uma democracia. Esse é o motivo pelo qual, na política, não há inteiro, só há “partido”, uma vez que um torna-se opositor do outro, dependendo do resultado da eleição. Evidentemente, se fosse “inteiro político”, não haveria dialética. Por isso, temos “partido político”, ou seja, há situação e oposição: o primeiro recebe o poder, e o último assume o papel de opositor e fiscalizador das ações do primeiro. Isso é normal e muito saudável no regime democrático. Infelizes, contudo, são os métodos usados pelos políticos, muitas vezes, estimulados pelas paixões, egoísmos, que trazem sérios danos à comunidade.

Portanto, partido político, em sua essência, é um fragmento do pensamento político da nação, cujos adeptos ou simpatizantes se vinculam a ideologias por afinidade, buscando o exercício do poder (situação) ou a fiscalização dos detentores desse poder (oposição), sem prejuízo de atividades administrativas e institucionais.

As exigências para se criar um partido político, conforme nossa obra *Direito Eleitoral Esquemático* (Saraiva, 2013), em conjunto com Camila Albuquerque Cerqueira, são:

“8.1.2.1. Criação

1. Fundação por pelo menos 101 eleitores, com domicílio eleitoral em, no mínimo, um terço dos Estados.

2. Elaboração do Programa e do Estatuto do Partido.

3. Eleição, na forma do Estatuto, dos dirigentes nacionais provisórios (art. 8º da Resolução nº 19.406).

4. Requerimento, por parte dos dirigentes nacionais eleitos, do registro do partido no cartório de registro civil das pessoas jurídicas da capital federal, com apresentação dos seguintes documentos:

– requerimento com nome e função dos dirigentes provisórios e o endereço da sede do partido na capital federal;

– cópia autêntica da ata de fundação do partido;

– exemplares do Diário Oficial que publicou, no seu inteiro teor, o programa e o estatuto;

– relação de todos os fundadores com nome completo, naturalidade, número do título eleitoral 2 com zona, seção, município, Estado, profissão e endereço de residência.

8.1.2.2. Apoio mínimo de eleitores

Só é admitido o registro do estatuto de partido político que ‘tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove o apoio de eleitores correspondente a, pelo menos, meio por cento (0,5%) dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço (1/3), ou mais, dos Estados, com um mínimo de um décimo por cento (0,1%) do eleitorado que haja votado em cada um deles’ (art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.096/95).

Esse apoio mínimo é comprovado por meio de assinaturas em listas organizadas pelo partido para cada zona eleitoral, contendo o nome completo do eleitor e o número do título eleitoral. A veracidade das assinaturas e dos números dos títulos constantes dessas listas será atestada pelo Escrivão Eleitoral em um prazo de 15 dias.

8.1.2.3. Registro do estatuto do partido no TSE

Todo partido deve ser registrado no TSE, dependendo disso sua participação no processo eleitoral. O registro também assegura o recebimento de recursos do Fundo Partidário, o acesso gratuito ao rádio e à televisão, bem como a exclusividade de sua denominação, sigla e símbolos. Para isso, é necessário um requerimento acompanhado de:

– exemplar autenticado do inteiro teor do programa e estatuto partidários inscritos no registro civil;

– certidão de inteiro teor do cartório civil das pessoas jurídicas;

– certidões dos cartórios eleitorais, que comprovem ter o partido obtido o apoio mínimo de eleitores.

Obtido o apoio mínimo de eleitores no Estado, o partido constituirá, definitivamente, na forma de seu estatuto, órgãos de direção municipais e regionais, designando seus dirigentes. Se estiver organizado em, no mínimo, um terço dos Estados, constituirá também definitivamente seu órgão de direção nacional (art. 11 da Resolução nº 19.406). Os Tribunais Regionais Eleitorais expedirão certidões que comprovem ter o partido obtido no Estado o apoio mínimo de eleitores previsto na legislação (art. 20, III, da Resolução nº 19.406). Protocolado o pedido no TSE, no prazo de 48 horas, ele é distribuído a um relator que, após ouvir a Procuradoria-Geral (com prazo de 10 dias), determina em igual período de tempo diligências para sanar eventuais falhas do processo. Se não houver diligências ou sendo estas atendidas, o TSE registra o estatuto do partido no prazo de 30 dias. Após o registro no TSE, o partido pode credenciar delegados perante o Juiz Eleitoral, o TRE e o TSE.”

O Advogado da Rede e ex-Ministro do TSE, Torquato Jardim, rebateu os argumentos ventilados por ministros da Corte de que a rejeição do registro à legenda seria uma questão aritmética. Segundo Jardim, a Rede conseguiu estabelecer diretórios regionais em 16 Estados e coletou mais de 900 mil assinaturas. Para dirimir possíveis dúvidas, a sigla rejeitou, por iniciativa própria, mais de 200 mil que não contavam com dados completos, e disse ter entregado aos cartórios eleitorais mais de 660 mil assinaturas.

Segundo o TSE, apenas 442 mil assinaturas foram consideradas válidas, abaixo, portanto, das 492 mil exigidas por lei. Porém, de acordo com a Rede, 95 mil assinaturas foram checadas e teriam sido rejeitadas pelos cartórios eleitorais sem qualquer justificativa.

Segundo servidores do TSE, um dos motivos para essa rejeição é o fato de que eleitores que não votaram e não justificaram a ausência na última eleição não constam dos registros eleitorais. Por isso, suas assinaturas não seriam computadas. O Advogado da Rede rebateu essa justificativa: “o que a lei exige é eleitor, não eleitor em dia com suas obrigações eleitorais”, afirmou Torquato Jardim.

Pois bem. Impedir a criação de um partido por “falta de assinaturas exigidas em lei”, sem oportunizar a concretude de tais assinaturas e conferência por outros meios, diante da forma precária de conferência, a nosso sentir, é ofender o pluripartidarismo constitucional.

De início, é notória a impossibilidade de utilização de cédula de identidade em lugar do título eleitoral no procedimento de coleta de assinaturas de apoio para criação de partido político, conforme a Resolução nº 22.510/07 do TSE.

Some-se a isso a forma como os cartórios verificam as assinaturas, pois a contagem delas e a forma de verificação de firma não é informatizada, sujeita à falha humana (que, inclusive, é o lema da implementação de urnas eletrônicas). Assim, para apurar o voto, a urna eletrônica inibe falhas humanas, mas, para criar um partido, tudo fica sujeito ao “humor humano”. E, assim, perde-se o garantismo eleitoral, pois casos notórios de fundadores do partido e pessoas nacionalmente conhecidas que tiveram assinaturas

invalidadas reforçam a fragilidade humana e os erros dos serviços prestados pelos cartórios.

Conforme nossa obra preleciona sobre partidos políticos (*Direito Eleitoral Esquemático*, Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira, Saraiva, 2013, p. 265 e ss):

“A Constituição Federal de 1988, em seu art. 17, § 2º, preceitua que os partidos políticos adquirem personalidade jurídica na forma da Lei Civil, devendo registrar-se no cartório de registro civil de pessoas jurídicas (do Distrito Federal), além de registrarem seus Estatutos no TSE em até 1 ano antes da data das eleições (art. 4º da Lei nº 9.504/97).

Portanto, a existência (ou personalidade jurídica) do partido político se dá com o registro de seu Estatuto no cartório de registro civil de pessoas jurídicas (art. 45 do CC). Ai nasce juridicamente o partido, conforme o Texto Constitucional determina.

O registro do partido no cartório de registro civil deve seguir toda a disciplina do art. 7º da Lei nº 9.096/95, ou seja, após adquirir personalidade jurídica na forma da Lei Civil, deve registrar seu Estatuto no TSE para que possa participar do processo eleitoral, receber verbas do Fundo Partidário e ter acesso gratuito ao rádio e à televisão, além de ter exclusividade da sua denominação, sigla e símbolos, vedada a utilização, por outros partidos, de variações que venham a induzir a erro ou confusão.

Desde o Império fala-se em ‘partidos’; porém, a primeira vez que a legislação eleitoral lhes fez referência expressamente foi no Código Eleitoral de 1932 (arts. 99 e 100), que aceitava como partido político, inclusive, as associações de classes legalmente constituídas; além disso, o funcionamento dos partidos em âmbito nacional começou, de fato, com as eleições de 1945, pois, até então, na prática, só havia partidos estaduais.

No tocante ao sistema constitucional brasileiro, a CF/88 adotou o sistema do pluripartidarismo, também chamado multipartidarismo ou polipartidarismo, ou seja, uma das condições básicas da prática democrática, o pluripartidarismo, está prevista no art. 17 da Constituição Federal, que permite a existência de mais de uma agremiação. O Código Eleitoral de 1932, primeira legislação a mencionar os partidos políticos, estabeleceu implicitamente, em seu art. 99, o pluripartidarismo, incluindo as associações de classe legalmente constituídas.

Por força do Decreto nº 7.586/45, de 28.05.45, a candidatura aos cargos eletivos estava condicionada à filiação partidária, o que levou a uma explosão multipartidária, com treze legendas.

Em 1964, os militares impuseram, por meio do AI-2, o bipartidarismo, que só terminou com a Lei nº 6.767, de 20.12.79, que extinguiu a ARENA e o MDB e restabeleceu o pluripartidarismo.

O bipartidarismo é uma feição do pluripartidarismo, como ocorre na Inglaterra (Conservadores e Trabalhistas) e EUA (Republicanos e

Democratas). O unipartidarismo (sistema de partido único) tem origem nos Estados de orientação marxista-leninista.

Assim, os partidos políticos foram admitidos na CF/46 (arts. 40, parágrafo único, e 141, § 13), regulamentados tanto na CF/67 quanto em sua Emenda de 1969 (arts. 149 e 152, respectivamente) e também na legislação vigente, em seu art. 17, que não restringe sua criação, mas prevê um controle ideológico e financeiro.”

Assim, em pleno século XXI, o pluripartidarismo é afetado por argumentos matemáticos do Poder Judiciário, sendo notório que, em muitos casos de criações de partidos, problemas de conferência operaram e mesmo assim houve a aprovação.

Lado outro, no Legislativo, vimos perplexos a tramitação de um projeto que inibe a criação de novos partidos, a pretexto de combater “legendas de aluguel”.

REFORMA POLÍTICA E O CAOS DA LISTA FECHADA SEM O FINANCIAMENTO PÚBLICO. O DIREITO ELEITORAL DO INIMIGO: TODAS AS RUÍNAS COMEÇAM POR UM DISSIMULADO COMEÇO RUINOSO, SEMPRE QUASE INVISÍVEL

Toda crise, como afirma Luis Nassif,¹ “tem valor de sintoma e comporta duas faces: oportunidade e risco”.

A oportunidade de uma reforma política diante dos movimentos sociais (reivindicando melhorias na saúde, transporte e educação – frise-se, e não reforma política) pode esbarrar em um risco sério ao País: a desigualdade eleitoral na disputa e leis de ocasião, piorando ainda mais o sistema vigente, por falta de estudo e técnica legislativa.

Um plebiscito para que o povo escolha o melhor modelo de reforma política é o primeiro risco, pois todos sabemos que temas como financiamento de campanhas (privado ou público ou misto), lista fechada (flexível ou inflexível), voto distrital (puro ou misto) são temas difíceis para professores de Direito Eleitoral explicarem a alunos de graduação e pós-graduação, quiçá para leigos no assunto, via questionários. Ademais, a respeitar o princípio da “anualidade e um dia” do art. 16 da Constituição, evidente que o Congresso Nacional e a Presidência da República teriam que aprovar 1 ano e 1 dia antes da próxima eleição de 2014 mudanças no “processo eleitoral”, o que levaria a uma campanha publicitária ainda menos didática.

Mas o Brasil é assim, caminha sempre mais com a lógica da contradição (épocas de crise) do que a lógica da identidade.

Mas, e a vontade popular?

¹ In: <http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/o-risco-e-a-oportunidade-da-crise>

A vontade popular, deve ser recebida como necessidade de mudança, porém, sem atropelar a técnica legislativa e sem deixar de se aprofundar nas inovações que podem comprometer o futuro político e econômico do País.

Vejam os um exemplo importantíssimo disso. Um projeto de iniciativa popular, intitulado “Campanha Eleições Limpas”, que visa apresentar, à Câmara dos Deputados, o projeto de lei de iniciativa popular resultado do trabalho de uma Comissão do MCCE (Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral), foca, em síntese, em dois prismas:

1. Financiamento de campanha privado (e não público), em que são vedadas as doações de pessoas jurídicas e limitadas as doações de pessoas físicas ao valor de R\$ 700,00. A diminuição das receitas de campanha casa-se com o sistema eleitoral proposto a seguir, que concentra a campanha eleitoral na figura dos partidos políticos, responsáveis pelos programas e projetos de atuação governamental e parlamentar.

A nossa primeira crítica a tal proposta é o risco de causar ainda mais corrupção do que combatê-la, pois sabemos que o sistema de financiamento privado no País está falido. No caso, bastaria às pessoas jurídicas doarem como forma de “caixa dois” para milhares de pessoas físicas que a burla à norma estaria configurada e de difícil investigação, já que estas estariam à margem do sistema de averiguação por esse viés obnubilante.

2. Sistema eleitoral proporcional, com a sugestão pela Comissão citada do neologismo “Voto transparente”, que consiste em lista preordenada e voto em partido (no primeiro turno) e voto nominal (no segundo turno). Para a formação da lista, foi fixada a exigência de convenção partidária democrática, com participação de todos os filiados, com o que se pretende afastar o caciquismo partidário.

A nossa segunda crítica a essa proposta “ecclética” diz respeito à ilusão de que o caciquismo eleitoral irá ser afastado, quando todos sabemos que matéria *interna corporis* partidária não é tratada pela Justiça Eleitoral, e sim pela Justiça Comum, salvo a hipótese tratada de “questionamento da validade da coligação” prevista no art. 6º, § 4º, da Lei nº 9.504/97 (alterada pela Lei nº 12.034/09). Assim, problemas na convenção partidária serão julgados por uma Justiça estranha à matéria eleitoral e de resultados inusitados. Ademais, ainda que corrigida a falha, é possível que o poder econômico, no Brasil, impere na convenção, onde os primeiros lugares da lista sejam comprados a peso de ouro ou por favores não republicanos. Por fim, dois turnos, um para votar em partido e outro para voto nominal (o que, em tese, sugere até mesmo mudança da ordem da lista, transformando-a em lista fechada flexível), além de resultar em desperdício do dinheiro público, já que a grande maioria das zonas eleitorais não possui dois turnos (seja pela quantidade de eleitores ou pela vitória dos majoritários em mais de 50% + 1 dos votos), acabará, de certo modo, transformando a lista fechada (flexível) em lista aberta, pois, no Brasil, é comum votar nominalmente, e não em partido. Ainda que em um primeiro momento se vote no partido, o “canibalismo” restará entre os membros do próprio partido (lista fechada flexível).

E as nossas críticas não param pontualmente em cada um desses itens mencionados. Se somarmos as duas propostas (lista fechada + financiamento privado), teremos um verdadeiro curto-circuito do sistema político-eleitoral, conforme veremos neste artigo.

Joanna de Ângelis, pelas mãos mediúnicas de Divaldo Franco, tem uma frase lapidar:

“(...) toda ideia que se populariza perde em profundidade aquilo que adquire em superficialidade (...). Se nós derramarmos a água de um vaso em uma superfície ampla e rasa, ele perde em profundidade aquilo que adquire em extensão.”

Assim, nem sempre o povo tem acesso (e conhecimento) aos melhores destinos para si próprio, uma vez que escolheu Barrabás (e não Jesus) para ser salvo e, hodiernamente, está sendo alvo, em última análise, de um projeto de iniciativa popular sem que tenha conhecimento de suas consequências (efeitos colaterais), podendo assinar, pelo “efeito psicológico da multidão”, uma moralidade (que ele entende como tal) que prevaleça sobre a segurança e igualdade jurídica, sem saber que ele próprio, no futuro, precisará dessa segurança que está iludido a abandonar.

In casu, por todos os argumentos alinhados alhures, temos aqui que optar entre a mudança (ou mesmo violação) da Constituição Federal, o risco de quebrar a igualdade eleitoral na disputa/aumentar a corrupção eleitoral (em vez de combatê-la) e as reivindicações sociais. Preservar-se a segurança jurídica da *Lex Fundamentalis* ou responder aos sabores justos e legítimos da sociedade, aprovando uma lei de iniciativa popular ou mesmo uma reforma política que pode ser um desastre?

E onde estaria esse desastre ou curto-circuito no sistema proposto nessa iniciativa popular? Justamente na junção das duas propostas de mudança: lista fechada + financiamento privado.

É possível a utilização do sistema de lista fechada sem financiamento público de campanha? Veremos que não, pois isso representaria a contradição da própria teleologia da nova lei.

O voto nominal com sistema proporcional não existe em outros países, mas há variantes dessa modalidade de combinação na Finlândia, no Chile e na Polônia. O nome genérico que a ela se dá é lista aberta. Há uma lista, mas o eleitor tem a liberdade de escolher, dentro dela, um dos candidatos, sem obrigação de obedecer a qualquer ordem previamente estipulada pelo partido.

A adoção do voto em lista aberta, nominal, significa que o foco da política é o candidato, não o partido. Jairo Marconi Nicolau cita pesquisa finlandesa, segundo a qual 40% dos eleitores naquele país dão mais importância à escolha de um nome do que à de um partido². No Brasil, esse percentual é ainda maior.

² Jairo Marconi Nicolau, *Sistemas Eleitorais*, Rio de Janeiro: FGV, p. 56.

Nicolau faz os seguintes comentários sobre o sistema de lista aberta:

“Na lista aberta, os partidos têm fortes incentivos para atrair nomes de lideranças e personalidades com ‘alta popularidade’. Como a bancada final de um partido depende do somatório dos votos que cada candidato conquista individualmente, quanto mais nomes expressivos o partido tiver, maiores as chances de eleger uma bancada significativa. Por outro lado, o partido tem mecanismos limitados para favorecer a eleição de lideranças partidárias incapazes de conquistar tantos votos quanto outros nomes com forte apelo eleitoral”³

No sistema de listas fechadas, o partido que é o foco principal, uma vez que ele é quem pré-ordena as ordens de candidatos que irão compô-la. O risco da lista fechada no Brasil é a tendência oligárquica, uma vez que o presidente do partido pode se tornar um "cacique eleitoral" e direcionar quem irá figurar nos primeiros lugares da lista. Como vimos, ainda que o projeto de iniciativa popular tivesse a boa intenção de dar amplitude à convenção, sabemos que isso não inibiria a figura do cacique, já que o tema é oriundo da Justiça Comum e não eleitoral, como vimos (matéria *interna corporis*).

Todavia, se existe polêmica entre lista fechada e aberta, no sentido de qual seria o melhor modelo, não resta dúvida que existe um consenso em todos os técnicos que se aprofundaram na reforma política no sentido de que "lista fechada não funciona sem financiamento público", pois, se na lista fechada já existe uma ordem pré-ordenada de candidatos, logo, não existe o "canibalismo eleitoral" entre integrantes da mesma legenda/coligação/federalização (como ocorre na lista aberta, onde um concorre contra o outro do mesmo partido ou coligação). Se existir "financiamento privado" com tais listas, quebrar-se-á a função principal destas, qual seja, priorizar o partido.

Isso porque, no financiamento público, é o partido que irá destinar aos candidatos os valores. No privado, quem doa é que escolhe a quem irá destinar os valores, fazendo com que o partido fique em segundo plano e o candidato tenha tratamento privilegiado. Aqui reside nossa maior crítica ao projeto de iniciativa popular: desejou a lista fechada, mas esqueceu que esta funciona somente com financiamento público e não privado, sob pena de contradição, e pior: tratamento privilegiado em termos de poderio econômico, ainda que limitando a 700 reais a doação. O desequilíbrio seria do próprio eleitor (podendo ser viciado pelo candidato que nunca sairia do poder, impedindo a renovação do mandato, ferindo a democracia, que é vedação material implícita ao poder constituído derivado reformador) ou de pessoas jurídicas que iriam fraudar valores para supostas pessoas físicas.

Da mesma forma, lista aberta com financiamento público é inviável segundo o consenso dos que estudam o Direito Eleitoral com afinco. Na lista aberta, existe uma competição entre integrantes da mesma legenda, o

³ *Idem, ibidem.*

chamado "canibalismo", uma vez que todos concorrem para terem mais votos e conseguirem a cadeira. Se vier o financiamento público neste sistema, o partido irá privilegiar a quem, sem quebrar a igualdade? Por isso que o financiamento público funciona com a lista fechada, pois nessa todos irão trabalhar em prol do partido, buscar votos não para si, e sim para a legenda, já que todos sabem a ordem da lista no caso de cadeiras.

Assim, citamos Antônio Octávio Cintra, *A Proposta de Reforma Política: Prós e Contras*, texto emitido pela Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, material de aula da Disciplina Direito Eleitoral e Evolução Jurisprudencial, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Direito Eleitoral – UNISUL/REDE LFG:

"A proposta de financiamento público exclusivo requer a instituição da lista preordenada. É fácil ver por quê. Caso se continue a adotar a lista aberta, como distribuir os recursos de campanha entre os candidatos? Se o critério for igualitário, reclamarão os candidatos mais populares, puxadores de voto, se for dado a sua campanha o mesmo que a de colegas pouco votados. Se os 'bons de voto' conseguirem mais recursos partidários, protestarão os demais, dizendo ser o partido dominado por uma oligarquia. Com a lista preordenada, esse problema desaparece."

E mais: conforme entendimento manifestado pelo Deputado Regis de Oliveira, autor do Projeto de Lei nº 1.210, de 2007, que foi rejeitado pela Câmara dos Deputados, lista fechada não funciona sem financiamento público⁴:

"A campanha em bases individuais, peculiar a essa modalidade, exigiria a divisão da dotação partidária pelos candidatos. Os recursos se diluiriam e, certamente, teriam de ser complementados com recursos de outras fontes, e o sistema estaria comprometido. Com financiamento a partidos que apresentam listas fechadas, a campanha eleitoral será da agremiação como um todo. Os programas eleitorais, os comícios, a propaganda, enfim, serão empreendimentos partidários, devendo todos trabalhar pela causa comum."

⁴ O texto do PL nº 1.210/07 foi rejeitado pela Câmara dos Deputados em 2007. Ele tem um histórico de idas e vindas que dá a dimensão da dificuldade que envolve a votação da reforma política na Câmara. A matéria tem origem no projeto elaborado em 2003 por uma comissão especial que durante dez meses discutiu o tema. Essa comissão teve como relator o Deputado Ronaldo Caiado (DEM-GO), cujo parecer foi transformado no PL nº 2.679/03, que por sua vez foi apensado ao PL nº 8.039, de 1986, o mais antigo em tramitação na Câmara a propor mudanças no sistema político. Ronaldo Caiado chega a afirmar que financiamento público somente combina com lista fechada, pois são "vasos comunicantes". *"Com financiamento a partidos que apresentem listas fechadas, a campanha eleitoral será da agremiação como um todo"*, explica Ronaldo Caiado. *"A fiscalização por parte da Justiça Eleitoral também será simplificada, pois deixará de analisar milhares de prestações de contas, produzidas por milhares de candidatos, e examinará um número reduzido delas, de responsabilidade dos próprios partidos"*, diz Caiado.

Portanto, o financiamento público exclusivo é totalmente incompatível com a sistemática atual do voto em lista aberta. A campanha em bases individuais, peculiar a essa modalidade, exigiria a divisão da dotação partidária pelos candidatos. Os recursos se diluiriam e, certamente, teriam de ser complementados com recursos de outras fontes, e o sistema estaria comprometido. Com financiamento a partidos que apresentam listas fechadas, a campanha eleitoral será da agremiação como um todo. Os programas eleitorais, os comícios, a propaganda, enfim, serão empreendimentos partidários, devendo todos trabalhar pela causa comum.

Da mesma forma, financiamento privado + lista fechada, como está no projeto de iniciativa popular recentemente lançado por uma comissão de juristas, com o máximo respeito, vai afundar ainda mais o sistema político-eleitoral do País, desequilibrando a disputa e estimulando a corrupção por vias oblíquas.

Será que os que assinarem esse projeto de iniciativa popular saberão desses efeitos colaterais? Serão comunicados do risco?

Caso esse projeto de iniciativa popular obtenha as assinaturas necessárias, em face do momento histórico brasileiro de movimentos sociais em melhoria, repita-se, de transportes, saúde e educação, o Congresso Nacional deve ficar atento à boa técnica legislativa, pois atender ao chamado da sociedade, nesse momento de crise, sem medir as consequências do risco, é cruzar uma linha da qual jamais retornaremos, é menoscar os direitos fundamentais constitucionais de igualdade na disputa e postergar a técnica jurídica.

É preciso sim despertar o gigante, dar-lhe liberdade e consciência de seu direito de sufrágio, por meio do seu instrumento: o voto. E mais: dar conhecimento dos “dois lados do sino”, para que a escolha seja honesta e transparente.

A verdadeira reforma política, com a *venia* máxima, não pode ser feita com a lógica da contradição, pela urgência, em prejuízo de um estudo mais técnico e de acordo com o art. 16 da Constituição.

Pior ainda desejar uma “minirreforma eleitoral” às portas do pleito, para o TSE decidir se vale ou não para eleições de 2014 (PLS nº 441/12), em flagrante ofensa ao art. 16 da Carta Suprema.

O ideal é quebrar o sistema (que virou antissistema, pela deturpação) de financiamento privado, totalmente falido e estimulador da corrupção pública (desvios de licitações, superfaturamento para pagar os financiadores) para inaugurar um novo sistema: financiamento público com lista fechada.

Porém, financiamento público com fonte de custeio que não onere o povo, talvez do pré-sal ou de redução de gastos públicos, jamais com impostos ou qualquer outro ônus ao povo sofrido.

Do contrário, a prevalecer um sistema de lista fechada com financiamento privado, totalmente ofensivo à igualdade eleitoral na disputa, teremos sacramentado o que denominamos de Direito Eleitoral do Inimigo.

Direito Penal do Inimigo⁵ é uma teoria (*Feindstrafrecht*) enunciada pelo doutrinador alemão Günther Jakobs, desde 1985, com base nas políticas públicas de combate à criminalidade nacional e/ou internacional. A tese de Jakobs funda-se basicamente em um tripé: a) antecipação da punição do inimigo (o inimigo é aquele que não irá receber aporte financeiro do sistema privado de financiamento de campanha); b) desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de determinadas garantias processuais (no caso a igualdade eleitoral na disputa, como vimos; c) criação de leis severas direcionadas à clientela (terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, entre outros) do Direito Penal (inimigos do Direito Penal). Jakobs refere-se ao inimigo como alguém que não admite ingressar no Estado e, assim, não pode ter o tratamento destinado ao cidadão, não podendo beneficiar-se dos conceitos de pessoa. A distinção, portanto, entre o *cidadão* (o qual, quando infringe a Lei Penal, torna-se alvo do Direito Penal) e o *inimigo* (nessa acepção, como inimigo do Estado, da sociedade) é fundamental para entender as ideias de Jakobs.

Assim, é preciso tomar muito cuidado com qualquer tipo de proposta feita em momento de crise em face do oportunismo perigoso ou do risco pela ignorância ou laboratório de tentativas. Tudo tem que ser muito claro, muito didático e mostrando os efeitos colaterais das escolhas ao povo. Isso porque o obscurantismo já computou, pelos séculos, muita perseguição e muito atraso. A modernidade não deveria ser mais duplexificada pelas tenebrosas fanfarras medievais. Cabe a todos nós coreografar com sabedoria e novas luzes os tempos atuais. Sobre essa lucidez para analisar qualquer tipo de proposta de reforma política ao afogadilho, e que pode levar o Brasil ao verdadeiro caos na política e na economia, finalizamos citando um culto amigo (em troca de e-mails sobre um tema igualmente preocupante):

"Não podemos, não devemos esquecer o passado, que retrata também os procedimentos de ídolos políticos que arrastaram a humanidade a tragédias telúricas, com a insensibilidade da escravidão e o extermínio de gentes e povos que simplesmente pensavam diferente dos mandatários ambiciosos. E as raízes dessa maldição apendoaram no fruto maldito da censura, para ocultação da florada do conhecimento e da fertilização da difusão cultural. Sabemos bem o preço que foi pago pelos que tentaram quebrar as grilhetas da ignorância ou da verdade deturpada pelos heróis da liberdade social, política, científica, filosófica, religiosa. Todas as ruínas começam por um dissimulado começo ruinoso; sempre quase invisível. As forças das más intenções são de incríveis roteirizações. Não querem que pensem; não querem que duvidemos. O trabalho, vencida essa primeira etapa da censura e do cabresto, passa a ser apenas monitorado, não requer mais intervenções diretas, pois o processo se

⁵ GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). *Revista Jurídica Unicoc*, ano II, n. 2, 2005.

automatiza e, bem depois, passa-se a achar que está tudo certo e que os detentores do poder estão com a razão, defendendo erros crassos conquanto já não saibam mais exatamente de que natureza eles são. É o consenso máximo à submissão e então a dominação está concretada. Começa-se depois a achar que a tortura está certa, que é válida, que é praticada em benefício da humanidade; pensa-se que a pena de morte é a única solução para os julgados incapazes de se ressocializarem; que as etnias não devem se miscigenar e que têm de ser exterminadas; que o dinheiro deve circular apenas ou principalmente para manter o analfabetismo, posto que a aculturação fulge como ameaça aos usufrutuários privilegiados do bem-estar."

Portanto, é importante frisar que algumas decisões, que provocam certa perplexidade, algumas contraditórias, por exemplo, liberação de "candidatos contas-sujas" em contraste com a exigência de "candidato ficha-limpa", denotam a falta de ciência do Direito Eleitoral nos tribunais do País e o momento de transição que nosso Planeta Terra, como um todo, está passando.

O que importa, neste contexto de mudanças intelecto-morais, é que o leitor acredite, sinceramente, que a evolução é contínua, as mudanças telúricas do Planeta, as quedas de economias no Velho Mundo e até nos EUA, denotam que uma nova sociedade irá se recompor dos escombros materiais e morais. O sinal dos tempos da mudança de plano vibratório é visível, inclusive, na Justiça. O desânimo não pode tomar conta dos espíritos renovadores, pois juizes e ministros se aposentarão, serão substituídos por outros, em especial na Justiça Eleitoral, cuja temporariedade do cargo é inerente, e novas correntes filosóficas chegarão e, cansadas das contradições, irão paulatinamente transformar o Direito Eleitoral em ciência, colocando nos devidos lugares os postulados, princípios e regras eleitorais, pois tudo é passageiro neste mundo físico, seja nós, seja o próprio mundo físico.

Neste momento de grande tribulação jurídica, acreditamos que os leitores devem se pautar como "livres pensadores". Certamente, muitos de vocês estarão um dia neste novo mundo regenerador, da qual a experiência será importante para as novas diretrizes que a Justiça exige para o progresso.

Caminheemos juntos, neste momento da grande transição planetária, cada qual com sua missão específica, a fim de ajudar a realização do mundo novo!

Até lá, fica a questão: quem seriam os inimigos do Estado (Direito Eleitoral) neste formato de financiamento privado + lista fechada de dois turnos? E outras propostas sem uma reflexão mais acurada?

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL NO ESTADO DO TOCANTINS

PRE/TO nº /2013

Autos: Recurso Contra Expedição de Diploma nº 478-75.2012.6.27.0018

Protocolo: nº 69.110/2012

Requerente: Adymee de Cássia Pereira da Costa Tocantins

Requerente: Hermínio Nunes Bernardes

Requerente: Partido Social Democrata - PSD

Requerido: Edson Nunes Lustosa

Requerido: Adima Francisco Torres

Relator: Desembargador José de Moura Filho

Revisor: Juiz José Ribamar

MM. Juiz Relator,

Cuida-se de Recurso Contra Expedição de Diploma manejado por Adymee de Cássia Pereira da Costa Tocantins, Hermínio Nunes Bernardes e Partido Social Democrata - PSD em desfavor de Edson Nunes Lustosa e Adima Francisco Torres, diplomados prefeito e vice-prefeita no Município de Paranã/TO, com fundamento no art. 262, inciso I, do Código Eleitoral.

Aduzem os Recorrentes que o primeiro Recorrido, **Edson Nunes Lustosa**, incorre em inelegibilidade superveniente, fundamentada no disposto na Lei Complementar nº 64/90, artigo 1º, inciso I, alínea “g”, em razão da rejeição das contas consolidadas referentes ao exercício de 2007 pela Câmara Municipal de Paranã/TO no dia 11 de julho de 2012.

Asseveram que a jurisprudência do TSE autoriza a interposição de Recurso Contra Expedição de Diploma em razão da verificação de inelegibilidade infraconstitucional superveniente ao registro.

Arguem que a Câmara Municipal de Paranã/TO, revendo de ofício ato anterior, anulou o julgamento das contas do Prefeito e candidato à reeleição Edson Nunes Lustosa e desaprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 005/2012, as contas consolidadas referentes ao exercício de 2007, na sessão realizada no dia 11 de julho de 2012.

Afirmam que o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins emitiu parecer prévio pela desaprovação das referidas contas, sendo que o Recorrido interpôs pedido de reexame em face da referida decisão, cujo recurso tem efeito suspensivo. Não obstante, em junho de 2011, a Câmara Municipal de Paranã se manifestou pela aprovação das contas do ex-gestor municipal, sendo que, em data posterior, o TCE/TO se manifestou sobre o recurso administrativo interposto.

Aduzem que, em maio de 2012, a Câmara Municipal de Paranã recebeu o novo parecer prévio, oportunidade em que verificou a nulidade da decisão proferida anteriormente, porquanto a decisão naquele parecer não havia transitado em julgado pela corte de contas, razão pela qual proferiu nova decisão, desta feita pela desaprovação das contas, por meio do Decreto Legislativo 005/2012, de 11 de julho de 2012.

Relatam que o Recorrido interpôs ação judicial com pedido de liminar no intuito de obstar o julgamento pela Câmara Municipal de Paranã/TO, obtendo êxito em sede de liminar posteriormente revogada, em face de cuja decisão tramita Agravo de Instrumento perante o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

Por fim, afirmam que a rejeição das contas se deu em razão de vício insanável e de ato doloso de improbidade administrativa, em razão de que a análise das contas demonstraram que não houve atendimento ao que preceitua a Lei de Responsabilidade Fiscal, houve transferência indevida de recursos do FUNDEF e FUNDEB para outras contas e descumprimento do índice constitucional de repasse de verbas ao Poder Legislativo.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 20/202.

Regularmente notificados, os Recorridos apresentaram contrarrazões (fls. 207/255), arguindo que a decisão proferida pela Câmara dos Vereadores na 23ª sessão ordinária, realizada em 15 de junho de 2011, fez coisa julgada administrativa e se tornou imutável em decorrência do ato jurídico perfeito.

Aduzem que a decisão daquela casa legislativa está sendo discutida perante o Juízo Cível da Comarca de Paranã (autos nº 5000156-08.2012.827.2732) em razão de irregularidades verificadas no processamento e julgamento das contas pela Câmara Municipal e que o re julgamento das contas foi objeto da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura ajuizada pelo Partido Social Democrata – PSD (autos nº 2495.2012.627.0018), sendo que, no TRE/TO, julgou-se pelo improvimento do recurso para deferir o registro de candidatura dos Recorridos.

Requer, ainda, que seja extinto o feito sem julgamento do mérito, com suporte na coisa julgada.

Asseveram que deve prevalecer o julgamento proferido pela Câmara Municipal em 15 de junho de 2011, já que nenhuma nulidade pesa sobre ele, estando a decisão acobertada pelo ato jurídico perfeito e coisa julgada, tornando-se irretratável pela própria administração e que,

assim, a câmara, para rejulgar o feito, deveria ter anulado o julgamento anterior.

Argumentam que o ato de rejeição das contas pela corte legislativa é de natureza administrativa, razão pela qual se submete à apreciação do Poder Judiciário.

Asseveram também que restou viciada a tentativa de intimação do Recorrido para a sessão de julgamento do feito realizada no dia 11 de julho de 2012, já que enviado para endereço diverso de sua residência e constava a data de 11 de junho ao invés de 11 de julho, não tendo, assim, sido cientificado para apresentar defesa escrita ou oral, consoante prevê o regimento interno daquela câmara de vereadores.

Alegam, ainda, que, durante a sessão de julgamento, não houve a nomeação de defensor para o acusado; o julgamento foi realizado durante o recesso; três vereadores estavam impedidos de votar; e o decreto legislativo não foi publicado; o que contraria normas expressas no regimento interno daquela casa.

Por fim, sustentam que eventual decisão neste RCED não pode atingir a vice-prefeita eleita, devendo-se manter seu diploma.

Com a defesa, vieram os documentos de fls. 256/581.

A respeito, os Recorrentes se manifestaram (fls. 586/595), pugnando pelo julgamento antecipado da lide, em razão da ausência de pedido de produção de provas.

É o relatório necessário. Passo à manifestação.

Considerando que a expressão “recurso contra a expedição de diploma” tem, em verdade, natureza jurídica de ação, não sendo propriamente um recurso como meio de irrisignação contra uma decisão judicial, mas tem por objeto a desconstituição do diploma conferido pela Justiça Eleitoral¹, imperiosa a análise dos pressupostos processuais e das condições da ação.

Na análise dos pressupostos processuais e condições da ação, tem-se que os pressupostos de existência e desenvolvimento válido do processo foram preenchidos. O pedido é juridicamente possível, o interesse processual é patente e a lide é subjetivamente pertinente. Assim é que se encontram presentes as condições da ação.

¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Código eleitoral interpretado: normas eleitorais complementares*. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2011. p.331.

As condições da ação (art. 267, VI, CPC) no caso em apreço se manifestam: a) na possibilidade jurídica do pedido, que tem amparo no art. 262, inciso I, do Código Eleitoral; b) na legitimidade ativa da coligação partidária, que tem legitimidade concorrente com os partidos políticos e candidatos para a interposição de recurso contra expedição de diploma. (Precedentes do TSE: RCED n. 643) e c) no interesse de agir alicerçados na utilidade do provimento, que tem o condão de desconstituir o diploma concedido ao candidato, e também na necessidade do mesmo, por ser a última forma de solução da lide.

Por outro lado, consoante recentemente decidiu o TSE, a prova pré-constituída não é exigida para o ajuizamento de RCED, no qual, aliás, a ampla dilação probatória é admitida, desde que as provas sejam indicadas na inicial².

Passa-se à análise do mérito.

Da desaprovação das contas

Ao que se infere dos autos, a prestação de contas referente às contas consolidadas do Município de Paraná/TO, exercício de 2007, foram aprovadas pela Câmara Municipal em junho de 2011 quando ainda pendente pedido de revisão protocolado perante o TCE/TO.

Posteriormente, após decisão definitiva daquela corte de contas e encaminhamento do parecer final à Câmara de Vereadores, decidiram os vereadores de Paraná/TO por anular a decisão anterior e desaprovar as contas apresentadas.

A defesa alega que o ato de aprovar ou desaprovar as contas, emitido pela Câmara de Vereadores, tem natureza administrativa e que, assim, pode ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, mas que, com a aprovação pela Câmara dos Vereadores na 23ª sessão ordinária, realizada em 15 de junho de 2011, fez-se coisa julgada administrativa e se tornou imutável em decorrência do ato jurídico perfeito.

Não obstante o entendimento de que a questão é estranha à competência desta Justiça Especializada³, teço as seguintes considerações, necessárias à análise do mérito:

²TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 114, Acórdão de 02/05/2012, Relator (a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 106, Data 06/06/2012, Página 32/33.

³ (...)

3.- Contas desaprovadas pelo TCM, com nota de improbidade, mas aprovadas pela Câmara Municipal. **Eventuais vícios nos Decretos Legislativos. Nulidade somente passível de decretação em ação própria perante a Justiça Comum Estadual.** Outro acórdão do TCM ainda não submetido a aprovação pela Câmara Municipal. Caso de Inexistência de

De início, impende reconhecer que o ato de aprovar ou desaprovar as contas do gestor, emitido pela Câmara de Vereadores e levado a efeito por meio de decreto legislativo, tem natureza de ato administrativo.

É que, no caso, o decreto em questão tem efeito concreto, ou seja, traz em si mesmo o resultado específico pretendido, nada tendo de normativo, nem mesmo mandamento genérico e sequer apresenta qualquer regra abstrata de conduta, atuando concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos.

Nesse sentido decidiu o STJ, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. PREFEITO MUNICIPAL. ATO APONTADO COMO COATOR. LEI ESTADUAL QUE DISPÕE SOBRE A CORREÇÃO MONETÁRIA DOS CRÉDITOS DA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. NORMA GERAL ABSTRATA. LANÇAMENTO. NORMA INDIVIDUAL E CONCRETA. PREFEITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TEORIA DE ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

(...)

2. É cediço que ato normativo de caráter geral e abstrato não é impugnável pela via do mandado de segurança, ante o teor da Súmula 266/STF, segundo a qual “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.

3. Por seu turno, as leis e os decretos de efeitos concretos são passíveis de mandado de segurança, desde sua publicação, por se equipararem aos atos administrativos nos seus resultados imediatos.

4. À luz da doutrina: “por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança” (Hely Lopes Meirelles, in “Mandado de Segurança, Ação Popular, ...”, 28ª ed.

decisão irrecorrível do órgão encarregado de julgar contas de ex-Prefeitos. Improbidade passível de condenação em ação própria. Ação desconstitutiva. Súmula 01 do TSE. Não incidência do disposto no art. 1º. I, “g”, LC nº 64/90. Inelegibilidade afastada. Recursos providos.”

(TRE/ CE, RECURSO EM REGISTRO DE CANDIDATO nº 11484, Acórdão nº 11484 de 09/09/2004, Relator (a) FRANCISCO ROBERTO MACHADO, Publicação: SES - Publicado em Sessão, Data 09/09/2004)

atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, pág. 41).

(...)

(STJ, RMS 22.499/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 03/11/2008)

Assim, como todo ato administrativo, pode ser anulado pela própria Administração Pública por razões de ilegalidade, em atendimento ao seu poder de autotutela, consoante entendimento já consagrado pelo STF por meio das Súmulas nº 346 e 473.

A anulação feita pela Administração Pública independe de provocação do interessado uma vez que, estando vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o poder-dever de zelar pela sua observância.

No caso, a nulidade se apresenta quanto ao objeto, já que, consoante dispõe o artigo 2º, parágrafo único, alínea “c”, da Lei nº 4.717/65, *“a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”*.

Na espécie, o decreto legislativo reputado nulo, que aprovou as contas relativas ao exercício de 2007, violou as disposições contidas no regimento interno do TCE/TO, posto que, em face da decisão proferida por aquela corte de contas pendia recurso administrativo de efeito suspensivo, razão pela qual não podia a Câmara de Vereadores se manifestar sobre aquele parecer, posto que ainda não definitivo.

Nesses termos, a anulação da decisão anterior e a emissão de nova decisão sobre as referidas contas se revestem de legalidade, não prevalecendo a tese de que aquele ato não podia ser modificado por se tratar de ato jurídico perfeito ou, ainda, em razão da coisa julgada, porquanto, segundo sumulado pelo STF, *“a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”*⁴.

Ressalta-se, ainda, que não houve violação ao art. 31, §2º, da Constituição Federal, que estabelece que o parecer elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado, em auxílio à atividade fiscalizatória que o Poder Legislativo exerce sobre o Poder Executivo, somente deixará de prevalecer pelo voto de dois terços dos membros da Câmara Municipal, já que a aprovação, segundo se infere dos autos, foi unânime.

Da inelegibilidade superveniente

4

Súmula 473 do STF.

Consoante disposição expressa do art. 262 do Código Eleitoral, o recurso contra expedição de diploma tem lugar nos seguintes casos:

“I - inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato;

II - errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional;

III - erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou a sua contemplação sob determinada legenda;

IV - concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do art. 222 desta Lei, e do art. 41-

A da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997”.

Esse rol é fechado, taxativo ou *numerus clausus*, não admitindo ampliação, consoante observa José Jairo Gomes (*in* Direito Eleitoral. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 356).

Nessa seara, oportuna a lição de Carlos Eduardo de Oliveira Lula⁵ quanto ao cabimento do recurso contra diplomação, *verbis*:

“Como já sustentamos anteriormente, o momento adequado para o questionamento das inelegibilidades e incompatibilidades é a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC), sob pena de preclusão. Não argüidas naquele momento aquelas matérias, nada se pode mais fazer, a não ser que ocorram duas situações, em que será possível intentar RCD: a) inelegibilidade superveniente ao registro; b) inelegibilidade ou incompatibilidade com assento constitucional.

Na primeira situação, pouco interessa se a inelegibilidade é constitucional ou infraconstitucional; ela pode ser intentada porquanto impossível de ser oposta quando da AIRC. Ora, se a inelegibilidade é superveniente à decisão que defere o pedido de registro de candidatura, obviamente a parte não poderia argüi-la no prazo da AIRC. Mas deve-se atentar para o fato de que a inelegibilidade superveniente deve ser entendida como sendo aquela que surge após o registro e que, portanto, não poderia ter sido naquele momento alegada, mas que deve ocorrer até a eleição. Assim sendo, será possível sua discussão em RCD.”

Portanto, apenas podem ser arguidas, no RCED, as inelegibilidades supervenientes ao registro e/ou aquelas de natureza constitucional.

A inelegibilidade superveniente, conforme consignado pelo TSE, no julgamento do RCED nº 653, Rel. Min. Fernando Neves da Silva, publicado em 25.06.04: *“deve ser entendida como sendo aquela que surge após o registro e que, portanto, não poderia ter sido naquele*

⁵ LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*. Leme, SP: Imperium, 2008, pág. 725.

momento alegada, mas que deve ocorrer até a eleição. Nesse sentido: Acórdão nº 18.847.”

No caso em apreço, os Recorrentes sustentam o pedido de desconstituição dos diplomas conferidos aos Recorridos pela Justiça Eleitoral ao argumento de que o Recorrido Edson Nunes Lustosa teve as contas de ordenador de despesas relativas ao exercício de 2007, quando exercia o cargo de Prefeito Municipal de Paranã/TO, rejeitadas pela Câmara Municipal de Paranã/TO, por meio do Decreto Legislativo nº 005/2012, na sessão realizada no dia 11 de julho de 2012, razão pela qual se enquadraria na causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar nº 64/90.

Com efeito, do Decreto Legislativo nº 005/2012, editado pela Câmara Municipal de Paranã/TO, publicado e em vigor a partir do dia 11 de julho de 2012, acostado aos autos às fls. 172, verifica-se que a possível inelegibilidade alegada pelos Recorrentes não poderia ter sido alegada em sede de registro de candidatura, porquanto superveniente à data limite prevista no calendário eleitoral para a protocolização dos pedidos de registro de candidatura.

Por outro lado, a inelegibilidade suscitada nos autos foi fundamentada na alínea “g” do inciso I do art. 1º da LC 64/90, com redação inovada pela Lei da Ficha Limpa, que assim dispõe:

“g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)”

Com efeito, além de estar devidamente comprovada a competência da Câmara de Vereadores para o julgamento de contas do recorrido e que sua rejeição implica uma das causas de inelegibilidade, os fatos devem se amoldar perfeitamente nos demais requisitos exigidos pela lei, ou seja, devem consubstanciar-se em irregularidades insanáveis que configuram ato doloso de improbidade administrativa.

É o que se verifica no caso em apreço.

Impende consignar, nesta seara, que a natureza das irregularidades é fato incontroverso nos autos, razão pela qual as irregularidades insanáveis que configuram ato doloso de improbidade administrativa se

presumem como verdadeiras, nos termos do que dispõe o artigo 302⁶ do CPC.

É que, pelo princípio do ônus da impugnação especificada, cabe ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, sendo que, não o fazendo, presumem-se verdadeiros os referidos fatos. É o que se verifica na hipótese dos autos.

Não fosse, ainda assim é de se reconhecer que os fatos que deram ensejo à rejeição das contas são irregularidades insanáveis que configuram ato doloso de improbidade administrativa.

Em primeiro lugar, tem-se que insanável é toda e qualquer irregularidade que não pode ser “corrigida” e que, pela sua gravidade, traduz o comprometimento dos princípios norteadores do Direito Administrativo, em especial os da legalidade, moralidade e impessoalidade, ultrapassando a fronteira entre os pequenos erros de natureza formal e a falta de probidade administrativa.⁷

Em segundo lugar, a locução “ato doloso de improbidade administrativa” comporta o exame da conduta ensejadora da desaprovação das contas sob duas perspectivas: a de ser ato de improbidade administrativa e a demonstração do dolo no agir do gestor público.

Quanto a ser ato de improbidade, a referência que se deve ter em mente é a própria Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que se triparte em três espécies de atos: os que geram enriquecimento ilícito do próprio gestor (art. 9º), os que causam prejuízos ao erário (art. 10º) e os que correspondem a graves violações dos princípios constitucionais do Direito Administrativo (art. 11).

Merece especial reflexão a questão do dolo do agente em matéria de improbidade administrativa. Como bem observam Marlon Jacinto Reis e Lucieni Pereira, ***“não é cabível aqui qualquer referência ao conceito que o dolo recebe em se tratando de Direito Penal. Lembremos que***

⁶ Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. **Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados**, salvo:

I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

⁷ José Jairo Gomes preleciona que: “Está claro não ser qualquer tipo de irregularidade que ensejará a inelegibilidade enfocada. Assim, pequenos erros formais, deficiências inexpressivas ou que não cheguem a ferir princípios regentes da atividade administrativa, evidentemente, não atendem ao requisito legal” (Direito Eleitoral, 5ª edição, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2010, p. 173)

estamos diante de um pronunciamento da Justiça Eleitoral acerca de irregularidades descritas em um parecer ou acórdão de um Tribunal de Contas. Não há em tais documentos referências suficientes para se aquilatar o psiquismo do responsável pelas contas, a ponto de tomar possível uma análise minimamente sofisticada do seu elemento volitivo ... A referência a dolo foi inserida no texto do dispositivo com o específico fim de excluir da aplicação do dispositivo aquele administrador que evidentemente em nada concorreu para a ocorrência do vício detectado quando da: tomada de contas.⁸

Nessa mesma toada, deve ser lembrado o seguinte trecho do brilhante voto do Min. Luiz Fux nas ADC's 29 e 30 e ADI 4578, que reconheceram a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, atentando para a necessidade hermenêutica de revisitar os institutos do direito penal para aplicá-los ao direito eleitoral:

“Já é possível, portanto, revolver temas antes intocáveis, sem que se incorra na pecha de atentar contra uma democracia que – louve-se isto sempre e sempre – já está solidamente instalada. A presunção de inocência, sempre tida como absoluta, pode e deve ser relativizada para fins eleitorais ante requisitos qualificados como os exigidos pela Lei Complementar nº 135/10. Essa nova postura encontra justificativas plenamente razoáveis e aceitáveis. Primeiramente, o cuidado do legislador na definição desses requisitos de inelegibilidade demonstra que o diploma legal em comento não está a serviço das perseguições políticas. Em segundo lugar, a própria ratio essendi do princípio, que tem sua origem primeira na vedação ao Estado de, na sua atividade persecutória, valer-se de meios degradantes ou cruéis para a produção da prova contra o acusado no processo penal, é resguardada não apenas por esse, mas por todo um conjunto de normas constitucionais, como, por exemplo, as cláusulas do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e a vedação da tortura – à qual a Constituição Federal reconheceu a qualidade de crime inafiançável (art. 5º, XLIII) – e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). Demais disso, é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país. A este tempo em que ora vivemos deve corresponder a leitura da Constituição e, em particular, a exegese da presunção de inocência, ao menos no âmbito eleitoral, seguindo-se o sempre valioso escólio de KONRAD HESSE (A Força

⁸ “Artigo ESTATUTO ELEITORAL E FINANÇAS PÚBLICAS: apontamentos sobre os novos aspectos da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas – in Lei da Ficha Limpa Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular, Ed. Edipro, 2010, p. 92

Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.20).

Desse modo, o dolo do ato de improbidade deve ser afastado apenas quando, de maneira clara e precisa, não se possa vincular o ato praticado à figura do gestor que por ele foi responsabilizado, sob pena de esvaziamento da alínea “g” do art. 1º, inciso I, da lei das inelegibilidades.

Pois bem, da análise da documentação contida nos autos, tem-se que o Recorrido teve as contas consolidadas do Município de Paraná/TO, de sua responsabilidade, referentes ao exercício financeiro de 2007, desaprovadas em face de irregularidades insanáveis, as quais configuram ato doloso de improbidade administrativa, conforme relação abaixo discriminada, em conformidade com o Parecer Prévio nº 090/2009 – 1ª Câmara, emitido pelo TCE/TO, contido às fls. 53/55 e confirmado, nesta parte, pela Resolução 1041/2011- TCE – Plenário (fls. 121/122), destacando-se como principais os seguintes:

- transferência de recursos do FUNDEF e FUNDEB para outras contas sem justificativa, visto que se trata de recursos vinculados;*
- pagamentos efetuados aos agentes políticos em desacordo com a legislação pertinente;*
- repasse ao Poder Legislativo acima do limite constitucional.*

Todas as causas acima elencadas estão revestidas de insanabilidade.

Tais fatos, além de insanáveis, adequam-se com exatidão aos preceitos da Lei de Improbidade Administrativa, especificamente nos dispositivos colacionados abaixo:

“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; (...)

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

(...)

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; (...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que

viola os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;”

Em assim sendo, dúvida não resta quanto ao fato das irregularidades constituírem ato de improbidade. O dolo do ato, por seu turno, fica evidenciado na medida em que não se visualiza qualquer fato que possa afastar a prática do ato da figura do gestor que veio a ser condenado.

A tese acima esposada encontra respaldo em decisão do TSE:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL RECEBIDO COMO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO ESTADUAL. INELEGIBILIDADE. REJEIÇÃO DE CONTAS. TCE/AC. PRESIDENTE DE CÂMARA MUNICIPAL. PAGAMENTO A VEREADORES ACIMA DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS. IRREGULARIDADE INSANÁVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPROVIMENTO.

1. A inelegibilidade do art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90, com a redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010, exige, concomitantemente: a) rejeição de contas, relativas ao exercício de cargo ou função pública, por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa; b) decisão irrecorrível proferida pelo órgão competente; c) inexistência de provimento suspensivo ou anulatório emanado do Poder Judiciário.

2. Pagamento a maior a vereadores, acima do limite de 5% (cinco por cento) da receita do Município (art. 29, VII, da Constituição Federal) constitui irregularidade insanável e configura ato doloso de improbidade administrativa, a teor do art. 10, I, IX e XI, da Lei nº 8.429/92. No caso, a decisão que rejeitou as contas do então Presidente da Câmara Municipal de Santa Rosa do Purus/AC, ora agravante, transitou em julgado em 2.8.2006.

3. Agravo regimental desprovido.”

(TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 85412, Acórdão de 16/11/2010, Relator(a) Min. ALDIR GUIMARÃES PASSARINHO JUNIOR, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 16/11/2010)” (grifos acrescidos)

Por outro lado, não se verifica dos autos nenhuma informação ou prova no sentido de que a decisão se encontra com seus efeitos suspensos ou, ainda, que tenha sido anulada por decisão judicial.

Ao que se verifica dos autos, o Recorrido manejou ação ordinária com pedido de tutela antecipada, objetivando impedir o julgamento das contas pela Câmara Municipal de Vereadores de Paranã/TO (fls. 175/202), cujo pedido foi indeferido em sede de antecipação de tutela (fl. 183). Em face de referida decisão, manejou-se Agravo de Instrumento perante o TJ/TO (fls. 186/202).

Também se verifica que o Requerido interpôs ação ordinária com pedido de tutela antecipada perante a justiça comum estadual (autos nº 156-08.2012.827.2732), visando à anulação da ata da 25ª sessão da Câmara de Vereadores de Paranã/TO (fls. 315/344).

Ocorre, no entanto, que não há, nos autos, informação acerca de qualquer suspensão da decisão proferida pela Câmara de Vereadores pela Justiça Comum Estadual, em sede de liminar ou de antecipação de tutela.

Ora, a jurisprudência do TSE consolidou o entendimento de que a declaração de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, “g”, da Lei Complementar nº 64/90 depende da presença simultânea de três fatores: a) contas rejeitadas por irregularidade insanável; b) decisão do órgão competente que rejeita as contas deve ser irrecorrível; c) decisão de rejeição das contas não deve estar submetida ao crivo do Judiciário, mas, se estiver, é imperioso que os seus efeitos não tenham sido suspensos mediante a concessão de liminar ou de tutela antecipada⁹.

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA ALINHADA NO SENTIDO DA JURISPRUDÊNCIA DO TSE. DESPROVIMENTO.

1. Não se decreta nulidade na ausência de demonstração de prejuízo.

2. Inexiste falta de prequestionamento, quando a decisão do Tribunal Regional Eleitoral reconhece o caráter insanável de que resultou a rejeição das contas do agravante.

3. O ajuizamento de ação desconstitutiva contra decisões de rejeição de contas e sem obtenção de medida liminar ou antecipação de tutela, não afasta o óbice à inelegibilidade (artigo 1º, inciso I, alínea g da LC n. 64/90).

4. Agravo a que se nega provimento.”

(TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 32303, Acórdão de 18/12/2008, Relator(a) Min. EROS ROBERTO GRAU, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 16/2/2009, Página 44)

Ademais, no recurso contra expedição de diploma, o reconhecimento da inelegibilidade se dá com a própria decisão que rejeitou as contas e não com a propositura da ação que visa desconstituir a decisão.

Nesse sentido decidiu o TSE, conforme se verifica da ementa abaixo:

⁹ TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 32597, Acórdão de 30/10/2008, Relator (a) Min. JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 30/10/2008.

“Agravamento Regimento. Recurso contra expedição de diploma. Prefeito. Art. 262, I, CE. Contas. Rejeição. Inelegibilidade infraconstitucional. Superveniente. Inexistência. Preclusão.

- A rejeição de contas deve ser argüida em impugnação de registro de candidatura, sob pena de preclusão.

- O conhecimento da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC nº 64/90 não se dá com a propositura da ação desconstitutiva da ação que rejeitara as contas, mas com a própria decisão de rejeição.

Agravamento regimental a que se nega provimento.”

(TSE, AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 6735, Acórdão de 11/04/2006, Relator(a) Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 02/06/2006, Página 101)

Da ausência de coisa julgada

Os Requeridos alegam que a inelegibilidade examinada nestes autos já foi objeto de ação de impugnação de registro de candidatura, manejada pelo PSD, nos autos nº 24-95.2012.627.0018, sendo que, assim, há de se reconhecer o instituto da coisa julgada, o que impõe a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso V, do CPC.

Ocorre, no entanto, que não procede a tese arguida.

É que, não obstante tenha o Partido da Social Democracia – PSD impugnado o registro de candidatura do Requerido Edson Nunes Lustosa com base na desaprovação das contas relativas ao exercício de 2007, referida causa de pedir não foi analisada pelo julgador de primeiro grau em razão de que a desaprovação pela Câmara Municipal se verificou depois do registro de candidatura.

A decisão de primeiro grau restou fundamentada nos seguintes termos:

“2.3 – DO JULGAMENTO QUE RESULTOU NA REJEIÇÃO DAS CONTAS REFERENTES AO EXERCÍCIO DE 2007, PELA CÂMARA MUNICIPAL DE PARANÁ, EM 11 DE JULHO DE 2012. Insta ressaltar que o acórdão 387/2012, não foi objeto da impugnação, mas, tão somente, o acórdão 129/2011 (autos nº 01800/2007), dessa forma, desnecessário, inclusive, analisar sobre os efeitos da interposição de recurso com efeito suspensivo do acórdão 387/2012.

O objeto das impugnações do PSD e da Coligação RENOVAR PARANÁ, além do julgamento, realizado pelo TCE, que considerou irregulares as contas do exercício de 2006, são, também, a rejeição das contas pela Câmara dos Vereadores, no que tange ao exercício de 2007, época em que o impugnado era Prefeito Municipal de Paranã/TO.

Primeiramente, é preciso se ressaltar que o julgamento de rejeição

das contas do impugnado, referente ao exercício de 2007, foi prolatado no dia 11 de julho de 2012, conforme se extrai do Decreto Legislativo nº 005/2012, acostado às fls. 54, ou seja, ocorreu em momento posterior ao prazo final para requerimento do registro de candidatura e, portanto, posterior ao pedido de registro de candidatura do impugnado.

Ocorre que as condições de elegibilidade e inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro de candidatura, excepcionando-se tal possibilidade somente quando se tratar de fato superveniente que afaste a inelegibilidade, conforme dita o § 10, do artigo 11, da Lei das Eleições. Assim, é no momento da formalização do pedido de registro de candidatura que serão aferidos as condições de elegibilidade e inelegibilidade.

Ora, deve-se ressaltar que a rejeição das contas do impugnado se deu em momento posterior ao requerimento do registro de candidatura, já que o julgamento que rejeitou as contas do impugnado, no que tange ao exercício de 2007, se deu no dia 11 de julho de 2012.

Destarte, embora a rejeição das contas do exercício de 2007, época em que o impugnado exercia o mandato de Prefeito de Paranã/To, na hipótese do artigo 1º, inciso I, alínea “g”, da LC 64/90, caracterize a ocorrência de inelegibilidade, esta surgiu de forma superveniente, não podendo ser levada em conta para fins de indeferimento do registro de candidatura.

A propósito, a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, tem considerada a data do pedido de registro de candidatura como base para se aferir as condições de elegibilidade, bem como as hipóteses de inelegibilidade.

Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral: “ELEIÇÕES 2008. AGRAVO REGIMENTAL. REGISTRO DE CANDIDATO. CONTAS REJEITADAS APÓS O PEDIDO DE REGISTRO. FATO SUPERVENIENTE. RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO.1. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são aferidas no momento do registro do pedido de registro.2. Fatos supervenientes ao pedido de registro podem ser suscitados no recurso contra expedição de diploma, nas hipóteses previstas no art. 262 do Código Eleitoral. 3. Agravos regimentais desprovidos” (Agravamento Regimento no REspe. n. 34149/PR, Relator Ministro Marcelo Ribeiro) (Grifei)

De todo modo, fatos supervenientes ao pedido de registro podem ser suscitados no recurso contra expedição de diploma, nas hipóteses do artigo 262, do Código Eleitoral. Sendo assim, o julgamento da Câmara dos Vereadores que rejeitou as contas do impugnado, referentes ao exercício de 2007, não pode ser utilizado para fundamentar o indeferimento do registro de candidatura do candidato a Prefeito EDSON NUNES LUSTOSA.”

Referida decisão, discutida em sede de recurso eleitoral em razão da interposição de apelo pelo Partido da Social Democracia – PSD, restou mantida na parte, ante o improvimento do recurso.

No ponto, a ementa consignou que:

“5. A jurisprudência deste Tribunal é firme, no sentido de que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são aferidas no momento do pedido de registro, dicação do artigo 11, §10, da Lei n. 9504/97. Jurisprudência do TSE.”¹⁰

Os Embargos de Declaração manejados em face da referida decisão colegiada foram julgados improvidos, assim como se negou seguimento Recurso Especial (fls. 257/261).

Nesses termos é que restou mantida a decisão de primeiro grau que considerou que os *“fatos supervenientes ao pedido de registro podem ser suscitados no recurso contra expedição de diploma, nas hipóteses do artigo 262, do Código Eleitoral.”*

Das nulidades no processamento e julgamento das contas

Por outro lado, foge à esfera da Justiça Eleitoral, em especial em exame de RCED, analisar possíveis vícios ocorridos no processamento e julgamento das contas perante a Câmara de Vereadores, ainda mais porque não cabe a esta justiça especializada verificar o acerto ou desacerto das decisões que rejeitaram as contas.

Nesse sentido decidiu o TSE:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. INELEGIBILIDADE. REJEIÇÃO DE CONTAS. PREFEITO. LC Nº 64/90, ART. 1º, I, g. ILEGALIDADE. DECRETO LEGISLATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM. REGISTRO DE CANDIDATO. INDEFERIMENTO.

1. Não cabe à Justiça Eleitoral verificar o acerto ou desacerto das decisões que rejeitaram as contas.

2. No caso dos autos, a legalidade dos decretos legislativos foi submetida à apreciação da Justiça Comum, mas não foi proferida decisão liminar ou qualquer provimento que suspendesse a inelegibilidade.

3. Agravo regimental desprovido.”

(TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 29476, Acórdão de 25/10/2008, Relator (a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 25/10/2008)

No mesmo sentido decidiu o TRE/PB:

¹⁰ TRE/TO, RECURSO ELEITORAL nº 2495, Acórdão publicação em seção, data: 28.08.2012, Relator (a) Juiz José Ribamar Mendes Júnior.

“REGISTRO DE CANDIDATURA. DEFERIMENTO. CONTAS REJEITADAS PELO TCE MAS APROVADAS PELA CAMARA MUNICIPAL.

- O ORGAO COMPETENTE PARA APROVAR OU REJEITAR AS CONTAS DO PREFEITO E A CAMARA MUNICIPAL. SIMPLES PARECER DO TRIBUNAL DE CONTAS NAO RESPALDA O INDEFERIMENTO DO REGISTRO DO CANDIDATO. RECURSO QUE APONTA IRREGULARIDADES NA VOTACAO DA CAMARA. INCOMPETENCIA DA JUSTICA ELEITORAL PARA APRECIAR A MATERIA. IMPROVIMENTO.

- **A JUSTICA ELEITORAL NAO PODE, NO JULGAMENTO DO REGISTRO DE CANDIDATURA, DISCUTIR SOBRE LEGALIDADE DE VOTACAO NA CAMARA MUNICIPAL, POR SER MATERIA DE COMPETENCIA DA JUSTICA COMUM ESTADUAL.**

- RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.”

(TRE/PB, RECURSO ORDINARIO nº 680/96, Acórdão nº 29.334 de 28/08/1996, Relator (a) MARCELLO FIGUEIREDO FILHO, Publicação:)

“1.- RRC. Candidatos a Prefeito e Vice. Necessidade de reunião dos processos para julgamento em conjunto, ou seja, julgamento único, numa só decisão (art. 35, § 2º, RES-TSE nº 21.608/04). Proferida, entretanto, duas decisões no 1º grau, reúnem-se os recursos para fins de julgamento único no 2º grau.

2.- É de competência exclusiva da Câmara Municipal o julgamento das contas do chefe do Executivo Municipal, sendo irrelevante a distinção entre contas de gestão e contas de exercício financeiro (governo), ambas de responsabilidade do Prefeito Municipal, atuando o TCM como órgão auxiliar do Poder Legislativo Municipal, com competência para expedir pronunciamento estritamente opinativo. Precedentes do TSE e do próprio STF.

3.- Contas desaprovadas pelo TCM, com nota de improbidade, mas aprovadas pela Câmara Municipal. **Eventuais vícios nos Decretos Legislativos. Nulidade somente passível de decretação em ação própria perante a Justiça Comum Estadual.** Outro acórdão do TCM ainda não submetido a aprovação pela Câmara Municipal. Caso de Inexistência de decisão irrecorrível do órgão encarregado de julgar contas de ex-Prefeitos. Improbidade passível de condenação em ação própria. Ação desconstitutiva. Súmula 01 do TSE. Não incidência do disposto no art. 1º. I, "g", LC nº 64/90. Inelegibilidade afastada. Recursos providos.”

(TRE/CE, RECURSO EM REGISTRO DE CANDIDATO nº 11484, Acórdão nº 11484 de 09/09/2004, Relator (a) FRANCISCO ROBERTO MACHADO, Publicação: SES - Publicado em Sessão, Data 09/09/2004)

Dos efeitos da decisão

Também não procede a tese arguida pela defesa de que a decisão nesta ação não atinge a candidata à vice-prefeita, em razão de que não teve contas rejeitas e, portanto, não incorreu em causa de inelegibilidade.

Ora, o litisconsórcio necessário consiste na cumulação de sujeitos da relação processual, seja no polo ativo, seja no passivo ou em ambos, sempre que a lide deva necessariamente ser decidida da mesma forma, no plano material, para todos os litisconsortes, ou seja, sempre que o litisconsórcio for unitário. O litisconsórcio necessário decorre da natureza da relação jurídica de direito material ou de disposição legal expressa. Nessas situações, exige-se a presença de todos os litisconsortes¹¹.

No caso em análise, tem-se que a sanção buscada é a desconstituição dos diplomas conferidos pela Justiça Eleitoral aos candidatos eleitos, com claro efeito para o mandato que se exerce.

Por outro lado, a chapa majoritária é única e indivisível. É o que dispõe a Resolução TSE 23.373/11, *verbis*:

“Art. 21. Os partidos políticos e as coligações solicitarão ao Juízo Eleitoral competente o registro de seus candidatos até as 19 horas do dia 5 de julho de 2012 (Lei no 9.504/97, art. 11, caput).

§ 1º O registro de candidatos a Prefeito e Vice-Prefeito se fará sempre em chapa única e indivisível, ainda que resulte da indicação de coligação (Código Eleitoral, art. 91, caput).”

Insta consignar que, em razão da unicidade da chapa majoritária, os processos dos candidatos a prefeito e a vice-prefeito deverão ser julgados conjuntamente e o registro da chapa majoritária somente será deferido se ambos os candidatos forem considerados aptos.

Nesse decidiu o Tribunal Superior Eleitoral, *in verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATO. PREFEITO. INELEGIBILIDADE. ART. I,

1. Para afastar a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, b, da LC nº 64/90, não basta o mero ajuizamento de ação desconstitutiva ou mandado de segurança, visando anular o ato do órgão legislativo, faz-se necessário comprovar a obtenção de provimento judicial, mesmo em caráter provisório, suspendendo os efeitos desse ato.

¹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 308.

2. Não se aplica à discussão atinente à inelegibilidade do art. 1º, I, b, da LC nº 64/90 o que decidido na ADPF nº 144/DF do Supremo Tribunal Federal.

3. Os processos dos candidatos a prefeito e a vice-prefeito deverão ser julgados conjuntamente e o registro da chapa majoritária somente será deferido se ambos os candidatos forem considerados aptos, não podendo esse ser deferido sob condição (Resolução-TSE nº 22.717/2008, art. 48).

4. Recurso desprovido.”

(TRE/MG, 31531 MG, Relator: MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 13/10/2008, Data de Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 13/10/2008)

Nesses termos, não obstante ausente determinação legal no sentido de que o vice-prefeito deve compor o polo passivo do RCED na condição de litisconsórcio passivo necessário, a imprescindibilidade decorre da natureza da relação jurídica de direito material, considerada a possibilidade de o vice ser afetado pela eficácia da decisão.

A legitimidade para figurar no polo passivo das ações eleitorais cujas decisões possam acarretar a cassação do registro e/ou diploma sempre foi questão tormentosa na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

Em relação às eleições majoritárias, o TSE inicialmente tinha o entendimento de que tanto o titular como o vice deveriam compor a relação processual, sendo este litisconsorte passivo necessário.

No julgamento do Recurso Especial n. 15.817, rel. Min. Edson Vidigal, contudo, o TSE mudou de orientação, passando a entender que o vice não seria litisconsorte passivo necessário, já que seu mandato estaria subordinado à validade do mandato do titular.

Por fim, em 21/02/2008, no julgamento do Recurso contra Expedição de Diploma (RCED) nº 703, rel. para acórdão Min. Marco Aurélio, DJ: 24/03/2008, o TSE voltou ao entendimento inicial, assentando a necessidade de citação do vice para integrar a relação processual na qualidade de litisconsorte passivo necessário.

Portanto, conforme orientação atual do TSE, há litisconsórcio passivo necessário entre o chefe do poder executivo e seu vice nas ações cuja decisão possa acarretar a perda do mandato, devendo o vice necessariamente ser citado para integrá-las.

Nesse sentido:

*"AÇÃO CAUTELAR. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL.
PLAUSIBILIDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.*

1. O Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do Recurso contra Expedição de Diploma nº 703, passou a entender que o vice deve ser, necessariamente, citado para integrar todas as ações ou recursos, cujas decisões possam acarretar a perda de seu mandato.

2. Assim, considerando que o vice não foi parte em investigação judicial, mas teve o seu diploma cassado pelo acórdão regional, reveste-se de plausibilidade e de relevância a alegação de nulidade, por falta de citação na condição de litisconsorte passivo necessário. Pedido cautelar deferido”.

(TSE, AC nº 3.063/RO, Relator Min. Arnaldo Versiani, DJE de 08/12/2008)

Destarte, não merece prosperar a tese arguida pela defesa, ante o entendimento de que a vice-prefeita deve compor o polo passivo da ação na condição de litisconsórcio passivo necessário, quando se tratar de litisconsórcio unitário, ou seja, cuja decisão é igual para ambos os litisconsorciados.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, a Procuradoria Regional Eleitoral requer a juntada dos documentos em anexo, ao tempo em que se manifesta pelo provimento do recurso.

Palmas-TO, 25 de janeiro de 2013.

RODRIGO LUIZ BERNARDO SANTOS

Procurador Regional Eleitoral

ACÓRDÃO Nº 227-92

(28.1.2013)

RECURSO CRIMINAL Nº 227-92.2010.6.27.0029 – PALMAS (TO)

Relator: Juiz WALDEMAR CLÁUDIO DE CARVALHO

Revisor: Juiz MAURO RIBAS

Recorrente: VANDERLEY LUXEMBURGO DA SILVA

Advogado: GUILHERME COELHO COLEN

Advogado: MARCELO PEIXOTO DE MELO

Advogado: LUCAS FERREIRA BICALHO

Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

EMENTA: RECURSO CRIMINAL. ALISTAMENTO ELEITORAL. TRANSFERÊNCIA DE DOMICÍLIO ELEITORAL. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO POR VIOLAÇÃO DO SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. REJEIÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A inquirição de testemunha de acusação pelo Juiz, quando ausente o Representante do Ministério Público, constitui nulidade relativa. De modo que, nos termos exigidos pelo art. 563 do Código de Processo Penal, não sendo demonstrado prejuízo, não se procede à anulação do ato.

2. Além disso, conforme o disposto no art. 565 do mesmo Estatuto, falta legitimidade para a Defesa alegar esse vício, especialmente em se considerando que ela estava presente na audiência de instrução para inquirir a testemunha arrolada pelo Ministério Público, oportunidade em que nada alegou.

3. Preliminar rejeitada.

4. A prova produzida nos autos, tanto documental quanto oral, indica não restar dúvida de que o recorrente, visando satisfazer sua manifesta pretensão política, de forma livre e consciente, induziu a Justiça Eleitoral em erro (*o Título de Eleitor foi expedido*), valendo-se de declaração de residência sabidamente falsa, vez que ele próprio afirmou em seu interrogatório que nunca teria ido ao endereço do apartamento constante da denúncia.

5. Portanto, havendo elementos probatórios suficientes da materialidade e autoria delitiva, a sentença do Juízo *a quo* não merece qualquer reparo na parte dispositiva que condenou o ora recorrente à pena privativa de liberdade e impôs multa.

6. Não obstante, deve a sentença ser reformada na parte em que declarou a inelegibilidade do recorrente por oito anos, nos termos da letra “e” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990, alterada pela Lei Complementar nº 135/2010, vez não ser esta a via adequada para o reconhecimento de tal efeito.

7. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO: VISTOS, relatados e discutidos os autos, decide o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Tocantins, por unanimidade, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso interposto por **VANDERLEY LUXEMBURGO DA SILVA** para **CASSAR** a sentença na parte em que declarou a inelegibilidade do recorrente e **MANTER** a sentença na parte em que não restou afetada pela deliberação acima, nos termos do voto do relator.

Sala das Sessões do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins.

Palmas, 28 de janeiro de 2013.

Juiz WALDEMAR CLÁUDIO DE CARVALHO
Relato

VOTO

I – QUESTÃO PRELIMINAR

Em sede preliminar alega o recorrente a nulidade absoluta do processo em razão da violação do sistema penal acusatório e do devido processo legal – circunstâncias que acarretaram imensurável prejuízo ao acusado, em razão da inquirição de testemunha de acusação sem a presença do *Parquet* eleitoral (fl. 354).

Não assiste razão ao apelante.

Notadamente, a inquirição da testemunha de acusação pelo Juiz, quando ausente o Representante do Ministério Público, constitui nulidade relativa. De modo que, não sendo demonstrado prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do Código de Processo Penal, não se procede à anulação do ato.

Além disso, conforme o disposto no art.565 do mesmo Estatuto, falta legitimidade para a Defesa alegar esse vício, especialmente em se considerando que ela estava presente na audiência de instrução para inquirir a testemunha arrolada pelo Ministério Público, oportunidade em que nada alegou.

Com efeito, não há que se arguir nulidade relativa referente à formalidade cuja observância interesse exclusivamente à parte contrária.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO PELO JUIZ. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL AO ATO. ARGUIDO DESCUMPRIMENTO DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E ALEGADA NULIDADE RELATIVA. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ARGUIÇÃO QUE SÓ INTERESSA À PARTE CONTRÁRIA. ORDEM DENEGADA.

1. *A inquirição das testemunhas de Acusação pelo Juiz, quando ausente o Ministério Público Estadual, constitui nulidade relativa. Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do Código de Processo Penal, não se procede à anulação do ato.*

2. *Além disso, conforme o disposto no art. 565 do mesmo Estatuto, falta legitimidade para a Defesa alegar esse vício, mormente em se considerando que ela estava presente na audiência de instrução para inquirir as testemunhas arroladas pelo Ministério Público. Com efeito, não há que se arguir nulidade relativa referente a formalidade cuja observância interesse exclusivamente à parte contrária.*

3. *Ordem denegada.*

(STJ, HC 186397/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 28/06/2011).¹

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 3º, PARTE FINAL. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE TORTURA NA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. EXAME

APROFUNDADO DAS PROVAS. INVIABILIDADE DO WRIT. INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

[...]

3. *O Código de Processo Penal acolheu o princípio pas de nullité sans grief, de onde se conclui que somente há de se declarar a nulidade do feito quando resultar prejuízo devidamente comprovado pela parte interessada.*

4. *O não comparecimento do representante do Ministério Público ao interrogatório do paciente, por si só, não gera nulidade, havendo a necessidade de demonstração de prejuízo à defesa do paciente, o que não ficou provado nos presentes autos.*

5. *Ordem denegada.*

(HC 94.162/SP, 6.ª Turma, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe de

¹ Negritei.

25/10/2010; sem grifo no original)²

Assim, **REJEITO** a preliminar.

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

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

Passo à apreciação do mérito da causa.

II – DO MÉRITO

Antes de adentrar na análise do mérito *causae* propriamente dito, destaco que a questão relativa à comprovação do domicílio eleitoral do recorrente nesta Capital para efeito de transferência de seu título de eleitor, já foi objeto de apreciação por esta Corte quando do julgamento do Recurso Eleitoral nº 985 (24/03/2010), sob a relatoria do Juiz Hélio Miranda, interposto pelo ora recorrente em face de decisão do Juízo da 29ª Zona Eleitoral que havia indeferido seu requerimento de transferência de domicílio eleitoral, conforme se infere da Ementa do aludido julgado, publicada no Diário da Justiça Eleitoral nº 56, de 5 de abril de 2010, páginas 2 e 3, ocasião em que a maioria da Corte negou provimento ao recurso em razão da não comprovação do vínculo domiciliar com no mínimo três meses de antecedência do pedido, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO ELEITORAL. TRANSFERÊNCIA DE DOMICILIO – OPORTUNIZAÇÃO DE REGULARIZAÇÃO DA PROVA – POSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO RESTRINGE DECISÃO A PROVA ANTERIOR.

1 – A complementação de comprovação de vínculo assinalada pelo Juiz para justificar a transferência quando desatendida induz a decisão com base na prova já trazida aos autos.

2 – A prova necessária a transferência de domicílio é relativa a vínculo com no mínimo três meses de antecedência ao pedido.

3- Juntada de documentos a destempo por estranho a relação processual não são admitidas.

ACÓRDÃO: Acordam os Membros do Tribunal Regional Eleitoral no Tocantins em conhecer do recurso e, por maioria, vencido o Juiz Marcelo Cordeiro, em **improver** o Recurso, nos termos do voto do Relator.

Consoante informações obtidas junto ao Sistema de Acompanhamento Processual do TRE/TO (SADP), após o trânsito em

² *Idem*.

julgado, os autos foram arquivados na Seção de Informações Processuais (SEIP) em 13/04/2010, e, posteriormente, enviados para a Zona Eleitoral em 26/04/2010.

Aliás, ressalte-se que, quanto à comprovação da residência do recorrente neste Município, colhe-se dos autos que, embora lhe tenham sido abertas várias oportunidades para fazer tal prova (*quando do processo de transferência do domicílio (fls. 12/13); quando do recurso interposto em razão do indeferimento dessa transferência (fl. 27); quando da investigação realizada pela Polícia Federal determinada pelo Juízo da 29ª ZE (fls. 07/83); e, por fim, ao longo da presente instrução processual*), não logrou carrear aos autos qualquer elemento de convicção hábil a tanto. Restando tão somente os já destacados documentos de fls. 12 e 13.

Assim, além de configurar mácula à lisura da transferência do domicílio eleitoral, para o Ministério Público Eleitoral, bem como para o Juízo *a quo*, a conduta do recorrente configurou prática criminosa.

De fato, consta da sentença recorrida que o Juiz *a quo* condenou o réu **VANDERLEI LUXEMBURGO DA SILVA** à pena de um ano e seis meses de reclusão, em regime aberto, e a nove dias-multa pela prática do crime de **inscrição fraudulenta como eleitor**, capitulado no art. 289 do Código Eleitoral, *in verbis*:

Art. 289. Inscrever-se fraudulentamente eleitor:

Pena - Reclusão até cinco anos e pagamento de cinco a 15 dias-multa.

Por se enquadrar no art. 44, inciso III e § 2º do Código Penal, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e ao pagamento de uma prestação pecuniária no valor de cem salários mínimos a serem destinados ao Centro Educacional Nossa Senhora de Lourdes.

Declarou ainda aquele Juízo o réu inelegível, após o trânsito em julgado da sentença, pelo prazo de oito anos nos termos do art. 1º, I, letra e, da Lei Complementar nº 64/1990 com alteração dada pela Lei Complementar nº 135/2010.

Pois bem.

Colhe-se dos autos que a materialidade delitiva estaria consubstanciada nos documentos de fls. 12/13, o primeiro consistente no Requerimento de Alistamento Eleitoral firmado pelo recorrente e o segundo representado por uma Declaração firmada pela pessoa de Jair Corrêa Júnior, dando conta de que o recorrente residiria há mais de três meses no endereço: ARSE 61, Conj. L, Alameda 09, Lote 01, Apto 03.

Sobre tal prova o recorrente alega que nela há tão somente um erro material em relação ao número do apartamento, todavia acrescenta que a instrução criminal mostrou-se plena para demonstrar que ele possuía vínculo com o endereço indicado no ato de sua transferência, principalmente com base na prova testemunhal, com a qual estaria plenamente caracterizado o seu domicílio eleitoral.

Por fim, aduz o recorrente que para a verificação da fraude prevista no art. 289 do CE, seria necessário que a conduta adotada pelo recorrente se revestisse de meio ardiso, do engodo, da mentira ou da trapaça, com o nítido intuito de enganar o Poder Público, especialmente a Justiça Eleitoral, no caso não houve fraude, mas equívoco, especialmente porque acreditava que seu vínculo político, pessoal, profissional e efetivo com o Município de Palmas/TO fossem circunstâncias mais do que suficientes para caracterizar seu domicílio eleitoral.

Nesse particular assiste razão ao recorrente quanto ao relevo da prova oral produzida nos autos, mas não somente a de origem testemunhal, devendo-se a esta se somar também as declarações prestadas pelo próprio recorrente que trouxeram importantes esclarecimentos quanto aos fatos *sub examine*.

Destaco abaixo pontos importantes extraídos dos depoimentos colhidos das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, bem como do interrogatório do réu/recorrente.

TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA ACUSAÇÃO

MARIA CLAUDENICE FERREIRA, fls. 295/296:

[...] nunca foi ouvida pela Polícia Federal; que era serventúria do Cartório Eleitoral 28.01.2007 a 27.01.2009 [...] reconhece o documento de fl. 12 dos autos [...] a declaração de fl. 13 foi apresentada pelo denunciado [...] tem conhecimento que o acusado é um homem público [...] não tem conhecimento que o denunciado esteve em Palmas, além do dia que efetuou o requerimento de alistamento [...].

ANTONIO BENAIAS SILVA JÚNIOR (Agente da Polícia Federal), fls. 297/298:

[...] foi ao local indicado pelo acusado como endereço em Palmas – TO; que todas as pessoas entrevistadas no endereço informaram que acusado nunca morou no endereço declarado no requerimento de fl. 12 [...] apenas a pessoa de Américo declarou que viu o acusado no prédio, jantando na casa de Jair Correia JR. Ficando sabendo ainda que quando Vanderlei fazia pescaria em companhia de Jair Jr e se hospedava no Hotel Pousada dos Girassóis, de propriedade do pai de Jair Jr [...] não sabe informar as datas em

*que o acusado esteve na cidade e nem quantas vezes esteve aqui [...] não tem conhecimento se o acusado possui vínculo de ordem política nesta cidade de Palmas, confirmando apenas, que esteve no local indicado como sendo o acusado morador, constatando através das informações de pessoas residentes naquele local que tal fato não era verdadeiro [...].*³

TEREZINHA ROSA DE JESUS (ouvida em Goiânia por precatória, fls. 354:

*[...] era proprietário do imóvel situado na Quadra 604 Sul, Conjunto L, Alameda 9, Lote 11, Apartamento 03, Plano Diretor Sul, em Palmas/TO [...] não tem conhecimento de que alguma vez o denunciado tenha residido em referido imóvel; confirma seu depoimento prestado perante a autoridade policial, constantes às fls. 06/07 dos autos [...] As perguntas elaboradas pela defesa, respondeu: que conhece a figura de Vanderlei Luxemburgo como sendo uma pessoa pública; que não sabe dizer se o denunciado tinha algum vínculo na cidade de Palmas/TO, sabendo apenas informar que Jair Correia Júnior ocupa duas Secretarias na Prefeitura [...] se o denunciado esteve em Palmas/TO, foi quando ela estava viajando, porque, às vezes, ficava fora dando curso em outras cidades [...] confirma que comprou o imóvel de Jair Correia Júnior, sendo que foi ele quem construiu o condomínio e, à época do fato, tinha uns três apartamentos no condomínio [...].*⁴

TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA DEFESA

RAUL DE JESUS LUSTOSA FILHO, fls. 360/361:

[...] o acusado mantém uma relação estreita com o Município de Palmas [...] Vanderlei Luxemburgo, ainda no primeiro mandato do declarante, começou a freqüentar a cidade de Palmas e aqui deu apoio a alguns projetos sociais, especificamente na área de esportes, promovendo jovens carentes e tentando viabilizar suas refeições em agremiações esportivas do País a fora [...] o município lhe concedeu o título de cidadão Palmense [...] conversou com o Ex. Presidente Lula, oportunidade em que comentou com ele a respeito de um convite que havia feito a Vanderlei Luxemburgo para transferir seu domicílio eleitoral para Palmas, pois o mesmo seria um forte aliado junto ao Congresso Nacional e posteriormente Vanderlei chegou a transferir seu domicílio eleitoral para esta Capital [...] desconhece onde o acusado ficava hospedado quando vinha à cidade de Palmas [...] não tem conhecimento se o acusado chegou a adquiriu (sic) ou mesmo alugou um apartamento [...] tem

³ Sublinhei.

⁴ Idem.

conhecimento de que Vanderlei Luxemburgo mantinha um forte vínculo de amizade com a pessoa de Sr. Jair Correa [...].⁵

DARCI COELHO fls. 362/362:

[...] desde o ano de 2006, pelo que é do conhecimento do declarante, o acusado Vanderlei Luxemburgo frequenta o Estado do Tocantins e sua presença tem sido bastante marcante, mormente no que diz respeito à promoção de eventos esportivos que tem por objetivo promover jovens carentes, especialmente na área do futebol, tanto é que já foi lançado um torneio denominado Vanderlei Luxemburgo, com duas edições, fato este que ocorreu em Palmas e em outras cidades do Estado [...] Vanderlei chegou a adquiriu (sic) imóveis nesta Capital em um condomínio novo [...] não sabe dizer com certeza se Vanderlei chegou a ter domicílio eleitoral nesta capital, sendo de seu conhecimento, no entanto, que aqui o acusado possuía domicílio de ordem civil [...] quando via (sic) a esta cidade geralmente Vanderlei se hospedava em caso de amigos e hotéis, citando inclusive o nome da pessoa de Jair Correa. [...].⁶

JOSIVAN PEREIRA CANTUÁRIO, fls. 364/365:

[...] não sabe informar se Vanderlei possuía algum imóvel de sua propriedade ou mesmo alugado nesta cidade de Palmas [...] não sabe dizer em que local Vanderlei se hospedava quando vinha para esta cidade [...] desconhece o fato de o acusado ter tentado transferir seu título eleitoral para esta Capital [...].

DIVINO DONIZETI BORGES NOGUEIRA, fls. 366/367:

[...] conheceu o acusado Vanderlei Luxemburgo no ano de 2008, época em que o declarante era secretário do Município de Palmas exercendo também a função de Presidente Regional do Partido dos Trabalhadores, sabendo informar que Vanderlei mantinha alguns programas de promoção de jovens carente (sic) na área de futebol, junto à Prefeitura de Palmas [...] o acusado foi convidado pelo Raul Filho a se filiar ao PT, como efetivamente o fez, inclusive com a aquiescência do depoente; que Vanderlei chegou a participar de algumas reuniões do PT nesta Capital e também esteve presente no lançamento da pré-candidatura da Presidente Dilma em Brasília, juntamente com integrantes do PT do Tocantins [...] tem conhecimento do fato de Vanderlei ter transferido seu domicílio eleitoral para Palmas e em decorrência o mesmo foi autorizado a se inscrever no PT, porém o partido nunca ventilou a hipótese de

⁵ Ibidem.

⁶ Sublinhei.

lançá-lo a candidato a Senador [...] não sabe dizer se Vanderlei possuía algum imóvel nesta cidade de Palmas [...]. (sublinhei)

JAIR CORREIA JÚNIOR, fls. 368/369:

[...] construiu o prédio na Quadra 604 Sul, conjunto L, Alameda 09, Lote 11, que possui 18 apartamentos, e na época possuía mais de 10 apartamentos que ainda não tinha vendido, disponibilizando qualquer um deles a pessoa do acusado Vanderlei Luxemburgo para fins de aluguel, e inadvertidamente Mário Nania colocou no contrato de locação que Vanderlei teria locado o apartamento de número 103, quando na verdade poderia ter constado no contrato de locação qualquer outro número dos que estavam vagos, a exemplo do apto. 203 [...] Vanderlei não chegou a participar diretamente da negociação do aluguel de um apartamento pertencente ao depoente, cujo documento de fl. 13 foi preenchido por Mário Nania e posteriormente assinado pelo acusado; que Vanderlei quando vinha a Palmas sempre hospedava no Hotel Pousado dos Girassóis, que pertence à família do declarante [...] confirma o declarante que o documento de fl. 13 foi preenchido por Mário Nania e que efetivamente não tinha a intenção de cobrar aluguel de Vanderlei pelo apartamento ao mesmo locado [...] chegou a convidar Vanderlei para vir até o Estado do Tocantins, mais especificamente a Palmas, e na época foi lançada a ideia de se promover jovens carentes que poderiam ter um destaque no futebol nos grandes clubes do País [...] naquela época o Prefeito Raul Filho chegou a ventilar a hipótese de Vanderlei se filiar ao PT [...] Vanderlei não tinha conhecimento do fato de que o apartamento que havia sido disponibilizado à sua pessoa pelo depoente a título de aluguel já havia sido vendido [...] tem conhecimento que Vanderlei possui dois lotes residenciais no Condomínio Polinésia [...] as vindas do acusado a Palmas normalmente durava dois dias, já tendo ocorrido de aqui permanecer até quatro dias [...] o acusado não chegou a usar o apartamento [...] confirma que o apartamento de número 103, à época dos fatos [...] pertencia a senhora Terezinha Rosa de Jesus e de número 03 era usado como residência do declarante [...].(sublinhei)

CAIRO BERNARDO, fls. 3670/371:

[...] conhece Vanderlei Luxemburgo desde 2005 para 2006 e no ano de 2008 o mesmo foi convidado para emprestar seu nome a um evento esportivo que foi denominado Copa Vanderlei Luxemburgo ,que tinha por Vanderlei posteriormente foi convidado a integrar os quadros de filiados de vários partidos existentes aqui no Estado e, inclusive do PT, porém não tem certeza de chegou a se vincular a algum partido [...] não tem conhecimento de que Vanderlei teria alugado um apartamento de propriedade do Sr. Jair Correia

localizado nesta cidade, tendo tomado conhecimento de que o mesmo adquiriu dois lotes objetivo divulgar jogadores jovens que estavam despontando nas categoriais de base dos clubes locais [...] em um condomínio existente em Palmas, desconhecendo porém a data em que o mesmo realizou a aquisição [...].(sublinhei)

INTERROGATÓRIO DO RÉU – FLS. 442/445 (Volume 3)

[...] as pessoas de Jair Júnior e Mário foram os responsáveis pela elaboração do contrato de locação, e os tinha como assessores nesta cidade de Palmas [...] se encontrava em Palmas na época em que firmou o documento de fl. 12; que reconhece como sendo de sua pessoa a assinatura constante do aludido documento [...] frequentava o Estado do Tocantins a cerca de cinco anos e foi orientado por políticos e também por seus advogados que em decorrência daquele fato poderia requerer a transferência de seu domicílio eleitoral para Palmas, e assim procedeu declarando-se como domiciliado nesta capital há três meses no endereço situado na Quadra 604 Sul, Conjunto L, Al. 09, Lote 11, APTO 03, Plano Diretor Sul [...] resolveu transferir seu domicílio eleitoral para este Estado face aos trabalhos sociais que aqui vinha desenvolvendo há alguns anos [...] quando vinha a Palmas [...] ficava hospedado no Hotel Pousada dos Girassóis, de propriedade da família do Jair Júnior, e também às vezes se hospedava na casa do genitor deste [...] nunca chegou a ficar no apartamento que alugou no endereço constante dos autos; salvo engano, na época em que os fatos se deram, estava terminando o contrato de treinador do Clube de Futebol Santos e estava indo para o Palmeiras [...] não via como empecilho o fato de estar dirigindo uma grande equipe do País, e manter uma residência em Palmas, mesmo por que o declarante possui vários outros imóveis no País [...] o depoente considerava como sua residência aqui em Palmas o hotel Pousada dos Girassóis, tendo alugado o apartamento mencionado na denúncia com o objetivo de atender alguma necessidade, de seus familiares estarem aqui [...] tendo, portanto, um local para se abrigar [...] apenas assinou um documento, locando um apartamento, não sabendo informar qualquer dado daquele imóvel, mesmo porque apenas lhe foi levado um papel para assinatura, cujo teor o mesmo não mais se recorda [...] se recorda de ter adquirido dois ou três lotes no Condomínio Polinésia, onde pretende construir um imóvel, porém não se recorda a data da aquisição [...] em decorrência de frequentar o Estado do Tocantins há vários anos aqui arrumou vários amigos, que inclusive o influenciaram a ter a ideia de transferir seu domicílio eleitoral para Palmas e tendo sido ventilada a hipótese de futuramente vir a ser candidato a algum cargo eletivo [...] no lançamento da candidatura de Dilma Rousseff à Presidência da República ouviu elogios por parte do Presidente Lula [...] chegou a assinar o documento constante da fl. 12 em

*estrita confiança às pessoas que o elaboraram [...] **nunca foi no endereço do apartamento constante da denúncia** [...] além da convenção já mencionada onde o depoente esteve na companhia de políticos do Estado do Tocantins **noutras oportunidades também foi ventilada a hipótese do mesmo vir a ser candidato a um cargo eletivo pelo Estado do Tocantins, tendo-se em vista a grande penetração que o depoente tem em todo o País** [...] as vezes que o depoente veio ao Tocantins para dar apoio aos eventos esportivos o fez com recursos próprios, inclusive pagando a passagem aérea de seu próprio bolso e inclusive fazia doações de material esportivo para as equipes participantes [...] **embora tenha dito que nunca esteve no apartamento constante do endereço relacionado na denúncia o depoente por diversas vezes esteve no mesmo prédio, oportunidade em que ficou hospedado no apartamento do Senhor Jair** [...] quando procurou o Senhor Jair para elaborar o contrato de locação de um apartamento não chegou a indicar o imóvel, seu número ou mesmo sua localização [...] por confiar em tal pessoa [...] assinou o referido contrato de locação [...] em momento nenhum teve participação na confecção do aludido contrato de locação [...] recebeu o título de cidadão Palmense, não se recordando a data e, pelo que ouviu dizer, está sendo veiculada a hipótese de ser lhe concedido também o título de cidadão tocaninense [...] **ao assinar o mencionado documento não teve qualquer intenção de fraudar ou mesmo enganar a Justiça Eleitoral** [...] já morou em hotéis geralmente quando estar (sic) dirigindo times fora eixo Rio – São Paulo [...].(sublinhei)*

Do teor desses depoimentos e ainda do interrogatório do recorrente somados à prova documental carreada aos autos permite extrair as seguintes conclusões:

- 1ª)** os documentos juntados às fls. 12 e 13 dos autos são autênticos;
- 2ª)** o recorrente compareceu pessoalmente no Cartório da 29ª Zona Eleitoral e fez a apresentação de aludidos documentos de transferência de domicílio eleitoral;
- 3ª)** o imóvel indicado em tais documentos pertence à pessoa de TEREZINHA ROSA DE JESUS;
- 4ª)** o recorrente jamais morou em tal endereço;
- 5ª)** o recorrente sequer conheceu tal imóvel;
- 6ª)** nas oportunidades em que esteve em Palmas, via de regra, o recorrente hospedava-se no Hotel Pousada dos Girassóis, e algumas vezes se hospedava na residência do genitor de Jair Júnior;
- 7ª)** além da alegada motivação de ter um imóvel para servir aos parentes que eventualmente viessem a Palmas, o recorrente admitiu sua pretensão de se candidatar a algum cargo eletivo no Tocantins;
- 8ª)** a alegada aquisição de lotes residenciais em um condomínio de Palmas se deu após o início do presente processo.

Como se vê, ao contrário do que alega o recorrente, a prova produzida nos autos, tanto documental quanto oral, indica não restar dúvida de que ele, visando obter seu desiderato, de forma livre e consciente, induziu a Justiça Eleitoral em erro (*já que o Título de Eleitor foi expedido, conforme notícia a fl. 11*), valendo-se de declaração de residência sabidamente falsa, vez que o próprio recorrente afirmou em seu interrogatório que **nunca teria ido ao endereço do apartamento constante da denúncia**.

A par dessa conclusão, uma questão merece ser esclarecida, até mesmo porque contribui para o deslinde do caso. Afinal de contas, por que o recorrente requereu a transferência de seu domicílio eleitoral para esta Capital? Seria em virtude das ações sociais que disse ter realizado e que continuaria a realizar? Seria porque achou o clima de Palmas agradável? Seria porque achou a cidade tranquila?

Compulsando-se os autos, deduz-se que a real e inquestionável motivação para que o recorrente promovesse a transferência de seu domicílio eleitoral para Palmas foi sua manifesta pretensão política.

De fato, resta claro que o recorrente, por ser pessoa conhecida no meio desportivo no cenário nacional, viu-se estimulado a se candidatar a um cargo eletivo no Estado do Tocantins (senador), e, por conta disso, pessoas que o incentivavam a tanto se dispuseram a regularizar sua situação jurídico-eleitoral exigida, no caso, o domicílio eleitoral. Para tanto, sem maiores preocupações (dada a figura notória do recorrente), forjaram uma declaração atestando falsamente sua residência.

Por certo, os artífices do plano não contavam com a diligente, providencial e pronta ação da Justiça Eleitoral que, à míngua de prova de vínculo consistente, acabou por indeferir seu pedido de transferência de domicílio, e ainda, determinou uma acurada investigação pela Polícia Federal que culminou na ação penal que ora se aprecia em grau de recurso.

Portanto, havendo elementos probatórios suficientes da materialidade e autoria delitiva, a sentença do Juízo *a quo* não merece qualquer reparo na parte dispositiva que condenou o ora recorrente à pena privativa de liberdade e impôs multa.

Não obstante, deve a sentença ser reformada na parte em que declarou a inelegibilidade do recorrente por oito anos, nos termos da letra “e” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990, alterada pela Lei Complementar nº 135/2010⁷, vez não ser esta a via adequada para o reconhecimento de tal efeito.

⁷ Art. 1º São inelegíveis:

II – DO DISPOSITIVO

Ante o exposto DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para:

- 1 – **CASSAR** a sentença na parte em que declarou a inelegibilidade do recorrente;
- 2 – **MANTER** a sentença na parte em que não restou afetada pela deliberação acima.

É o voto.

Juiz WALDEMAR CLÁUDIO DE CARVALHO
Relator

I - para qualquer cargo:

e) os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;

ACÓRDÃO Nº 461-60
(19.02.2013)

RECURSO ELEITORAL N.º 461-60.2012.6.27.0011

Assunto : RECURSO ELEITORAL – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL – CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO – CONDUTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO – PEDIDO DE CASSAÇÃO DE REGISTRO – 11ª ZONA ELEITORAL DE ITAGUATINS – ELEIÇÕES 2012

Recorrente : COLIGAÇÃO “PRA VENCER”

Recorrente : COLIGAÇÃO “UM NOVO TEMPO”

Advogado : BERNARDINO DE ABREU NETO e outros

Recorrente : ANTÔNIO JAIR DE ABREU FARIAS, PREFEITO REELEITO

Advogado : JOSÉ RENARD DE MELO PEREIRA

Recorrido : COLIGAÇÃO “PRA VENCER”

Recorrido : COLIGAÇÃO “UM NOVO TEMPO”

Recorrido : ANTÔNIO JAIR DE ABREU FARIAS, PREFEITO REELEITO

Relator : MAURO JOSÉ RIBAS

EMENTA: RECURSO ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CASSAÇÃO DE REGISTRO. IMPOSSIBILIDADE. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. TITULAR E VICE. DECADÊNCIA. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. NÃO CONFIGURADO. CONDUTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO. CONFIGURADO. PARCIAL PROVIMENTO.

1. Há necessidade de litisconsórcio passivo necessário entre o titular e o vice para figurar no pólo passivo das demandas em que se postula a cassação de registro do diploma ou mandato.
2. A emenda da inicial para a inclusão do vice na demanda deve ser feita até a data final para a propositura da ação, sob pena de decadência.
3. Uma vez ultrapassado o prazo decadencial para propositura da ação fica prejudicada a imposição da penalidade de a cassação de registro do diploma ou mandato.
4. Sendo possível a aplicação de sanções pecuniárias de caráter pessoal e individual que não afetam o vice a ação pode prosseguir para verificar se as condutas narradas são passíveis de aplicação destas sanções (precedente: AgR-Respe nº 35.831/MG, rel. min. Arnaldo Versiani, julg. 03.12.2009, DJE de 10.02.10, p. 39).

5. Para condenação de candidato por prática de conduta vedada é necessário à apresentação de prova robusta e incontroversa da existência do conteúdo investigado.

6. Para caracterizar a captação ilícita de sufrágio é necessária a prática de uma das condutas previstas no art. 41-A da Lei 9.504/97, que a seja feita com a finalidade de obter o voto, e que haja participação ou anuência do candidato, o que não se verifica no presente caso.

7. A distribuição gratuita de benefícios, em ano eleitoral, sem autorização legal e já em execução orçamentária no exercício anterior constitui infração ao § 10 do art. 73 da Lei nº 9504/97 ainda que a distribuição de bens não tenha caráter eleitoreiro.

8. No caso dos autos houve distribuição gratuita de benefício com a realização de mudança a eleitor, sem obediência aos requisitos legais.

9. A utilização de veículo público para o transporte de correligionários em reunião política constitui infração eleitoral tipificada no art. 73, I da Lei nº 9504/97.

10. O valor da multa deve ser reduzido em face do princípio razoabilidade já que a conduta vedada foi praticada apenas uma vez.

11. Unânime

ACÓRDÃO: Os membros do Tribunal Regional Eleitoral decidiram, por unanimidade, conhecer ambos os recursos e, no mérito, DAR-LHES parcial provimento para reduzir a multa aplicada a ANTÔNIO JAIR ABREU FARIAS ao valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por práticas das condutas vedadas tipificadas no art. 73, I da 9.504/97 e aplicar-lhe uma nova multa no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) por prática da conduta descrita no § 10 do mesmo diploma legal, perfazendo o total de R\$ 16.000,00 (seis mil reais).

Sala das Sessões do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins.
Palmas, 19 de fevereiro de 2013.

MAURO JOSÉ RIBAS
Juiz Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Eleitoral impetrado pela Coligação “Pra Vencer”, pela Coligação “Um Novo Tempo” do Município Sítio Novo do Tocantins e pelo Prefeito reeleito da mesma cidade Antônio Jair de Abreu Farias contra sentença do Juiz da 11ª Zona Eleitoral que condenou Antônio Jair de Abreu Farias ao pagamento de multa pela prática de conduta vedada art. 73, I da Lei nº 9.504/97.

A Coligação “Pra Vencer”, e a Coligação “Um Novo Tempo” impetraram Ação de Investigação Judicial Eleitoral em desfavor de Antônio Jair de Abreu Farias, então candidato a reeleição a Prefeito do Município de Sítio Novo do Tocantins pedindo a cassação de seu registro de candidaturas e demais penas da legislação eleitoral, alegando a prática de condutas vedadas.

Após regular trâmite do feito, o Juiz Eleitoral julgou procedente em parte a ação e condenou o candidato Antônio Jair de Abreu Farias ao pagamento de multa no valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) pela utilização, pelo candidato, de veículo público para o transporte de correligionários para reunião política.

Irresignados, as Recorrentes Coligação “Pra Vencer”, e Coligação “Um Novo Tempo” apresentam recurso com a alegação de que ficaram devidamente comprovadas, durante a instrução processual, as práticas de distribuição irregular de camisetas partidárias, comida e bebida em confraternizações, o uso indevido de bem público, utilização de caminhão público para transporte indevido de eleitores, realização de mudanças e para transporte de freezers para festa particular.

Assevera ainda que, embora a prova da capacidade lesiva ser desnecessária, as condutas praticadas pelo candidato a prefeito teve a potencialidade de alterar o resultado nas eleições.

Por fim, requer o recebimento do recurso, a cassação do registro do candidato recorrido e aplicação das demais penalidades cabíveis.

Também inconformado Antônio Jair de Abreu Farias apresentou recurso eleitoral.

Aduz que não há provas da utilização do veículo público para o transporte de correligionários.

Alega que, embora o Juiz Eleitoral tenha entendido que o fato foi de pouca gravidade aplicou uma multa demasiadamente alta e acima da capacidade financeira do recorrente.

Requer ao final, a exclusão da multa aplicada ante a ausência de gravidade da conduta ou sua redução ao mínimo legal, em face do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

A Coligação “Pra Vencer”, e a Coligação “Um Novo Tempo” apresentaram contrarrazões às fls. 274/291 e o recorrente Antônio Jair de Abreu Farias apresentou contrarrazões às fls. 261/273.

Não houve intimação do Ministério Público de primeira instância para emissão de parecer.

Instado a se manifestar, o Procurador Regional Eleitoral pugnou pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo improvimento de ambos, mantendo inalterada a sentença atacada.

Após, o requerente Antônio Jair Abreu Farias apresentou o requerimento de fls. 331/334 onde requer a extinção do processo em face da decadência, com fulcro no artigo 269,V do Código de Processo Civil, devido a não inclusão do Vice-prefeito no pólo passivo da demanda, como litisconsorte necessário.

É o relatório.

VOTO

1. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Conheço ambos os recursos por serem próprios e tempestivos.

Conforme acima relatado a parte autora da ação apresenta recurso requerendo a reforma da decisão com o objetivo de cassar o registro do Prefeito eleito por abuso do poder político.

Já a parte requerida da ação também apresentou recurso visando a reforma da sentença quanto à multa aplicada.

Preliminarmente, reconheço que assiste razão ao requerente Antônio Jair Abreu Farias quanto a não inclusão do Vice-prefeito para integrar a lide.

A decisão de cassação do registro ou do diploma do Prefeito, como pretende os autores da ação, acarreta como consequência, a perda do diploma do Vice-Prefeito, uma vez que a chapa é única e indivisível. Só que este não foi chamado para integrar a lide e assim, não teve oportunidade de apresentar defesa.

O Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, a partir do julgamento do RCED 703, em 21 de fevereiro de 2008, tem o entendimento de que nas ações em que se busque a cassação do registro, diploma dos candidatos da chapa majoritária, há litisconsórcio passivo necessário entre todos os seus integrantes, já que a eventual procedência da ação atingirá a todos, *in verbis*:

“PROCESSO. RELAÇÃO SUBJETIVA. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. CHAPA. GOVERNADOR E VICE-GOVERNADOR. ELEIÇÃO. DIPLOMAS. VÍCIO ABRANGENTE. DEVIDO PROCESSO LEGAL.

A existência de litisconsórcio necessário – quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes – conduz à citação dos que possam ser alcançados pelo pronunciamento judicial. Ocorrência, na impugnação a expedição de diploma, se o vício alegado abrange a situação do titular e do vice.”

(Ac. de 21.2.2008 no RCEd nº 703, rel. Min. José Delgado.)

Entende também o TSE que, uma vez ingressado com a ação visando a cassação do registro ou do diploma do candidato, a emenda da inicial para a inclusão do vice na demanda deve ser feita até a data final para a propositura da ação, sob pena de decadência.

Nesse sentido colho os seguintes julgados do TSE:

“Recurso contra expedição de diploma. Vice. Pólo passivo. Decadência. 1. Está pacificada a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que o vice deve figurar no pólo passivo das demandas em que se postula a cassação de registro, diploma ou mandato, uma vez que há litisconsórcio necessário entre os integrantes da chapa majoritária, considerada a possibilidade de o vice ser afetado pela eficácia da decisão. 2. Consolidada essa orientação jurisprudencial, exige-se que o vice seja indicado, na inicial, para figurar no pólo passivo da relação processual ou que a eventual providência de emenda da exordial ocorra no prazo para ajuizamento da respectiva ação eleitoral, sob pena de decadência. 3. Não cabe converter o feito em diligência – para que o autor seja intimado a promover a citação do vice –, sob pena de se dilatar o prazo de três dias, contados da diplomação, para propositura do recurso contra expedição de diploma. [...]”
(Ac. de 2.2.2010 no AgR-REspe nº 35.942, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

“[...] Cassação dos mandatos de prefeito e vice-prefeito por abuso de poder político. Corrupção. Ação de impugnação de mandato eletivo proposta tempestivamente apenas contra o prefeito. Litisconsórcio necessário unitário entre prefeito e vice-prefeito. Mudança jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral a ser observada para novos processos a partir de 3.6.2008. Ação proposta em 22.12.2008. Impossibilidade de citação ex officio do vice-prefeito após o prazo decadencial da ação. Constituição da República, art. 14, § 10. [...] Inaplicabilidade do art. 16 da Constituição da República. Razoabilidade. [...]”
(Ac. de 17.2.2011 no AgR-REspe nº 462673364, rel. Min. Cármen Lúcia.)

No presente caso, a demanda foi ajuizada dentro do prazo, porém não foi incluído o Vice-Prefeito no pólo passivo. Como o prazo final para a

propositura de Investigação Judicial Eleitoral termina com a diplomação e esta ocorreu no mês de dezembro, não há mais tempo para determinar o retorno dos autos ao Juiz de origem para que seja sanado o vício processual.

Assim sendo, uma vez ultrapassado o prazo decadencial para propositura da ação fica prejudicada a imposição da penalidade de cassação do diploma do Prefeito eleito de Sítio Novo do Tocantins Antônio Jair Abreu Farias.

Ocorre, porém, que a presente ação visa à apuração de conduta vedada prevista no art. 73 da Lei nº 9.504/97, que prevê também a pena de multa para o infrator.

Desta forma, entendo que sendo possível a aplicação de sanções pecuniárias de caráter pessoal e individual que não afetam o vice a ação pode prosseguir para verificar se as condutas narradas são passíveis de aplicação destas sanções.

Esse é o mesmo entendimento do TSE:

"Representação Abuse de poder. Conduta vedada e propaganda eleitoral antecipada. Vice. Decadência.

Esta pacificada a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral de que o vice deve figurar no pólo passivo das demandas em que se postula a cassação de registro, diploma ou mandato, uma vez que ha litisconsórcio necessário entre os integrantes da chapa majoritária, considerada a possibilidade de a vice ser afetado pela eficácia da decisão.

Em face da tipicidade dos meios de impugnação da Justiça Eleitoral e dos prazos específicos definidos em lei para ajuizamento das demandas, deve se entender que embora não seja mais possível o vice integrar a relação processual, para fins de eventual aplicação de pena de cassação em relação aos integrantes da chapa — há a possibilidade de exame das condutas narradas pelo autor, a fim de, ao menos, impor sanções pecuniárias cabíveis, de caráter pessoal, eventualmente devidas em relação àquele que figura no processo.

Agravo regimental desprovido." (AgR-Respe nº 35.831/MG, rel. min. Arnaldo Versiani, julg. 03.12.2009, DJE de 10.02.10, p. 39).

Neste caso, não sendo mais possível a aplicação da pena de cassação do registro ou do diploma do Prefeito eleito, passo a analisar a condutas supostamente praticadas, apenas para efeito de aplicação da pena pecuniária.

Na ação que originou o presente recurso os representantes atribuíram à parte representada as seguintes condutas vedadas:

- a) utilização de um caminhão do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf), para transporte de correligionários e eleitores para uma reunião política;*
- b) distribuição de alimentos durante a convenção partidária;*
- c) distribuição de camisetas;*
- d) propaganda extemporânea;*
- e) transporte de eleitores e distribuição de combustível durante carreata;*
- f) implantação de uma rádio comunitária que seria colocada à disposição do candidato.*
- g) transporte de freezers em festa popular;*
- h) realização de mudança de eleitor.*

Após a instrução processual, o Juiz Eleitoral considerou procedente a representação apenas no que diz respeito à utilização de caminhão da PRONAF para transporte em reunião política. Considerando improcedente a ação em relação às demais condutas narradas na inicial.

1. Distribuição de alimentos; propaganda extemporânea; transporte de eleitores e distribuição de combustível.

Analisando os autos verifica-se que não restaram comprovadas as acusações de distribuição de alimentos durante a convenção partidária; propaganda extemporânea; transporte de eleitores e distribuição de combustível durante carreata.

Dentre as testemunhas ouvidas nenhuma relatou que viu ou sequer ouviu dizer que houvesse ocorrido tais práticas.

O vídeo de fl. 74 mostra um ônibus que seria utilizado para o transporte de eleitores, mas nas imagens não tem como confirmar se são eleitores ou correligionários ou pessoas que trabalham na campanha do candidato.

Para que haja a condenação de candidato por prática de conduta vedada é necessário a apresentação de prova robusta e incontroversa da existência do conteúdo investigado, o que não ficou demonstrado no presente caso.

2. Distribuição de camisetas

Ficou comprovada a distribuição de camisetas, conforme demonstra as fotos juntadas aos autos de fls. 29; 40; 47 e 57.

Estas camisetas tinham na frente os seguintes dizeres: “PMDB O PARTIDO DO BRASIL.”. Nas costas trazia a seguinte frase:

“CONVENÇÃO MUNICIPAL – 2012”. Não trazendo qualquer referência a candidatos.

Percebe-se, portanto, que são camisetas com propaganda partidária, distribuídas a correligionários durante a convenção partidária. Algo perfeitamente lícito e que não fere a legislação eleitoral.

Nesse sentido:

“[...] Representação. Artigo 30-A da Lei n. 9.504/97. Gasto ilícito de recursos. Não ocorrência. Camisetas padronizadas distribuídas a cabos eleitorais. Referência ao candidato. Ausência. Limite previsto no artigo 27 da Lei n. 9.504/97. [...] 1. A organização de cabos eleitorais por meio de camisetas que não ostentem identificação relacionada às eleições ou ao candidato em disputa não contraria o disposto no artigo 39, § 6º da Lei n. 9.504/97. 2. Não aplicável, no caso, a sanção prevista no artigo 30-A da Lei n. 9.504/97. [...]”

(Ac. de 31.3.2009 no RO nº 1.449, rel. Min. Eros Grau.)

3. Implantação de uma rádio comunitária que seria colocada à disposição do candidato.

A promessa de implantação de uma rádio comunitária feita pelo Deputado Estadual Iderval, também não caracteriza conduta vedada. O que o Deputado fez, durante a convenção (cd de fl. 72) foi anunciar a aquisição de uma rádio para a cidade e, em nenhum momento faz referência a utilização deste meio de comunicação para propaganda eleitoral.

4. Transporte de freezers em festa popular

Ficou demonstrada a utilização do caminhão da Pronaf para transporte de freezers que foram utilizados em evento em um assentamento do Município. Além das fotos de fls. 37/38, onde é possível ver o caminhão transportando freezers, a testemunha Rezanete Nunes dos Santos afirmou, em seu depoimento que: “(...) viu o caminhão do Pronaf, estava entre 20 a 30 metros de sua casa transportando congeladores pra um evento que teve lá.”

Questionada se o evento era uma reunião política respondeu: “Não sei lhe dizer.”

O que não ficou comprovado foi o uso promocional, pelo candidato, desse transporte. Até porque esse evento foi realizado na zona rural do Município e o caminhão, devido ao convenio do Município com o Pronaf, era constantemente cedido aos trabalhadores rurais para serviços a eles

inerentes. Quando isso acontecia não tinha a administração pública de Sítio Novo do Tocantins controle sobre o que ele transportava.

Não havendo provas da utilização eleitoreira ou promoção pessoal do candidato no transporte destes freezers, entendo que não está configurada a conduta vedada.

5. Realização de mudança de eleitor

Ficou comprovado que o caminhão da Pronaf foi utilizado para fazer uma mudança, fato demonstrado nas fotos de fls. 30/36 e 39 e confirmado pelo próprio beneficiário que Sr. Raimundo Nonato Alves.

Quando questionado sobre os fatos descritos na inicial relatou: “O que eu sei é a respeito de uma mudança”.

Perguntado que mudança seria esta respondeu: “A minha”.

Perguntado se é trabalhador rural respondeu: “Trabalhei na roça, mas agora não trabalho mais não”. Que “(...) tem por base de uns quinze anos que não trabalha na roça”. Questionado se participa de alguma associação de trabalho rural respondeu: “não senhor”.

Assim, a testemunha não pode ser considerada como beneficiária do Pronaf, uma vez que não é trabalhador rural e não exerce qualquer atividade rural.

Segundo a testemunha, esta mudança foi autorizada pelo irmão do Prefeito, que ocupava cargo de Secretário Municipal, atendendo a um pedido seu.

Perguntado se houve pedido, ainda que implícito de votos, afirmou que não.

Portanto, não houve provas de que esta mudança teve como propósito a compra voto. Logo, não há que se falar em captação ilícita de sufrágio que, para sua caracterização, exige:

- a) prática de uma das condutas previstas no art. 41-A da Lei 9.504/97;*
- b) fim específico de obter o voto do eleitor;*
- c) participação ou anuência do candidato beneficiário na prática do ato.*

Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral:

“[...] Captação ilícita de sufrágio. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Prova robusta. Inexistência. Provimento. 1. Para caracterizar a

captação ilícita de sufrágio, exige-se prova robusta de pelo menos uma das condutas previstas no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, da finalidade de obter o voto do eleitor e da participação ou anuência do candidato beneficiado, o que não se verifica na espécie. [...]"
(Ac. de 15.2.2011 no REspe nº 36335, rel. Min. Aldir Passarinho Junior).

No entanto, o § 10 do art. 73 da Lei nº 9504/97 estabelece que:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

(...)

“§ 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa”. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006).

Observo que, embora não tenha havido uso promocional nem pedido de voto na utilização do caminhão da Pronaf para fazer esta mudança, houve infringência ao supracitado artigo, uma vez que foi distribuído benefício social, por parte da administração pública sem autorização legal e sem que o Município estivesse em estado de calamidade ou emergência.

Ressalto que a Jurisprudência do TSE é firme no propósito de que não há necessidade de demonstrar caráter eleitoreiro ou promoção pessoal do agente público para configuração deste ato ilícito. Basta apenas a prática, por parte da administração, sem a observância dos requisitos legais. *In verbis*:

Representação. Conduta vedada. Art. 73, VI, b e § 10, da Lei nº 9.504/97.

1. Segundo a atual jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, quanto ao tema das condutas vedadas do art. 73 da Lei das Eleições, deve ser observado o princípio da proporcionalidade e somente se exige a potencialidade do fato naqueles casos mais graves, em que se cogita da cassação do registro ou do diploma.

2. Caso exigida potencialidade para configuração de qualquer conduta vedada descrita na norma, poderiam ocorrer situações em que, diante de um fato de somenos importância, não se poderia sequer aplicar multa, de modo a punir o ilícito.

3. Ainda que a distribuição de bens não tenha caráter eleitoreiro, incide o § 10 do art. 73 da Lei das Eleições, visto que ficou

provada a distribuição gratuita de bens sem que se pudesse enquadrar tal entrega de benesses na exceção prevista no dispositivo legal. (grifo nosso).

Agravo regimental a que se nega provimento.

(Ac. de 19.8.2010 no AgR-AI nº 12165, rel. Min. Arnaldo Versiani, publicado no DJE em 01/10/2010, Página 32-33).

6. Utilização de um caminhão do Pronaf para transporte de correligionários e eleitores

Ficou ainda demonstrada nos autos, a utilização deste mesmo caminhão da Pronaf para o transporte de correligionários do investigado para reunião política de campanha eleitoral.

As provas, neste caso, são bastante contundentes. Há o vídeo de fl. 72, onde é possível ver pessoas sendo transportadas na carroceria do caminhão e a testemunha José Gomes da Silva que afirmou, categoricamente, que é vizinho “de porta” do Prefeito candidato à reeleição e viu pessoas sendo transportadas por este caminhão até a reunião na casa do Prefeito. Embora não soubesse precisar o dia em que isso ocorreu.

A conduta nos remete ao art. 73, I da Lei nº 9504/97 que assim estabelece:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

I - ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;

Ficou assim, comprovado o uso de veículo público em benefício de candidato o que fere a legislação eleitoral e a normalidade do pleito, causando desequilíbrio entre os aspirantes ao cargo de gestor municipal.

7. Da pena pecuniária

O Juiz Eleitoral condenou o investigado ao pagamento de multa no valor de R\$ 70.0000,00 (setenta mil reais) pela prática da conduta vedada descrita no art. 73, I da 9.504/97, ou seja: a utilização de caminhão da PRONAF para transporte em reunião política.

Mesmo concordando com o magistrado de primeira instância sobre a prática da conduta vedada, bem como de sua gravidade e pela lesão

aos princípios norteadores da administração pública, tenho por mim que a multa aplicada foi demasiadamente alta.

Assim, levando em consideração que esta conduta foi praticada apenas uma vez, o razoável e uma multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pela utilização indevida do transporte público para fins de campanha eleitoral.

Quanto à infringência do § 10 da Lei nº 9.504/97, ou seja, a distribuição gratuita de benefício social não previsto em lei e em ano eleitoral, aplico multa no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Ante o exposto, conheço ambos os recursos e, no mérito, DOU-LHES parcial provimento para reduzir a multa aplicada a ANTÔNIO JAIR ABREU FARIAS ao valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por práticas das condutas vedadas tipificadas no art. 73, I da 9.504/97 e aplicar-lhe uma nova multa no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) por prática da conduta descrita no § 10 do mesmo diploma legal, perfazendo o total de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais).

É o voto.

Palmas, 19 de fevereiro de 2013.

MAURO JOSÉ RIBAS
Juiz Relator

**ACÓRDÃO Nº 244-50
(06.03.2013)**

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 244-50.2012.6.27.0000

PROCEDÊNCIA: XAMBIOÁ-TO

ASSUNTO: MANDADO DE SEGURANÇA. AIJE. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. DECISÃO ARBITRÁRIA. PEDIDO DE LIMINAR. JUÍZO DA 12ª ZONA ELEITORAL (XAMBIOÁ) ELEIÇÕES 2012.

IMPETRANTE: AMANDA LEAL SILVA

ADVOGADO: RONEI FRANCISCO DINIZ ARAÚJO

IMPETRADO: JUÍZO ELEITORAL DA 12ª ZONA, XAMBIOÁ-TO.

RELATOR: JUIZ JOSÉ RIBAMAR MENDES JÚNIOR

RELATOR P/

ACÓRDÃO: DESEMBARGADOR JOSÉ DE MOURA FILHO

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS. TESTEMUNHA. ILICITUDE DA PROVA. TERATOLOGIA DA DECISÃO IMPUGNADA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Ação mandamental impetrada contra decisão que determinou a quebra de sigilo telefônico de testemunha.
2. Viola garantias constitucionais o ato judicial que defere pedido de produção de prova e determina a quebra de sigilo de dados telefônicos de testemunha sem que haja qualquer procedimento judicial instaurado. Ilícitude da prova obtida por tais meios.
3. Segurança concedida.

ACÓRDÃO: O Tribunal decidiu, por maioria, nos termos do voto divergente proferido pelo Desembargador *José de Moura Filho*, **conceder** a segurança pleiteada. Acompanharam a divergência os Juízes *Waldemar Cláudio de Carvalho* e *Mauro Ribas*. Vencidos o Relator e os Juízes *Zacarias Leonardo* e *João Olinto Garcia de Oliveira*. Proferiu Voto de Desempate o Presidente, Desembargador *Marco Anthony S. Villas Boas*.

Sala das Sessões do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins.
Palmas-TO, 06 de março de 2013.

Desembargador JOSÉ DE MOURA FILHO
Relator para o acórdão

RELATÓRIO

Cuida-se de Mandado de Segurança manejado por Amanda Leal Silva, com pedido de liminar, para suspender decisão proferida em audiência realizada em 20 de setembro de 2012, ocasião em que fora determinado pelo Juízo da 12ª Zona Eleitoral, a quebra do sigilo de dados telefônicos da Impetrante e a apresentação de comprovante bancário do Bradesco realizado no dia dos fatos.

Alega a impetrante que na data de 20 de setembro de 2012 fora ouvida como testemunha na AIJE nº 462-42.2012.6.27.0012 movida pela Coligação “Amigos de Ananás” em desfavor da Coligação “Avança Já” e outros, tendo como objeto a apuração de suposta conduta vedada pelo art. 73, inciso I da Lei 9.504/97.

Em audiência realizada no dia 13 de setembro de 2012, o informante Gilson Vicente do Nascimento disse que a Impetrante teria lhe afirmado o fato da Sra. Anália Borges ter prometido várias coisas, sendo a principal promessa a de limpar a estrada que dá acesso à chácara de Amelício (pai da Impetrante), pois estava com muitos buracos, tendo conversado primeiro por telefone e depois pessoalmente, versão negada pela Impetrante.

Realizada a acareação entre a Impetrante e o Informante, o Juízo entendeu não haver provas diretas e concretas dos fatos apurados, determinando a quebra de sigilo de dados telefônicos, para expedir mandado às operadoras Claro e Vivo para informarem se houve alguma ligação originada o telefone celular nº (63) 9948-0365 aos telefones (63) 9204-9617 e (63) 9994-3205 no dia 28 de agosto de 2012 entre às 13:30 horas e 16:00 horas, informando a quantidade de ligações no período e o tempo de cada ligação, e a apresentação de comprovante bancário realizado no dia dos fatos.

O Ministério Público Eleitoral se posicionou contrário a quebra do sigilo de dados telefônicos, pois entendeu não elucidar a dúvida existente nos autos.

Por fim, aduziu ser testemunha, e não parte na ação de investigação judicial, tendo o direito líquido e certo de ser mantido o sigilo de seus dados, pleiteando a concessão de liminar para determinar a autoridade Impetrada que se abstenha de requisitar, promover ou executar a requisição de informações sobre dados telefônicos da Impetrante, inclusive suspender as ordens já expedidas. Caso os dados já tenham sido juntados aos autos, que sejam desentranhados e devolvidos.

No mérito, requereu a manutenção da liminar.

Decidi monocraticamente pelo indeferimento da petição inicial e aplicação da Súmula 267 do STF, com a consequente extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, I, CPC), determinando o arquivo dos autos.

Inconformada, a parte interpôs agravo regimental, onde afirma não ser parte, litisconsorte, interveniente ou sucessora processual e por isso entende não ter legitimidade para apresentar outra espécie recursal para manifestar seu inconformismo com a tutela jurisdicional, sustentando suas razões na Súmula 202 do STJ e jurisprudência colacionada aos autos.

Ao final pleiteou a reconsideração da decisão ou, como pedido alternativo, o recebimento do agravo regimental, colocando-o em mesa para julgamento.

Em juízo de retratação neguei a liminar pleiteada sob o argumento de que em juízo perfunctório, a quebra do sigilo de dados telefônicos é medida necessária ao convencimento do juiz, por ser imprescindível ao deslinde da controvérsia acerca da existência da prática da conduta vedada, pois tal direito não é absoluto, sendo mitigado sempre que estiver em confronto com outras garantias, como a legitimidade do pleito e a incolumidade do sufrágio universal

A Procuradoria Regional Eleitoral manifestou-se no sentido de se manter a decisão que extinguiu o feito sem julgamento de mérito, diante da ausência de teratologia da decisão vergastada.

É o relatório, passo ao voto.

VOTO

O mandado de segurança é remédio constitucional destinado a sanar ou evitar ilegalidades que impliquem violação a direito líquido e certo. Trata-se de ação submetida a rito especial, cujo objetivo é a proteção contra ilegalidades praticadas por autoridades públicas ou por agente particulares no exercício de atribuições delegadas por ente público.

Cuidando-se de ilegalidade derivada de ato judicial, o cabimento do mandado de segurança restringe-se a situações excepcionais em que não haja recurso hábil a impugnar a decisão. Além disso, nessas hipóteses o impetrante deve também demonstrar a existência de teratologia no julgado combatido.

A decisão que ensejou a quebra do sigilo de dados telefônicos foi assim proferida:

DECISÃO: Tendo em vista que não há provas concretas e diretas, até o momento apuradas, que demonstrem o envolvimento dos Representados nos fatos alegados pela parte Representante, e sendo necessário para a convicção judicial o entrelaçamento dos indícios, a prova requerida pode ajudar. Dessa forma, DEFIRO o pedido de produção de prova de quebra de sigilo de dados telefônicos, para que se expeça mandado às operadoras Claro e Vivo, e essas informem, no prazo de até 03 (três) dias, se houve alguma ligação originada do telefone celular (63)9948-0365 aos telefones (63) 9204-9617 e (63) 9994-3205, no dia 28 de agosto de 2012, entre às 13:30 às 16:00 horas, informando ainda, a quantidade de ligações no período e o tempo de cada ligação. DETERMINO, ainda, que a testemunha Amanda apresente comprovante bancário realizado no dia dos fatos, do banco Bradesco, em Riachinho, no prazo de 03 (três) dias. A testemunha Gilson disse que não é possível encaminhar a fatura de pagamento do mês de agosto, pois não é detalhada.

Na espécie, não obstante os argumentos da Impetrante, não restam demonstrados fundamentos com relevância a ensejar a concessão da segurança pleiteada.

Vasta é a jurisprudência dos tribunais superiores no sentido de que o mandado de segurança contra decisão judicial somente é cabível em caso de ato manifestamente teratológico, o que não se verifica na situação dos autos.

Cito decisão do Tribunal Superior Eleitoral no Mandado de Segurança nº 7261/PI, publicado em 18/06/2012, da lavra do Ministro Gilson Dipp:

MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DE PERDA DE CARGO ELETIVO. DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA. VEREADOR. PEDIDO. RETOMADA. FASE. INSTRUÇÃO. OITIVA DE TESTEMUNHA. RESIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. LIMINAR INDEFERIDA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Salvo circunstâncias excepcionalíssimas, traduzidas na teratologia do provimento jurisdicional, é inviável impugnação por mandado de segurança dos atos de conteúdo decisório oriundos de tribunais regionais eleitorais.

2. O Tribunal de origem, ao indeferir a oitiva de uma das testemunhas no local de sua residência, situada na capital, observou a norma inserta no artigo 7º da Resolução-TSE nº 22.610/2007 e a jurisprudência desta Corte.

3. Segurança denegada.

Conforme asseverado na decisão de fls. 57/60, o direito ao sigilo de dados não configura direito absoluto, podendo ser ilidido desde que presentes indícios ou provas que justifiquem esta medida, sendo indispensável a fundamentação do ato judicial que a defira. Também poderá ser mitigado sempre que estiver em confronto com outras garantias, como a legitimidade do pleito e a incolumidade do sufrágio universal. Colaciono julgado do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto:

*“Não há nulidade na decisão que, embora sucinta, apresenta fundamentos essenciais para a decretação da quebra do sigilo telefônico, ressaltando, inclusive, que ‘o modus operandi dos envolvidos’ ‘difícilmente’ poderia ‘ser esclarecido por outros meios’. As informações prestadas pelo Juízo local não se prestam para suprir a falta de fundamentação da decisão questionada, mas podem ser consideradas para esclarecimento de fundamentos nela já contidos.” (HC 94028, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 22-4-2009, Primeira Turma, DJE de 29-5-2009.)*

No meu entender, a conclusão do Juízo da 12ª Zona Eleitoral encontra respaldo nas premissas fáticas acima relatadas, bem como no disposto no art. 22, VI, VII e VIII da LC 64/90, que permite ao julgador proceder às diligências necessárias ao deslinde da causa, buscando salvaguardar a licitude das eleições, fim último dessa justiça especializada.

Pelo exposto, em razão da ausência de lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo da Impetrante, denego a segurança, nos termos do art. 1º da Lei 12.016/2009.

Palmas, 06 de março de 2013.

Juiz José Ribamar Mendes Júnior
RELATOR

**ACÓRDÃO Nº 2622-47
(10.04.2013)**

REPRESENTAÇÃO Nº 2622-47.2010.6.27.0000

ORIGEM: Palmas - TO (29ª Zona Eleitoral)

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO. DEPUTADA ESTADUAL. CAPTAÇÃO OU GASTOS ILÍCITOS PARA FINS ELEITORAIS. EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS. CONDUTA VEDADA. ELEIÇÕES 2010.

Representante: Ministério Público Eleitoral

Representada: Amália Maria Santana

Advogados: Sérgio Rodrigo do Vale, Leandro Finelli, Agda Corrêa Bizerra e Evalda Linhares Nunes do Vale

P.R.E: Rodrigo Luiz Bernardo Santos

Relator para o Acórdão: Juiz Mauro Ribas

EMENTA: REPRESENTAÇÃO. ELEIÇÃO 2010 PARA DEPUTADA ESTADUAL. EMBASAMENTO NA REJEIÇÃO DE CONTAS PRESTADAS. EMPRÉSTIMO DE DINHEIRO JUNTO À PESSOA FÍSICA PARA A CAMPANHA DA REPRESENTADA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE CASSAÇÃO DO REGISTRO OU DO DIPLOMA COM BASE NO ART. 30-A DA LEI 9.504/97. IRREGULARIDADE AFASTADA PARA EFEITO DE CASSAÇÃO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. IMPROVIMENTO.

1. A Resolução TSE 23.217/2010, no capítulo atinente à arrecadação e origens de recursos, não prevê o recebimento de doação oriunda de empréstimos junto a pessoas físicas como ilícito eleitoral.
2. Não existindo nos autos prova inequívoca de que os recursos financeiros arrecadados para campanha eleitoral da representada tenham sido obtidos de forma ilegal ou se originado em fonte vedada pela legislação ou ainda, que tenham sido usados para outros fins, diversos da campanha eleitoral, não há que se falar em falha com gravidade suficiente que possa ensejar a cassação do diploma da representada.
3. Não existindo prova nos autos de condutas que evidenciam a prática de abuso do poder político, descarta-se a configuração de desequilíbrio na disputa eleitoral.
4. A ausência de má-fé da candidata e a existência de documentos que comprovam a operação financeira alegada, não obstante ser reconhecida a irregularidade na prestação de contas na campanha eleitoral, não é motivo para a cassação de diploma. Precedentes TSE.
5. A aplicação da penalidade de cassação do registro ou do diploma com base no art. 30-A da lei nº 9.504/97 não é automática. É necessária a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou da relevância jurídica do ilícito praticado pelo

candidato para que a sanção de negativa de outorga do diploma ou de sua cassação seja aplicada, fato não verificado no presente caso.

6. Pedido julgado improcedente.

ACÓRDÃO: O Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins decidiu, por maioria, nos termos do voto divergente do Juiz Mauro Ribas, julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial. Vencidos o relator e o juiz Waldemar Cláudio de Carvalho.

Sala das Sessões do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins.
Palmas-TO, 10 de abril de 2013.

JUIZ MAURO JOSÉ RIBAS
Relator para o Acórdão

PROCESSO Nº 2622-47.2010.6.27.000 – CLASSE 42 – REPRESENTAÇÃO
REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, PELO
PROCURADOR
REGIONAL ELEITORAL.
REPRESENTADO : AMÁLIA MARIA SANTANA, DEPUTADA ESTADUAL
PELO PARTIDO DOS TRABALHADORES/ PT.
ADVOGADOS SÉRGIO RODRIGO DO VALE, LEANDRO FINELLI, AGDA
CORREA BEZERRA e EVALEDA LINHARES NUNES DO VALE.
RELATOR JUIZ ZACARIAS LEONARDO

RELATÓRIO

Cuida-se de **Representação** manejada pelo **Ministério Público Eleitoral** contra **Amália Maria Santana da Silva**, Deputada Estadual, requerendo a cassação de seu diploma com base no art. 30-A da Lei nº 9.504/97, em face da identificação na sua prestação de contas de recursos arrecadados de forma irregular e utilizados ilicitamente na campanha eleitoral de 2010.

No TRE-TO, os autos de prestação de contas tomaram o nº 2224-03.2010.6.27 – Classe 25, foram distribuídos ao Desembargador Liberato Póvoa. Em 14/12/2010, o Tribunal decidiu, à unanimidade, pela desaprovação das contas apresentadas pela candidata **Amália Maria Santana**.

Em sede de representação, aduz o Ministério Público Eleitoral que a Representada desprezou completamente as normas que disciplinam a arrecadação e gastos de campanha, não conseguindo comprovar a origem de R\$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais).

Ressalta que somente empréstimos bancários contraídos pelo candidato poderão ser considerados recursos próprios para efeito de doação para a campanha eleitoral.

Assevera que o empréstimo contraído junto à pessoa física, impede a Justiça Eleitoral de manter efetivo controle sobre as fontes de financiamento

da campanha eleitoral, pois possibilita a triangulação de recursos, ou seja, pessoas ou entidades impedidas de efetuar doações podem valer-se de interposta pessoa para efetivar doação ilícita.

Ao final, requer a procedência do pedido, para cassar o diploma conferido à Representada, nos termos do art. 30-A da Lei nº 9.504/97.

O MPE juntou diversos documentos da mencionada prestação de contas da Representada, dentre eles, o relatório, voto e acórdão que desaprovaram suas contas, dados informativos da prestação de contas, como ficha de qualificação do candidato e os tipos de prestação de contas, bem como o demonstrativo dos recursos arrecadados, fls. 06/109.

À fl. 172 dos autos de prestação de contas, a Coordenadoria de Controle Interno elaborou Relatório Preliminar para Expedição de Diligências destinados ao esclarecimento de várias irregularidades, dentre elas, o fato dos recursos próprios aplicados em campanha terem superado em R\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais) o valor do patrimônio declarado por ocasião do registro de candidatura, bem como apresentar documentos que comprovassem a origem desses recursos.

À fl. 237, na prestação de contas, a Representada requereu concessão de prazo para cumprir as diligências apontadas alhures.

Assevera a Representada que quanto ao fato dos recursos próprios aplicados na campanha superarem em R\$ 42.000,00 o valor do patrimônio declarado por ocasião do registro de candidatura, justifica-se em razão de empréstimo pessoal realizado pelo Sr. José Santana Neto para a Representada, no valor de R\$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais).

À fl. 309 consta “contrato particular de empréstimo”, entre José Santana Neto, na qualidade de credor e Amália Maria Santana da Silva, devedora, em que o credor empresta a quantia de R\$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais), que deverão ser pagos a este em 10 (dez) parcelas iguais de 8.200,00 (oito mil e duzentos reais), iniciando-se o pagamento da dívida em 28/02/2011 e, conforme consta em contrato, com término em 30/12/2011, acrescido dos juros e correção monetária.

Ainda na prestação de contas, às fl. 312, a Coordenadoria de Controle Interno e Auditoria, em parecer conclusivo, manteve sua manifestação pela desaprovação das contas da Representada em face das irregularidades apontadas, com fulcro no art. 17 § 2º da Resolução TSE nº 23.217/2010.

Às fls. 317/319, a Representada aduz que “o fato do empréstimo ter sido realizado entre a candidata e uma pessoa física (seu irmão, José Santana Neto), por si só não impossibilita a justiça eleitoral de exercer o controle da regularidade das fontes utilizadas”.

Sustenta também que José Santana “recebeu a título de indenização por perda salarial com a conversão da moeda brasileira para URV a importância de R\$ 62.352,27. em 17 parcelas. sendo pago 10 parcelas de

uma vez só no valor de R\$ 43.598,26, e restando mais 07 nos valores de R\$ 4.844,25, cada uma, recursos estes que ainda não havia dado destinação, mantendo ele guardado”.

À fl. 324, juntou-se comprovante de depósito em conta corrente em dinheiro, efetivado por José Santana Neto na conta de Amália Maria S. da Silva, bem como pagamento realizado pela Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins a José Santana Neto no dia 21/06/2010, no valor de R\$ 43.598,26 (quarenta e três mil quinhentos e noventa e oito e vinte e seis centavos).

Em sede de defesa, a Representada argumenta que o valor tomado por empréstimo seria pago em parcelas e que à época, detentora do mandato de vereadora na cidade de Colinas do Tocantins, declarou no momento do registro de candidatura ao cargo de Deputado, possuir patrimônio de valor aproximado a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Afirma que após obter vitória nas urnas para o cargo eletivo de Deputado, seus rendimentos foram majorados.

Aduz que a norma do art. 17 § 2º da Resolução TSE Nº 23.217/2010 não consta a exclusividade quanto à previsão de que somente empréstimos bancários podem ser tomados por candidatos.

Assevera que o credor é pessoa conhecida em todo o Estado do Tocantins, estando no terceiro mandato de Prefeito da cidade de Colinas do Tocantins, além de já ter sido eleito Deputado Estadual. Alega que o credor recebeu indenização da Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins, relativamente a diferenças provenientes da URV, para demonstrar a capacidade financeira do mesmo.

Quanto ao instrumento particular de empréstimo afirma sua licitude.

A Representada narra que buscou empréstimo bancário na rede oficial e não obteve sucesso e sabendo que seu irmão dispunha de recursos depositados em instituição bancária, solicitou e conseguiu socorro financeiro já no final de sua campanha. Pontuou que seu irmão José Santana, em sua companhia, dirigiu-se à agência bancária do Banco do Brasil S/A em Colinas e efetuou dois saques na conta corrente 5967-6, agência 0911-3, de sua titularidade, um no valor de R\$ 35.500,00 e outro no valor de R\$ 57.500,00, totalizando R\$ 93.000,00, sem que tenha tomado em suas mãos uma única cédula de moeda corrente.

Ato contínuo, afirma a Representada, o mesmo funcionário do Banco efetivou dois depósitos na conta corrente nº 2.003-6, agência 0911-3, de sua titularidade, um no valor de R\$ 91.000,00 e outro de R\$ 2.000,00. Com o dinheiro em sua conta corrente, solicitou ao funcionário da instituição financeira que procedesse a transferência da quantia de R\$ 82.000,00 para sua conta de campanha, determinando ainda que fosse efetivado saque de parte do montante depositado, entretanto, visando simplificar a operacionalização dos pedidos feitos, o funcionário do Banco efetuou um único saque no valor de R\$ 93.000,00 (noventa e três mil reais) e procedeu

então ao depósito no valor de R\$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais) na conta corrente “ELEIÇÃO 2010 AMÁLIA M S S”, sendo o depósito identificado como sendo feito pela pessoa física da Representada.

Conclui sua defesa afirmando que “o empréstimo tomado junto ao seu irmão Sr. José Santana Neto, somente se fez necessário naquele momento, em razão da ausência de doadores para a campanha da Representada, situação esta agravada pela urgência no desembolso de recursos necessários ao cumprimento de quase todas as atividades eleitorais de uma campanha”.

Ao final, pugnou pela improcedência total do pedido formulado na Representação em comento.

À fl. 404 o MPE reitera pedido formulado na inicial para a abertura de ação fiscal por parte da Receita Federal em face da Requerente.

À fl. 407, consta a DIRPF – Ano Base 2010 e dois comprovantes de pagamento do empréstimo tomado junto ao seu irmão.

À fl. 420, designou-se a inquirição de testemunhas arroladas pela Representada, determinando-se ainda que a Receita Federal promova ação fiscal própria.

Em resposta ao pedido, a Receita Federal propôs ao MPE que reconsiderasse a requisição de abertura de procedimento fiscal em nome da Representada, fl. 433.

Às fls. 438/440, o MPE desistiu do pedido de abertura de procedimento fiscal em nome da contribuinte pela Receita Federal; requerendo ainda quebra do sigilo fiscal da Representada, a fim de que a Receita Federal forneça a DIRPF relativa ao ano-calendário 2009, exercício 2010; a quebra dos sigilos bancários da Representada e de José Santana Neto, no período de junho a outubro de 2010 com o envio dos extratos bancários e de eventuais microfilmagens de cheques emitidos/compensados, que serviu de lastro para o crédito de R\$ 91.000,00 (noventa e um mil reais) na referida conta.

À fl. 457 o Juízo Eleitoral da 127ª Zona Eleitoral, situada em Goiânia, Goiás, intimou o Sr. Bruno Teixeira da Cunha para a audiência de inquirição de testemunha, designada para o dia 19/8/2011. Ato contínuo, através de certidão, a aludida Zona Eleitoral certificou que a testemunha mencionou não mais residir naquele endereço, passando a morar no Estado do Tocantins. Quanto à oitiva da testemunha Daniella Mhonike Moreira, o Juízo da 16ª Zona Eleitoral informou que esta reside em Palmas, enviando a Carta de Ordem para a 29ª Zona Eleitoral para os fins de mister, fls. 469.

À fl. 477, o relator determinou a intimação da Representada e de José Santana Neto para apresentarem os extratos bancários relativos ao período de junho a outubro de 2010, bem como a DIRPF. Quanto às testemunhas Daniella Mhonike Moreira e Bruno Teixeira da Cunha, determinou que a Secretaria Judiciária diligenciasse junto ao sistema ELO a fim de localizar os respectivos endereços.

À fl. 514, consta depoimento da testemunha Daniella Mhonike Moreira arrolada pela Representada.

À fl. 517, a Representada comparece nos autos juntando cópia de sua Declaração de Imposto de Renda – ano calendário 2010, requerendo prazo para acostar os extratos bancários relativos ao período junho/outubro de 2010.

À fls. 534/542 foram anexados aos autos extratos bancários relativos ao período de junho/outubro/2010 de José Santana Neto.

Com vistas ao MPE, o douto Procurador Eleitoral destacou que José Santana Neto realizou **saque** bancário no valor total de R\$ 93.000,00 (noventa e três mil reais), da conta bancária nº 5967-6, o que não explica o depósito em cheque na conta corrente nº 2003-6, agência 911-3, razão pela qual se afigura imprescindível que o banco forneça cópia do referido documento, a fim de se comprovar a origem do valor questionado. Afirma o representante do MPE nesta Especializada que é imperioso se descobrir a origem do crédito de R\$ 80.000,00 (fl. 541) na conta de José Santana via TED, já que tal valor discrepa dos valores informados pela Representada a fim de demonstrar uma suposta capacidade financeira de José Santana. Nesta esteira, o MPE reiterou os pedidos constantes às fls. 438/440.

A Representada peticionou nos autos para acostar extratos bancários de sua conta corrente mantida junto ao Banco do Brasil do período de junho a outubro de 2010, requerendo prazo para juntar os extratos bancários relativos à sua conta corrente perante a Caixa Econômica Federal.

Com vistas ao MPE, este asseverou que “não obstante o documento nº 9.111.761.700.241 (fl.564) se intitule “Comprovante de Depósito em Conta Corrente em Dinheiro”, houve um depósito em cheque do próprio Banco do Brasil, ao que tudo indica no valor de R\$ 91.000,00 (noventa e um mil reais), fl. 570.

Assim, o MPE requer a intimação da Representada para apresentar cópia do cheque referido no documento de fl. 564.

Em 8/7/11, foi expedida Carta de Ordem para inquirição das testemunhas Pedro Jurandi Alves da Rocha e José Santana Neto, arroladas pela Representada, fl. 573.

À fl. 581 colheu-se o depoimento da testemunha Pedro Jurandi Alves da Rocha.

A testemunha José Santana Neto foi ouvida às fls. 619/620.

A Representada juntou comprovantes de pagamentos das parcelas do empréstimo tomado a José Santana Neto, fls. 627/636.

À fl. 644 o Banco do Brasil informa o significado do termo “Valor Cheque BB Liqui.”.

À fl. 659 a Representada requer a ouvida da testemunha Bruno Teixeira da Cunha antes da apresentação das alegações finais pelas partes envolvidas na presente demanda, tendo seu pedido indeferido pelo Relator, fl. 662.

Em alegações finais, a Representada alegou cerceamento de defesa em razão da testemunha Bruno Teixeira Cunha não ter sido ouvida; alegou que o valor de R\$ 82.000,00 é proveniente de empréstimo pessoal tomado junto a terceiro devidamente identificado; aduz que a Representada dispõe de capacidade financeira para pagar as parcelas do mencionado empréstimo; as cópias de recibos de depósitos provam o cumprimento do contrato com o pagamento de todas as parcelas de empréstimo realizado, mantendo-se, no mais, os argumentos articulados em sede de defesa, fls.371/381.

Em suas alegações finais, o MPE pontuou que a Representada praticou conduta em desacordo com a Lei nº 9.504/97, relativas à arrecadação e gastos de recursos de campanha, requerendo ao final, a condenação de Amália Maria Santana nos termos do que dispõe o art. 30-A, da legislação citada.

Sem prejuízo às alegações finais apresentadas pelas partes, o Relator determinou a oitiva da testemunha Bruno Teixeira da Cunha, arrolada pela Representada, expedindo Carta de Ordem à 29ª Zona Eleitoral para inquirição da testemunha citada, fl. 695. Com base no art. 209, I, do CPC, o magistrado devolveu a Carta de Ordem sem seu cumprimento, fls. 704/705.

Em 22/05/2012, foi ouvida na Sala de Sessões deste Regional a testemunha Bruno Teixeira da Cunha, fl. 728.

Em razão do término do biênio do Relator Francisco Gomes, os presentes autos foram a mim distribuídos em 30/05/2012.

Em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, determinei a notificação das partes para retificarem ou ratificarem suas últimas alegações, apenas no tocante à audiência de inquirição da testemunha Bruno Teixeira da Cunha.

Notificada, a Representada nenhuma linha aduziu sobre o mencionado depoimento, recorrendo apenas sobre teses já apresentadas em sede de defesa e de alegações finais.

O Ministério Público Eleitoral ratificou suas alegações finais contidas às fls. 679/681.

É o relatório.

VOTO

1. Preliminar. Testemunha ouvida. Cerceamento de Defesa. Inexistência.

Observa-se dos autos que a testemunha arrolada foi ouvida e em observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, as partes puderam retificar ou ratificar suas alegações finais.

Deste modo, se cerceamento de defesa existia foi afastado com a ouvida da testemunha. Portanto, a arguição está prejudicada.

2. NO MÉRITO:

2.1. Da Imputação

O cerne da presente Representação formulada pela Procuradoria Regional Eleitoral diz respeito à captação irregular de recursos para fins eleitorais, no montante de R\$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais), os quais foram materializados através de empréstimo obtido pela Representada perante pessoa física.

2.2 – Origem da Imputação: Prestação de Contas de Campanha.

As imputações tem sua origem no Acórdão deste Tribunal nº 2224-03.2010.6.27.0000, que, à unanimidade, desaprovou a prestação de contas da Representada, constatando ausência de previsão legal para a tomada de empréstimo pessoal para fins de financiamento de campanha perante pessoa física.

2. 3. Do Empréstimo no Valor de R\$ 82.000,00.

Consta dos autos que no dia 01/10/2010, a Representada e o seu irmão José Santana Neto, celebraram um “contrato particular de empréstimo”, onde o credor emprestaria a quantia de R\$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais), para serem pagos em 10 parcelas iguais de R\$ 8.200,00 (oito mil e duzentos reais), iniciando-se o pagamento da dívida em 28/02/2011 e com término previsto em 30/12/2011. Ocorre que tal empréstimo foi considerado pela Coordenadoria de Controle Interno e Auditoria irregular, ensejando assim a desaprovação das contas da Representada por esta Corte (Acórdão 2224-03.2010.6.27.0000).

As irregularidades foram assim descritas pela CCIA:

*“6. Indagada sobre a diferença do patrimônio declarado no ato de registro da candidatura, item 3 do relatório de diligências, no valor de **R\$ 40.000,00** (quarenta mil reais) e os recursos aplicados na campanha eleitoral de 2010, no valor de **R\$ 82.000,00** (oitenta e dois mil reais), a título de recursos próprios, observando-se a diferença de **R\$ 42.000,00** (quarenta e dois mil reais), maior que seu patrimônio, a candidata justificou, à fl. 222, que trata-se de **empréstimo pessoal**, realizado com o Senhor José Santana Neto, conforme Contrato Particular de Empréstimo às fls. 288/289, no valor de R\$ 82.000,00*

(oitenta e dois mil reais), sem o reconhecimento de firma em cartório, o que o torna bastante frágil como documento probatório.

*6.1. Ocorre que, nos termos do art. 17, § 2º, da Resolução TSE nº 23.217/2010, **somente no caso de empréstimo bancário** tais recursos poderiam ser considerados como próprios para aplicação na campanha eleitoral, portanto, sendo oriundos de empréstimo pessoal, é ilegítima e sem amparo legal a aplicação dos R\$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais), nos moldes realizados pela candidata, constituindo-se em grave infração à norma.*

*6.2. Nesse sentido, cabe registrar que a permissão somente à modalidade de empréstimo bancário objetiva manter **o controle efetivo pela Justiça Eleitoral da regularidade de utilização das fontes de financiamento da campanha eleitoral**, pois, de outro modo, se perderia o alcance da origem dos recursos.” (fls. 427/428)*

2.4. Do Contrato Particular de Empréstimo

Frise-se, inicialmente, que a Representada declarou um patrimônio de 40.000,00 (quarenta mil reais) quando do registro de candidatura, contraindo a quantia de R\$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais) por meio de empréstimo pessoal ao seu irmão José Santana Neto, três dias antes do pleito.

Da análise do contrato ajustado em “família”, vislumbra-se sua fragilidade. **Primeiro**, conforme pactuado a Representada pagaria a primeira parcela em 28/02/2011 e a última em dezembro do mesmo ano, o que daria 11 parcelas e não dez como descritos no contrato. **Segundo**, a Representada contraiu empréstimo junto à pessoa física no valor de R\$ 82.000,00, lançando tal quantia como doação de recursos próprios, o que encontra óbice na legislação eleitoral, já que contratou com terceiros. **Terceiro**, até a presente data, apenas duas parcelas foram pagas pela Representada, demonstrando que esta não possui lastro financeiro para arcar com o pactuado no aludido “empréstimo” ou que de empréstimo verdadeiramente não se cuidou.

Aqui há um ponto curioso a ser observado. Extraí-se do acervo documental, que José Santana recebeu por meio de transferência bancária em sua conta corrente no dia 01/10/2010, a importância de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e a estes juntou mais R\$ 13.000,00 (treze mil reais), lançando mão do limite de crédito em cheque especial e transferiu para a conta da sua irmã/ Representada, R\$ 93.000,00 (noventa e três mil reais). Observem-se os extratos de fls. 541 e 554, no entanto, celebram um contrato de empréstimo de apenas R\$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais). Por quê? Isto evidencia que o referido pacto de mútuo foi fabricado depois em razão do fato da Representada ter sido apanhada na irregularidade em sua prestação de contas. Esqueceram-se, no açodamento, dos outros R\$ 13.000,00 (treze mil reais) e aferraram-se ao quanto apontado como recursos irregulares. Cabe indagar: e os R\$ 13.000,00 (treze mil reais) foram um presente?

Outro ponto a ser destacado é que o pretendo credor chega a ter cheque de vultoso valor (R\$ 26.000,00), devolvido por insuficiência de fundos logo após ter emprestado as ditas economias à Representada. Tal ocorrência induz a um raciocínio bastante claro, qual seja: era imperioso o aporte da

importância na campanha da Representada e isto ela não nega. Ocorre que, às vésperas do pleito a conduta delineia evidente abuso do poder econômico.

De qualquer modo, independentemente da existência ou não do indigitado “contrato particular de empréstimo” entre a Representada e o Sr. José Santana, a conduta afronta o disposto na legislação de regência, posto que somente os empréstimos bancários podem ser assim considerados, conforme preceitua o § 2º do art. 17 da Resolução TSE nº 23.217/2010, *in verbis*:

§ 2º Os empréstimos bancários contraidos pela pessoa física do candidato serão considerados doação de recursos próprios se aplicados na campanha eleitoral.

Inadmissível, portanto, em se tratando de financiamento de campanha, a utilização de empréstimos pessoais tomados a particular. Esta modalidade de arrecadação de recursos de campanha fere a legislação eleitoral e tem o condão de promover o desequilíbrio na disputa eleitoral entre os candidatos.

É nesse sentido a jurisprudência desta Corte Regional, conforme julgado:

PRESTAÇÃO DE CONTAS. CANDIDATO. ELEIÇÕES 2010. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA EMPRÉSTIMOS PESSOAIS. IMPOSSIBILIDADE DE EFETIVO CONTROLE SOBRE AS FONTES DE FINANCIAMENTO DA CAMPANHA ELEITORAL. UTILIZAÇÃO DE RECURSOS SUBSTANCIAIS DE ORIGEM NÃO IDENTIFICADA. DESAPROVAÇÃO.

1. A modalidade de empréstimo bancário objetiva manter o controle efetivo pela Justiça Eleitoral da regularidade de utilização das fontes de financiamento da campanha eleitoral, pois, de outro modo, perderia-se o alcance da origem dos recursos.

2. A Lei 9.504/97, bem como a Resolução TSE nº 23.217/2010 não prevêem empréstimos pessoais como forma de financiamento de campanha, somente empréstimos bancários, conforme art. 17, § 2º, da mencionada Resolução. O objetivo de tal dispositivo é, justamente, permitir que a Justiça Eleitoral mantenha o controle efetivo sobre as fontes de financiamento da campanha eleitoral. Caso contrário, estaria aberta a possibilidade de triangulação de recursos, uma vez que se um terceiro quisesse doar recursos à candidatura, mas sem se identificar como doador, faria a doação(seja em espécie seja por meio da conta bancária pessoal) ao candidato e ele aportaria na sua conta específica de campanha como se fossem recursos próprios.

3. A aceitação da modalidade de empréstimos pessoais (não bancários) como fontes de financiamento da campanha eleitoral tornaria possível a ocorrência de doações por terceiros, sem verificação, pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, dos limites previstos no art. 16, I e II, da Resolução TSE nº 23.217/2010, uma vez que estariam convertidas em empréstimos.

4. Caso, ademais, em que o valor de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) supostamente objeto de empréstimo pessoal em 20/7/2010

(durante a campanha) não foi depositado de uma única vez na conta bancária aberta especificamente para a campanha, tornando inverossímil a defesa da candidata no particular.

5. Não tendo a candidata informado em sua declaração de bens a existência de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em dinheiro, não há como reconhecer, à míngua de qualquer prova adicional, que esse montante depositado na sua conta bancária específica seria proveniente de saque realizado no mês de abril de 2010.

6. Não estando adequadamente comprovada a real origem de recursos substanciais utilizados na campanha da candidata (R\$ 230.000,00), deverá ser desaprovada as contas e determinada a transferência dos respectivos valores ao Tesouro Nacional.

7. Contas desaprovadas por unanimidade. Determinação, por maioria, da transferência de R\$ 230.000,00 (duzentos e trinta mil reais) ao Tesouro Nacional. Rel. Marcelo Albernaz, Prestação de contas nº 2209-34, Sessão Ordinário TRE-TO, 15/10/2010.

A propósito do argumento da defesa de que não há vedação à tomada de empréstimos a particular para financiamento de campanha é interessante lembrar que os gastos de campanha ostentam caráter público e o candidato figura como administrador de recursos públicos. Com efeito, é sabido que parte dos recursos da campanha de cada candidato são oriundos das verbas partidárias, alimentas estas como também se sabe com recursos públicos advindos do chamado *Fundo Partidário* (arts. 40, 41 e 44, incisos II e III e § 2º, todos da Lei nº 9096/95). Nestas circunstâncias não há dúvidas de que o candidato, tal qual o administrador público está adstrito aos termos da lei, daí porque não há necessidade de que a norma expressamente traga vedação para a tomada de empréstimos a particulares, pelo contrário, a ausência de permissivo legal ou regulamentar expresse já se traduz em vedação. Isto porque, ao administrador da coisa pública somente é dado praticar o que a lei permite em contraposição ao particular cujos atos podem pautar-se pelo que a lei não proíbe e pelo que não contrasta com os bons costumes.

E nem se diga que o fato de permitir a lei o carreamento de recursos particulares do próprio candidato ou de terceiros através de doações para à conta de campanha possa fazer do instituto algo eminentemente privado. À evidência não é o que ocorre. Assenta-se que aquilo que provém da esfera privada quando se justapõe ao público é imediatamente ‘contaminado’ do caráter público inafastável daquilo que do erário provém.

É oportuno lembrar aqui os argumentos do Procurador Regional Eleitoral que assim se manifestou sobre tal empréstimo: “(...) a aceitação da modalidade de empréstimos pessoais (não bancários) como fontes de financiamento da campanha eleitoral tornaria possível ocorrência de doações por terceiros, sem verificação, pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, dos limites previstos no art. 16, I, II, da Resolução TSE nº 23.217/2010, uma vez que estariam convertidas em empréstimos”.

O suposto “empréstimo” não passou de uma estratégia engendrada com a finalidade de calçar a utilização de recursos ilícitos na campanha da

Representada e burlar o controle nos gastos e arrecadação de campanha pela Justiça Eleitoral.

Não se pode perder de vista que a arrecadação de recursos em desconformidade com a legislação eleitoral, tem como traço característico o **abuso do poder econômico**. Com efeito, aplicadas as quantias expressivas arrecadadas às escusas, afigura-se razoável e proporcional a conclusão de que a lisura e o equilíbrio do pleito acabam seriamente comprometidos. Nesse sentido, se posicionou o Tribunal Regional do Pará:

“(...) O abuso do poder econômico decorre da própria captação ilícita de recursos para fins eleitorais, haja vista que o candidato, ao angariar e aplicar recursos em sua campanha eleitoral, em dissonância com os ditames legais, aos quais todos devem se balizar, se coloca em posição econômica privilegiada, de maneira a, potencialmente, comprometer a isonomia do processo eleitoral e a igualdade entre os candidatos. (...)”. (Investigação nº 17 - Ac. nº 20209, Rel. Juiz Ricardo Ferreira Nunes, DOE Vol. CJ 1, de 31/01/2008, p. 16) e o Tribunal Regional de Minas Gerais: “(...) Valor de pequena proporção em face do total de recursos regularmente movimentados. Observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Desproporção entre o agravo e a sanção que dele pode advir. (...)” (TRE/MG - Ac. nº 3352, Rel. Dr. Francisco de Assis Betti, PSESS de 10/12/2006).

Não consigo vislumbrar outra conclusão, senão a de que a Representada, como dito em outra passagem, abeberou-se de fontes não potáveis para fomentar sua campanha e se prestou a um trabalho de feições delituosas para tentar salvar sua prestação de contas e, agora o mandato eletivo.

3. Defesa da Representada Lastreia-se em Dois Pontos: Capacidade de Tomar Empréstimo Pessoal e do Credor/Terceiro Disponibilizar.

No que pese o esforço envidado pela defesa para tentar demonstrar a capacidade financeira de José Santana Neto, tal tentativa em nada repercute na análise do presente feito, uma vez que a Lei nº 9.504/97, bem como a Resolução TSE nº 23.217/2010 não preveem empréstimos pessoais como forma de financiamento de campanha, somente empréstimos bancários, conforme art. 17, § 2º, da mencionada Resolução. É que a modalidade de empréstimo bancário objetiva manter o controle pela Justiça Eleitoral da regularidade de utilização das fontes de financiamento da campanha eleitoral, o mais próximo possível do efetivo, pois, de outro modo, como ocorreu nos presentes autos, perder-se-ia o alcance da origem dos recursos.

Ademais, note-se que os valores recebidos por José Santana Neto da Assembleia Legislativa, a título de indenização por perda salarial, totalizavam R\$ 62.352,27, sendo que R\$ 43.598,26 foram recebidos no mês de junho de 2010, esvaindo-se de sua conta bancária naquele mesmo mês conforme extrato bancário, fl. 534. Registra-se aqui: não há qualquer retirada da conta corrente do suposto credor que se possa interpretar como aplicação da indenização recebida, apenas uma transferência para poupança no valor de

R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), que se revela ínfima diante do total recebido. Isso demonstra claramente que José Santana Neto não se utilizou desse dinheiro para “emprestar” a sua irmã Amália Santana, como quer fazer crer a defesa (fl. 377).

A conclusão a que se pode chegar é a de que o credor não dispunha da quantia de R\$ 43.598,26 para emprestar a Representada ou de qualquer outra economia, pelo menos legalmente cuidada. Como visto, conforme consta do seu extrato bancário do mês de junho de 2010, tal montante se esvaiu completamente ainda naquele mês (fl. 534). Por isso é que a maior parte do suposto empréstimo veio canalizada de origem completamente desconhecida para a conta do pretense credor na mesma data da operação intitulada.

Embora em passado não muito remoto tenham se tornado corriqueiras as notícias de dinheiros de políticos acomodados em locais e compartimentos pouco ortodoxos, não há notícias de onde o suposto credor teria acomodado suas “economias”. É que a defesa da Representada alega que o credor José Santana Neto, “em razão de ter economizado parte do seu salário e recebido indenização da Assembleia Legislativa do Tocantins, esta relativa a diferença provenientes da URV, consegue fazer uma economia de certa quantia que se encontra disponibilizada em conta corrente mantida junto ao Banco do Brasil S/A”. Onde? Não é o que se depreende dos autos. O alegado pela Representada, repise-se, contrasta com o extrato bancário do José Santana relativo ao mês de junho de 2010.

Inverossímil, portanto, o argumento de que tal quantia tenha sido emprestada à Representada! Os valores carreados para a conta de campanha da Representada no dia 1º de outubro de 2010 pelo credor são de origem não identificada e duvidosa. Basta observar o crédito de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sob a rubrica 976- *TED Transferência Eletr. Dispon.* (fl. 541). De onde veio? Não há explicação plausível.

Ora, se os recursos eram de José Santana, por que aportaram em sua conta por meio de transferência eletrônica? É óbvio que os recursos questionados e repudiados já na prestação de contas não tem origem identificada desde o aporte na conta do suposto credor e fomentador da campanha da Representada, Sr. José Santana. O ato de “irrigar” a conta de campanha com recursos de origens não identificada caracteriza abuso de poder econômico e, conseqüentemente, desequilíbrio na disputa eleitoral.

Nestas circunstâncias, à míngua de verossimilhança das alegações em face das formalidades exigidas no trato com as campanhas eleitorais e em nome da lisura e equilíbrio do pleito, não há como admitir a pretensa comprovação da origem dos recursos, o que, aliás, está sedimentado no julgamento da prestação de contas da Representada.

3.1 – Dos documentos bancários envolvendo a Representada e o credor

José Santana Neto, no dia 01/10/2010, realizou dois **saques** em sua conta bancária mantida no Banco do Brasil S/A sob o nº 5967-6, agência nº 911-3; um no valor de R\$ 35.500,00 e outro no valor de R\$ 57.500,00, fl. 390.

A Representada, no mesmo dia (01/10/2010, sexta-feira), recebeu um depósito em cheque no valor de R\$ 91.000,00 (noventa e um mil reais) e um depósito em dinheiro no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em sua conta pessoal mantida no Banco do Brasil, por sinal, na mesma agência do seu irmão. Neste mesmo dia, a Representada mediante transferência interbancária fez migrar R\$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais) para a conta bancária de campanha, mantida no BASA, fl. 393. Ocorre que José Santana Neto realizou saque no valor de R\$ 93.000,00 de sua conta, o que não explica o depósito em cheque na conta da Representada!

A esse respeito é interessante anotar que a assertiva feita pelo Banco do Brasil (fl. 644), no sentido de que não foi efetivado depósito em cheque pelo credor José Santana na conta corrente da Representada não se afigura verossímil. Assenta-se que depósito em dinheiro é sempre depósito em dinheiro, saindo o numerário de outra conta da mesma agência ou não e cheque não é dinheiro em espécie, sua conceituação legal é a de ordem de pagamento à vista, sendo pouco crível que uma instituição financeira adotasse nomenclatura diversa em suas transações, mormente em se tratando de Banco Oficial como é o caso.

Ademais, repise-se, tal circunstância não tem o condão de modificar a situação dos recursos aplicados pela Representada em sua campanha.

3.2 – Das provas testemunhas arroladas pela Representada.

A prova testemunhal de modo unânime afirma a ocorrência do empréstimo noticiado pela Representada.

Eis trecho do depoimento das testemunhas arroladas pela Representada:

*“(...) que a depoente trabalhava na campanha da candidata Amália Maria Santana hoje deputada estadual e tomou conhecimento que dias antes da eleição tinha acabado o dinheiro para levar adiante a campanha da referida candidata, fazendo com que a mesma pegasse uma importância em dinheiro a título de empréstimo com seu irmão José Santana Neto”. Testemunha: **Daniella Mhonike Moreira, fl. 514.***

“(...) Que se recorda que nesse período de greve houve saques na conta do Sr. José Santana e logo em seguida depósito na conta da representada Amália Santana. (...) que tem conhecimento desse saque não porque estava presente na agência nesse momento mas sim por ter verificado o extrato dessas transações. Que essas transferências se deram apenas virtualmente. (...) que essa transação efetuada deu-se mais como uma transferência entre contas, só que como ela foi feita no caixa interno da agência, nos extratos aparece saque e depósito. (...) que não sabe informar qual foi a natureza da relação jurídica que deu

*ensejo a essa transação entre as contas do Sr. José Santana e de sua irmã Amália Santana. Testemunha: **Pedro Jurandi Alves da Rocha, fls. 581/582.***

*“ (...) que o depoente informa que a representada efetuou empréstimo pessoal com o informante no valor de R\$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais) pra fins de subsidiar a sua campanha eleitoral; que acordaram que ela faria o pagamento ao informante em dez parcelas mensais, o que está sendo cumprido rigorosamente; que esse empréstimo se deu via transação bancária saindo da conta do informante para a conta pessoal da representada no Banco do Brasil; que a finalidade desse empréstimo foi para a representada concluir o pagamento de suas despesas da campanha eleitoral das eleições de 2010. Testemunha: **José Santana Neto, fl. 619.***

Estes depoimentos tem utilidade apenas quanto à assertiva de que a Representada teria tomado o empréstimo a seu irmão porque, do ponto de vista documental a operação financeira esta comprovada nos autos. Ocorre que, primeiro, em nome do controle mais efetivo da arrecadação e gastos de campanha não se admite a tomada de empréstimos particulares. Segundo, a adoção desta prática viabiliza a prática de abuso do poder econômico.

Fomente-se a ideia de que, sem controle efetivo nas contas de campanha seja possível o aporte de recursos não identificados a benefício de determinado candidato. Coloque-se ao lado desta ideia os episódios recentes envolvendo administradores públicos e o bicheiro Carlos Cachoeira, eis a receita da captação ilícita de recursos do abuso do poder econômico.

A mesma proposição é válida para o aporte de recursos oriundos de empresas com interesse no mercado de serviços administrados pelo potencial administrador. Novamente a receita da captação ilícita de recursos e do abuso do poder econômico.

Nestas situações, o que mais preocupa é a retribuição esperada pelo empresário e pela organização criminosa fomentadores da campanha. Eleito o beneficiário dos aportes ilícitos, o empresário irá cobrar benefícios para sua empresa. Relembre-se aqui o caso da Litucera cujo julgamento está em curso, da empresa Delta cujos contratos em Palmas forma suspensos. A organização criminosa, por seu turno também irá cobrar do eleito seus benefícios e estes são ainda mais nocivos. Poder-se-ia pensar na indulgência do administrador com práticas delituosas como tráfico de drogas, jogos ilegais ou lavagem de dinheiro.

O trato com a higidez das eleições envolve direitos e obrigações dos candidatos e os direitos de toda a comunidade de eleitores e de cidadãos em geral e quando colocamos em uma balança estes dois ingredientes, não há dúvidas de que o maior peso está com o segundo.

O conjunto probatório não autoriza outro deslinde, a não ser o de que efetivamente houve arrecadação de recursos de forma ilícita na campanha da Representada. Sua conduta foi toda no sentido de, deliberadamente, camuflar a realidade dos seus gastos de campanha, dificultando sobremodo o controle

da arrecadação e gastos por esta Especializada. A má-fé norteou a conduta da Representada no trato com os recursos de campanha eleitoral.

O **Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais** apreciou caso análogo e do v. Acórdão peço vênia para transcrever trecho do *decisum*. Confira-se:

RECURSO ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CANDIDATOS SEGUNDOS COLOCADOS DIPLOMADOS PREFEITO E VICE-PREFEITO. ARRECADAÇÃO OU GASTO ILÍCITO DE RECURSOS. PEDIDOS JULGADOS PROCEDENTES. CASSAÇÃO DE DIPLOMAS. CONVOCAÇÃO DE NOVAS ELEIÇÕES. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA DO PRESIDENTE DA CÂMARA. INDEFERIMENTO. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA DA 3ª COLOCADA. DEFERIMENTO.

Mérito.

Perquirição do ilícito eleitoral próprio do art. 30-A. Objeto que não se confunde com o abuso de poder econômico, com a rejeição das contas de campanha ou com ilícitos fiscais. Tutela da lisura da campanha e da transparência da arrecadação de recursos. Averiguação de comportamento malicioso dos candidatos destinados a camuflar a realidade dos recursos de campanha. Foco na conduta efetivamente adotada pelos réus, caracterizada por sucessivas mudanças de discurso que evidenciam o esforço de ocultação empreendido.

1 - Versão inaugural. R\$2.073.350,00 declarados como recursos próprios oriundos de venda de café (R\$1.573.350,00) e de empréstimo obtido junto à empresa Sinai (R\$500.000,00).

2 - As sacas de café. Valor inicial declarado de R\$875.000,00. Aumento de volume atribuído à limpeza do café. Versão inverossímil refutada pela prova testemunhal requerida pelos próprios réus. Diferença de sacas atribuída, pelas testemunhas, à colheita de 2008, quando a fazenda não mais pertencia ao candidato, já que doada para integralizar o capital da empresa Sinai Agropecuária S/A. Aparição de um "contrato de gestão de sacas de café e mútuo financeiro" e um "acordo de reserva de propriedade de safra futura" para justificar a alegada propriedade do café. Documentos desprovidos de credibilidade, porquanto celebrados após a detecção das irregularidades. Inconsistência das declarações.

3 - Rastreamento dos recursos supostamente próprios depositados na conta de campanha dos réus. Informação, pela Secretaria de Estado da Fazenda, de que os compradores do café alegadamente pertencente ao 1º réu depositaram o pagamento na conta bancária da Sinai Agropecuária S/A. Tentativa de respaldar a transação no suposto "contrato de gestão de sacas de café e mútuo financeiro", por meio do qual seriam emprestados à Sinai os valores obtidos com a venda do café. Hipótese que colidiu com a versão de que R\$1.350.000,00 depositados em dinheiro na conta de campanha eram recursos próprios oriundos da venda do café, já que as quantias teriam revertido à Sinai. Quebra de sigilo. Informação, pela Receita Federal, de que a Sinai encontra-se inativa e não declarou bens ou rendimentos a qualquer título em 2008. Informação, pelo Banco do Brasil, de que

vultosas quantias circularam pela conta bancária da referida empresa inativa entre agosto e outubro de 2008. Descoberta de que 27 saques no valor de R\$50.000,00, feitos na conta da Sinai a mando de Paola Lemos de Barros Quintão Campos (filha do 1º réu, diretora da Sinai e atual titular do Cartório do 5º Ofício do Registro de Imóveis), foram imediatamente depositados na conta da campanha de Sebastião Quintão. A opção por realizar saques pulverizados para, em seguida, realizar depósitos na conta do candidato denota evidente intenção de ocultar a procedência dos recursos. Escamoteamento da origem dos R\$1.350.000,00 que, declarados como recursos próprios, provêm da conta bancária da Sinai, empresa inativa que recebeu vultosas quantias de terceiros e, por meio de subterfúgios, as repassou ao candidato.

4 - Suposto empréstimo junto à Sinai Agropecuária S/A, no valor de R\$500.000,00. Empresa cujo capital foi integralizado com bens de Sebastião Quintão e cujas ações foram em seguida doadas para os filhos deste. Sociedade Anônima alcunhada, pelo candidato, como "empresa familiar". Objeto social adstrito a atividades relacionadas à exploração agropecuária. Concessão de mútuo financeiro não prevista entre as atividades a serem desenvolvidas pela empresa. Apresentação, pelos réus, de extratos bancários da Sinai, no qual aparecem os saques pulverizados de R\$50.000,00, visando provar que o empréstimo realmente saiu da conta bancária desta. Declaração de Rodrigo de Lemos Barros Quintão (filho do candidato e sócio da Sinai) de que o dinheiro do empréstimo fora entregue a seu pai em mãos. Versão totalmente desmentida pela posterior descoberta do esquema de depósito imediato, na conta de campanha, das quantias sacadas da conta da Sinai. Informações da Receita Federal. Impossibilidade de que a Sinai, empresa inativa e sem rendimentos declarados, emprestasse meio milhão de Reais ao candidato, por não haver respaldo lícito para esta disponibilidade de recursos. Tentativa de demonstrar a quitação do valor do empréstimo. Incongruências inconciliáveis nas versões apresentadas por Sebastião Quintão e Rodrigo Quintão. Conclusão pela inexistência do empréstimo.

5 - Recursos de fonte desconhecida. Emprego de ardis destinados a ocultar a real procedência de R\$2.073.350,00 injetados na campanha dos réus, fonte de recursos que ainda permanece desconhecida. Mesmo se encampada a tese de que a transferência de R\$1.350.000,00 pela Sinai, independentemente da existência de título jurídico, não ofende diretamente a legislação eleitoral, o volume de recursos de origem desconhecida ainda perfaz R\$723.350,00.

Comprovação de fraude na arrecadação de recursos. A conduta adotada, no sentido de deliberadamente camuflar a realidade da campanha denota a má-fé que norteou a arrecadação dos recursos pelos réus e denuncia a ilicitude perpetrada, independentemente da identificação da origem real dos recursos. O art. 30-A da Lei das Eleições não se limita a vedar formação de "caixa 2", alcançando QUALQUER PRÁTICA INSIDIOSA DESTINADA A OCULTAR O REAL FINANCIAMENTO DA CAMPANHA. As condutas praticadas pelos réus revelam-se mais perversas que o malsinado "caixa 2", porquanto mais audaciosas. Os candidatos mostraram à Justiça Eleitoral os recursos ilicitamente injetados na campanha, mas

declararam-nos como próprios, a fim de conferir-lhes aparência de legalidade. Para sustentar o engodo, exibiram um espetáculo leviano de inverdades. Colocaram-se a salvo da acusação da formação de "caixa 2", já que os recursos transitaram pela conta de campanha. Todavia, mesmo sem utilizar "caixa 2", lesaram profundamente o bem jurídico tutelado pelo art. 30-A. Fato é que a Justiça Eleitoral não conhece a verdadeira origem de mais de R\$2.000.000,00 que aportaram na campanha dos recorrentes. Mesmo na mais benevolente interpretação das provas, resta desconhecida a procedência de montante que ultrapassa R\$700.000,00. A TRANSPARÊNCIA DA ARRECADAÇÃO FOI FERIDA DE MORTE, E TALVEZ JAMAIS SE SAIBA A SERVIÇO DE QUAL NEFASTO INTERESSE. Por fim, as vultosas quantias postas à margem da fiscalização plena da sociedade impedem a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Recurso a que se nega provimento, para manter a cassação dos diplomas dos representados.

Determinação à Secretaria para que seja providenciada a resolução regulamentadora para a realização de novas eleições naquele Município, após a publicação do acórdão, devendo o Presidente da Câmara Municipal continuar no exercício da Chefia do Executivo, até que sobrevenha aquela.

Determinação para que seja oficiado o Juízo da 131ª ZE, informando que a cassação dos diplomas produz efeitos imediatos a partir deste julgamento, independentemente da publicação de acórdão respectivo e da interposição de eventuais recursos.

(RECURSO ELEITORAL nº 8528, Acórdão de 27/10/2009, Relator(a) BENJAMIN ALVES RABELLO FILHO, Publicação: DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico, Data 12/11/2009).

4- Da Análise do art. 30-A da Lei nº 9.504/97

A Representação em comento baseia-se no art. 30-A da Lei nº 9.504/97. Tal dispositivo foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 11.300/2006, tendo sido posteriormente alterado pela lei nº 12.034/2009, fruto da minirreforma eleitoral.

Reza o dispositivo em comento:

*Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e **pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos.** (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)*

§ 1º Na apuração de que trata este artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, no que couber. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)

*§ 2º **Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado.** (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)*

§ 3º O prazo de recurso contra decisões proferidas em representações propostas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

É explícito o desejo de sancionar a conduta de captar ou gastar ilicitamente em campanha eleitoral recursos financeiros ou assim estimados. Obviamente que para haver disputa saudável entre os concorrentes, faz-se necessário que as campanhas políticas se desenvolvam e sejam financiadas de forma escorreita e transparente, dentro de parâmetros legais.

Por outro lado, se uma “campanha é alimentada com recursos de fontes proibidas ou obtidos de modo ilícito ou ainda, realiza gastos não tolerados, ela mesma acaba por contaminar-se, tornando-se ilícita. Consequentemente, de campanha ilícita jamais poderá nascer mandato legítimo, pois árvore malsã não produz senão frutos doentes”.¹ Basta voltar os olhos para o panorama nacional para se ter uma ideia do quanto se passa nos bastidores da política brasileira, salvo as honrosas exceções.

Segundo José Jairo Gomes², “o termo captação ilícita remete tanto à fonte quanto à forma de obtenção de recursos. Assim, abrange não só o recebimento de recursos de fontes ilícitas e vedadas, como também sua obtenção de modo ilícito”.

O objeto primordial da representação pelo art. 30-A³ é a constatação de condutas praticadas por candidato e/ou partidos políticos em desacordo com as normas de arrecadação e aplicação de recursos de campanha eleitoral, previstas na Lei nº 9.504/97, o que se observa claramente nos presentes autos.

O que se vislumbra aqui é o intuito de ludibriar a Justiça Eleitoral, apresentando-se instrumentos paralelos com o escopo de forjar empréstimo e

¹ José Jairo Gomes, Direito Eleitoral, 4ª Edição, 2010, pág. 484.

² José Jairo Gomes, Direito Eleitoral, 4ªed.2010, pág.484.

³ Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos. [\(Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009\)](#)

§ 1º Na apuração de que trata este artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no [art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990](#), no que couber. [\(Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006\)](#)

§ 2º Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado. [\(Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006\)](#)

§ 3º O prazo de recurso contra decisões proferidas em representações propostas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial. [\(Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009\)](#)

suposto contrato com terceiro/particular. A Representada, calcando-se na justificativa de que “tentou junto a Instituições Financeiras empréstimos para fazer frente às despesas de sua campanha, não conseguindo êxito em suas investidas”, admite que se socorreu de terceiro para contrair recursos para o pagamento de despesas de campanha, o que é inadmissível pela legislação eleitoral como já citado.

Pontua-se que mesmo tendo como bem jurídico tutelado a *transparência da campanha*, tem-se entendido por necessário verificar se o recurso arrecadado e gasto de forma irregular apresenta-se relevante no montante da movimentação financeira. É nesse sentido a jurisprudência do TSE, confira-se:

AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. ART. 30-A DA LEI Nº 9.504/97.

1. A jurisprudência é pacífica no sentido de que, nas infrações ao art. 30-A da Lei das Eleições, é necessária a prova da proporcionalidade (relevância jurídica) do ilícito praticado pelo candidato, razão pela qual a sanção de cassação do diploma deve ser proporcional à gravidade da conduta, considerado o contexto da campanha (Recurso Ordinário nº 1.540, rel. Min. Felix Fischer).

2. Afigura-se relevante a questão da aplicação da proporcionalidade no caso concreto, em face da alegação dos autores de que seus mandatos teriam sido cassados por uso de veículos não contabilizados na prestação de contas, mas que diriam respeito a fato isolado da campanha eleitoral.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 40059, Acórdão de 27/04/2010, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: Diário da Justiça Eletrônico, Data 25/05/2010, Página 62-63).

Não concordo em plenitude com esse pensamento porque o candidato a cargos públicos deve mostrar-se isento de máculas que possam colocar em dúvida sua conduta moral e, nesse plano, a menor sombra já não recomendaria que a ele se confiasse a gestão da coisa pública ou, como no caso da Representada, a produção de leis. Isto porque caberia indagar: como pode alguém que trilha caminhos avessos à legalidade, produzir leis de qualidade?

Mesmo assim, vê-se claramente que os recursos captados de forma ilícita por meio de empréstimo com terceiro são substanciais, no montante de R\$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais), superando em duas vezes os bens declarados à Justiça Eleitoral pela Representada. E, frise-se: tal quantia aportou na conta de campanha da Representada restando **três dias para o pleito!** Portanto, a quantia arrecadada às vésperas do pleito é de vulto suficiente a promover o desequilíbrio na disputa.

Assim, a sanção de cassação do diploma deve ser aplicada a Representada, porque a Lei das Eleições lhe atribui a administração

financeira da campanha⁴, fixando sua responsabilidade pela veracidade das informações financeiras e contábeis⁵.

Sobre o tema assim discorreu o doutrinador José Jairo Gomes, na obra Direito Eleitoral, 4ª Edição, pág. 212:

“Em tempos como os atuais, em que cada vez mais pessoas deixam de pautar suas ações por padrões éticos e passam a aceitar como normais desvios de condutas, quis o legislador que a arrecadação e os gastos de campanha fossem transparentes, sem confusão com o patrimônio pessoal do candidato. A medida favorece o controle social, particularmente o exercido pela Justiça Eleitoral. Beneficia, ainda, a transparência no exercício de mandatos eletivos”.

As provas carreadas aos autos lograram demonstrar que a origem do recurso é ilícita por não respeitar o regramento legal.

O Tribunal Superior Eleitoral tem se posicionado no sentido de que a aplicação da grave sanção de cassação do diploma com base no art. 30-A da Lei nº 9.504/97 há de ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão perpetrada ao bem jurídico protegido pela norma⁶.

Visto que não há como diminuir a envergadura da sanção para torná-la, em tese, proporcional ao ilícito praticado, tem-se sistematicamente negado vigência ao preceito em nome dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ínsitos ao ordenamento constitucional, entretanto, como ventilado alhures, no caso em apreço o montante autoriza, à luz dos mencionados princípios, a aplicação da sanção de cassação do diploma.

A conduta da Representada caracteriza abuso de poder econômico delineado pela captação e utilização de recursos financeiros de origem ilícita para abastecer a campanha eleitoral, sendo grave a ensejar a cassação do diploma, pois os valores captados são de vulto. Note-se que a Representada informou à Justiça Eleitoral que arrecadou R\$ 196.066,75 (cento e noventa e seis mil, sessenta e seis reais e setenta e cinco centavos), portanto, os valores captados de forma ilícita por meio de empréstimo pessoal são

⁴ Art. 20. O candidato a cargo eletivo fará, diretamente ou por intermédio de pessoa por ele designada, a administração financeira de sua campanha, usando recursos repassados pelo comitê, inclusive os relativos à cota do Fundo Partidário, recursos próprios ou doações de pessoas físicas ou jurídicas, na forma estabelecida nesta Lei.

⁵ Art. 21. O candidato é solidariamente responsável com a pessoa indicada na forma do art. 20 desta Lei pela veracidade das informações financeiras e contábeis de sua campanha, devendo ambos assinar a respectiva prestação de contas. (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006)

⁶ RO - Recurso Ordinário nº 444696 - Brasília/DF, Acórdão de 21/03/2012. Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 81, Data 2/5/2012, Página 126-127.

substanciais, equivalentes a quase metade dos recursos arrecadados.

Vê-se que não foi confirmada, na presente hipótese, a real origem de recursos declarados na prestação de contas no montante de R\$ 82.000,00 que correspondem a **41,82%** dos recursos declarados como despesas de campanha, que permanecem envoltos em uma espessa zona nebulosa, que com todo o estratagema adotado não se dissipou. Assim, tenho que foi gravemente prejudicado o efetivo controle e fiscalização pela Justiça Eleitoral dos gastos de campanha efetivados pela Representada em verdadeiro abuso do poder econômico.

Assim, uma vez **não** evidenciada a verdadeira origem dos recursos arrecadados pela Representada, indubitavelmente, tal situação comprometeu a confiabilidade das contas e colocou por terra a efetiva fiscalização pela Justiça Eleitoral, impondo-se deste modo, a aplicação do art. 30-A, por abuso do poder econômico que permitiu à Representada ministrar em sua campanha, em prejuízo dos demais concorrentes, verbas concebidas e utilizadas à margem dos preceitos legais em franco desequilíbrio da disputa.

Do exposto, acolho a manifestação do Douto Procurador Regional Eleitoral e VOTO pela procedência dos pedidos formulados na presente Representação para condenar AMÁLIA MARIA SANTANA por comprovada captação e gastos de recursos ilícitos em campanha, com indiscutível abuso de poder econômico, cassando-lhe o diploma de Deputado Estadual pelo Partido dos Trabalhadores - PT/TO, nas eleições de 2010, com fulcro no art. 30-A, § 2º, da Lei nº 9.504/97 e por oportuno, determino que se extraiam cópias dos presentes autos e sejam remetidas à Procuradoria da República para apuração de possíveis ilícitos contidos na Lei nº 9.613/1998 (lavagem de dinheiro), caso ainda não tenha sido adotado esta providência por aquele Órgão.

Determino seja diplomado o suplente respectivo.

É como voto.

Palmas, 03 de abril 2013.

Juiz Zacarias Leonardo
Relator

REPRESENTAÇÃO Nº 2622-47.2010.6.27.0000

ORIGEM: Palmas - TO (29ª Zona Eleitoral)

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO. DEPUTADA ESTADUAL. CAPTAÇÃO OU GASTOS ILÍCITOS PARA FINS ELEITORAIS. EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS. CONDUTA VEDADA. ELEIÇÕES 2010.

Representante: Ministério Público Eleitoral

Representada: Amália Maria Santana

Advogados: Sérgio Rodrigo do Vale, Leandro Finelli, Agda Corrêa Bizerra e Ehaleda Linhares Nunes do Vale

P.R.E: Rodrigo Luiz Bernardo Santos

Relator: Juiz Zacaria Leonardo

VOTO DIVERGENTE

Trata-se de representação eleitoral ajuizada pelo Ministério Público em desfavor de AMÁLIA MARIA SANTANA, por suposta arrecadação ilícita de recursos financeiros aplicados na sua campanha eleitoral de 2010.

O Relator, Juiz Zacarias Leonardo, após rejeitar as preliminares arguidas, votou pela procedência da Representação e condenou a Representada, por captação ilícita de recursos e abuso do poder econômico, cassando, por conseguinte o diploma de Deputada Estadual, sendo acompanhado pelo Juiz Waldemar Cláudio de Carvalho.

Pois bem.

Como se vê, a Representada foi condenada por captação ilícita de recursos e abuso do poder econômico.

Após detido exame dos autos ouso, com a devida vênia, DIVERGIR do nobre Relator quanto a esse entendimento.

A questão em discussão é o fato de o “contrato particular de empréstimo” firmado entre a representada e o seu irmão José Santana Neto ter sido considerado como irregular pela Coordenadoria de Controle Interno deste Tribunal, o que ensejou a rejeição das suas contas de campanha das eleições 2010, conforme Acórdão desta Corte nº 2224-03.2010.6.27.0000.

Sustenta o eminente relator que o mencionado contrato está em desacordo com o § 2º do art. 17 da Resolução TSE 23.217/2010, que somente prevê a contratação desse tipo de arrecadação mediante empréstimos bancários.

Primeiramente cumpre destacar que não acho que a representada agiu com abuso do poder político ao contrair o mencionado empréstimo, pois entendo que empréstimo particular não contraria à legislação eleitoral, uma vez que a Resolução TSE 23.217/2010, no capítulo atinente à arrecadação e origens de recursos, não prevê o recebimento de doação oriunda de empréstimos junto a pessoas físicas como ilícito eleitoral.

Muito embora tenha havido a desaprovação das contas da representada, conforme Acórdão 2224-03.2010.6.27.0000, deste regional, a referida desaprovação das contas não enseja automaticamente a aplicação da penalidade de cassação do registro ou do diploma com base no art. 30-A da lei nº 9.504/97.

Entendo ser necessário, sempre, a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para eventual cassação de registro ou diploma de candidato.

No caso, entendo que o empréstimo de natureza pessoal, cujos valores passaram da conta da candidata para sua conta de campanha não se configura conduta vedada, pois a Resolução TSE 23.217/2010 não exaure

esse tipo de operação, ou não a limita unicamente para empréstimo feito por instituição bancária.

Nessa linha, conheço da representação, negando, pelos motivos acima alinhavados, o seu provimento.

Esse é meu voto.

Palmas, 09 de abril de 2013.

MAURO JOSÉ RIBAS
Juiz Membro

REPRESENTAÇÃO Nº 2622-47.2010.6.27.0000

ORIGEM: Palmas - TO (29ª Zona Eleitoral)

RELATOR: JUIZ FEDERAL JOSÉ GODINHO FILHO Juiz JACARIAS
LEONARDO

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO. DEPUTADA ESTADUAL. CAPTAÇÃO OU
GASTOS ILÍCITOS PARA FINS ELEITORAIS. EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS.
CONDUTA VEDADA. ELEIÇÕES 2010.

Representante: Ministério Público Eleitoral

Representada: Amália Maria Santana

Advogados: Sérgio Rodrigo do Vale, Leandro Finelli, Agda Corrêa Bizerra e
Evaleda Linhares Nunes do Vale

VOTO VISTA

Cuida-se de Representação Eleitoral ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral em desfavor de Amália Maria Santana, por suposta arrecadação ilícita de recursos financeiros aplicados na sua campanha eleitoral nas eleições de 2010.

No seu voto, o ilustre relator, Juiz ZACARIAS LEONARDO, rejeitou todas as preliminares arguidas e, no mérito, julgou procedente a Representação e, por conseguinte, condenou a Representada, por captação ilícita de recursos e abuso do poder econômico, cassando-lhe o diploma de Deputada Estadual, no que foi acompanhado pelo Juiz Waldemar Cláudio de Carvalho, tendo o Juiz Mauro Ribas divergido do voto do relator, julgando pela improcedência dos pedidos.

Pedi vista dos autos para um exame mais acurado de alguns pontos que me chamaram atenção durante o julgamento.

Pois bem.

O eminente relator lastreia o seu voto no fato de que o “contrato particular de empréstimo” firmado entre a representada e o seu irmão José Santana Neto foi considerado como irregular pela Coordenadoria de Controle Interno deste Tribunal, o que ensejou a rejeição das suas contas de campanha por esta Corte (Acórdão 2224-03.2010.6.27.0000).

Sustenta ainda a fragilidade do mencionado contrato e que tal operação financeira encontra óbice na legislação eleitoral, já que teria contratado com terceiros, ao arrepio, portanto, do que dispõe o § 2º do art. 17 da Resolução TSE nº 23.217/2010, que somente admitiria a contratação desse tipo de arrecadação mediante empréstimos bancários.

Com minhas respeitadas vênias, tenho pensamento diferente. É que o mencionado § 2º do art. 17 da Resolução TSE nº 23.217/2010 regulamenta os empréstimos bancários, mas, a meu ver, não veda a obtenção de empréstimos junto a pessoas físicas, como segue:

§ 2º Os empréstimos bancários contraídos pela pessoa física do candidato serão considerados doação de recursos próprios se aplicados na campanha eleitoral.

Ou seja, fosse a intenção do legislador impedir essa modalidade de empréstimo teria consignado expressamente na lei que “apenas” os empréstimos bancários poderiam ser contratados.

Nesse compasso, a contratação de empréstimo junto a pessoa física, é, de fato, uma irregularidade e, como tal, ensejou a rejeição das contas de campanha da representada, conforme o Acórdão 2224-03.2010.6.27.0000, deste Regional.

Todavia, a desaprovação das contas não enseja a cassação automática do registro ou diploma, com base no art. 30-A da Lei nº 9.504/97. Para tanto, exige-se a farta e efetiva comprovação da malversação dos recursos de campanha, bem como o cometimento de alguma ilicitude, o que, definitivamente, não ocorreu no caso destes autos.

Os recursos arrecadados na campanha da representada foram devidamente informados na sua prestação de contas, com identificação das fontes, emissão dos respectivos recibos eleitorais e apresentação dos comprovantes das despesas efetuadas, possibilitando a análise e controle por parte da Justiça Eleitoral.

Os valores foram depositados na conta de campanha eleitoral da representada, devidamente identificados, atendendo ao que dispõe a Resolução TSE nº 23.217/2010⁷.

⁷ Art. 18. As doações de recursos financeiros somente poderão ser efetuadas na conta bancária mencionada no art. 9º desta resolução, por meio de (Lei nº 9.504/97, art. 23, § 4º):

I – cheques cruzados e nominais ou transferência eletrônica de depósitos;

II – **depósitos em espécie devidamente identificados com o número de inscrição no CPF ou no CNPJ do doador até os limites fixados nos incisos I e II do § 1º do art. 16 desta resolução;**

III – mecanismo disponível na página da internet do candidato, do partido ou da coligação, permitindo inclusive o uso de cartão de crédito, e que deverá atender aos seguintes requisitos: [...].

Nesse particular, friso que legislação eleitoral ao delinear as regras para a arrecadação e aplicação de recursos financeiros nas campanhas eleitorais tem como objetivo único conferir a origem, o limite e o destino do que é arrecadado e efetivamente aplicado na campanha.

Não existem nos autos provas inequívocas de que os recursos financeiros arrecadados para a campanha eleitoral da representada tenham sido obtidos de forma ilegal, que tenham origem em fonte vedada pela legislação, que tenham sido usados para outros fins diversos da campanha eleitoral ou mesmo que tenham extrapolado os limites de arrecadação estabelecidos pelo partido político.

Com efeito, tenho que a aplicação da penalidade descrita no art. 30-A da Lei nº 9.504/97⁸ depende de comprovação robusta de que a irregularidade constituiu realmente fraude ao processo eleitoral, mediante a arrecadação espúria de recursos, para obtenção do famigerado caixa dois e que tais recursos tenham origem comprovadamente ilícita.

É evidente, no presente caso, a inexistência de má-fé por parte da representada, pois a obtenção do empréstimo junto a pessoa física foi devida e atempadamente declarada à Justiça Eleitoral no momento da sua prestação de contas.

A mais recente jurisprudência do TSE é convergente no sentido de que a aplicação da penalidade de cassação do registro ou do diploma com base no art. 30-A da lei nº 9.504/97 não é automática.

Para tanto é indispensável a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou da relevância jurídica, *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÃO 2010. DEPUTADO DISTRITAL. CASSAÇÃO. ART. 30-A DA LEI Nº 9.504/97. IRREGULARIDADES INSANÁVEIS. DESAPROVAÇÃO DAS CONTAS DE CAMPANHA. EMPRESA CRIADA NO ANO DA ELEIÇÃO. DOAÇÃO. ILÍCITO ELEITORAL. PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA. GRAVIDADE. CONDUTA. AFERIÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência deste Tribunal tem se posicionado no sentido de que a aplicação da grave sanção de cassação do diploma com base no

⁸ Lei nº 9.504/97

Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos.

(...)

§ 2º Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado.

art. 30-A da Lei nº 9.504/97 há de ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão perpetrada ao bem jurídico protegido pela norma.

2. A Lei nº 9.504/97, no capítulo atinente à arrecadação e aplicação de recursos nas campanhas eleitorais, não prevê o recebimento de doação originada de empresa constituída no ano da eleição como ilícito eleitoral.

3. A arrecadação de recursos provenientes de pessoa jurídica constituída no ano da eleição, a despeito de constituir, no caso, falha insanável, não revela gravidade suficiente para ensejar a cassação do diploma do recorrente.

4. Recurso Ordinário provido.

(Recurso Ordinário nº 444696, Acórdão de 21/03/2012, Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 81, Data 02/05/2012, Página 126-127)

REPRESENTAÇÃO. ARRECADAÇÃO ILÍCITA DE RECURSOS.

1. Comprovada, por outros meios, a destinação regular dos saques efetuados em espécie na conta bancária específica, ainda que em dissonância com o disposto no § 1º do art. 21 da Res.-TSE nº 23.217/2010, resta evidenciada a possibilidade de controle dos gastos pela Justiça Eleitoral.

2. Este Tribunal tem decidido pela aplicabilidade dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no julgamento das contas de campanha, quando verificadas falhas que não lhes comprometam a regularidade.

3. Para a cassação do diploma, nas hipóteses de captação ou gastos ilícitos de recursos (art. 30-A da Lei nº 9.504/97), é preciso haver a demonstração da proporcionalidade da conduta praticada em favor do candidato, considerado o contexto da respectiva campanha ou o próprio valor em si. (grifo nosso).

Agravo regimental não provido.

(Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 274641, Acórdão de 18/09/2012, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 199, Data 15/10/2012, Página 3)

Nesse mesmo sentido também foi o acórdão desta Corte no julgamento da Representação nº 2623-32, da Relatoria WALDEMAR CLÁUDIO DE CARVALHO, nos termos do voto divergente deste Juiz, como segue:

ELEIÇÕES 2010. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO E GASTOS ILÍCITOS PARA FINS ELEITORAIS. ART. 30-A DA LEI Nº 9.504/97. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

1. O art. 30-A da Lei das Eleições, objetiva garantir a lisura do processo eleitoral, assegurando à sociedade o amplo conhecimento sobre as arrecadações e gastos de campanha realizados pelos candidatos, como também a identificação dos respectivos financiadores, de maneira a permitir um maior controle.

2. *A simples demora na abertura de conta específica, sem que seja possível reconhecer a realização de gastos mediante utilização de recursos que por ela não transitaram, caracterizam mero erro formal, incapaz de comprometer a regularidade das contas de campanha.*

3. *A recente jurisprudência do Egrégio TSE está pacificada no sentido de que para a incidência do art. 30-A da Lei nº 9.504/97 é necessária prova da proporcionalidade (relevância jurídica) do ilícito praticado pelo candidato e que a sanção de negativa de outorga do diploma ou de sua cassação deve ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão perpetrada ao bem jurídico protegido devendo as eventuais irregularidades terem grande repercussão no contexto da campanha em si, fatos não ocorridos no presente caso.*

4. *Pedido julgado improcedente.*

(REPRESENTAÇÃO nº 262332, Acórdão nº 262332 de 14/11/2012, Relator Juiz WALDEMAR CLÁUDIO DE CARVALHO, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 239, Data 19/11/2012, Página 5 e 6)

E ainda:

EFEITOS INFRINGENTES. IRREGULARIDADE AFASTADA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE CASSAÇÃO DO REGISTRO OU DO DIPLOMA COM BASE NO ART. 30-A DA LEI 9.504/97. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. PROVIMENTO.

(...)

MÉRITO

1. *(...)*

3. *A ausência de má-fé e a existência de documentos que comprovam a regularidade dos recursos utilizados na campanha não é motivo para a cassação de diploma. Precedentes TSE.*

4. *A aplicação da penalidade de cassação do registro ou do diploma com base no art. 30-A da lei nº 9.504/97 não é automática. Sendo necessária a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou da relevância jurídica do ilícito praticado pelo candidato e que a sanção de negativa de outorga do diploma ou de sua cassação deve ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão perpetrada ao bem jurídico protegido devendo as eventuais irregularidades terem grande repercussão no contexto da campanha em si, fatos não verificados no presente caso.*

5. *Não restando comprovado nos autos que a conduta da embargante tenha tido a gravidade suficiente para provocar o desequilíbrio no pleito, não há razão para lhe impor penalidade tão gravosa, não obstante suas contas de campanha terem sido julgadas irregulares.*

6. *Embargos procedentes.*

(Embargos de Declaração em Embargos de Declaração nº 2629-39.2010.6.27.0000. Procedência: Palmas/TO. Embargante: Nilmar

Gavino Ruiz. Relator para o acórdão: Juiz Mauro Ribas. 02/04/2013)

Como visto, a jurisprudência é pacífica no sentido de que para a incidência do art. 30-A da Lei nº 9.504/97 é necessária prova da proporcionalidade (relevância jurídica) do ilícito praticado pelo candidato e que a sanção de negativa de outorga do diploma ou de sua cassação deve ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão perpetrada ao bem jurídico protegido devendo as eventuais irregularidades terem grande repercussão no contexto da campanha em si, fatos não ocorridos no presente caso.

Dessa forma, não tendo sido comprovado nos autos que a conduta da representada tenha perpetrado lesão grave ao bem jurídico protegido, não há que se falar em cassação do seu diploma, não obstante suas contas de campanha terem sido julgadas irregulares por esta Corte.

Não restam também comprovadas nos autos condutas que evidenciem a prática de abuso do poder econômico, ficando descartada configuração de desequilíbrio na disputa eleitoral.

Além do mais, não compartilho da tese de que o candidato, ao gerir os recursos financeiros da campanha eleitoral, especialmente aqueles arrecadados mediante depósitos ou transferências bancárias feitas por pessoas físicas ou jurídicas a título de empréstimo ou doação, o faça na condição de administrador público, ao qual só é permitida a prática de atos expressamente consignados em lei.

Penso que, acaso o candidato agisse nessa condição, qual seja, a de administrador público, tais despesas de campanha deveriam ser, obrigatoriamente, precedidas de procedimento licitatório, sua dispensa ou o reconhecimento da sua inexigibilidade, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Nestas circunstâncias, com as vênias ao ilustre relator e ao Juiz Waldemar Cláudio de Carvalho, acompanho a divergência inaugurada pelo Juiz Mauro Ribas.

É como voto.

Palmas - TO, 10 de abril de 2013.

Juiz JOÃO OLINTO

Voto Vista

Representação nº 2622-47.2010.6.27.0000

Representante: Ministério Público Eleitoral

Representada: Amália Maria Santana

Advogados: Sérgio Rodrigo do Vale e outros

Relator: Juiz Zacarias Leonardo

DECLARAÇÃO DE VOTO ORAL

Ouvi atentamente o voto proferido pelo relator, os fundamentos apresentados pelos pares que o acompanharam, e a divergência, principalmente os argumentos agora esposados pelo Doutor *João Olinto*, os quais se encaixam perfeitamente dentro das considerações que anotei, e, posteriormente, as transcreverei para os autos, que passo a expor.

1. Não há prova nos autos de que o valor depositado em espécie não pertenceria à representada.
2. O referido valor não desrespeitou o valor máximo do limite de gastos estabelecido pelo partido político, respeitando, portanto, o limite previsto quanto ao seu limite pessoal de doação.
3. Não há qualquer vedação preceituada pela legislação de regência — art. 24 da Lei nº 9.504/97 —, que dispõe sobre as fontes vedadas nas campanhas eleitorais. Portanto, não há vedação de contrair empréstimo pessoal com pessoa física.

Foi um contrato entre ela e o irmão, este foi quem lhe emprestou o dinheiro, e esse dinheiro, ela não agiu de má-fé, visto que foi depositado em conta de campanha da representada, conta controlada pela Justiça Eleitoral, e foi declarado esse empréstimo na prestação de contas.

Assim, peço vênica ao relator, mas entendo que está havendo um rigorismo muito grande na cassação do mandato, pois aqui não houve, a meu ver, nenhuma lavagem de dinheiro, nenhum dinheiro de origem estranha, não houve qualquer irregularidade, e a Justiça Eleitoral tomou conhecimento.

Nesta Corte, inclusive já está mudando o entendimento, pois a pessoa declara que não possui rendimentos a declarar, um ano depois faz uma declaração retificadora dizendo que declarou o que doou. Então, se houve aqui irregularidade, é a mesma situação aqui apresentada.

Acompanho a divergência e faço meus os argumentos apresentados pelos Juízes *João Olinto* e *Mauro Ribas*.

É o meu voto.

Palmas-TO, 10 de abril de 2013.

Desembargador JOSÉ DE MOURA FILHO

REPRESENTAÇÃO Nº 2622-47.2010.6.27.0000 - DEPUTADA ESTADUAL.
CAPTAÇÃO OU GASTOS ILÍCITOS DE RECURSOS, PARA FINS
ELEITORAIS. EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS. CONDUTA VEDADA.
ELEIÇÕES 2010

ORIGEM: PALMAS-TO (29ª ZONA ELEITORAL - PALMAS)

REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, POR SEU
PROCURADOR REGIONAL

REPRESENTADO: AMÁLIA MARIA SANTANA, CANDIDATA A DEPUTADA
ESTADUAL

ADVOGADO: SÉRGIO RODRIGO DO VALE

ADVOGADO: LEANDRO FINELLI

ADVOGADA: AGDA CORREA BIZERRA

ADVOGADO: EVALEDA LINHARES NUNES DO VALE

RELATOR: JUIZ ZACARIAS LEONARDO

DECLARAÇÃO DE VOTO: JUIZ JOSÉ RIBAMAR MENDES JÚNIOR

DECLARAÇÃO DE VOTO

Cuida-se de Representação manejada pelo **Ministério Público Eleitoral** contra Amália Maria Santana da Silva, Deputada Estadual, requerendo a cassação de seu diploma com base no art. 30-A da Lei nº 9.504/97, em face da identificação na sua prestação de contas de recursos arrecadados de forma irregular e utilizados ilicitamente na campanha eleitoral de 2010.

A meu sentir, não há dúvida acerca da irregularidade na contratação do empréstimo, afrontando a legislação vigente. Nesse aspecto acompanho o Douto Relator, uma vez que, se a Justiça Eleitoral oportunizar a contratação de empréstimo pessoal vai criar obstáculos para a aferição da origem dos recursos utilizados em campanha, e isso seria um precedente perigoso.

Entretanto, dois fatos devem ser considerados na análise do presente caso.

A impossibilidade de o sistema financeiro oferecer à candidata a aquisição de empréstimo pessoal, em razão da greve bancária noticiada nos autos, e a necessidade de quitar as suas contas de campanha, haja vista que em caso de inadimplência teria que arcar com o prejuízo moral e eleitoral em período próximo à realização das eleições.

A representada conseguiu cumprir o ônus de demonstrar a causa de exclusão da ilicitude eleitoral decorrente na inexigibilidade de conduta diversa quando realizou o empréstimo de pessoa física, ao comprovar a greve bancária no período de aquisição do numerário.

Com isso, evita-se a punição injustificada da representada, apesar de agir de forma irregular, pois não lhe restou alternativa legal para a rápida solução do problema financeiro.

Portanto, em virtude da greve do sistema bancário, do empréstimo ter sido contraído de um parente próximo com lastro suficiente para ter essa quantia de dinheiro, esse valor não ser exorbitante para uma campanha de candidato a deputado estadual, e, ao final, por tudo isso ter sido documentado na prestação de contas à Justiça Eleitoral, o que comprova a boa-fé, acompanho o voto divergente.

Palmas, 10 de abril de 2013.

Juiz José Ribamar Mendes Júnior
Juiz Membro

ACÓRDÃO Nº 9947-15
(27.06.2013)

RECURSO CRIMINAL Nº 9947-15.2006.6.27.000

Procedência : ARRAIAS-TO (22ª ZONA ELEITORAL)
Assunto : RECURSO CRIMINAL. AÇÃO PENAL. CRIME
ELEITORAL. ART. 350 DO CÓDIGO ELEITORAL.
Recorrente : EVERALDO JOSÉ SILVA DOURADO
Advogada : ILZA MARIA VIEIRA DE SOUZA
Recorrentes : MARISETH BATISTA ALMEIDA VASCONCELOS
CACILDO VASCONCELOS
MARY DE FÁTIMA FERREIRA DE PAULA
Advogados : DARCI MARTINS COELHO
GIOVANI FONSECA DE MIRANDA
Recorrente : MARIA SIMONE CARDOSO DE ALMEIDA
Advogada : LORRANA GARDÉS CAVALCANTE
Recorrido : MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL
Relator : DESEMBARGADOR JOSÉ DE MOURA FILHO

EMENTA: RECURSO CRIMINAL. AÇÃO PENAL. CRIME DO ART. 350 DO CÓDIGO ELEITORAL. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

- Antes de transitar em julgado a sentença final, a prescrição regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, conforme estabelecido no art. 109 do Código Penal.

- A pena máxima cominada para o delito tipificado no art. 350 do Código Eleitoral é “reclusão de até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa”. Nesse contexto, o prazo prescricional aplicável à espécie é o previsto no art. 109, inciso III c/c art. 111, inciso I, ambos do Código Penal, que é de 12 (doze) anos, contados da consumação do delito. Assim, considerando que os fatos delituosos que amparam a denúncia ocorreram em 5 de julho de 2004, já decorreu lapso temporal superior a 8 (anos) anos, isso sem levar em conta o último marco interruptivo do prazo prescricional, qual seja, a publicação da sentença condenatória, que ocorreu em 15/12/2011. Portanto, não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva, tampouco em prescrição retroativa.

NULIDADE DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PÁS DE NULITÉ SANS GRIEF. PRELIMINAR REJEITADA.

- Não demonstrado o prejuízo resultante da não abertura de vista dos autos aos recorrentes quando do recebimento do processo na primeira instância, em decorrência de ter havido a cessação da competência deste Tribunal Regional Eleitoral para processar e julgar o feito, não há falar em nulidade do processo por ofensa ao princípio do contraditório. Preliminar rejeitada.

VÍCIO DAS ATAS DOS PARTIDOS. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEFERIMENTO. MATÉRIA JÁ DEBATIDA. COISA JULGADA MATERIAL. QUESTÃO PREJUDICIAL DE MÉRITO. ACOLHIMENTO.

- A questão da validade das atas das convenções partidárias restou amplamente discutida por esta Corte Eleitoral, sendo que, na oportunidade de apreciação do recurso interposto contra a decisão que indeferiu os registros, foram elas aceitas como comprovação da regularidade das convenções, sendo deferidos os registros das candidaturas e, portanto, afastados os alegados vícios nelas apontados, restando referido julgado mantido pelo Colendo Tribunal Superior Eleitoral.

- Se a Justiça Eleitoral, que é destinatária dos documentos exigidos por ocasião do registro de candidatura, os considerou autênticos, legítimos, válidos e deferiu os registros questionados, é evidente que a matéria não pode ser rediscutida em nenhum outro processo, por estar resguardada sob o manto da coisa julgada material, com a eficácia que a torna imutável e indisponível. Ademais, as atas tinham fins exclusivamente eleitorais, tendo seus efeitos exauridos.

- Acolhida, portanto, a questão prejudicial suscitada.

ACÓRDÃO: os Membros do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins decidiram, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, acolher a questão prejudicial suscitada pelos recorrentes **MARISETH BATISTA ALMEIDA VASCONCELOS, CACILDO VASCONCELOS e MARY DE FÁTIMA FERREIRA DE PAULA** para extinguir a Ação Penal nº 86/2006, por estar a matéria nela debatida resguardada sob o manto da coisa julgada material.

Sala das Sessões do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins.
Palmas-TO, 27 de junho de 2013.

Desembargador JOSÉ DE MOURA FILHO
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos interpostos por *Everaldo José da Silva Dourado* (fls. 1660/1664 – volume 7), *Mariseth Batista Almeida Vasconcelos, Cacildo Vasconcelos e Mary de Fátima Ferreira de Paula* (fls. 1667/1682 – volume 7) e *Maria Simone Cardoso Almeida* (fls. 1706/1709 – volume 7), contra a sentença (fls. 1620/1650 - volume 7) proferida pelo Juiz Eleitoral da 22ª Zona Eleitoral – Arraias-TO, nos autos da Ação Penal nº 86 que, ao julgar procedente o pedido contido na denúncia, condenou os três primeiros recorrentes pela prática do crime previsto no artigo 350 do Código Eleitoral c/c artigo 71 do Código Penal.

O recorrente *Everaldo José da Silva Dourado*, em suas razões recursais (fls. 1660/1664 – volume 7), alega que o *quantum* da pena fixado

na sentença recorrida apresenta-se excessivo, diante das peculiaridades do caso concreto em análise, haja vista que não há fundamentos para que a reprimenda se afaste do mínimo legal, já que se trata de réu primário, de bons antecedentes, trabalhador e de boa conduta social, razão por que entende que a reforma da sentença é medida que se impõe.

Por fim, requer, alternativamente, seja julgada improcedente a Ação Penal, a fim de que seja absolvido, ou reformado o *decisum* recorrido, seja a pena fixada no mínimo legal, aplicando-se a prescrição retroativa, para decretar a extinção da punibilidade.

Os recorrentes *Mariseth Batista Almeida Vasconcelos*, *Cacildo Vasconcelos* e *Mary de Fátima Ferreira de Paula*, conjuntamente, em suas razões recursais (fls. 1667/1682 – volume 7), arguem, em preliminar, a nulidade do processo, a partir da sentença recorrida (1620/1650 – volume 7), sob a alegação de ofensa ao princípio constitucional do contraditório, pois não foram ouvidos quando do recebimento dos autos na primeira instância, por cessada a competência desta Corte, em razão da perda do foro privilegiado por prerrogativa de função, visto que os réus *Mariseth Batista Almeida Vasconcelos* e *Cacildo Vasconcelos* não mais exerciam os cargos de Prefeita Municipal de Arraias-TO e de Deputado Estadual, respectivamente.

Suscitam questão prejudicial de mérito, afirmando que a matéria em debatida na Ação Penal estaria sob o manto da coisa julgada material, porquanto foi discutida nos autos do registro de candidatura, não cabendo mais ser levantada a questão. Por essa razão, postulam o acolhimento da prejudicial de mérito em comento, com a consequente extinção da Ação Penal.

No mérito, alegam que não restou caracterizada a prática da infração penal que lhes fora imputada na sentença condenatória.

A recorrente *Mariseth Batista Almeida Vasconcelos*, desde a sua defesa, alegou que não praticou a conduta pela qual foi condenada, pois como pré-candidata não realizou nenhum ato referente à lavratura de atas das convenções partidárias.

O recorrente *Cacildo Vasconcelos* também sustenta que não praticou nenhum ato referente à lavratura de atas das convenções partidárias, pois como parlamentar e líder político local e regional, à época ocupando o cargo de Secretário de Estado, não participou dos atos internos das convenções, limitando-se às articulações prévias para composição das coligações e definição de candidaturas.

A recorrente *Mary de Fátima Ferreira de Paula* alegou que não praticou, em nenhum momento, qualquer ação que possa constituir violação à lei eleitoral, pois sua única ação consistiu na digitação das atas, copiando-as dos livros próprios para instruir o requerimento de registro ou ditando o que estava neles escrito para o digitador.

Por fim, os recorrentes aduziram que a mera orientação não constitui etapa do *iter criminis*, argumentando que não restou configurada a coautoria ou participação a embasar a imposição de pena no grau máximo, e que o Magistrado sentenciante se estribou apenas na prova inquisitorial.

Encerram o arrazoadado recursal requerendo: (1) a nulidade do processo; (2) a extinção da ação penal; (3) a absolvição dos recorrentes, sob o argumento de não terem praticado nenhuma infração penal.

Em contrarrazões aos recursos (fls. 1684/1694 – volume 7), o Ministério Público Eleitoral na primeira instância rebate todas as teses levantadas pelos recorrentes, inclusive preliminares e, no mérito, afirma que a prova é robusta para comprovar as condutas criminosas praticadas pelos recorrentes, postulando, ao final, pelo não provimento dos recursos.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Regional Eleitoral manifestou-se pelo conhecimento e não provimento dos recursos (fls. 1699/1701 e versos e 1702 – volume 7).

À fl. 1705 (volume 7), a acusada *Maria Simone Cardoso de Almeida* protocolizou nesta Corte petição requerendo a conversão do julgamento em diligência, com baixa dos autos à origem, para processamento do recurso (fls. 1706/1709 – volume 7), por ela interposto contra a sentença de fls. 1620/1650 (volume 7), no qual pleiteia a nulidade da referida decisão, sob a alegação de omissão no julgamento acerca da extinção da punibilidade dos demais acusados na Ação Penal epígrafada, quais sejam: *Sandra Regina Ataídes de Oliveira, Maria Simone Cardoso de Almeida, José Brasília da Silva Dourado e Walter Magalhães Mármore*.

Posteriormente, os originais do recurso supracitado (fls. 1712/1716 – volume 7) foram remetidos a este Tribunal por ordem do Juízo Eleitoral da 22ª Zona – Arraias-TO, conforme ofício de fl. 1711 (volume 7).

Às fls. 1718/1720, foi deferido o pedido formulado à fl. 1705 (volume 7), sendo remetidos os autos ao Juízo Eleitoral de Arraias-TO para o processamento do recurso interposto pela acusada *Maria Simone Cardoso de Almeida*.

À fl. 1723 (volume 7), o Juiz Eleitoral de Arraias-TO complementou a prestação jurisdicional e proferiu sentença julgando extinta a punibilidade dos acusados *Sandra Regina Ataídes de Oliveira, Maria Simone Cardoso de Almeida, José Brasília da Silva Dourado e Walter Magalhães Mármore*, em razão do cumprimento das condições estabelecidas na transação penal (fls. 667/671 – volume 3). Certidão do trânsito em julgado da referida sentença à fl. 1727 (volume 7).

Encaminhados os autos a esta Corte, foram com vista ao Ministério Público Eleitoral nesta instância, oportunidade em que o Procurador Regional Eleitoral se manifestou pelo regular prosseguimento dos recursos interpostos por *Everaldo José da Silva Dourado, Mariseth Batista Almeida*

Vasconcelos, Cacildo Vasconcelos e Mary de Fátima Ferreira de Paula (fls. 1732 – volume 7),

Às fls. 1738/1740 - volume 7, a recorrente *Maria Simone Cardoso de Almeida* ingressa com petição nos autos pleiteando a nulidade da sentença de fls. 1620/1650 (volume 7), por entender que ao Magistrado *a quo* competia apenas cumprir a diligência determinada pelo Relator às fls. 1718/1720 (volume 7), insistindo no retorno dos autos à instância singela para o processamento completo do recurso por ela interposto (fls. 1712/1716 – volume 7), antes, porém, requer seja declarada a nulidade dos atos praticados a partir de fls. 1723 a 1727.

Às fls. 1743/1747 – volume 7, o recorrente *Cacildo Vasconcelos* requer a juntada aos autos de cópia do Termo de Posse no cargo de Prefeito Municipal de Arraias-TO, ato ocorrido em 1º de janeiro de 2013. Pede o julgamento do presente recurso, com a decretação de nulidade do processo a partir da sentença de fls. 1620/1650 (volume 7), apontando que no recurso interposto por *Maria Simone Cardoso de Almeida* (fls. 1712/1715 – volume 7) também foi formulado pedido de nulidade da sentença.

É, em síntese, o relatório.

Remetam-se estes autos ao ilustre Revisor, nos termos das disposições contidas nos artigos 67, inciso II e 69 do Regimento Interno desta Corte¹.

Palmas-TO, 29 de maio de 2013.

VOTO

Conheço dos recursos, porquanto preenchem os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, no caso em apreço, não se consumou a prescrição da pretensão punitiva.

Antes de transitar em julgado a sentença final, a prescrição regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, conforme estabelecido no art. 109 do Código Penal.

A pena máxima cominada para o delito tipificado no art. 350 do Código Eleitoral é “reclusão de até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa”. Nesse contexto, o prazo prescricional aplicável à espécie é o previsto no art. 109, inciso III c/c art. 111, inciso I, ambos do Código Penal, que é de 12 (doze) anos, contados da consumação do delito. Assim, considerando que os fatos delituosos que amparam a denúncia ocorreram em 5 de julho de 2004, já decorreu lapso temporal superior a 8 (anos) anos, isso sem levar em conta o último marco interruptivo do prazo prescricional, qual seja, a

¹ Resolução TRETO nº 282, de 11/12/2012, publicada no DJE nº 264, de 17/12/2012, páginas 15/48.

publicação da sentença condenatória, que ocorreu em 15/12/2011 (fl. 1.651, volume 7). Portanto, não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva, tampouco em prescrição retroativa.

Segundo a peça acusatória de fls. 02/10 (volume 1), os acusados *Josemília Oliveira Xavier Gáspio, José Basílio da Silva Dourado, Marizeth Batista Almeida Vasconcelos, Sandra Regina Ataídes de Oliveira, Maria Simone Cardoso de Almeida, Mary de Fátima Ferreira de Paula, Walter Magalhães Mármore, Cacildo Vasconcelos e Everaldo José Silva Dourado*, foram denunciados em razão da prática do crime tipificado no art. 350 do Código Eleitoral, que dispõe, *verbis*:

“Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais:

Pena – reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada.”

Conforme a exposição do fato criminoso posto na denúncia, temos que:

- *José Basílio da Silva Dourado, Sandra Regina Ataídes de Oliveira e Maria Simone Cardoso de Almeida, de forma livre e consciente, inseriram declaração falsa em forma de adendos nas atas das convenções municipais dos partidos PTB, PL e PP, para fazerem crer que foram redigidos e assinados no dia das respectivas convenções partidárias.*

- *Josemília Oliveira Xavier Gáspio, livre e conscientemente, inseriu declaração falsa em documento particular, mais especificamente nas atas do PTN, PT do B, PSC e PSDB, com o fim de demonstrar falsamente a sua realização no prazo previsto em lei e que o Everaldo José Silva Dourado inseriu declaração falsa no adendo das atas do PFL e PSDC e também concorreu para que Josemília Oliveira Xavier Gáspio inserisse declaração falsa nas atas dos partidos acima mencionados.*

- *Marizeth Batista Almeida Vasconcelos, eleita prefeita de Arraias em 2004, Mary de Fátima Ferreira de Paula e Cacildo Vasconcelos concorreram, livre e conscientemente, para que todos os outros denunciados inserissem declaração falsa nas atas do PFL, PL, PP, PTB, PTN, PT do B, PSC, PSDB e PSDC, e que o denunciado Walter Magalhães Mármore inseriu assinaturas falsas na ata de convenção do PP.*

A denúncia foi recebida na íntegra em 13/06/2007 (fls. 615/620, volume 3), por unanimidade dos membros desta Corte, à época competente para processar e julgar o processo, em razão de os acusados *Marizeth Batista Almeida Vasconcelos* e *Cacildo Vasconcelos* serem detentores de mandatos eletivos, por ocuparem os cargos de Prefeita Municipal de Arraias-TO e de Deputado Estadual, respectivamente, gozando, portanto, de foro privilegiado por prerrogativa de função.

Em relação aos acusados *José Brasília da Silva Dourado*, *Sandra Regina Ataídes de Oliveira*, *Maria Simone Cardoso de Almeida* e *Walter Magalhães Mármore*, consta nos autos (fls. 667/669, volume 3) proposta formulada pelo Ministério Público Eleitoral nesta instância de suspensão do processo pelo período de 2 (dois) anos, mediante as condições estabelecidas no art. 89 da Lei nº 9.099/95 e ao pagamento de prestação pecuniária fixada no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), para cada um, a qual foi devidamente homologada pelos membros deste Tribunal (fls. 670/671, volume 3).

A instrução processual transcorreu dentro da normalidade.

Encerrada a fase para a apresentação de alegações finais, estando os autos aptos a julgamento, por determinação judicial (fl. 1.588, volume 6), foi exarada certidão à fl. 1.590 (volume 6) informando que os acusados *Marizeth Batista Almeida Vasconcelos* e *Cacildo Vasconcelos* não mais exerciam cargo eletivo. Em face disso, sob o fundamento de revogação da Súmula 394 do STF e a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002 (ADI nº 2.397-2/DF), que acrescentou os parágrafos 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal, o Relator que à época conduzia o feito, por entender cessada a competência desta Corte, proferiu voto determinando a remessa dos autos ao Juízo Eleitoral da 22ª Zona – Arraias-TO, para o regular processamento do feito, no que foi acompanhado pelos demais membros que, à época, compunham o Pleno deste Tribunal (fls. 1.592/1.594, volume 6).

Transitada em julgado referida decisão, foram os autos encaminhados ao Juízo Eleitoral de Arraias-TO (fl. 1.599, volume 6), prolator da sentença de fls. 1.620/1.650 (volume 7), objeto dos recursos interpostos nestes autos, que condenou os recorrentes, cada um, à pena de 3 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infringirem o art. 350 do Código Eleitoral c/c art. 71 do Código Penal.

Feitos esses registros, passo à análise dos recursos supracitados, de forma individualizada.

RECURSO INTERPOSTO POR MARISETH BATISTA ALMEIDA VASCONCELOS, CACILDO VASCONCELOS e MARY DE FÁTIMA FERREIRA DE PAULA (fls. 1667/1682 - volume 7)

De início, os recorrentes argüem, em preliminar, a nulidade do processo, a partir da sentença recorrida (fls. 1.620/1.650 - volume 7), por ofensa ao princípio constitucional do contraditório, sob a alegação de que

não foram ouvidos quando do recebimento dos autos na primeira instância, após ter cessado a competência desta Corte para julgamento do feito, em razão da perda do foro privilegiado por prerrogativa de função dos réus *Mariseth Batista Almeida Vasconcelos* e *Cacildo Vasconcelos*, por não mais exercerem os cargos de Prefeita Municipal de Arraias-TO e de Deputado Estadual, respectivamente, levando-se em conta que apenas o representante do Ministério Público Eleitoral de Arraias teve vista do processo.

Suscitam questão prejudicial de mérito, afirmando que a matéria debatida na Ação Penal estaria sob o manto da coisa julgada material, porquanto foi discutida nos autos do registro de candidatura, não cabendo mais ser debatido o tema. Por essa razão, postulam o acolhimento da prejudicial em comento, com a consequente extinção da Ação Penal.

Proceder-se-á, então, a análise das preliminares arguidas.

NULIDADE DO PROCESSO

Conforme relatado acima, a nulidade do processo, arguida pelos recorrentes em epígrafe, só se configuraria se tivesse sido realizado qualquer ato processual que, sem a oitiva dos arguentes, ficasse demonstrada a ocorrência de efetivo prejuízo, o que não se verificou no caso concreto.

No caso em apreço, o Juiz Eleitoral de Arraias ao receber o processo determinou a abertura de vista do processo ao Ministério Público Eleitoral de primeira instância (fl. 1.603, volume 7). Este, ao receber os autos, nada mais fez do que reiterar as manifestações de fls.1.355/1.372 e 1.543/1.544 (volume 6), ratificando, assim, as alegações finais apresentadas e o parecer pela extinção da punibilidade dos acusados que cumpriram as condições impostas na suspensão do processo para, ao final, postular o julgamento do processo em face do término da instrução (fl. 1.604, volume 7).

Assim, não há que se falar em nulidade decorrente da atuação do Juiz Eleitoral de Arraias, já que a manifestação do Ministério Público Eleitoral de primeira instância não trouxe qualquer inovação à acusação que pudesse alterar o julgamento do processo, sendo, portanto, meramente formal, visto que as manifestações ratificadas foram todas apresentadas antes das alegações finais oferecidas pelos recorrentes. Por tais razões, não se verifica, na espécie, qualquer nulidade por ofensa ao princípio do contraditório, tampouco efetiva demonstração de prejuízo para os recorrentes.

Consoante preceituado nos artigos 219 do Código Eleitoral² e 563 do Código de Processo Penal³, nenhum ato processual será declarado nulo se

² “Art. 219. Na aplicação da lei eleitoral, o Juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo.”

da nulidade não tiver resultado prejuízo para qualquer uma das partes, consagrando-se o princípio “*pás de nulité sans grief*”.

Na linha dos precedentes do TSE, não se declara a nulidade sem a efetiva demonstração de prejuízo. Nesse sentido, eis alguns dos julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2008. PREFEITO. INTIMAÇÕES. PUBLICAÇÃO NO NOME DO ADVOGADO SUBSTABELECENTE. PRONTO ATENDIMENTO. PÁS DE NULITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA.

1. Havendo mais de um advogado constituído nos autos e inexistindo pedido expresso de que as publicações ocorram em nome de um deles especificamente, é válida a intimação feita em nome de qualquer patrono, independentemente da sede de sua atuação profissional. Precedente do STJ.

2. No caso concreto, houve pleno atendimento a inúmeras intimações pelo menos quatro, destaque-se realizadas em nome do advogado substabelecido, mesmo após a juntada do substabelecimento com reserva de poderes em favor do substabelecido, signatário deste agravo regimental. Ademais, em nenhuma dessas intimações anteriores o agravante, por meio do advogado substabelecido, requereu a regularização da atuação para que as intimações fossem realizadas em nome do advogado que possui atuação profissional na capital federal.

3. Segundo o princípio pás de nulité sans grief, não se pronuncia a nulidade se não for comprovado efetivo prejuízo decorrente do desrespeito de normas processuais, notadamente quando a parte não pugna pela correção de erro na primeira oportunidade que tem para se manifestar a respeito e as intimações cumprem a finalidade a que se destinam. Precedentes.

4. As intimações válidas são aquelas feitas pela publicação dos atos no órgão oficial, não podendo ser substituídas por meios eletrônicos ou qualquer outro tipo de informação fornecida por outros órgãos, que constituem simples subsídios aos advogados. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido.”⁴

“HABEAS CORPUS. NULIDADE. PROMOTORA DE JUSTIÇA ARROLADA COMO TESTEMUNHA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NÃO CONFIGURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. LIMINAR CASSADA.

1. Hipótese na qual se pretende o reconhecimento de nulidade de processo que resultou na condenação do paciente pelos delitos previstos nos arts. 296 e 312 do Código Eleitoral.

³ “Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”

⁴ TSE, AgR-REspe nº 39216-24/SP, Rel^a. Ministra FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Acórdão de 17/04/2012, DJE, Tomo 091, Data 16/05/2012, Páginas 283/284.

2. Não se conhece da questão acerca de eventual irregularidade no arrolamento da promotora de justiça que teria atuado no feito como testemunha, se evidenciado que o Tribunal a quo não se manifestou sobre o fato, sob pena de incorrer-se em indevida supressão de instância.

3. No tocante ao tema de nulidades, é princípio fundamental, no Processo Penal, a assertiva de que não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, prejuízo concreto e objetivo, nos termos do art. 563 do Código de processo Penal e da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.

4. Ausência de defesa técnica que não se configura, tendo em vista a não comprovação de eventual impedimento ou incompatibilidade do defensor com o exercício da advocacia, sem demonstração, ademais, de prejuízo decorrente da atuação do advogado.

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada. Cassada a liminar.”⁵

“HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA. INDÍCIO DE CRIMES. NECESSIDADE. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO OU INFLUÊNCIA NA APURAÇÃO DA VERDADE SUBSTANCIAL OU NA DECISÃO DA CAUSA.

A justa causa capaz de justificar o trancamento da ação penal deve ser perceptível, *ictu oculi*, e a ilegalidade deve ser patente e evidenciada pela simples enunciação dos fatos a demonstrar a ausência de qualquer elemento indiciário embasando a acusação.

A narração clara dos fatos com indicativo de crimes em tese e a capitulação adequada feitas na denúncia não permitem afirmar, de pronto, a falta de justa causa.

A nulidade processual só pode ser declarada se evidenciado possível prejuízo ou influência na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. Precedente.

Ordem denegada.”⁶

Assim, inexistente o prejuízo resultante da não abertura de vista dos autos aos recorrentes quando do recebimento do processo na primeira instância, em decorrência de ter havido a cessação da competência do TRE, há falar em nulidade do feito por ofensa ao princípio do contraditório.

Por esses fundamentos, rejeito a preliminar arguida.

QUESTÃO PREJUDICIAL DE MÉRITO

Os recorrentes suscitam questão prejudicial de mérito, afirmando que a matéria debatida na Ação Penal estaria sob o manto da coisa julgada

⁵ HC nº 1200-87/RS, Rel. Ministro GILSON LANGARO DIPP, Acórdão de 06/12/2011, DJE, Tomo 037, Data 24/02/2012, Página 38.

⁶ TSE, HC nº 668/ES, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Acórdão de 11/03/2010, DJE de 14/4/2010, p. 48/49.

material, porquanto já foi discutida nos autos do registro de candidatura, o qual restou deferido em grau de recurso julgado nesta Corte Eleitoral, não cabendo mais ser levantada a questão. Por essa razão, postulam o acolhimento da prejudicial em comento, com a consequente extinção da Ação Penal.

Com efeito, constata-se que a questão – vício das atas dos partidos –, foi levantada sob a forma de exceção de coisa julgada perante esta Corte Eleitoral, na fase da competência originária, sendo que o Relator não conheceu da referida exceção, sob o seguinte fundamento:

*“Então, no fundo no fundo o que se pretende é simplesmente o **“trancamento”** da Ação Penal instaurada em desfavor dos excipientes, especialmente em face da alegada existência de coisa julgada, que na verdade é inexistente. E, dessa forma, o veículo utilizado para tanto possui nome errado. Aliás, inclusive o próprio procedimento é diverso. Ademais, o meio adequado para a finalidade explicitada acima é meramente a utilização de Habeas Corpus, e, como não vige fungibilidade na espécie, até mesmo porque este sodalício é incompetente para tanto, a presente Exceção de Coisa Julgada Para Trancamento de Ação Penal não merece apreciação nesta Casa.”* (fls. 1.097/1.098, volume 5)

A sentença recorrida não abordou essa questão, apenas se limitou a julgador a consignar que a matéria já havia sido *“afastada pela Justiça Eleitoral, (...). Portanto, superada a discussão.”* (fl. 1.624), razão pela qual os recorrentes a renovam no presente recurso.

Ocorre que, quando foi requerido o registro das candidaturas escolhidas nas convenções dos partidos coligados, o qual foi instruído com cópias das atas questionadas, em 5 de julho de 2004, referido pedido sofreu impugnação por parte da coligação adversária, sendo acolhido pelo Juiz Eleitoral de Arraias, que a julgou procedente para o indeferir o registro da Coligação “Unidos por Arraias”, bem como de todos os candidatos por ela representados (fls. 860/901, volume 4).

Da referida decisão foi interposto recurso eleitoral⁷ perante este Tribunal, que o conheceu e lhe deu provimento para reformar a aludida sentença e deferir os referidos registros, cujo acórdão restou assim ementado:

“EMENTA: RECURSO ELEITORAL. REGISTRO DE COLIGAÇÃO. IMPUGNAÇÃO. COLIGAÇÃO Oponente. ILEGITIMIDADE. REGISTRO DEFERIDO. NULIDADE DE ATOS PRATICADOS COM BASE NA DECISÃO REFORMADA.

- É ilegítima a coligação oponente para figurar no pólo ativo de ação de impugnação de registro de coligação (precedentes: Acórdãos do TSE nºs 18.964, de 16.11.2000, Rel. Min. Fernando Neves e 12.618, de 19.09.1992, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

- Estando o processo em termos, nada obsta seja deferido o registro da coligação. (grifamos).

⁷ Relatório e Voto (fls. 545/551, volume 3).

- Não há que se falar em prejudicialidade do recurso, mormente quando o julgamento dos pedidos individuais de Registro de Candidatura são dependentes da decisão do processo principal, ou seja, sem julgamento definitivo do Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários (DRAP) não há como julgar o Requerimento de Registro de Candidatura (RCC).
- Insubsistência dos atos praticados com base na decisão reformada.
- Recurso conhecido e provido.
- Por maioria." (fls. 569/570, volume 3))

Ao Recurso Especial interposto contra esse acórdão, o TSE negou seguimento (fls. 1.062/1.072, volume 5). O Recurso Extraordinário interposto contra essa decisão não foi admitido pelo Ministro Presidente do TSE (fls. 801/802, volume 4, dos autos Petição nº 94), sendo essa decisão mantida pelo acórdão de fls. 815/819 (volume 4, dos autos Petição nº 94), que transitou em julgado, conforme certidão exarada à fl. 820 (volume 4, dos autos Petição nº 94).

Frise-se, por oportuno, que a questão da validade das atas das convenções partidárias restou amplamente discutida por esta Corte Eleitoral, sendo que, na oportunidade de apreciação do recurso interposto contra a decisão que indeferiu os registros, o ilustre Procurador Regional Eleitoral sobre o tema assim pronunciou:

"6. Demais disso, a formalização das atas de convenções após o prazo de 30 de junho é mera irregularidade, desde que apresentadas dentro do prazo legal do pedido de registro de candidaturas. Prazo este observado pelos impugnados." (fl. 569, volume 3, dos autos Petição nº 94)

Assim, no julgamento do recurso eleitoral por este Tribunal, onde as atas questionadas deveriam fazer prova, foram elas aceitas como comprovação da regularidade das convenções, sendo deferidos os registros das candidaturas e, portanto, afastados os alegados vícios nelas apontados, restando referido julgado mantido pelo Colendo Tribunal Superior Eleitoral.

Ora, se a Justiça Eleitoral, que é destinatária dos documentos exigidos por ocasião do registro de candidatura, os considerou autênticos, legítimos, válidos e deferiu os registros questionados, é evidente que a matéria não pode ser rediscutida em nenhum outro processo, por estar resguardada sob o manto da coisa julgada material, com a eficácia que a torna imutável e indisponível.

Ademais, as atas tinham fins exclusivamente eleitorais, tendo seus efeitos exauridos.

Diante do exposto, acolho a questão prejudicial suscitada pelos recorrentes MARISETH BATISTA ALMEIDA VASCONCELOS, CACILDO VASCONCELOS e MARY DE FÁTIMA FERREIRA DE PAULA para extinguir a Ação Penal nº 86/2006, por estar a matéria nela debatida resguardada sob o manto da coisa julgada material.

É o meu voto.

Palmas-TO, 27 de junho de 2013.

Desembargador JOSÉ DE MOURA FILHO
Relator

ACÓRDÃO Nº 284-30.2012.6.27.0033
(03.07.2013)

RECURSO ELEITORAL – AUTOS Nº 284-30.2012.6.27.0033

Procedência: CENTENÁRIO/TO

Recorrente: WESLEY DA SILVA LIMA

Advogado: Juvenal Klayber Coelho

Recorrente: ADAIR SANTA DA CRUZ DE OLIVEIRA

Advogado: Indiano Soares de Souza e outro

Recorrente: PEDRO BEZERRA SALES

Advogado: Murilo Miranda Carneiro, Solano Donato Carnot Damacena e outro

Recorrente: COLIGAÇÃO “UNIDOS PARA VENCER”

Advogado: Murilo Miranda Carneiro

Recorrido: WESLEY DA SILVA LIMA

Advogado: Juvenal Klayber Coelho

Recorrido: ADAIR SANTA DA CRUZ DE OLIVEIRA

Advogado: Indiano Soares de Souza e outro

Recorrido: PEDRO BEZERRA SALES

Advogado: Murilo Miranda Carneiro, Solano Donato Carnot Damacena e outro

Recorrido: COLIGAÇÃO “UNIDOS PARA VENCER”

Advogado: Murilo Miranda Carneiro

Relator: Juiz JOÃO OLINTO GARCIA DE OLIVEIRA

Relator p/ Acórdão: Juiz WALDEMAR CLÁUDIO DE CARVALHO

EMENTA: ELEIÇÕES 2012. RECURSO ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CANDIDATO A PREFEITO E VICE-PREFEITO. PRELIMINARES. REJEITADAS. MÉRITO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. CARACTERIZADA. CASSAÇÃO DE REGISTRO/DIPLOMA. MULTA. NOVAS ELEIÇÕES. ACIMA DE 50% DE VOTOS VÁLIDOS. PROVIMENTO NEGADO.

1. Restou caracterizada a captação ilícita de sufrágio, por parte de Wilton Ferreira Rocha, para beneficiar a candidatura de seu irmão Wesley da Silva Lima ao cargo de prefeito do município de Centenário/TO, segundo depoimentos prestados perante o Juízo da 33ª ZE em Itacajá/TO, tendo em vista que foi oferecido dinheiro à eleitora Rosângela em troca de voto para beneficiar o candidato, no dia das Eleições Municipais de 2012 (07.10.2012).

2. A captação ilícita de sufrágio, também ficou caracterizado, em razão da prisão em flagrante do Sr. Wilton Ferreira, no dia 07 de outubro de 2012 (dia da eleição), quando da apreensão do veículo, que se encontrava em sua posse, no qual foi encontrado uma vultosa quantia em dinheiro, perfazendo um total de aproximadamente R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), embaixo do banco da camionete, conforme Inquérito Policial nº 036/2012.

3. Os representados comprovaram a suposta origem lícita dos valores apreendidos, todavia não conseguiram demonstrar nos autos a mesma licitude de sua destinação, o que se permite presumir que tais valores seriam usados, de fato, para compra de votos.

4. Os recorrentes atingiram mais de 50% dos votos válidos, na última

eleição majoritária de 2012. Assim, deverão ser marcado novas eleições, nos termos do art. 224 do Código Eleitoral e art. 136, II, da RES/TSE nº 23.372/2012, não prevalecendo o recurso interposto pelos segundos recorridos.

5. Na linha do precedente do Tribunal Superior Eleitoral firmado no mandado de segurança nº 188-33.2013.6.00.0000, os recorrente deverão permanecer nos cargos de prefeito e vice-prefeito até a publicação do acórdão a ser proferido no julgamento de possível embargos de declaração.

6. Independentemente do trânsito em julgado daquela decisão, deverá ser comunicado ao Presidente da Câmara Municipal de Centenário/TO, para que assuma e exerça, o cargo de Prefeito do Município de Centenário/TO, até que se realizem novas eleições majoritárias e se dê posse àqueles que vierem a ser eleitos, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 168 da RES/TSE nº 23.372/2012, uma vez que os recorrentes atingiram mais de 50% dos votos válidos, na última eleição majoritária de 2012, nos termos do art. 224 do Código Eleitoral e art. 136, II, da RES/TSE nº 23.372/2012.

7. Recursos negado provimento.

ACÓRDÃO: VISTOS, relatados e discutidos os autos, decide o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Tocantins, por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO** aos recursos, mantendo incólume a sentença recorrida, a fim de cassar os diplomas conferidos a **WESLEY DA SILVA LIMA e ADAIR SANTA CRUZ DE OLIVEIRA**, e condená-los ao pagamento de multa aplicada aos recorrentes, em R\$ 53.205,00 (cinquenta e três mil e duzentos e cinco reais), para cada um, nos termos do art. 41-A, da Lei 9.504/97. Por consequência, **DETERMINAR**, após a publicação do acórdão a ser proferido no julgamento de possíveis embargos de declaração, a comunicação dessa decisão ao Presidente da Câmara Municipal de Centenário/TO, para que assuma e exerça o cargo de Prefeito do Município, até que se realizem novas eleições majoritárias e se dê posse àqueles que vierem a ser eleitos, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 168 da RES/TSE nº 23.372/2012. Em referência a Ação Cautelar nº 346-72.2012.6.27.0000 interposto por Wesley da Silva Lima e Adair Santa Cruz de Oliveira, fica prejudicada, em razão da perda superveniente do objeto, tornando sem efeito a liminar concedida pela decisão na referida ação.

Sala das Sessões do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins.
Palmas, 03 de julho de 2013.

Juiz WALDEMAR CLÁUDIO DE CARVALHO
Relator

RECURSO ELEITORAL Nº 284-30.2012.6.27.0033

ORIGEM: Centenário - TO (33ª Zona Eleitoral - Itacajá)

RELATOR: JUIZ FEDERAL JOSÉ GODINHO FILHO Juiz JOÃO OLINTO

ASSUNTO: RECURSO ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL – CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. CASSAÇÃO DOS REGISTROS PREFEITO E VICE. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA. 33ª ZONA

ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012.

Recorrente: WESLEY DA SILVA LIMA

Advogado: Juvenal Klayber Coelho

Recorrente: ADAIR SANTA CRUZ DE OLIVEIRA

Advogados: Indiano Soares de Souza e Abel Cardoso de Souza Neto

Recorrente: PEDRO BEZERRA SALES

Advogados: Murilo Miranda Carneiro, Alessandro de Paula Canedo e Solano

Donato Carnot Damacena

Recorrente: Coligação UNIDOS PARA VENCER

Advogado: Murilo Miranda Carneiro

Recorrido: WESLEY DA SILVA LIMA

Advogado: Juvenal Klayber Coelho

Recorrido: ADAIR SANTA CRUZ DE OLIVEIRA

Advogados: Indiano Soares de Souza e Abel Cardoso de Souza Neto

Recorrido: PEDRO BEZERRA SALES

Advogados: Murilo Miranda Carneiro, Alessandro de Paula Canedo e Solano

Donato Carnot Damacena

Recorrido: Coligação UNIDOS PARA VENCER

Advogado: Murilo Miranda Carneiro

RELATÓRIO

Trata-se de **Ação de Investigação Judicial Eleitoral** ajuizada por **Pedro Bezerra Sales** e pela **Coligação UNIDOS PARA VENCER**, do Município de Centenário - TO, em desfavor de **Wesley da Silva Lima** e **Adair Santa Cruz de Oliveira**, com fulcro no art. 22 da Lei Complementar nº 64/90.

Conforme se depreende da peça inaugural, no dia da eleição municipal de 2012 (7/10/2012), os investigados **Wesley da Silva Lima** e **Adair Santa Cruz de Oliveira** teriam praticado captação ilícita de sufrágio, mediante o pagamento de em espécie em troca de votos de eleitores, sendo que a captação desses votos era operada pelos investigados em também pelo irmão do primeiro investigado, Sr. Wilton Ferreira Rocha.

Sustentam os investigadores para tanto, que vários eleitores foram cooptados para votarem nos investigados, integrantes da Coligação ALIANÇA DA VITÓRIA com promessas de benefícios e pagamento em espécie.

A prova da conduta ilícita, segundo os investigadores, está consubstanciada na prisão em flagrante de Wilton Ferreira Rocha e Lusivânia Ferreira Wanderley, no momento em que acabara de ocorrer o pagamento pelo primeiro do valor de R\$ 100,00 (cem reais) em troca do voto da segunda, restando configurada a compra de voto.

Ainda segundo os investigadores, as fotografias acostadas às fls 21/26 comprovariam a compra do voto de Lusivânia Ferreira Wanderley, já que mostram Lusivânia adretrando no comitê eleitoral dos investigados, na companhia de Wilton Ferreira Rocha, e, na sequência, esta sendo flagrada pela Polícia Militar portando R\$ 100,00, os quais, supostamente, teriam sido obtidos pela venda do seu voto.

Consta do Extrato de Ocorrência encartado às fls. 29/30 que Lusivânia teria afirmado aos policiais militares que o valor de R\$ 100,00 lhe teria sido entregue por Wilton para que ela votasse no candidato Wesley e ainda que Wilton estava portando uma quantia grande de dinheiro.

No mesmo Extrato consta que foi realizada minuciosa busca no Sr. Wilton sendo que nenhum valor foi encontrado com o mesmo. Que foram encontrados R\$ 325,00 no interior do veículo no qual ele se deslocava e que após nova busca no veículo foram encontrados R\$ 28.850,00 que estavam guardados em um compartimento embaixo do banco traseiro, juntamente com alguns documentos.

O feito foi regularmente processado no Juízo da 33ª Zona Eleitoral, o qual julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na peça vestibular cassando os registros das candidaturas de Wesley da Silva Lima e Adair Santa Cruz de Oliveira, condenando-os ainda à pena de multa no valor de R\$ 53.205,00, deixando, no entanto, de diplomar os investigadores em razão de que os candidatos eleitos (investigados) obtiveram mais de 50% dos votos (fls.329/359).

Inconformados, Wesley da Silva Lima e Adair Santa Cruz de Oliveira manejaram recurso (fls.361/395) alegando, em síntese:

1. em preliminar, contrariedade aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, considerando que algumas testemunhas afirmaram que Wesley havia praticado captação ilícita de sufrágio, o que não consta da inicial;

2. necessidade de reconhecimento da contradita da testemunha Washington Guimarães Dias, sob o argumento de que sob o argumento de que este teria interesse no feito, ratificando-se o Agravo Retido já interposto;

3. inutilização das provas produzidas no Inquérito Policial nº 036/2012, instaurado após a prisão em flagrante de Lusivânia e Wilton, tendo em vista as diversas irregularidades em sua tramitação, bem como não houve contraditório no decorrer do procedimento investigatório questionado;

4. evidente ligação entre o prefeito à época dos fatos e o então candidato Pedro Bezerra Sales, os quais teriam utilizado a máquina administrativa em benefício da candidatura de Pedro Sales;

5. as testemunhas arroladas pelos investigadores possuem interesse direto no desfecho da lide, por estarem ligadas à Administração pública Municipal, sendo que as suas declarações não possuem confiabilidade a ponto de ensejar a condenação imposta;

6. impossibilidade de responsabilização dos recorrentes/investigados ante a ausência de comprovação da participação ou anuência destes quanto às condutas narradas;

7. regularidade da origem e destinação dos valores apreendidos no interior do veículo;

8. ausência de comprovação da prática dos ilícitos narrados na inicial;

9. aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade em caso de eventual condenação, a fim de que não sejam cassados os diplomas dos recorrentes, em razão da potencialidade da conduta supostamente perpetrada.

Também irredimidos, Pedro Bezerra Sales e a Coligação UNIDOS PARA VENCER manejaram recurso entendendo que não deve haver novas eleições, mas tão somente a diplomação dos segundos colocados no pleito eleitoral daquele Município nas eleições de 2012 (fls.398/407).

Devidamente intimados, Pedro Bezerra Sales e a Coligação UNIDOS PARA VENCER apresentaram suas contrarrazões pugnando pela improcedência do recurso manejado pelos investigados (fls.432/472).

Wesley da Silva Lima e Adair Santa Cruz de Oliveira, apesar de intimados, deixaram de apresentar as suas contrarrazões.

O Ministério Público da primeira instância pugnou pela improcedência de ambos os recursos interpostos (fls.483/493).

Nesta instância o Procurador Regional Eleitoral manifestou-se pelo improvidante dos recursos manejados por Wesley da Silva Lima e Adair Santa Cruz de Oliveira; e por Pedro Bezerra Sales e Coligação UNIDOS PARA VENCER.

Sinteticamente é o relatório.

VOTO

Conforme relatado, cuidam os autos de Ação de Investigação Judicial Eleitoral ajuizada por Pedro Bezerra Sales e pela Coligação UNIDOS PARA VENCER, do Município de Centenário - TO, em desfavor de Wesley da Silva Lima e Adair Santa Cruz de Oliveira, com fulcro no art. 22 da Lei Complementar nº 64/90.

I – DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Os recursos são próprios à espécie e os recorrentes são partes legítimas, possuindo interesse na reforma da decisão atacada. Além do mais, foram manejados tempestivamente. Portanto, merecem ser conhecidos.

II – DAS QUESTÕES PRELIMINARES

II.1. DA CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Os recorrentes **Wesley da Silva Lima** e **Adair Santa Cruz de Oliveira**, em preliminar, aventaram a contrariedade aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal posto que teriam sido aduzidos fatos decorrentes de depoimento de testemunhas, os quais não constaram da peça inaugural.

Tenho que a tese dos recorrentes se mostra totalmente descabida.

É que tiveram, durante a instrução processual, acesso irrestrito aos autos bem como aos atos praticados pelo juízo de Primeira Instância, não podendo alegar ofensa aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Vale lembrar que, conforme documentos encartados nos autos, tanto no momento da inquirição das testemunhas quanto da apresentação das suas alegações finais constata-se o pleno exercício da defesa.

Diante do exposto, **rejeito** a preliminar de contrariedade aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal aventada pelos recorrentes Wesley da Silva Lima e Adair Santa Cruz de Oliveira.

II.2. DA CONTRADITA DA TESTEMUNHA WASHINGTON GUIMARÃES DIAS

Wesley da Silva Lima e **Adair Santa Cruz de Oliveira** requereram a contradita da testemunha **Washington Guimarães Dias** sob o argumento de que tal testemunha teria interesse no feito, uma vez que prestou apoio político ao candidato Pedro Sales.

Importante salientar que tal pedido foi indeferido pelo Juízo *a quo*, razão pela qual foi interposto, naquela oportunidade, Agravo Retido.

O § 1º do art. 414 do Código de Processo Civil autoriza à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição.

Todavia, segundo a mesma regra, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, a parte poderá provar a contradita com documentos ou com testemunhas que devem ser apresentadas no ato.

Pois bem. Dessume-se do Termo de Audiência encartado às fls.192/198, que a testemunha **Washington Guimarães Dias** afirmou que não trabalhou para qualquer candidato a prefeito e que não recebeu promessa de benefício em caso de vitória na eleição, sendo que foi oferecida naquele ato a oportunidade para a parte comprovar as suas alegações, mas esta nada requereu.

Com efeito, as alegações que embasaram a contradita de **Washington Guimarães Dias** não foram comprovadas pela parte requerente, não restando configurado o interesse direto da testemunha no litígio.

Como bem salientado pelo digno Procurador Regional Eleitoral em seu parecer, meras preferências políticas, por si só, não podem ser consideradas como causa de suspeição.

Diante do exposto, **nego provimento** ao Agravo Retido (fls.194/195).

II.3. DAS OUTRAS QUESTÕES PRELIMNARES

No mais, concorrem os pressupostos processuais e as condições da ação.

Não há necessidade de produção de outras provas.

III - DO MÉRITO

Conforme relatado, cuida-se de Recurso Eleitoral, manejado por Wesley da Silva Lima e Adair Santa Cruz de Oliveira, contra a decisão que julgou parcialmente procedente Ação de Investigação Judicial Eleitoral e cassou-lhes os diplomas de prefeito e vice-prefeito, respectivamente, do município de Centenário, e Recurso Eleitoral interposto por Pedro Bezerra Sales e pela Coligação UNIDOS PARA VENCER, contestando a mesma sentença prolatada no Juízo da 33ª Zona Eleitoral, no qual sustentam que não deveria haver novas eleições, mas tão somente a diplomação dos segundos colocados no pleito eleitoral daquele município nas eleições de 2012 (fls.398/407).

Para tanto, o fundamento fático constante da prefacial narra conduta que, em tese, se amoldaria ao disposto no artigo 41-A da lei n.º 9.504/97. Vale transcrever o artigo em comento:

Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil UFIR, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990.

Sobre esse dispositivo, a jurisprudência do egrégio TSE¹ prega a inexistência de que o referido ato tenha sido praticado diretamente pelo candidato, sendo suficiente que haja participado ou com ele consentido.

¹ (AC. TSE n.ºs 19566/2001,787/2005, 21.792/2005 e AgR-AI n.º 123547)

No entanto, exige para a sua configuração prova conclusiva, séria e fundada dos atos que configuram a captação ilícita de sufrágio, não sendo bastante meras presunções, vale dizer, há necessidade de prova robusta para sua caracterização.

Pois bem.

Na espécie, consta da inicial que no dia 7 de outubro de 2012 o Sr. Wesley da Silva Lima teria realizado captação ilícita de sufrágio, mediante o pagamento em espécie em troca de votos de eleitores, sendo que a captação teria sido feita diretamente pelo Sr. Wesley bem como pelo seu irmão, Sr. Wilton Ferreira Rocha.

Consta ainda que a prova robusta dessa prática está consubstanciada na prisão em flagrante do Sr. Wilton Ferreira Rocha e da Sra. Lusivânia Ferreira Wanderley, o qual teria pago a Lusivânia o valor de R\$ 100,00 em troca do seu voto nos representados.

A partir desse flagrante foi instaurado o Inquérito Policial nº 036/2012.

Os recorrentes Wesley da Silva Lima e Adair Santa Cruz de Oliveira sustentam que o mencionado inquérito está carregado de nulidades, dentre as quais a ausência de prova de que Lusivânia tenha recebido o dinheiro de Wilton, a prisão de advogado sem a presença de conselheiro da OAB e a proibição do advogado em participar da audiência de inquirição das testemunhas nos depoimentos colhidos na fase do IP.

Sobre o tema, colaciono a jurisprudência do egrégio TSE:

RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. ELEIÇÕES 2006. DEPUTADO FEDERAL. APREENSÃO. DINHEIRO. SANTINHO. POSSE DE VEREADOR. PROVAS. INQUÉRITO POLICIAL. FALTA. OBSERVÂNCIA. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃOPROVIMENTO.

I - Não são admitidos como prova depoimentos colhidos em inquérito policial sem observância do contraditório e da ampla defesa. Precedentes.

II - Para a comprovação da captação ilícita de sufrágio pelo candidato é indispensável a existência de provas suficientes dos atos praticados. Precedentes.

III - Recurso a que se nega provimento.

(RCED 705 RJ. Relator: Min. ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 15/10/2009. Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 19/11/2009, Página 14/15)

Como visto, razão assiste aos recorrentes. É que neste ponto a jurisprudência está pacificada no sentido de que não são admitidos como prova os depoimentos colhidos em inquérito policial sem observância do contraditório e da ampla defesa, sendo indispensável a existência de provas

suficientes dos atos praticados para a comprovação da captação ilícita de sufrágio.

Além do mais, compulsando detidamente os autos verifico que as circunstâncias do flagrante ocorrido deixam, no mínimo, dúvidas razoáveis quanto a sua integridade.

Em que pesem os argumentos no sentido de que não seria crível uma pessoa se submeter a um processo criminal por motivação política, as circunstâncias do flagrante, a meu ver, também não são irrefutáveis.

Na verdade, as fotografias juntadas aos autos registram a presença da Sra. Lusivânia nas imediações da residência do genitor do recorrente Wesley, todavia, não comprovam o seu ingresso nem a saída na mencionada casa, e nem tampouco a suposta entrega de dinheiro.

Diante disso pergunto:

- 1. se acaso estivesse mesmo ocorrendo a compra de votos pelo Sr. Wilton no local especificado, não seria razoável que os observadores fotografassem outros eleitores que ali estiveram vendendo os seus votos e os denunciassem à autoridade policial?*
- 2. por que somente a Sra. Lusivânia foi fotografada e denunciada à equipe policial que a abordou?*
- 3. se o portão da garagem da residência onde supostamente havia a compra de votos era vazado, por qual razão as fotos não registraram a Sra. Lusivânia entrando ou saindo da casa?*
- 4. por qual motivo os demais eleitores que também teriam vendido os seus votos não foram fotografados ou denunciados?*
- 5. não seria muita coincidência que nessa equipe policial já houvesse uma policial feminina para fazer a revista íntima na Sra. Lusivânia?*

Tenho que esta circunstância por si só já retira o dolo específico da conduta, qual seja a proposta de compra do voto, já que no momento da abordagem não policial ocorria a proposta de compra do voto.

Na verdade, segundo consta dos autos, os policiais militares não presenciaram a suposta proposta de compra de voto manejada pelos recorrentes ou pelo Sr. Wilton, nem tampouco a entrega do dinheiro, sendo que esta versão foi sustentada apenas e tão somente pela Sra. Lusivânia.

Outro fato que chama a atenção é a comprovação, a partir do depoimento da Sra. Lusivânia colhido em Juízo, no qual ela afirma que teria votado pela manha e, estranhamente, somente foi receber o pagamento pelo seu voto por volta de 16:00 horas.

Ressalte-se que essa afirmativa de que houvera votado pela manhã foi corroborada durante o depoimento do Sr. Luiz Bento da Luz, que atuou como mesário da seção eleitoral de Lusivânia no pleito de 2012.

Além disso, a Sra. Lusivânia, segundo se depreende dos autos, é servidora pública municipal de Centenário e, à época, se encontrava em estágio probatório.

Assim, se por um lado não há como afirmar que o flagrante tenha sido forjado, já que o conjunto de provas, essencialmente de natureza testemunhal, não é suficiente para indicar que os recorrentes tenham praticado a conduta vedada prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, por outro lado, não se pode descartar a possibilidade de que tenha sido forjado com o único e exclusivo objetivo de possibilitar ao investigador o ajuizamento de Ação de Investigação Judicial Eleitoral caso fosse derrotado nas urnas.

Tenho que estamos aqui diante de um típico caso de judicialização da disputa eleitoral, como tem ocorrido em diversos municípios do País em que os candidatos, já prevendo um mau desempenho nas urnas, tratam de montar um arcabouço de “provas” para tentar reverter a derrota nas barras dos Tribunais.

Vulgarmente comparando, é o caso de uma equipe de futebol que derrotada dentro do campo durante uma peleja, vai buscar a modificação do resultado em outras esferas, popularmente conhecido como “tapetão”.

Penso que já passa da hora da Justiça Eleitoral dar um basta nesse tipo de comportamento que vem abarrotando suas varas com mais e mais processos montados com a utilização dessas escrituras públicas de declaração, declarações unilaterais particulares com firma reconhecida em cartório especificando fatos que muitas das vezes não são reiteradas perante o Juiz, e outra gama de documentos afins.

Ademais, como já dito, não se tem nos autos a comprovação da efetiva participação ou anuência dos recorrentes na suposta conduta ilícita que culminou com o referido flagrante.

As afirmações lançadas nesse sentido são meras presunções e não se encontram devidamente demonstradas nos autos.

A relação de parentesco entre o recorrente Wesley e o Sr. Wilton (irmãos), por si só, não induz à conclusão de que os recorrentes tenham participado nem tampouco anuído com prática ilícita a eles imputada.

Quanto aos depoimentos das testemunhas arroladas pelos representantes, tenho-os por demais frágeis, de vez que são contraditórios e, na maioria dos casos, as testemunhas aparecem nos vídeos visivelmente nervosas.

É que, a despeito de serem comuns quanto ao suposto oferecimento de vantagens aos depoentes, já que todos convergem nesse sentido, tais ofertas teriam sido feitas em vários locais, horários e a várias pessoas, mas, estranhamente, sem testemunhas.

Demais disso, foram prestados por pessoas que de alguma forma estavam ligadas ao candidato Pedro Bezerra Sales, adversário político dos recorrentes.

A reforçar este entendimento faço transcrição de alguns trechos dos depoimentos coletados, como segue:

Dario Mariano Cordeiro: *não presenciou a compra de votos; que ficou sabendo por intermédio de Ademon que a compra de votos estava ocorrendo; que não sabe o nome da pessoa que foi flagrada vendendo o voto; que não viu ninguém fazendo proposta de compra de votos; que lhe ofereceram R\$ 200,00 na sexta feira; que não viu o recorrente parando mais ninguém; afirmou categoricamente que Wesley teria dado dinheiro para a Sra. Lusivânia; que participou efetivamente da campanha de Pedro Sales, tendo subido no palanque e pedido votos para Pedro Sales.*

Dianary Carneiro Alves: *que Wesley foi na sua casa por volta de 9:00h da manha de sábado (6/10); que dentro da casa (na varanda) recebeu a proposta de R\$ 200,00 pelo seu voto; que Wesley estava só.. que aceitou a proposta e pegou na hora; que não havia mais ninguém no local; que conhece Wilton; que não viu Wilton comprando votos; que não denunciou a compra de votos por medo das consequências; que sabe que é um crime; que veio para a audiência com Antônio, vice de Pedro Sales; que no período da manhã de sábado estava na chácara; que foi na chácara de manhã mas voltou pra casa na cidade por volta de 8:00h.*

Gerson Cordeiro da Silva: *Não ficou sabendo da compra de votos; não vendeu o seu voto; que o Sr. Camilo (pai de Wesley) teria lhe oferecido dinheiro pelo voto; que não se lembra do dia que isso ocorreu; que provavelmente foi na quinta feira as 9:00h na rua; que não lembra em qual rua; que não foi procurado por qualquer outro membro da família do Sr. Camilo.*

Washington Guimarães Dias: *que trabalhou na campanha para o vereador Adão; que seu trabalho era pregar propaganda política nas casas; que recebeu 300 reais pelo pagamento dos seus serviços; que não trabalhou para o candidato a prefeito Pedro Sales, mas apenas para o vereador; que no sábado de manha estava andando na rua e passou em frente à casa de Wesley o qual o convidou para entrar; que na casa havia muitas pessoas; que Wesley lhe entregou R\$ 200,00 para que votasse nele (Wesley); que tinha muita gente na casa de Wesley; que não sabe dizer quantas pessoas, certamente mais de 30; que ninguém viu Wesley lhe entregando o dinheiro; que aceitou o dinheiro*

por “precisão”; que após receber o dinheiro saiu imediatamente da casa e foi embora com medo de ser filmado.

A meu ver esses depoimentos poderiam, quando muito, integrar o acervo probatório acompanhando e dando consistência a outras provas. No entanto, isoladamente não os vejo dotados da credibilidade necessária para escorar a condenação imposta.

Tanto é assim que na peça recursal essa prova sequer foi citada pelos investigadores. Basearam-na apenas e tão somente no inquérito policial iniciado com o suposto flagrante.

No que tange aos valores encontrados no interior do veículo Hilux apreendido (R\$ 28.850,00), também não resta comprovado nos autos que aqueles recursos estavam sendo utilizados para a compra dos votos dos eleitores.

Segundo consta no boletim de ocorrência (fls.29/30) os recursos foram encontrados em um compartimento localizado sob o banco traseiro do veículo, juntamente com documentos.

Ora, o fato de os valores terem sido apreendidos no interior do veículo não induz, necessariamente, à certeza de que tais recursos tinham fonte vedada e estavam sendo utilizados para comprar votos de eleitores.

Aliás, no decorrer da instrução processual os recorrentes sustentaram que esses recursos pertenciam à empresa Construtora Village Ltda a qual mantém contrato de prestação de serviços com a SANEATINS.

Fizeram juntar os documentos de fls. 143/168 que, se não comprovam de forma absoluta, ao menos lastreiam a sua tese de maneira bastante coerente, o que poderia justificar a legalidade da origem dos recursos.

O simples fato dos recursos estarem escondidos no interior do veículo não me leva a concluir que estariam sendo utilizados para comprar votos porquanto não existem nos autos provas nesse sentido.

Qualquer posicionamento em sentido contrário seria baseado em presunção e, nesta seara não há como presumir. As imputações da prática de atos ilícitos devem ser robustamente provadas no decorrer da ação.

Estas circunstâncias, ao meu sentir, impõem dúvidas razoáveis às provas trazidas aos autos pelos investigadores, justamente nas quais se fundou a condenação dos recorrentes Wesley da Silva Lima e Adair Santa Cruz de Oliveira à cassação dos seus diplomas e a imposição da multa.

Nesse compasso, é possível afirmar que não existem nos autos provas robustas e incontestas da ocorrência do crime eleitoral imputado aos recorrentes, nem tampouco que tenham anuído com a prática das atividades delituosas descritas na inicial, de modo a sustentar a condenação que lhes foi imposta.

A jurisprudência do TSE está pacificada no sentido de que, para a caracterização da captação de sufrágio, é indispensável a prova de participação direta ou indireta dos representados, permitindo-se até que o seja na forma de explícita anuência da conduta objeto da investigação, não bastando, para a configuração, o proveito eleitoral que com os fatos tenham auferido, ou a presunção de que desses tivessem ciência, como segue:

RECURSOS ESPECIAIS ELEITORAIS. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. PROVA ROBUSTA. INEXISTÊNCIA. PROVIMENTO.

1. Para caracterizar a captação ilícita de sufrágio, exige-se prova robusta de pelo menos uma das condutas previstas no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, da finalidade de obter o voto do eleitor e da participação ou anuência do candidato beneficiado, o que não se verifica na espécie.

(Respe. 36335 AC. Relator: Min. ALDIR GUIMARÃES PASSARINHO JUNIOR. Julgamento: 15/02/2011. Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 054, Data 21/03/2011, Página 40)

AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL. ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PRELIMINARES DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ELEITORAL REJEITADAS. APREENSÃO DE CESTAS BÁSICAS ANTES DA DISTRIBUIÇÃO. PARTICIPAÇÃO OU ANUÊNCIA DOS CANDIDATOS. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. AGRAVOS DESPROVIDOS.

1. (...)

3. Para a configuração da captação ilícita de sufrágio, é necessária a demonstração cabal de entrega ou promessa de benesse em troca de votos, além da comprovação da participação direta ou indireta do candidato beneficiário nos fatos tidos por ilegais. Precedentes.

(REspe 36694 PA. Relator: Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA. Julgamento: 03/08/2010. Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 25/08/2010, Página 119)

RECURSO ESPECIAL. INELEGIBILIDADE. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. ART. 22 DA LC Nº 64/90. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. DESCARACTERIZAÇÃO; ANUÊNCIA DO CANDIDATO NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS. CONDENAÇÃO POR PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A configuração da captação de sufrágio, não obstante prescindir da atuação direta do candidato beneficiário, requer a comprovação de sua anuência, ou seja, de sua participação efetiva, ainda que indireta, não sendo possível a condenação por mera presunção.

(RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 35.589 - CLASSE 32 - LARANJAL DO JARI –AMAPÁ)

Vale dizer, portanto, que a ausência de prova de participação dos candidatos na conduta investigada afasta a aplicação do art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

Com efeito, ação de investigação judicial prevista na Lei Complementar nº 64/90 prevê, em seu art. 22, caput, a possibilidade de representação à Justiça Eleitoral embasada em fatos, provas, indícios e circunstâncias que permitam sua apuração.

No entanto, para que ocorra a condenação, necessária a existência de prova robusta e incontroversa, como destacado na jurisprudência.

A despeito de os fatos imputados aos representados serem de grande relevância e possuírem, em tese, gravidade capaz de impingir-lhes a condenação, o certo é que as provas coligidas aos autos mostraram-se demasiadamente tênues.

Nesse contexto, resta inviabilizada a procedência da ação, uma vez que os investigadores deixaram de carrear aos autos provas contundentes e incontestes da existência da captação ilícita de sufrágio atribuída aos recorrentes.

Por fim, em razão da análise do recurso interposto nos presentes autos, e em conformidade com as teses acima expendidas, entendo que a liminar concedida na Ação Cautelar n.º346-72.2012.6.27.0000, para dar efeito suspensivo ao presente recurso, deve ser confirmada e, no mérito, ser julgada procedente a Cautelar.

IV – DO DISPOSITIVO

Nestas circunstâncias, voto pelo conhecimento do recurso manejado por Wesley da Silva Lima e Adair Santa Cruz de Oliveira, por ser próprio e tempestivo, e, no mérito, **dou-lhe provimento**, para reformar a sentença de primeiro grau e julgar improcedente a Ação de Investigação Judicial Eleitoral ajuizada por Pedro Bezerra Sales e pela Coligação UNIDOS PARA VENCER, bem como confirmar a liminar concedida nos autos da Ação Cautelar n.º 346-72.2012.6.27.0000 e, no mérito, julgá-la procedente.

Por conseguinte, julgo prejudicado o recurso interposto por Pedro Bezerra Sales e pela Coligação UNIDOS PARA VENCER, já que a reforma da sentença *a quo*, na qual se mantém a diplomação dos recorrentes, inviabiliza a diplomação dos segundos colocados.

E ainda que se julgasse improcedente o recurso de Wesley da Silva Lima e Adair Santa Cruz de Oliveira, impingindo-lhes a cassação dos seus diplomas, tal qual imposto na instância singela, não haveria possibilidade de diplomação dos segundos colocados, havendo a necessidade de nova eleição, a teor do disposto no art. 224 do Código Eleitoral e dos precedentes do TSE:

“[...] Registro de candidatura ao cargo de prefeito. 1. Recorrente segundo colocado. Primeiro colocado com mais de 50% dos votos válidos. Admissível a declaração de perda de objeto. Pode-se declarar a perda do objeto e prejudicado o recurso daqueles classificados a partir do segundo lugar quando, nas eleições majoritárias, o primeiro

colocado obtém mais de 50% dos votos válidos. [...] (Ac. de 16.12.2008 no AgR-REspe nº 33.115, rel. Min. Joaquim Barbosa.)

“Inelegibilidade. Rejeição de contas. - Tendo em vista que a chapa majoritária que logrou êxito no pleito obteve mais de 50% dos votos válidos, o recurso especial que visa ao deferimento do pedido de registro do candidato que não se elegeu está prejudicado, na medida em que, mesmo se houver qualquer fato posterior que acarrete a cassação de registro, diploma ou mandato do primeiro colocado, a hipótese será de realização de novas eleições por envolver mais da metade da votação válida do município (art. 224 do Código Eleitoral). [...]” (Ac. de 30.10.2012 no AgR-REspe nº 12509, rel. Min. Arnaldo Versiani; no mesmo sentido o Ac. de 8.11.2012 no AgR-REspe nº 11669, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

É como voto.

Palmas/TO, 02 de julho de 2013.

Juiz JOÃO OLINTO
Relator

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 (alinhadas 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

Waldemar Cláudio de Carvalho – Presidente
Adriana Karla Albuquerque Santos Martins
Benta Adorno Montel
Ivana Aparecida Rosa Leão Resende
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

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.

