

ESTUDOS **ELEITORAIS**

VOLUME 12 – NÚMERO 2

MAIO/AGOSTO 2017

BRASÍLIA – 2017



EJE

Escola Judiciária Eleitoral
Tribunal Superior Eleitoral

ESTUDOS ELEITORAIS

PROPORCIONALIDADE(S) NO DIREITO ELEITORAL

JOÃO ANDRADE NETO



PROPORCIONALIDADE(S) NO DIREITO ELEITORAL¹

PROPORTIONALITY(-IES) IN BRAZILIAN ELECTION LAW

JOÃO ANDRADE NETO²

RESUMO

Trata da aplicação no Direito Eleitoral da ponderação, entendida como a última fase do teste de proporcionalidade, na versão oferecida pela Teoria dos Princípios, de Robert Alexy. Pretende-se identificar os vários sentidos que o termo *proporcionalidade* adquire na jurisprudência eleitoral e averiguar se a ponderação (ou proporcionalidade em sentido estrito) tem sido corretamente utilizada. O método de pesquisa adotado é o estudo de caso, e as fontes primárias são decisões do TSE e do STF em matéria eleitoral. Particularmente por meio da análise da decisão cautelar do STF na ADI nº 4.298, demonstram-se falhas no uso da proporcionalidade e recomenda-se a aplicação do CPC, art. 489, § 2º, como guia para garantir o uso correto da ponderação.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Ponderação. Jurisprudência eleitoral. ADI nº 4.298. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The essay discusses the application of balancing in Brazilian election law. Balancing is the last prong of the proportionality test according to Robert Alexy's Principles Theory. The paper asks whether the

¹ Artigo recebido em 6 de abril de 2017 e aprovado para publicação em 11 de julho de 2017.

² Doutor em Direito pela Universität Hamburg. Bolsista do programa Albrecht Mendelssohn artholdy Graduate School of Law. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Analista judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Professor de Direito Eleitoral e Constitucional da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Professor de Direito Eleitoral e Constitucional do programa de pós-graduação *lato sensu* da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

term “proportionality” has a unique meaning in Brazilian elections case-law, and in the cases it actually designates balancing (or proportionality in its narrow sense), how accurate has been the test’s application. The research primary sources are Superior Electoral Court’s and Supreme Federal Court’s decisions on election law. In particular, the essay analyses the SFC’s ruling in the ADI 4.298, identifies flaws in the way the court performed the proportionality test in that case, and argues for the use of the § 2º of the art. 489 of the Code of Civil Procedure as a guide to avoid mistakes in balancing.

Keywords: Proportionality. Balancing. Brazilian elections case-law. ADI 4.298. New Code of Civil Procedure.

1 Introdução

Este artigo trata da aplicação, no Direito Eleitoral brasileiro, da ponderação, entendida como a última fase do teste da proporcionalidade na conhecida versão oferecida pela Teoria dos Princípios, de Alexy (2010a). Pretende-se demonstrar que a jurisprudência eleitoral, particularmente a do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), utiliza-se do termo *proporcionalidade* com sentidos diversos: (i) excludente de tipicidade; (ii) princípio que nega aplicação a sanções previstas em lei; (iii) manifestação do princípio da insignificância que se afere mediante cálculo; (iv) manifestação do princípio da insignificância que se afere conforme a gravidade do vício; e, finalmente, (v) teste de constitucionalidade que verifica a adequação, a necessidade e a ponderação (ou razoabilidade) de uma medida³. Apenas neste último sentido, a ponderação é elemento da proporcionalidade. A análise da decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.298, de 7 de outubro de 2009 (BRASIL, 2009), deve demonstrar que, mesmo quando se vale efetivamente da ponderação, a jurisprudência em Direito Eleitoral o faz incorretamente. A fim de evitar erros na aplicação do teste, defende-se aqui que os tribunais sigam os critérios estabelecidos no novo Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015a).

A ponderação está prevista no § 2º do art. 489 do CPC⁴. Entre as inovações trazidas pelo novo código, o § 2º do art. 489 chama atenção, em primeiro lugar, pelo seu objeto. Não é usual que o legislador cuide dos métodos de aplicação jurisdicional. Em segundo lugar, merece destaque a localização do parágrafo em relação às matérias sobre as quais dispõe o CPC. A ponderação se insere no sistema de fundamentação das decisões judiciais estabelecido pelo novo código, que regulamentou, nessa parte, o inciso IX do art. 93 da

³ Como adverte Silva (2001), tecnicamente falando, nem proporcionalidade nem ponderação são o mesmo que razoabilidade. No entanto, este trabalho usa indistintamente os termos *razoabilidade* e *proporcionalidade*, na medida em que aparecem como sinônimos, ou combinados como se fossem um único princípio de “razoabilidade e proporcionalidade”, quase unanimemente, na doutrina e na jurisprudência. Até mesmo o art. 8º do CPC sugere que os conceitos sejam idênticos: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (BRASIL, 2015a).

⁴ CPC, art. 489, § 2º: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (BRASIL, 2015a).

Constituição Federal (CF) de 1988⁵. Em virtude disso, o art. 489 do CPC deve ser observado por todos os membros do Poder Judiciário no exercício da jurisdição – não apenas, mas também pelos juízes e tribunais eleitorais. É dizer: uma decisão judicial que aplique a ponderação de princípios sem justificá-la, como determina o § 2º, é não fundamentada e, portanto, nula (ANDRADE NETO, 2016b).

Mas o que é a ponderação a que o § 2º do art. 489 do CPC se refere? Certamente, não a ideia genérica, vaga e não sistematizada de *tino*, *reflexão*, *prudência* ou *bom senso*. Este último é o sentido vulgar do termo, como aparece no dicionário (FERREIRA, 2008). Em sentido próprio, ou técnico-jurídico, a ponderação (também chamada de *sopesamento* ou *balanceamento*) é o terceiro subteste da proporcionalidade. *Proporcionalidade*, por sua vez, é um termo com vários sentidos técnico-jurídicos. Neste trabalho, usamos a expressão *teste de proporcionalidade* para designar o método para resolução de conflitos entre direitos fundamentais desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF) e propagado por Alexy (2010a, p. 66-69).

Com o CPC, se não o teste de proporcionalidade, ao menos seu último subteste, a ponderação, torna-se um método de adjudicação legalmente reconhecido no Brasil. Não se pode perder de vista, porém, que se tratou, inicialmente, de um “empréstimo judicial” de um elemento jurídico estrangeiro (ANDRADE NETO, 2016a). A proporcionalidade se tornou mundialmente famosa graças à contribuição dada por Alexy. Tanto o teste de proporcionalidade quanto a ponderação aparecem em decisões judiciais do STF, juntamente com a Teoria dos Princípios, de Alexy, já na década de 1990 – antes de qualquer previsão legislativa a respeito (ANDRADE NETO, 2016a, cap. 1 e 2). O CPC veio, portanto, regular o que já era prática no Judiciário brasileiro, mas não tornou a ponderação obrigatória (ANDRADE NETO, 2016a), nem vinculou os juízes a uma teoria específica (BORNHOLDT, 2015; STRECK, 2015; 2016). Como os juízes e tribunais não são obrigados a conceber o Direito em termos de

⁵ CF/1988, art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

colisões entre princípios, eles continuam desobrigados a ponderar. Contudo, caso optem por fazê-lo, devem seguir um modelo de fundamentação específico. Nos termos do § 2º do art. 489 do CPC, devem justificar “o objeto e os critérios gerais da ponderação, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (BRASIL, 2015a). Em todo caso, embora o CPC não imponha nenhuma concepção teórica em particular, não se pode ignorar a prática judicial que precedeu a elaboração do § 2º do art. 489 e o contexto de inspiração alexyana em que ela se desenvolveu (TARTUCE, 2016). Ainda que juízes não sejam obrigados a seguir a Teoria dos Princípios, é inegável que ela oferece um modelo teórico compatível com o novo código.

Assentadas essas premissas, este artigo se propõe a averiguar como a ponderação e a proporcionalidade têm sido usadas no Direito Eleitoral, pelo TSE e pelo STF. A Seção 2 expõe a versão da Teoria dos Princípios para a ponderação e a proporcionalidade. Em seguida, a Seção 3 trata dos vários sentidos que a palavra *proporcionalidade* adquire no Direito Eleitoral brasileiro. A Seção 4, por sua vez, foca na proporcionalidade como um teste desenvolvido pela jurisprudência alemã e sistematizado por Alexy (2010a). Averigua como ele tem sido empregado em matéria eleitoral usando como estudo de caso a decisão cautelar na ADI nº 4.298, em que o STF declarou que é proporcional a convocação de eleições indiretas para preenchimento dos cargos de chefe e vice do Poder Executivo vagos no último biênio do mandato.

O artigo se revela importante e atual, na medida em que há possibilidade de que a argumentação desenvolvida na ADI nº 4.298 seja tratada como paradigma no controle de constitucionalidade do § 4º do art. 224 do Código Eleitoral, objeto da ADI nº 5.525 (BRASIL, 2016). Ao criticar os resultados obtidos pelo STF na ADI nº 4.298, o trabalho termina por recomendar a aplicação do § 2º do art. 489 do CPC como guia para garantir a correção da ponderação.

2 Ponderação e proporcionalidade

Apesar de a ponderação e a proporcionalidade serem amplamente mencionadas por diferentes tribunais e inúmeros autores ao redor do mundo (BARAK, 2012, p. 182) – ou, talvez, exatamente por isso –, tem faltado aos conceitos uma definição consistente (LAW, 2005, p. 697). De um lado, há casos em que as discussões sobre o sentido do termo giram em torno de questões meramente fraseológicas (PORAT, 2014, p. 401 ss). Por outro lado, as discussões acerca do significado da proporcionalidade constituem controvérsias genuinamente conceituais⁶ em muitos outros casos. A maior parte da doutrina e dos tribunais estão convencidos de que se referem ao mesmo conceito jurídico quando usam o termo, embora possam efetivamente discordar de aspectos como: natureza jurídica, fundamento normativo, elementos constitutivos etc.

Fato é que existem versões da proporcionalidade, tanto no Direito Comparado dos tribunais quanto na doutrina (ANDRADE NETO, 2015, p. 111 ss). Alexy (2005, p. 578 ss.; 2010b, p. 24), em particular, concebe a proporcionalidade como um método de controle de constitucionalidade composto de subtestes que se aplica para resolver colisões entre princípios, determinar quais restrições aos direitos fundamentais são justificáveis e identificar o que carece de fundamentação na argumentação judicial. A concepção alexyana pode ser chamada de a versão da Teoria dos Princípios para a proporcionalidade. Este artigo parte da premissa de que as discussões acerca da ponderação no Brasil supõem essa versão, que, por isso, ocupará o centro da análise.

Na versão da Teoria dos Princípios, o teste de proporcionalidade é composto de três subtestes: *adequação*, *necessidade* e *ponderação* (ou sopesamento ou, ainda, proporcionalidade em sentido estrito), como apareceu originalmente na jurisprudência do TCF. Na visão de Alexy (2010a, p. 47, tradução nossa), o Tribunal alemão deduziu a proporcionalidade da concepção de que os princípios constitucionais (e, portanto, os direitos fundamentais) são mandamentos de otimização, ou seja, normas que requerem que “alguma coisa seja

⁶ Adota-se aqui o conceito de *controvérsias genuinamente conceituais* em oposição a *discordâncias meramente semânticas*, proposto por Dworkin (1986, p. 43-48).

realizada na maior medida possível, dadas as possibilidades fáticas e jurídicas”. Na realidade, sabe-se que o TCF nunca se havia referido a princípios como normas de otimização. Não obstante, mesmo críticos da Teoria dos Princípios reconhecem que tal concepção se harmoniza bem com a ideia, desenvolvida pelo TCF, de que a Lei Fundamental alemã constitui uma ordem objetiva de valores (SCHLINK, 1992, p. 718).

De qualquer maneira, de acordo com o esquema teórico alexyano, um ato legislativo é um meio adequado para realizar um princípio constitucional se é capaz de promover, em alguma medida, o estado de coisas para o qual esse princípio aponta. O mesmo ato é também necessário se ele se utiliza dos meios menos intrusivos (ou onerosos) para fazê-lo. Ambas, *adequação* e *necessidade*, dão a medida das possibilidades fáticas de otimização, a que alude a definição alexyana de princípio constitucional. O subteste da ponderação, por sua vez, remete às possibilidades jurídicas de realização (ALEXY, 2010a, p. 47).

Dizer que um princípio constitucional é um mandamento de otimização significa que ele aponta para um cenário ideal de sua própria realização incondicional. Contudo, em todo sistema jurídico, há princípios – e não somente um –, cada um deles apontando para sua própria realização incondicional, de modo que as possibilidades jurídicas de efetivação de um dependem dos limites impostos pelos princípios que com ele colidem, e vice-versa. As autoridades encarregadas da decisão – em geral, juízes, mas não somente – só conseguem levar esses limites em consideração por meio da ponderação dos princípios concorrentes (ou colidentes). Dessa maneira, um ato legislativo que se tenha mostrado adequado e necessário para a concretização de um princípio é também proporcional em sentido estrito se, e apenas se, as restrições que ele impõe aos princípios concorrentes puderem ser justificadas por meio da ponderação.

3 Proporcionalidade(s) no Direito Eleitoral brasileiro

Como adiantado na seção anterior, a palavra *proporcionalidade* designa diferentes conceitos. Um estudo conduzido por Moraes (2013, p. 296-298) com base nas 189 decisões do STF em que o termo foi mencionado revelou que o sentido dado a ele não era uniforme. De fato, essa palavra não tem sido uniformemente empregada pelo Tribunal, mas não necessariamente porque tem sido mal utilizada – como o autor sugere. Tal problema é real, mas não responde pela totalidade das ocorrências identificadas nos 189 casos. *Proporcionalidade* faz parte da terminologia jurídica brasileira desde muito antes de adquirir o sentido atual, de um método de adjudicação constitucional (COSTA, 2008, p. 248-253); e o termo tem sido usado em diferentes campos jurídicos, referindo-se a um conceito distinto em cada um deles (BARROS, 1996, p. 88). A verdade é que, dependendo do contexto, o termo realmente denota coisas absolutamente distintas.

Podem-se citar dois exemplos fáceis. Primeiro, *proporcionalidade* designa, no Direito Penal, um princípio que determina a correta duração da punição. Ele está implícito no inciso XLVI do art. 5º da CF/1988, *verbis*:

Art. 5º [...]

XLVI – a lei regulará a individualização da pena.

Disso decorre que a sanção deve ser proporcional ao delito. Segundo, no Direito Tributário, a proporcionalidade é um critério a ser observado pelo Estado ao fixar a alíquota de impostos. Nos termos do § 1º do art. 145 da CF/1988,

Art. 145. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

O dever de proporção entre o tributo e a capacidade econômica dos contribuintes é ressaltado pelo inciso IV do art. 150 da CF/1988:

Art. 150. [...] é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
[...]
IV – [...] utilizar tributo com efeito de confisco;
[...].

Suponhamos que dois casos sejam submetidos ao STF, um sobre a aplicação do inciso XLVI do art. 5º da CF/1988 e o outro sobre o § 1º do art. 145 c.c. o inciso IV do art. 150 da CF/1988. Em se tratando de casos fáceis acerca da constitucionalidade de dispositivos de lei, é bem provável que, no julgamento, os ministros falassem em *proporcionalidade* sem terem em mente Alexy, a Teoria dos Princípios ou a jurisprudência do TCF. Ou seja, o termo designaria então algo inteiramente distinto do método alemão para resolver colisões entre princípios. É dizer: a mesma palavra significa coisas completamente diferentes a depender da matéria tratada na decisão, mas essa pluralidade de sentidos não sustenta nenhuma conclusão sobre a correção – ou a incorreção – da jurisprudência do STF sobre o teste de proporcionalidade – aqui entendido na versão da Teoria dos Princípios. Se assim é na jurisprudência do STF, não se surpreende que também o seja na do TSE.

3.1 Proporcionalidade e captação ou gasto ilícito de recurso

São muitos os julgamentos do TSE em que a proporcionalidade assume um papel diverso daquele concebido pela jurisprudência alemã e por Alexy. No Direito Eleitoral, ela pode atuar, por exemplo, como uma espécie de “excludente de tipicidade”. O que há de peculiar nessas situações é que o princípio não incide sobre o Direito Eleitoral Penal, mas, principalmente, nas ações eleitorais típicas destinadas a apurar ilícitos não criminais. É o caso, por exemplo, da ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) por captação ou gasto ilícito de recurso, prevista no art. 30-A da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997⁷. Segundo a jurisprudência do TSE,

⁷ Lei nº 9.504/1997, 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. § 1º Na apuração de que trata este artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar

para que seja imposta a sanção de cassação em razão da prática do ilícito previsto no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, faz-se necessária a comprovação da proporcionalidade da conduta em relação à penalidade a ser imposta. (BRASIL, 2012c).

Ou seja, uma conduta que, em tese, se subsume à hipótese fática do art. 30-A da Lei das Eleições pode não configurar captação ou gasto ilícito de recurso, para fins eleitorais, simplesmente porque a sanção aplicável seria desproporcional no caso. Nesse contexto, a representação deve ser julgada improcedente.

3.2 Proporcionalidade e conduta vedada

Algo diferente ocorre nas representações por condutas vedadas a agente público, nas quais a proporcionalidade não interfere na tipicidade nem na qualificação da conduta como ilícita, mas, sim, na fase seguinte, “da fixação da pena” (BRASIL, 2008b). Trata-se, na verdade, de papel análogo ao do princípio constitucional da individualização da pena, mas aplicável a ilícitos eleitorais não criminais. A jurisprudência do TSE considera que a caracterização da conduta vedada é objetiva – isto é, basta que os fatos descritos no art. 73 e seguintes da Lei nº 9.504/1997 ocorram para que as sanções correspondentes incidam no caso, independentemente de a potencialidade lesiva da conduta influenciar o resultado das eleições. As penalidades previstas para os agentes públicos que praticam condutas vedadas são a multa e a cassação do registro de candidatura, nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 73 da aludida norma, respectivamente.

Embora a lei não condicione a aplicação do referido § 5º à proporcionalidade entre ilícito e sanção, a jurisprudência do TSE o faz. Cite-se, nesse sentido, o acórdão de 14 de junho de 2012 no RO nº 8902-35, em que o TSE decidiu que,

[...] quanto às condutas vedadas do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, a sanção de cassação somente deve ser imposta em casos mais

nº 64, de 18 de maio de 1990, no que couber. § 2º Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado. § 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*”.

graves, cabendo ser aplicado o princípio da proporcionalidade da sanção em relação à conduta (BRASIL, 2012a).

Também no REspe nº 26.060, julgado em 2007, o TSE entendeu que

[...] a pena de cassação de registro ou de diploma, em decorrência da prática de conduta vedada, pode deixar de ser aplicada quando o Tribunal, analisando o contexto da prática ilícita, verificar que a lesividade é de ínfima extensão (BRASIL, 2008a).

Note-se que, nesses casos, a representação é julgada procedente, e aplica-se aos representados a sanção de multa, quando cabível, mas não a de cassação do registro.

3.3 Proporcionalidade e prestação de contas

Outra hipótese curiosa de aplicação da proporcionalidade ocorre nos processos de prestação de contas de campanha. É pacífica a jurisprudência do TSE no sentido de que, com base na proporcionalidade entre ilícito e sanção, pode-se deixar de desaprovar as contas para então as aprovar com ressalvas. O que há de peculiar na hipótese é que o Tribunal dispõe de dois critérios distintos para avaliar a proporcionalidade da ilicitude das contas e emprega cada um deles a casos aleatórios, sem razão aparente para o fazer. Há julgamentos em que o critério para aferir a proporcionalidade da desaprovação é o percentual comprometido pela irregularidade, em relação ao valor total movimentado durante a campanha. Nessa linha, pode-se citar o acórdão de 5 de novembro de 2013 no AgR-REspe nº 2564-50:

[...] No julgamento da prestação de contas de campanha, é possível, sim, a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

2. *In casu*, a doação glosada alcançou o valor de R\$2.250,00, importância que corresponderia a 0,234% do total arrecadado na campanha eleitoral.

3. *Não se coaduna com o melhor direito alicerçar a rejeição das contas de campanha apenas em montante que, dado o total arrecadado na campanha, é patentemente irrisório.*

4. Conquanto a doação tenha sido levada a efeito por pessoa jurídica constituída no ano das eleições (2010), o respectivo valor não teve o condão de, por si só, macular inexoravelmente a regularidade das contas apresentadas nem de impedir ou mesmo causar embaraço ao controle feito pela Justiça Eleitoral. [...] (BRASIL, 2015c, grifo nosso).

Em outros casos, porém, embora o percentual representado pela irregularidade seja irrisório, o TSE tem desaprovado as contas em virtude do comprometimento da transparência e da confiabilidade da prestação. Nessas situações, “quando constatado vício que comprometa a confiabilidade das contas”, o Tribunal afirma que “não se aplica o princípio da proporcionalidade” (BRASIL, 2014). Essa conclusão pressupõe que a proporcionalidade é, necessariamente, uma manifestação do princípio da insignificância, que se afere mediante cálculo. Mais correto seria, porém, admitir que aplicou outro critério de proporcionalidade ao caso mais preocupado com a natureza do vício que com o percentual por ele atingido. O contrário implicaria supor que o TSE confessa proferir decisões desproporcionais quando deixa de lado o cálculo do percentual, e essa conclusão é simplesmente absurda.

Em todo caso, quando expressamente aplica a proporcionalidade aos processos de prestação de contas para definir um percentual que não leva à desaprovação, o TSE não se refere ao teste de proporcionalidade composto pelos subtestes de adequação, necessidade e ponderação. Tampouco o faz quando recorre à proporcionalidade para afastar a tipicidade da conduta ou a sanção de cassação nas ações eleitorais típicas (AIJEs e representações, seja por conduta vedada, seja por captação e gasto ilícito de recursos). Apesar do nome, a proporcionalidade empregada nesses casos nada guarda em comum com o método de adjudicação de direitos fundamentais desenvolvido pelo TCF e, posteriormente, justificado pela doutrina alemã – pela Teoria dos Princípios, em especial. Cumpre, portanto, indagar qual papel a jurisprudência tem dedicado à proporcionalidade em sentido estrito (isto é, à ponderação) no Direito Eleitoral. Esse é o objeto da seção seguinte.

4 Proporcionalidade em sentido estrito no Direito Eleitoral

No que se refere ao Direito Eleitoral, a ponderação (ou proporcionalidade em sentido estrito) fora mencionada pelo STF no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 4.298 (BRASIL, 2009). A ADI fora ajuizada pelo PSDB contra a Lei nº 2.154, de 26 de setembro de 2009, do Estado do Tocantins. A lei disciplinava a eleição de governador e vice-governador na hipótese de os cargos vagarem nos dois últimos anos de mandato; para preenchê-los, previa a realização de eleição indireta pela Assembleia Legislativa. Na decisão, o relator, Ministro Cezar Peluso, reconstruiu a regra da convocação de eleições indiretas nos dois últimos anos do mandato presidencial, prevista no § 1º do art. 81 da CF/1988⁸, como se ela fosse o resultado da ponderação de princípios realizada pelo poder constituinte originário. De acordo com o ministro, no período final do mandato, a plena concretização do princípio constitucional do voto direto, previsto no *caput* do art. 14 da CF/1988⁹, colide com as

[...] demandas de uma excepcional conjuntura que, por seu decisivo ingrediente temporal, desaconselharia a realização de eleição direta, com todos os seus pesados e intuitivos custos ao aparato administrativo e à própria sociedade (BRASIL, 2009).

4.1 ADI nº 4.298

Em seu voto, na ADI nº 4.298, o Ministro Cezar Peluso mostrou que endossa a tese alexyana de que os princípios são mandamentos de otimização que devem ser realizados na maior medida possível, dadas as possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2010a, p. 47). Nas palavras do ministro,

[...] o princípio constitucional do sufrágio direto deve ser realizado na maior medida possível, mas dentro das circunstâncias históricas e jurídicas vigentes, de modo que a situação

⁸ CF/1988: “Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga. § 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei” (BRASIL, 1988).

⁹ CF/1988: “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...]” (BRASIL, 1988).

excepcionalíssima de eleição para mandato residual, chamado “mandato-tampão”, de prazo exíguo, cujo termo até poderia inviabilizar o transcurso de todo o regular processo eleitoral direto, merece tratamento diferenciado, desde que razoável e proporcional (BRASIL, 2009).

Diante do que entendia ser uma impossibilidade fática (“prazo exíguo, cujo termo até poderia inviabilizar o transcurso de todo o regular processo eleitoral direto”), o ministro aplicou o teste de proporcionalidade para determinar se a medida que infringia o princípio do voto direto (isto é, a eleição do presidente da República pelo Congresso Nacional no caso de dupla vacância no último biênio) era adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (BRASIL, 2009).

É dizer: ele se valeu da ponderação, como demonstra o trecho a seguir:

[...] a adoção da eleição indireta, no caso de dupla vacância no último biênio do mandato, já aparece, em primeiro lugar, como adequada, pois é apta a promover o objetivo constitucional de uma eleição democrática; depois, revela-se ainda necessária, na medida em que se lhe não vislumbra alternativa igualmente célere, econômica, hábil e menos lesiva ao princípio excepcionado; e, por fim, não deixa de ser proporcional em sentido estrito, porque o grau de mutilação imposto a esse valor se afigura aceitável quando ponderado com os benefícios consequentes (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Como resultado, o STF indeferiu, por maioria, o pedido de medida cautelar que visava à suspensão da lei tocaninense, vencido o Ministro Joaquim Barbosa, que a deferia em parte. No que interessa a este artigo, o relator concluiu em seu voto que a

regra da eleição indireta, no âmbito federal, traz em si mesma, na *ratio iuris*, a demonstração de sua razoabilidade e proporcionalidade, enquanto constitui sensata resposta normativo-constitucional [...] (BRASIL, 2009).

Em razão disso, apesar de os demais entes federados não serem obrigados a reproduzir a regra excepcional da CF/1988, eles estão autorizados a fazê-lo, se assim optarem. Nas palavras do ministro:

“Sua adoção pelo Estado-membro significaria [...] uma sábia decisão política destinada a eludir as desproporcionais vicissitudes da aplicação da regra geral a um caso típico” (BRASIL, 2009).

Similar lógica tem orientado o TSE, que, em relação ao preenchimento dos cargos de prefeito e vice-prefeito, já decidiu que “fere o princípio da razoabilidade [...] convocar eleições diretas para data muito próxima à das eleições gerais” (BRASIL, 2012b). O problema em tomar a decisão cautelar na ADI nº 4.298 como precedente a ser seguido pela Justiça Eleitoral na hipótese de vacância dos cargos de titular e vice do Poder Executivo, nas várias esferas da federação, é que o resultado supostamente obtido pelo STF por meio da aplicação da ponderação e do teste de proporcionalidade naquele caso é insustentável, como será visto a seguir.

4.2 Crítica à ponderação na decisão cautelar na ADI nº 4.298

O STF tem sido severamente criticado, pela doutrina, sobre como usa a ponderação e a proporcionalidade – no sentido atribuído pela jurisprudência do TCF. Alguns autores chegam a dizer que o Tribunal fundamenta suas decisões em uma interpretação incorreta da obra de Alexy. Martins (2003, p. 21), por exemplo, afirma que a Corte tem uma compreensão “imprecisa” da proporcionalidade. Sarmiento (2010, p. 198-204), por sua vez, nota que os juízes brasileiros aderiram com peculiar “euforia” à Teoria dos Princípios, sem, no entanto, levar suficientemente a sério os limites por ela impostos à discricionariedade judicial. Silva (2001, p. 31) adverte que, na jurisprudência do STF, “a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático”. Por fim, Moraes (2013, p. 297-298) acredita que o Tribunal não tem integralmente seguido a Teoria dos Princípios, mas, sim, aplicado um simulacro ou uma versão *sui generis* do teste original.

A aplicação do teste de proporcionalidade pelo STF na cautelar na ADI nº 4.298 apenas confirma as críticas da doutrina especializada.

A tese desenvolvida pelo relator, o Ministro Cezar Peluso, pode ser assim resumida: é desproporcional exigir a convocação de eleições diretas tão perto do término no mandato; ou em detalhe: a realização de eleições indiretas nessa circunstância é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Apesar de a aplicação da proporcionalidade no caso ter seguido a estrutura formal da versão da Teoria dos Princípios para o teste, quando se analisa mais detidamente o voto do relator, conclui-se que o STF empregou apenas superficialmente os conceitos importados do Direito alemão.

Mais grave do ponto de vista da legitimidade do exercício da jurisdição: quando se compara a argumentação desenvolvida no voto condutor do acórdão com os requisitos para uma ponderação fundamentada, hoje previstos no § 2º do art. 489 do CPC, percebe-se que várias das etapas decisórias percorridas durante a aplicação do teste de proporcionalidade não foram devidamente justificadas.

O primeiro subteste que integra a proporcionalidade é a adequação. Ela consiste na pergunta: embora, à primeira vista, viole uma norma constitucional, a medida é adequada para promover algum princípio de mesma hierarquia? Por óbvio, qualquer resposta pressupõe que se enfrentou uma questão anterior: qual o princípio constitucional a medida visa a promover? O Ministro Cezar Peluso entende que a regra da eleição indireta, no caso de dupla vacância no último biênio do mandato, favorece a democracia – ou, nas palavras dele, “o objetivo constitucional de uma eleição democrática” (BRASIL, 2009).

É, porém, difícil imaginar qual concepção de democracia o ministro tinha em mente, pois é no mínimo contraintuitivo dizer que uma eleição indireta, e não o sufrágio direto, promove a democracia. Não seria o contrário? Em todo caso, caberia ao voto de relatoria explicitar as razões que supostamente fundamentam essa concepção peculiar de princípio democrático. Como o relator não o fez, torna-se forçoso concluir que o voto condutor do acórdão violaria o § 2º do art. 489 se tivesse sido proferido depois da entrada em vigor do novo CPC.

Indo mais além, o ministro entendeu que a convocação de eleições indiretas nos dois últimos anos do mandato executivo,

em caso de dupla vacância, passaria também no subteste da necessidade porque “se lhe não vislumbra alternativa igualmente célere, econômica, hábil e menos lesiva ao princípio excepcionado” (BRASIL, 2009). De fato, o subteste da necessidade consiste na pergunta: há outra medida que promova o mesmo princípio (no caso, a democracia) em igual medida e cause menos dano ao princípio por ele afetado (isto é, ao direito fundamental ao voto direto)? No entanto, contrariamente ao que afirma o ministro, a eleição indireta para preenchimentos dos cargos do Poder Executivo promove em baixíssimo grau o princípio democrático. Consequentemente, é relativamente fácil pensar em alternativas que alcancem igual ou superior grau de realização da democracia e sejam menos danosas ao direito fundamental ao sufrágio direto.

Por exemplo, o legislador poderia conceber um processo eleitoral sumário, ou sumaríssimo, com reduzidos custo e período de campanha para o caso de dupla vacância nos dois últimos anos do mandato. Assim se preservaria o direito de cada eleitor votar diretamente no candidato de sua escolha – ou seja, a interferência com o princípio do sufrágio direto seria mínima – e se promoveria em maior grau o princípio democrático. Logo, a medida não passaria pelo teste da necessidade – se a colisão é, como supôs o Ministro Cezar Peluso, entre o princípio democrático e o direito fundamental ao voto direto.

Apesar disso, o ministro prossegue na aplicação do teste da proporcionalidade e chega então ao subteste final: a ponderação, que visa a determinar se a medida sob análise é proporcional em sentido estrito. Segundo o Ministro Cezar Peluso,

a adoção da eleição indireta, no caso de dupla vacância no último biênio do mandato [...] não deixa de ser proporcional em sentido estrito, porque o grau de mutilação imposto a esse valor se afigura aceitável quando ponderado com os benefícios consequentes (BRASIL, 2009).

Novamente, não é difícil discordar.

Qual o peso da convocação de uma eleição indireta para a realização do princípio democrático? A resposta pode ser *pequeno* ou *médio*, mas nunca grande. Apenas a convocação de uma eleição direta teria *grande* relevo para a democracia. Em compensação, a convocação da eleição indireta representa uma interferência de *grande* impacto no princípio concorrente, o do direito fundamental de participar como eleitor em sufrágio direto. Esse direito é aniquilado sob aquelas circunstâncias. Tanto é assim que, expressamente, a CF/1988 só reservou essa opção para uma hipótese especialíssima e retirou do legislador reformador ou ordinário a possibilidade de criar outras.

Ora, se, no caso de uma eleição indireta, a importância da medida para realizar o princípio democrático é, na melhor das hipóteses, *média*, mas o impacto negativo dela no princípio do voto direto é inequivocamente *grande*, torna-se forçoso reconhecer que ela é desproporcional em sentido estrito. Noutras palavras, ela não passaria pelo subteste da ponderação. O resultado encontrado pelo Ministro Cezar Peluso na cautelar na ADI nº 4.298, em razão de colisão entre democracia e voto direto, é, portanto, incorreto.

5 Considerações finais

A palavra *proporcionalidade* tem sido usada com diferentes sentidos no Direito Eleitoral brasileiro. Este trabalho demonstrou que a jurisprudência eleitoral se utiliza do termo para designar fenômenos absolutamente diversos: (i) excludente de tipicidade; (ii) princípio que nega aplicação a sanções previstas em lei; (iii) manifestação do princípio da insignificância que se afere mediante cálculo; (iv) manifestação do princípio da insignificância que se afere conforme a gravidade do vício; e, finalmente, (v) teste de constitucionalidade. Apenas nesta última hipótese, em que a proporcionalidade designa um método de resolução de conflitos entre princípios constitucionais ou direitos fundamentais, ela se associa à ponderação, prevista no § 2º do art. 489 do CPC.

Com base na decisão cautelar na ADI nº 4.298, como exemplo, este artigo apontou as falhas no teste de proporcionalidade e na ponderação conduzidos pelo Ministro Cezar Peluso. A ação tratava de

matéria com forte repercussão eleitoral. Discutia-se a possibilidade de a constituição dos estados-membros prever a realização, no último biênio do mandato, de eleição, pela Assembleia Legislativa, para os cargos de governador e vice, em caso de dupla vacância. Em decisão cautelar, o STF decidiu que as eleições para os cargos de governador e vice do Tocantins, cujos titulares tinham sido cassados pelo TSE nos dois últimos anos do mandato, poderiam ser indiretas, como previsto na Constituição daquele estado, e não tinham de seguir o art. 224 do Código Eleitoral.

O interesse no estudo da decisão decorre da possibilidade de que o caso sirva de paradigma para o julgamento da ADI nº 5.525 (BRASIL, 2016), que advoga a inconstitucionalidade do § 4º do art. 224 do Código Eleitoral¹⁰. Esse parágrafo, introduzido pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 (BRASIL, 2015b), criou uma nova hipótese de eleição indireta no Direito brasileiro. Conforme dispõe, nos casos em que a Justiça Eleitoral indefira o registro, casse o diploma ou determine a perda do mandato do primeiro colocado em eleições majoritárias, devem-se realizar eleições indiretas para preenchimento do cargo se a cassação ocorrer a seis meses do fim do mandato. A seguir sem maiores reflexões a *ratio decidendi* do voto condutor da ADI nº 4.298, tem-se que a realização de eleições indiretas no último biênio do mandato é razoável e proporcional – ou adequada, necessária e proporcional em sentido estrito – e constitui, nas palavras do Ministro Cezar Peluso, “uma sábia decisão política” (BRASIL, 2009).

Nesse contexto, a análise crítica do voto condutor da decisão cautelar na ADI nº 4.298 reveste-se de especial importância. Não fosse por isso, o exercício de aplicação do teste de proporcionalidade à regra da eleição indireta, no caso de dupla vacância dos cargos de chefe e vice do Poder Executivo no último biênio do mandato, seria ainda útil por iluminar os problemas na argumentação do STF e simultaneamente indicar as soluções constantes no § 2º do art. 489 do CPC. As falhas na decisão poderiam ter sido evitadas se o STF

¹⁰ Código Eleitoral: “Art. 224. [...] § 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados. § 4º A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será: I – indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato; II – direta, nos demais casos” (BRASIL, 1965).

observasse requisitos para uma ponderação fundamentada, como os ora previstos no referido dispositivo legal.

Embora o citado § 2º não possa assegurar que a ponderação levará ao resultado correto em todos os casos – coisa que, na verdade, nenhum método judicial é capaz de assegurar –, ele aponta o que deve ser justificado na aplicação do subteste. Ao fazê-lo, força o juiz a tornar públicas as próprias razões e eventualmente a corrigi-las, mudando o rumo da argumentação seguida e até mesmo o dispositivo da decisão, quando o Direito assim exige.

Referências

ALEXY, R. *A theory of constitutional rights*. Tradução de Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2010a.

_____. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.

_____. The construction of Constitutional Rights. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 4, n. 1, p. 21-32, 2010b.

ANDRADE NETO, J. *On the influence of the principles theory on the case law of the Federal Supreme Court of Brazil: a case study on judicial borrowing*. Tese de doutorado (Direito). Universität Hamburg. Hamburgo, 2016a.

_____. Ponderação e dever geral de fundamentação no Direito Eleitoral. In: AGRA, W. de M.; PEREIRA, L. F.; TAVARES, A. R. (Eds.). *O Direito Eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016b.

_____. Should all arguments matter? On the exclusion of certain reasons from the proportionality test. In: PAULSON, S. L.; TRIVISONNO, A. T. G.; OLIVEIRA, J. A. de (Eds.). *Alexy's theory of law*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2015.

BARAK, A. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Tradução de Doron Kalir. Cambridge, U.K.; New York: Cambridge University Press, 2012.

BARROS, S. de T. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restrictivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 out. 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

_____. Lei 4.737, de 15 jul. 1965. Código Eleitoral. *Diário Oficial*, Brasília, 19 jul. 1965, p. 6.746.

_____. Lei 13.105, de 17 mar. 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015a, p. 1.

_____. Lei 13.165, de 29 set. 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 set. 2015b, p. 1. Edição extra.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.525/DF, 18 mai. 2016. Relator: Ministro Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*, 103, Brasília, 20 maio 2016.

_____. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.298/TO, 7 out. 2009. Relator: Ministro Cezar Peluso. *Diário de Justiça Eletrônico*, 223, Brasília, 27 nov. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão no Recurso Especial Eleitoral 26.060, de 11 dez. 2007. Relator: Min. Antonio Cezar Peluso. Brasília, *Diário de Justiça*, v. 1, 12 fev. 2008a.

_____. Acórdão no Recurso Ordinário 890.235, de 14 jun. 2012. Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Brasília, *Diário de Justiça Eletrônico*, t. 160, 21 ago. 2012a.

BRASIL. Mandado de Segurança 147.854, de 20 mar. 2012.

Relator: Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira. *Diário de Justiça Eletrônico*, t. 96, 23 maio 2012b.

_____. Recurso Especial Eleitoral 690-10/MG, de 24 abr. 2014.

Relatora: Min. Luciana Lóssio. Brasília, *Diário de Justiça Eletrônico*, t. 101, 2 jun. 2014.

_____. Recurso Especial Eleitoral 27.737/PI, de 4 dez. 2007.

Relator: Min. José Augusto Delgado. Brasília, *Diário de Justiça*, t. 1, 1 dez. 2008b.

_____. Recurso Especial Eleitoral 956.516.406/ CE, de 19 set.

2012. Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Brasília, *Diário de Justiça Eletrônico*, t. 196, 9 out. 2012c.

_____. Recurso Especial Eleitoral na Petição 2.564/SP, de 3 mar.

2015. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, *Diário de Justiça eletrônico*, t. 100, 28 maio 2015c.

BORNHOLDT, R. M. Das possibilidades da ponderação no novo CPC e de sua não vinculação a um método específico. *Migalhas*, 23, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI222185,71043-Das+possibilidades+da+ponderacao+no+novo+CPC+e+de+sua+nao+vinculacao>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

COSTA, A. A. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF*. Brasília: Thesaurus, 2008.

DWORKIN, R. *Law's empire*. Cambridge, Mass: Belknap Press, 1986.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário eletrônico Aurélio versão 6.1*. 4. ed. atual. e rev. conf. Nov. Ac. Ort. da L. Port. de 7.5.2008.

LAW, D. S. Generic constitutional law. *Minnesota Law Review*, v. 89, p. 652, 2005.

MARTINS, L. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. *Cadernos de Direito*, v. 3, n. 5, p. 15-45, 2003.

MORAIS, F. S. de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. Tese de doutorado (Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2013.

PORAT, I. Mapping the American Debate over Balancing. In: HUSCROFT, G.; MILLER, B. W.; WEBBER, G. (Eds.). *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2014.

SARMENTO, D. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHLINK, B. German constitutional culture in transition. *Cardozo L. Rev.*, v. 14, p. 711, 1992.

SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2001.

STRECK, L. L. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! *Consultor Jurídico*, 8 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 4 nov. 2015.

_____. Técnica da ponderação no novo CPC: posição contrária. *Jornal Carta Forense*, 2 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tecnica-da-ponderacao-no-novo-cpc-posicao-contraria/16217>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

TARTUCE, F. Técnica da ponderação no novo CPC: posição favorável. *Jornal Carta Forense*, 2 fev. 2016. Disponível em: <<http://>