

“A POTENCIALIDADE LESIVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS CONDUTAS VEDADAS”

Fernando Gurgel Pimenta

Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte; Autor do livro “Fidelidade Partidária à luz da Resolução nº 22.610/07, do TSE”

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos eventos de maior significado na vida política brasileira, durante o transcorrer do século passado, foi inegavelmente o movimento que passou para a história sob a denominação de “Revolução de 1930”. Os Revolucionários de 30 tinham, entre os seus objetivos de luta, o combate às fraudes tão comuns nas eleições da Primeira República, assim como a repulsa às práticas eleitorais espúrias que distorciam a vontade popular, ambas (as fraudes e as práticas espúrias) escoradas nas falsificações proporcionadas pelo sistema das ‘eleições a bico de pena’ e por outros meios de desvirtuamento da escolha do eleitor.

A “Revolução de 30”, que adotou como lema as palavras “Representação e Justiça”, criou o primeiro Código Eleitoral Brasileiro (Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932). Nós todos que acompanhamos a história do Direito no Brasil, sabemos que a Justiça Eleitoral é, certamente, o filho dileto da Revolução de 1930, movimento que defendia, como causa maior, a busca da ‘verdade eleitoral’ como novo caminho da prática democrática do país.

A partir do Primeiro Código Eleitoral, a Justiça Especializada não cessou de procurar meios de aperfeiçoamento das práticas e das normas destinadas à depuração dos certames eleitorais, a fim de se alcançar, tanto quanto possível, uma representação política nascida da vontade popular, o que, como se sabe, é tarefa nem sempre fácil. São muitos os ardis perpetrados pelos maus políticos, que colocam em primeiro lugar os seus interesses pessoais e torcem o nariz para os direitos da coletividade.

A legislação tem fornecido, aos aplicadores do Direito Eleitoral, membros dessa Justiça Especializada, os indispensáveis meios para coibir as práticas fraudulentas na obtenção de votos. A chamada Lei das Eleições – Lei nº 9.504/97 – é instrumento de inegável valia nesse desiderato. Nela se destaca, em especial, o art. 41-A (artigo acrescido pela Lei nº 9.840, de 28/09/1999, norma de iniciativa popular), definindo a “captação ilícita de sufrágio” e imputando pena de multa e cassação do registro do candidato, ou do seu diploma e mandato, se eleito. Também na Lei nº 9.504/97, revelam-se de especial importância as regras do artigo 73, estabelecendo as condutas vedadas aos agentes públicos no período eleitoral, sendo este aspecto o que será analisado nestas breves considerações.

II – EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE VOTO

Vamos focar no princípio de que a democracia é, em última análise e sem maiores aprofundamentos teóricos, o “império da maioria”. O art. 1º da Constituição da República diz que o Brasil “*constitui-se em Estado Democrático de Direito*”, complementando o seu Parágrafo Único que: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos...*”.

No dizer do emérito doutrinador ADRIANO SOARES DA COSTA (obra citada abaixo na Bibliografia, pág. 860), “*Em uma democracia, a pedra angular sobre a qual se ergue a legitimação do exercício do poder é a vontade do povo, manifestada através do voto livre.*” As lições do sempre festejado MIGUEL REALE (aqui citado de memória) apontam no sentido de que a soberania do Estado só pode ser exercida em nome do povo e para concretizar os seus interesses (interesses do povo).

É nesse caminho que se faz necessário observar um processo eleitoral garantidor do pleno exercício da liberdade do voto, característica que requer a observância estrita da igualdade entre os candidatos. No capítulo dessa ‘igualdade entre os candidatos’, uma luz vermelha de alerta piscou quando a Emenda Constitucional nº 16/97 alterou a redação do § 5º, do art. 14, da Lei Maior, para permitir a reeleição do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e dos Prefeitos Municipais.

III – CONDUTAS VEDADAS

Após a introdução da reelegibilidade no ordenamento jurídico eleitoral, impôs-se a necessidade de disciplinar, em estatuto legal, as condutas vedadas aos agentes públicos, principalmente porque a reeleição foi permitida sem a necessidade de desincompatibilização. A igualdade democrática da disputa eleitoral ficou seriamente ameaçada pelo instituto da reeleição. Como escreveu MARCOS RAMAYANA (obra citada na Bibliografia, pág. 447), referindo-se à proibição da utilização de serviços de funcionário público nos comitês de campanha, “... a reelegibilidade, no exercício dos mandatos majoritários, na prática gera uma zona obscura entre a fronteira do legal, da rotina e da continuidade do serviço público em determinada repartição, e do ilegal, ou do desvio indevido...”

Este trabalho não se deterá na transcrição dos tipos de condutas vedadas aos agentes públicos, pois o leitor poderá facilmente encontrá-los na leitura da Lei 9.504/97, artigos 73, 74, 75 e 77, que enumeram as condutas vedadas quando os agentes públicos se encontram em campanha eleitoral. O que se examinará aqui é a questão da chamada POTENCIALIDADE LESIVA da conduta para influir no resultado do pleito, de forma tal que possa levar o julgador a aplicar, ao agente público infrator, uma penalidade de menor ou maior repercussão, que pode constituir-se na fixação apenas de uma ‘multa’, mas que também poderá chegar à própria ‘cassação do mandato’.

Na continuidade da análise, registre-se, como ponto prévio e incontroverso, que as normas contidas no art. 73 e seguintes da Lei das Eleições não admitem interpretação extensiva, nem analogia, conforme já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral (AG 5.817/PA, rel. Min. Caputo Bastos, Diário da Justiça, vol. I, 16/09/2005, pág. 172)):

“(...)”

7. Com relação às condutas vedadas, é imprescindível que estejam provados todos os elementos descritos na hipótese de incidência do ilícito eleitoral para a imputação das severas sanções de cassação de registro ou de diploma.”

No mesmo sentido é a decisão do ARESPE 24.989/RN, rel. Min. Caputo Bastos, Diário da Justiça, vol. I, 26/08/2005, pág. 174, *verbis*:

“(…)

2. *A intervenção da Justiça Eleitoral há de se fazer com o devido cuidado no que concerne ao tema das condutas vedadas, a fim de não se impor, sem prudencial critério, severas restrições ao administrador público no exercício de suas funções.”*

Note-se, a seguir, que as punições aplicáveis em decorrência do descumprimento dessas condutas vedadas estão expressamente previstas na Lei das Eleições. O § 4º, do art. 73, por exemplo, prevê, no caso de descumprimento das proibições contidas no artigo, a imediata suspensão da conduta vedada e a aplicação de multa aos responsáveis, no valor de cinco a cem mil UFIR (a Resolução TSE 21.610/04, art. 43, § 7º, fixou o valor da multa em REAIS, indo de R\$ 5.320,50 a R\$ 106.410,00).

E, quando houver descumprimento do disposto nos incisos I, II, III, IV e VI, do *caput* do artigo, o § 5º do art. 73 da mesma Lei das Eleições estabelece que o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma.

IV – POTENCIALIDADE LESIVA

A questão que tem desafiado a interpretação dos Juízes e Tribunais diz respeito à solução que deve ser encontrada para responder corretamente a uma dessas alternativas:

a) – a desobediência aos preceitos do art. 73 da Lei nº 9.504/97 acarreta, necessária e cumulativamente, a imposição da multa prevista no § 4º e a cassação de registro ou diploma cominada pelo § 5º?

- ou

b) – a pena deve ser dosada pelo Juiz, que a estabelecerá em justo patamar, a fim de que não transborde a exata correspondência entre o delito e a proporcionalidade da sua punição?

O Egrégio Tribunal Superior Eleitoral não tem pacificado o assunto, adotando, ora um, ora outro entendimento, embora, mais recentemente, a posição majoritária tenha caminhado para o entendimento

de que a pena deve ser aplicada levando-se em conta a potencialidade do ato para desigualar os candidatos e repercutir no resultado do pleito.

Por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 5.343/RJ, sendo Relator o Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (Diário de Justiça, Volume 1, Data 04/03/2005, Página 114), o Tribunal, à unanimidade, afirmou que a pena deveria ser aplicada na razão direta do ilícito praticado. Na ementa, ficou consignado que: *“O dispositivo do art. 73, § 5º, da Lei nº 9.504/97, não determina que o infrator perca, automaticamente, o registro ou o diploma. Na aplicação desse dispositivo reserva-se ao magistrado o juízo de proporcionalidade. Vale dizer: se a multa cominada no § 4º é proporcional à gravidade do ilícito eleitoral, não se aplica a pena de cassação.”*

Em outro julgamento, porém, o TSE modificou o entendimento (Ag. Nº 5.272, Diário de Justiça, Volume 1, Data 26/08/2005, Página 175) e decidiu que a simples prática do ilícito gera presunção de desigualdade e compromete a lisura do pleito. E, dessa forma, disse o TSE que todo aquele que desafia as proibições do art. 73, § 5º, perde o registro ou o mandato, nada importando a gravidade do ilícito. Os defensores dessa corrente argumentam que o dispositivo não faz qualquer menção à gravidade da infração, pelo que a sanção seria de caráter objetivo, com imediata subsunção.

V – JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Na corrente que acata a interpretação literal da lei, sem ponderações quanto ao potencial lesivo do ilícito, recolhemos os seguintes julgados:

“(…) Conduta vedada. Prefeito. Publicidade institucional. Período proibido. Art. 73, inciso VI, alínea b, da Lei 9.504/97. Desnecessidade. Verificação. Potencialidade. Desequilíbrio. Pleito. (...) 2. Não é preciso aferir se a publicidade institucional teria potencial para afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais, na medida em que as condutas descritas pelo legislador no art. 73 da Lei das Eleições

necessariamente tendem a refletir na isonomia entre os candidatos.”

(Ac. nº 21.536, de 15.6.2004, rel. Min. Fernando Neves.)

“Recurso especial. Eleição 2000. Representação. Conduta vedada. Propaganda institucional (art.73, VI, b, da Lei 9.504/97). Quebra do princípio da impessoalidade (art.74 da Lei 9.504/97, c.c. o art. 37 § 1º da Constituição Federal).(...) Para a caracterização de violação ao art. 73 da Lei 9.504/97 não se cogita de potencialidade para influir no resultado do pleito. A só prática da conduta vedada estabelece presunção objetiva da desigualdade. Leva à cassação do registro do diploma. Pode ser executada imediatamente. (...)”

(Ac. nº 21.380, de 29.6.2004, rel. Min. Luiz Carlos Madeira.)

“Eleições 2002. (...) Conduta vedada aos agentes públicos. Uso de programas sociais, em proveito de candidato, na propaganda eleitoral. Recurso provido para cassar o diploma de governador. Aplicação de multa. Das decisões dos tribunais regionais cabe recurso ordinário para o Tribunal Superior, quando versarem sobre expedição de diplomas nas eleições federais e estaduais (CE art. 276, II, a). É vedado aos agentes públicos fazer ou permitir o uso promocional de programas sociais custeados pelo poder público.” NE: (...) Embora aqui não se cogite da potencialidade de influir no resultado, porque se trata de condutas vedadas, em que a desigualdade é presumida, a mínima diferença da votação do primeiro para o segundo colocado faz evidente o proveito dessa massa de propaganda, à custa de programas sociais que foram desenvolvidos ou ampliados pelo recorrido. (...)”

(Ac. nº 21.320, de 3.8.2004, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. designado Min. Luiz Carlos Madeira.)

“ (...) As condutas vedadas julgam-se objetivamente. Vale dizer, comprovada a prática do ato, incide a penalidade. As normas são rígidas. Pouco importa se o ato tem potencialidade para afetar o resultado do pleito. Em outras palavras, as chamadas condutas vedadas presumem comprometida a igualdade na competição, pela só comprovação da prática do ato. Exige-se, em consequência, a prévia descrição do tipo. A conduta deve corresponder ao tipo definido previamente. A falta de correspondência entre o ato e a hipótese descrita em lei poderá configurar uso indevido do poder de autoridade, que é vedado; não ‘conduta vedada’, nos termos da Leis das Eleições. Recursos especiais conhecidos, mas desprovidos.”

(Ac. nº 24.795, de 26.10.2004, rel. Min. Luiz Carlos Madeira.)

(...) Representação. Conduta vedada. Caracterização. Incidência do § 5º do art.73 da Lei 9.504/97. Para a caracterização de violação ao art.73 da Lei 9.504/97, não se

cogita de potencialidade para influir no resultado do pleito. A só prática da conduta vedada estabelece presunção objetiva da desigualdade. Leva à cassação do registro ou do diploma. Pode ser executada imediatamente. (...)” NE: Utilização de assessor jurídico do município, ocupante de cargo em comissão, em prol de campanha eleitoral e de equipamento de fax da Prefeitura para remessa ao juiz eleitoral da comarca de resultado de pesquisa eleitoral.”

(Ac. nº 24.862, de 9.6.2005, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. designado Min. Luiz Carlos Madeira.)

A interpretação que caminha pelo exame da proporcionalidade da punição em consideração à repercussão do ato no desequilíbrio do pleito, na quebra da igualdade entre os candidatos, encontra no Tribunal Superior Eleitoral, entre muitos outros, os julgamentos que foram ementados da forma seguinte:

“(...) Abuso de poder de autoridade não configurado ante a ausência de potencialidade necessária para influir nas eleições. Agravo não provido.” NE: Utilização de servidor público, secretário municipal, na função de representante de coligação, em afronta ao art.73, inc. III, da Lei nº 9.504/97, entendendo a Corte Regional que não restou comprovado nexo de causalidade entre os atos praticados e o comprometimento da lisura do pleito. O TSE decidiu que “ (...) o juiz eleitoral e o TRE do Ceará julgaram acertadamente ao verificar que os fatos não tiveram a potencialidade necessária de afetar as eleições (...) descabida a alegação de que o julgado contrariou o disposto no art. 73, III, Lei nº 9.504/97. (...) ”

(Ac. nº 4.311, de 12.8.2004, rel. Min. Gilmar Mendes.)

“Representação. Prefeito. Candidato à reeleição. Conduta vedada. Art. 73, II e VI, b, da Lei nº 9.504/97. Uso de papel timbrado da Prefeitura. Publicidade institucional no período vedado. 1. O uso de uma única folha de papel timbrado da administração não pode configurar a infração do art.73, II, da Lei nº 9.504/97, dada a irrelevância da conduta ao se tratar de fato isolado e sem prova de que outros tenham ocorrido. 2. O art.73 da Lei 9.504/97 visa à preservação da igualdade entre os candidatos, não havendo como reconhecer que um fato de somenos importância tenha afetado essa isonomia ou incorrido em privilégio do candidato à reeleição. 3. A intervenção da Justiça Federal deve ter como referência o delicado equilíbrio entre a legitimidade da soberania popular manifestada nas urnas e a preservação da lisura do processo eleitoral. (...) 6. Hipótese em que não ficou configurada a potencialidade da conduta vedada

para interferir no resultado das eleições. Recurso especial conhecido e provido. Medidas cautelares prejudicadas.”
(Ac. nº 25.073, de 28.6.2005, rel. Min. Humberto Gomes de Barros.)

“Representação. Condutas vedadas. Art. 73 da Lei nº 9.504/97. Decisões regionais. Improcedência. Recurso Especial. Fatos e provas.

Confirmando a posição recente do Tribunal Superior, no sentido de considerar a potencialidade lesiva do ilícito, recolhe-se acórdão de 25 de março de 2008, publicado no Diário da Justiça de 11.04.08, pág. 08, Relator Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO, em cuja ementa se afirma:

“(…)

3. Quanto ao alegado abuso de poder econômico decorrente do abastecimento de carro particular do Secretário de Previdência Social e Tributação, para tratar de assuntos da Prefeitura de Mossoró/RN, o acórdão recorrido asseverou que incide, no caso, os ditames do art. 73, II, da Lei nº 9.504/97.

*4. Não restou configurado tal ilícito, pois a necessária **potencialidade lesiva** capaz de influenciar decisivamente no pleito não foi demonstrada.”*

VI – CASO CONCRETO

Um outro exemplo, também retirado de caso concreto, contém-se no julgamento do Recurso Especial nº 24.883, julgado em 21 de março de 2006, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros (Diário de Justiça, Data 09/06/2006, Página 134), onde se apreciou o seguinte fato: a Secretaria Municipal de Educação patrocinou uma reunião-jantar, para o qual convidou professores do município, com fins claramente políticos, pois os discursos pronunciados no evento anunciaram promessas de vantagens aos professores, caso o prefeito-candidato, que também discursou, fosse reeleito. Mencione-se, mais, que os convites foram impressos em papel do município, ostentando seu brasão. O fato, devidamente provado, enquadrava-se na conduta vedada pelo art. 73, incisos II e III, da Lei nº 9.504/97: “uso de

material e serviços custeados pela Administração Municipal” e “utilização dos serviços de servidor municipal (o Secretário de Educação) em prol da campanha do prefeito candidato à reeleição”.

Provadas as condutas dos incisos II e III, haveria de se aplicar o que se contém no § 5º do art. 73, *litteris*: “*Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos I, II, III, IV e VI do caput, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma.*” Nesse caso, registre-se que, em primeiro grau, a representação fôra julgada procedente em parte, tendo a sentença apenas aplicado a multa cominada no § 4º, deixando de impor a sanção prevista no § 5º. Seguindo a mesma linha de homenagem ao princípio da proporcionalidade, o acórdão do Tribunal Regional confirmou a sentença. Tanto a sentença como o acórdão não enxergaram no fato gravidade bastante para impor a cassação do registro da candidatura. Há de se argumentar, porém, numa análise fria, que as decisões dessas instâncias teriam contrariado o disposto no § 5º do art. 73 da Lei das Eleições. Segundo esse parágrafo, reconhecida a prática do ato ilícito, não se impõe a aplicação da respectiva sanção, uma vez que esta é de caráter objetivo?

Vejamos como decidiu o TSE.

Foi reconhecido, unânimemente, que o art. 73 restara ofendido. Entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, entendeu haver desproporcionalidade entre o fato e a sanção do § 5º e, nessa linha, deixou de cassar o registro da candidatura, aplicando apenas a multa. O eminente Relator, Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, afirmou que o § 5º do art. 73 não conduz, necessariamente, à perda do registro ou do diploma, pois a expressão “**ficará sujeito à cassação**” concede ao julgador o juízo de proporcionalidade. A expressão “**ficará sujeito**” foi lida no sentido de “**poderá ser submetido**”, ou “**é suscetível**”. Disse mais o douto relator que, quando o preceito se refere expressamente a “*condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos*”, leva à interpretação de que se faz necessário verificar, em cada caso, a efetiva constatação da possibilidade de comprometimento da igualdade entre os candidatos. Durante o julgamento, foi lembrada a célebre discussão, que beira o ridículo

jurídico, sobre o enquadramento no art. 73, inc. II (“*usar materiais ou serviços, ...*”), quando se constatou a utilização de uma folha de papel e um clipe ou quando foi passado um fax convidando para um comício. Fatos como esses levam ao exame de algum tipo de distinção na repercussão das sanções e conseqüente aplicação da proporcionalidade. Não se pode esquecer que toda a base da idéia do estado de direito conduz ao conceito de responsabilidade proporcional à culpa.

O voto divergente, do Ministro MARCO AURÉLIO, ponderou que o § 5º não se destina a todos os ilícitos previstos no art. 73, mas tão somente aos dos incisos I, II, III, IV e VI, e, por isso, esse parágrafo já considera a envergadura das transgressões, entendendo estas como de gradação suficiente a conduzir à cassação do registro ou do diploma. Ou seja: a cassação do registro ou do diploma não ocorre quando do descumprimento do disposto em todo o artigo 73, mas se impõe quando afrontados os incisos ali expressamente mencionados.

VII – ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Dirigindo atenção para a opinião doutrinária, trago mais uma vez à consideração ensinamentos do sempre louvado ADRIANO SOARES DA COSTA (obra citada na Bibliografia, pág. 865), quando afirma:

“A potencialidade do ato para resultado do pleito não importa para fins de incidência das normas sobre condutas vedadas aos agentes públicos, não sendo elementos do suporte fático para a existência do fato ilícito, como ocorre no abuso de poder econômico ou político, por exemplo. Bastam que ocorram as condutas descritas e a norma incide, fazendo nascer o fato ilícito eleitoral.

Nada obstante, a potencialidade tem relevo no plano da eficácia, para fins da definição das sanções a serem aplicadas e da sua quantificação, quando se tratar de pena pecuniária. Não aplica sempre, nas hipóteses do art.73, a sanção de cassação do registro de candidatura ou do diploma, porque essas sanções, quando previstas, devem ser calibradas com a regra geral do § 4º, segundo qual tem cabimento também a aplicação de multa, e quando for o caso, a imediata suspensão do ato lesivo. Remetemos o leitor aos comentários dessas normas, embora adiante aqui o entendimento de que não se pode, em toda e qualquer hipótese de infração de alguma norma do art.73, aplicar-se a pena capital de cassação do diploma, sem a análise do caso

concreto e a ponderação da gravidade do ato para modificar o resultado do pleito.”

VIII – PROPORCIONALIDADE NO ARTIGO 73

Aliás, a própria legislação, quando abre exceções à aplicação de sanção em determinadas hipóteses, sinaliza para a consideração, caso a caso, da repercussão e alcance do ato vedado em função de circunstâncias singulares. Quando, por exemplo, o inciso I, do art. 73, da Lei nº 9.504/97, proíbe terminantemente *“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, ...”*, logo regula (§ 2º do art. 73) que essa vedação não se aplica em duas hipóteses (ao transporte oficial utilizado pelo Presidente da República em campanha eleitoral; e ao uso das residências oficiais ocupadas pelos Chefes e Vice-Chefes do Poder Executivo).

E a própria jurisprudência do TSE também deixa de aplicar, por vezes, a sanção expressamente definida na lei, mesmo por outra razão que não seja a consideração da potencialidade lesiva, mas abrindo exceção ao rigor legal. Nesse sentido, temos interpretação conferida pela Corte Eleitoral Superior, segundo a qual, para sua completa caracterização, a cessão ou o uso de bens públicos em benefício de candidato deve ser feita de forma evidente e intencional (Acórdão nº 18.900, publicado no Diário da Justiça de 29.06.2001)

IX – CONCLUSÃO

Não se pode olvidar que o art. 73, aqui tanto citado, contém texto expresso que menciona: *“condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”*. Esse texto leva à necessidade de se interpretar a norma mediante a verificação, em cada caso concreto, se há, realmente, a possibilidade de comprometimento da igualdade entre os postulantes.

Finalizando, ousou afirmar, submetido, porém, à opinião contrária dos mais doutos, que o art. 73 da lei nº 9.504/97 admite, sim, o exame da potencialidade lesiva do ato ilícito, subordinando-se o julgador à necessidade de ter sempre presente, como fundamento para criteriosa análise da sanção aplicável, o princípio da proporcionalidade.

Bibliografia

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIMENTA, Fernando Gurgel. *Guia Prático da Fidelidade Partidária à luz da Resolução TSE 22.610/07*. Leme: J.H.Mizuno – Editora Distribuidora, 2008.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005.

DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS PRESTAÇÕES DE CONTAS ELEITORAIS

Fausto F. de França Júnior

Promotor de Justiça e Eleitoral no Rio Grande do Norte. Ex-Procurador do Estado de Alagoas. Ex-Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Alagoas-FAL Aluno do curso de pós-graduação em Direito Eleitoral da Rede LFG/Unisul.E-mail: fausto.mprn@uol.com.br

RESUMO: “Estudo que visa sistematizar princípios gerais que devem reger o processo administrativo-eleitoral de prestação de contas perante a Justiça Eleitoral, enfocando a necessária efetividade desse processo, defendendo-se a importância das prestações de contas enquanto instrumento para controle da arrecadação e gastos de campanha, defendendo-se o prestígio desse controle como forma de garantia do postulado da igualdade de chances entre os candidatos e da democracia substancial.”

1. INTRODUÇÃO.

O tema do financiamento e gastos de campanha está mais uma vez na pauta das discussões da sociedade brasileira e conseqüentemente do Congresso Nacional, que novamente está discutindo uma reforma política, sendo que no ano de 2006 já havia sido aprovada a Lei n.º 11.300, a qual, ao lado de Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, representam o início claro de um processo, ainda que no momento tímido, no sentido de dar-se maior importância e efetividade ao controle do financiamento e gastos de campanha.

Historicamente, as prestações de contas de campanha, que são justamente o principal instrumento para o controle referido, sempre foram vistas e tratadas como uma mera formalidade, desatrelada da preocupação com a realidade dos gastos, desvirtuando-as em um verdadeiro “faz-de-contas”, sem a percepção geral de que o processo de prestação de contas poderia e pode se constituir em mais um importantíssimo instrumento de coibição de ofensas às *rules of games* (regras do jogo) do processo eleitoral, de modo a permitir o combate ao abuso de poder econômico e a outras formas indevidas de interferência na vontade popular e a conseqüente deslegitimação democrática dos eleitos.

Dentre os pontos abordados nos debates da reforma política no âmbito do Congresso Nacional está o financiamento público de campanha. Um contraponto feito pelos opositores de tal sistema é justamente a inefetividade do processo de prestação de contas, o qual não consegue minimamente impedir a prática de “caixa dois”, de modo que o Judiciário Eleitoral não estaria preparado para coibir tal prática, afirmando-se ser inócuo o financiamento pretendido, com grande dispêndio de dinheiro público, se não houver real controle sobre uma contabilidade paralela.

E, realmente, mantidas as antigas pré-compreensões sobre o tema e as bases atuais de parcela da doutrina e da jurisprudência que tratam de forma inutilitarista a prestação de contas, a oposição acima referida é procedente.

Registra com absoluta precisão SÍDIA MARIA PORTO LIMA¹, estudiosa do tema, que “a prestação de contas de campanha eleitoral, assim como as normas que disciplinam a movimentação de recursos econômicos durante as campanhas, não vêm sendo tratadas com a seriedade que o assunto requer, seja pelos seus elaboradores (diga-se de passagem, também destinatários), seja pelos seus aplicadores e intérpretes (Justiça Eleitoral), seja pelos estudiosos da Ciência Política e do Direito Eleitoral.”

Acrescenta ainda que a prestação de contas de campanha eleitoral é “um mecanismo de fiscalização e controle, tão desprestigiado e, até, ridicularizado pela sociedade em geral, embora concebido, originariamente, com a nobre finalidade (ao menos do ponto de vista formal), de regular e emprestar transparência às campanhas eleitorais, instruindo as ações que visam punir e afastar dos cargos eletivos os praticantes de condutas abusivas do poder econômico em suas campanhas.”²

No presente trabalho busca-se elencar nortes principiológicos com vista a sistematizar o estudo da matéria e sua aplicação prática.

¹ Prestação de Contas e Financiamento de Campanhas Eleitorais, ed. Juruá, 2.^a edição, pág. 22.
² Idem, ibidem.

2. DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA ELEITORAL – PRINCÍPIOS NORTEADORES.

2.1. A EXISTÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DE PARTIDOS POLÍTICOS E DE CAMPANHA ELEITORAL.

Como cediço, os candidatos a cargos eletivos, eleitos ou não, devem prestar contas, na forma exigida pela legislação pertinente, aí incluída a disciplina normativa exigida pelas Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral.

Mais do que isso, a prestação de contas dos partidos – e implicitamente também dos seus candidatos - é princípio previsto na Constituição Federal, que no ponto estabelece:

“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: (...) III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;”

É dizer, não só a prestação de contas de partidos, mas também a prestação de contas de candidatos é uma cláusula constitucional, esta última de forma implícita, pois o fim primordial dos partidos políticos é a disputa eleitoral com vista à participação democrática no poder. Nesse sentido leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA³ ao afirmar que *“o partido político é uma forma de agremiação de um grupo social que se propõe a organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar o seu programa de governo.”*

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também colhe-se lição sobre os fins de uma agremiação partidária, *in verbis*:

STF: “(...) - A normação constitucional dos partidos políticos - que concorrem para a formação da vontade política do povo - tem por objetivo regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias - e somente a estas - o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos.(...)” (MS 26603 / DF - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 04/10/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-08.g. n.)

³

SILVA, JOSÉ AFONSO. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ed. Malheiros, 10ª. edição, pág. 375. Grifos acrescentados.

Assim, quando a Constituição versa sobre a prestação de contas do partido político, realçando a sua importância, aí está implicitamente versando também, galgando-a ao patamar de princípio constitucional, sobre a prestação de contas dos candidatos, que é o meio usado para o partido operacionalizar sua ação com vista a chegar ao poder, o que nada mais é do que sua destinação constitucional.

Sabe-se que princípios constitucionais – tal como ocorre com as famosas cláusulas pétreas implícitas – não existem apenas expressamente.

Os casos clássicos, sempre lembrados na doutrina, de princípios constitucionais implícitos, são os relativos à proporcionalidade e à razoabilidade. Mesmo havendo divergência quanto à norma de decorrência, alguns entendendo que tais postulados decorrem do devido processo legal (doutrina da Suprema Corte Norte-Americana iniciada em 1905 com o caso *Lochner versus New York*), outros entendendo que são simplesmente princípios constitucionais não-escritos (doutrina alemã) ou outros tendo-os como derivados no princípio da isonomia (PAULO BONAVIDES⁴), o fato é que tais princípios não têm previsão expressa na Constituição Federal, mas são instrumentos que hoje formam o cotidiano dos operadores do Direito.

Um princípio decorre implicitamente⁵ da Constituição quando sem o mesmo a proteção prevista de modo expresso fica sem amparo eficiente, exatamente como se sucederia no caso ora tratado.

Em suma, o que se defende aqui é que a prestação de contas, tanto de partidos como de candidatos, ambas atreladas à indispensável efetividade, também são princípios constitucionais.

⁴ Sobre detalhes a respeito dessas correntes, conferir a obra de ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, ed. Saraiva, 2ª. edição, págs. 531 e seguintes. E também: MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva/IDP. 2ª. edição, págs. 322 e seguintes.

⁵ A jurisprudência do STF é rica na presença de referência a princípios ou normas constitucionais não-escritas. A exemplo: - pertinência temática como regra implícita para o ajuizamento de ADI por entidade de classe (ADI-QO 1282/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 29/11/2002, pág. 17); - implícito direito de nomeação após aprovação dentro das vagas previstas em concurso no prazo de validade (ADI 2931/RJ – Rel. Min. Carlos Britto, DJ 29/09/2006, pág. 31); - direito implícito do acusado em escolher seu advogado antes de nomeação direta pelo Judiciário (HC 71408/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 29/10/1999, pág. 2; - exigência constitucional implícita de causalidade na questão suscitada no recurso extraordinário (AI-AgR 162636/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 11/09/1998, pág. 8.

Fixada a premissa de que a prestação de contas à Justiça Eleitoral é um princípio constitucional, vamos ao estudo dos princípios específicos que devem reger o julgamento de um processo de prestação de contas pautado em análise científica.

2.2. PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E DA EFETIVIDADE.

Uma norma constitucional, sobretudo aquelas que têm natureza principiológica, não pode ser interpretada e nem muito menos aplicada de modo a se esvaziar, nem pode ser objeto de regulamentação por Lei de modo a tornar sem qualquer utilidade prática o seu conteúdo.

Analizamos juntos os princípios da vedação ao retrocesso e da efetividade, por entender que há íntima relação entre ambos, cuja aplicação dos mesmos deve se dar em conjunto e harmonicamente.

Toda previsão constitucional traz em si a condensação de um debate de idéias e a vitória de uma corrente de pensamento na Assembléia Constituinte, que necessita, diante do atingimento da maioria, ganhar as ruas.

Nesse contexto, o legislador e o intérprete responsáveis que são pela aplicação do postulado constitucional não podem agir como retaliadores da vitória do pensamento majoritário na Assembléia Constituinte, que teve por fim consagrar a norma.

Nestas bases, fica claro que uma regulamentação ou hermenêutica que retire a eficácia prática de um princípio constitucional é tão afrontosa a tal princípio como a edição de uma norma expressa em sentido contrário ou ainda a omissão do legislador.

A doutrina aponta uma série de formas de se fraudar o conteúdo e a supremacia da Constituição. Pela definição clássica de inconstitucionalidade, a colisão entre normas é a base conceitual, narrando ANDRÉ RAMOS TAVARES⁶ que *“a inconstitucionalidade das leis exprime ‘(...) uma relação de conformidade/ desconformidade entre a lei e a Constituição, em que o ato legislativo é o objeto enquanto a Constituição é o parâmetro’.*”

⁶

Obra citada, pág. 175, com citação de trecho de Elival da Silva Ramos.

Sobre fraude à Constituição vale citar a doutrina de MARCOS BERNARDES DE MELLO⁷, que ao tratar das formas de infração às normas jurídicas, destaca duas possibilidades: *“(a) Diretamente, quando se infringe norma jurídica cogente, proibitiva ou impositiva, contrariando frontalmente, sem rebuscos ou artifícios, as suas disposições./ (b) Indiretamente, quando, por meio que aparenta licitude, se obtém resultado proibido pela lei ou se impede que fim por ela imposto se realize. A essa espécie a doutrina, usual e universalmente, denomina fraude à lei”*.

Adiante, o mesmo autor, consigna: *“Temos, no entanto, a convicção de que não há como negar a aplicação da teoria da infração indireta às normas jurídicas às espécies em que o legislador ‘contorna’ norma cogente constitucional através de normas aparentemente compatíveis com a Constituição”*.

Em resumo, a fraude é uma forma de violação com a mesma relevância da violação direta, só que feita com desvio de finalidade, mediante ardil, “jeitinho brasileiro”, ou seja lá qual for o nome que se dê a qualquer outra forma engenhosa que a criatividade do ser humano, em seu uso deletério, possa encontrar, a fim de dar aparente legalidade a uma farsa jurídica.

Na visão de J. J. GOMES CANOTILHO⁸, o princípio da proibição de retrocesso social é *“o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial”*.

Ora, é inequívoco que a prestação de contas, como já demonstrado, é atualmente um importante mecanismo para concretização do sistema de democracia substancial incorporado à Constituição Federal, sendo incabível a reversão do sistema no sentido de dificultar, sem apresentar qualquer medida compensatória, o exercício do controle sob o financiamento e os gastos de campanha.

⁷ Na obra *Teoria do Fato Jurídico. Plano da Validade*. São Paulo: Saraiva, 1995. págs. 81 a 84.

⁸ CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1998, pág. 321.

Entretanto, pode-se dizer, sem dúvida, que o histórico desvirtuamento da prestação de contas, tornando-a um verdadeiro “faz-de-contas”, ainda representa uma lamentável praxe de alguns candidatos, tudo por força de uma hermenêutica incorreta que evidencia uma distância entre os gastos reais de campanha e os declarados e a visão de procedimento puramente formal e inútil que se tem desse tipo de processo.

Esse pensamento conduz a prestação de contas a um nada jurídico, a um processo regido por normas que se crê repletas de exceções e de lacunas providenciais, o que, aliado à falsa compreensão do que é uma verdadeira democracia - que não é apenas o atingimento de uma maioria matemática de votos - , tornaria o processo uma formalidade vazia. Uma autêntica fraude à Constituição.

Dentro desse contexto, merece revisão certas posições da jurisprudência extremamente contencionistas e complacentes, ante o papel que a Justiça Eleitoral pretende exercer com o processo de prestação de contas e sob pena de “valer a pena” toda sorte de infrações às normas que regem o tema, que não gozaria de uma proteção judicial mínima.

É preciso, destarte, que os operadores do Direito Eleitoral e mesmo o corpo técnico responsável pela subsunção do princípio constitucional da prestação de contas aos casos concretos tenham em mente o princípio da vedação ao retrocesso democrático, a fim de evitar algumas interpretações benevolentes na matéria, assim como a necessidade de dar-se plena efetividade a tal controle.

2.3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

O clássico princípio da legalidade tem importância vital no estudo presente. É que o cidadão-candidato tem o direito de não ser obrigado a não ser por força de Lei, que é o instrumento pelo qual o Estado congrega a vontade da maioria e exerce a coercibilidade.

Nessa perspectiva, portanto, não se pode jamais perder de vista a garantia fundamental do art. 5.º, inciso II da Constituição Federal, já que também o candidato enquanto destinatário das normas de arrecadação e gastos de campanha não é “*obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.*”

A garantia também é da sociedade, pois o integral respeito pelos candidatos às *rules of games* são a base da própria idéia de democracia, que deve se pautar pela igualdade de chances entre os candidatos, violada numa disputada em que um candidato concorre respeitando a Lei e outro infringindo-a, o qual, ainda que matematicamente eleito, não possui legitimidade democrática do ponto de vista substancial.

A discussão aparentemente simplória e batida, na realidade ganha contornos mais complexos, na medida em que os grandes embates da jurisprudência do Direito Eleitoral giram em torno da interpretação de textos positivados, ou seja, as Leis existem e foram regularmente editadas pelo Parlamento, mas a captação do sentido e alcance dessas normas demandam atividade hermenêutica apurada, vislubrando-se de parcela relevante da jurisprudência uma forte tendência de releitura do princípio em testilha.

A dificuldade hermenêutica, em alguns casos, decorre da própria limitação linguística do legislador, que cria conceitos dúcteis, plásticos, ou seja, com grande abertura semântica.

O que seria exatamente, apenas para exemplificar, “normas de arrecadação e gastos de campanha” para os fins do art. 30-A da Lei 9.504/97? Ou ainda, o que é “uso indevido” dos meios de comunicação social, para fins de investigação judicial eleitoral?

Vê-se, pois, que a legislação eleitoral, como a legislação como um todo, está repleta de conceito abertos e indeterminados, cabendo o esforço pela correta subsunção do fato à norma a cargo do Judiciário.

Mas desde já é importante rechaçar eventual tese da pura inconstitucionalidade de conceitos abertos (ou indeterminados) no ordenamento jurídico, tais como “ordem pública” (do Processo Penal – requisito da prisão preventiva – art. 312 do Código de Processo Penal), “verossimilhança da alegação” (do Processo Civil – requisito da tutela antecipada – art. 273 do Código de Processo Civil), “relevância e urgência” (do Direito Constitucional – medidas provisórias – art. 62 da Constituição Federal), “relevante valor social ou moral” (do Direito Penal – homicídio privilegiado – art. 121, §1.º do Código Penal), entre inúmeras outras.

Isto é, não é viável simplesmente se alegar inconstitucionalidade desses conceitos, pelo só fato de serem voláteis. Isto, a rigor, seria apto a criar vácuos legislativos no trato de questões fundamentais, com grande instabilidade ao ordenamento jurídico. Esse raciocínio, a nosso juízo, seria válido apenas no campo das normas penais incriminadoras, e mesmo assim destinado a casos pontuais e bastante restritos⁹.

Na realidade, a norma jurídica não tem como ser concreta, criada para o caso específico. Abstração, como se estuda desde a disciplina de Introdução ao Estudo do Direito, ao lado da coercibilidade, é um dos caracteres do Direito, que não é uma ciência exata.

Ao Juiz é que caberá fazer a subsunção do fato à norma. Toda norma terá seara aberta à interpretação, porque se assim não for não será norma, será decisão ou sentença, que é a norma aplicada ao caso concreto.

Assim, a abstração e a abertura são inerentes e inafastáveis à norma jurídica. Podem ser inconstitucionais determinadas aplicações práticas dadas a alguns conceitos abertos, mas não genericamente a técnica legislativa da abertura semântica em si, já que a tese contrária levaria à inconstitucionalidade de grande parte do próprio ordenamento jurídico e, pois, à séria insegurança jurídica e mesmo institucional.

Agora, o problema aqui reside em uma só palavra: o EXCESSO. Aliás, essa palavra – o EXCESSO – em todos os campos do Direito e das relações humanas ocupa o centro das discussões, muitas vezes, de forma imperceptível.

O que se quer dizer é que a prática da adoção de textos normativos excessivamente abertos, dúcteis, plásticos ou até líquidos, que a tudo se adaptam, pode sim ser ofensiva à garantia fundamental da reserva legal, criando-se insegurança jurídica.

⁹ ROGÉRIO GRECO encontra didático exemplo dessa natureza no campo do Direito Penal, ainda formalmente em vigor, mas criação de período de Detenção e que no entender do mesmo atenta contra o princípio da legalidade estrita: *“Temos um exemplo bem nítido do que seja um conceito vago ou impreciso no art. 9.º da Lei de Segurança Nacional (Lei n.º 7.170/83), assim redigido: 'Art. 9.º Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 20 (vinte) anos. Ora, como se tenta submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país? Tal conduta, obviamente, será aquela que atente contra a vontade do tirano, e, por essa razão, tal artigo não pode sobreviver diante do princípio da legalidade.”* (Curso de Direito Penal, Parte Geral, ed. Impetus, 3.ª edição, pág. 109).

Como se vê, a preocupação com o relativismo e a interpretação subjetiva da Lei, onde “*tudo é tudo e nada é nada*” (expressão do jurista ADRIANO SOARES DA COSTA¹⁰) é absolutamente legítima, sobretudo no campo do Direito Eleitoral, que ocupa uma seara onde o jogo de forças pelo poder é imenso e é campo fértil o uso da volatilidade semântica e as tentativas de fraude aos sentidos da norma.

O sistema jurídico adotado no Brasil, quer se goste, quer não, é *civil law* e se rege por normas positivadas. O debate ora exposto, como um todo, entretanto, é antigo. As discussões entre jusnaturalistas *versus* positivistas são do século XIX, remontando raízes ainda mais remotas.

A evolução do estudo do tema passa pelas ontológicas disputas acadêmicas do século XX, tal como aquela travada entre os pensamentos de CARL SCHMIDT em sua Teologia Política e, em outro bordo, a Teoria Pura do Direito de HANS KELSEN.

Mais hodiernamente, o tema continua profícuo e tem sido objeto de debates acadêmicos dos mais acalourados, sobretudo entre as correntes chamadas fundamentalistas *versus* relativistas ou, noutras nomenclaturas, entre ativistas *verbis* contencionistas, ou normativistas *versus* realistas sociais, sendo fato, porém, que o aprofundamento dessas correntes de pensamento foge ao objeto deste trabalho e demandaria não só um, mas vários tratados na área da dogmática jurídica, da epistemologia jurídica e mesmo da filosofia do Direito.

Agora, é importante afirmar que é utópica a pretensão de total neutralidade científica do intérprete. Por outras palavras, é impossível a eliminação da pré-compreensão, isto é, das experiências e valores éticos e morais incorporadas ao ser humano antes de ter contato com a norma objeto de pesquisa ou aplicação.

Também nos parece indubitoso que mesmos os pós-positivistas mais convictos não chegam a desprezar por completo os princípios, ainda que como fonte normativa subsidiária, condição mínima indiscutível na atualidade, haja vista serem incontáveis os casos em que os próprios textos legais mencionam princípios da respectiva matéria ventilada.

¹⁰ Confira-se a respeito o marcador *Teoria dos princípios* no post Humberto Ávila, autoritarismo hermenêutico e o TSE em <http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com/search/label/teoria%20dos%20princ%C3%ADpios>. Acesso em 08.04.2009.

Voltando à questão da pré-compreensão, que é a passo inicial do processo hermenêutico, ela é *pré-juízo* e *pré-conceito* que o intérprete tem do *Ser*, e o que é o *Ser* é tema sobre o qual filósofos se debatem através dos tempos. A pré-compreensão é um conceito pré-estabelecido sobre determinado tema, uma primeira impressão, um conceito firmado, porém, sem um estudo acadêmico, sem bases científicas e aprofundadas do assunto.

A respeito de qualquer tema o ser humano possui “pré-compreensões”. Ela não é um mal em si mesma, exprimindo sim a carga de valores e da formação intelectual e moral de qualquer pessoa, dentre elas o intérprete. O perigo é ser “escravo” da pré-compreensão, justamente por não ter ela base científica ou metodológica.

Mesmo nas ciências exatas o pesquisador tem suas pré-compreensões, que lhe influenciam. Porém, é indiscutível que o sujeito (intérprete) jamais pode se sobrepor ou até substituir o objeto (norma), fazendo-o à sua imagem e semelhança, o que nada mais seria do que DESVIO, EXCESSO ou ABUSO hermenêutico.

No âmbito do Direito, que não é ciência exata, essa situação é mais grave, mas é importante destacar que a aplicação mais ortodoxa do princípio da legalidade *estrita* é essencial no Direito Penal, sobretudo na área das normas penais incriminadoras, sendo diferente a questão no Direito Eleitoral.

De tanto a tanto, é preciso ainda deixar claro que, como sempre, a virtude está no meio, nem tanto aos relativistas, nem tanto aos fundamentalistas, posto que também no Direito Eleitoral da mesma forma que gera insegurança jurídica a possibilidade de conclusão aberta pela ilicitude de algumas condutas, ainda que nos campos cível-eleitoral ou administrativo-eleitoral, também gera a mesma insegurança a inefetividade da proteção legal e judicial de determinados institutos, como é o caso atual do conjunto de normas relativas à arrecadação e gastos de campanha, as quais não gozam da efetividade mínima necessária.

Dentro da discussão da legalidade, temos a questão dos limites das Resolução do TSE, tema riquíssimo que não poucas vezes cria até tensões entre Legislativo e Judiciário Eleitoral, como ocorreu recentemente com a questão da fidelidade partidária.

O pensamento clássico do Direito Administrativo a respeito do poder regulamentar é no sentido de que o regulamento está abaixo da Lei e esta, logicamente, abaixo da Constituição.

De modo geral, pode-se afirmar que para a maioria, inclusive da jurisprudência, não se tinha como viável a possibilidade de regulamentação direta de dispositivo constitucional em sede de ato infraconstitucional, como é o caso de uma Resolução, havendo, na mesma linha majoritária, repúdio à figura do “decreto autônomo”.

Houve, entretanto, um histórico “porém” trazido pelo STF. Foi o julgamento da ADC 12/DF que enfrentou o problema do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, tendo o STF validado Resolução do Conselho Nacional de Justiça que regulamentou autonomamente o assunto, elencando as hipóteses de vedação do nepotismo no Judiciário do país.

No caso do nepotismo, não havia – como até hoje não há – ato normativo intermediário entre a Constituição Federal e a Resolução do CNJ, tendo o STF (ADC 12/DF – Rel. Min. Carlos Ayres Britto – DJ 1.º/09/2006) validado a Resolução por entender que a mesma retira fundamento de validade direto do Texto Maior.

Após tal decisão, o STF voltou a repetir a mesma linha de pensamento sobre o poder regulamentar em diversos julgamentos relativos ao caso da **fidelidade partidária**, valendo destacar o julgamento do MS 26.603/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJe de 19/12/2008.

Mais recentemente, no julgamento da ADI 4086/DF o STF mais uma vez afirmou a constitucionalidade da Resolução n.º 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral que trata da regulamentação do processo de perda de mandato por infidelidade partidária, cuja Resolução também tem nítido caráter de regulamento autônomo.

Nos exemplos supra, não há ato normativo intermediário, ou seja, a regulamentação é direta do Texto Constitucional, o que representa a convalidação por parte do Supremo Tribunal Federal da tese da admissão do regulamento autônomo, como consequência da doutrina denominada “construção judicial do Direito”.

Admite-se, claramente portanto, a possibilidade da Justiça Eleitoral editar atos na alçada de sua competência, no exercício do poder regulamentar, como lhe é permitido pelo Código Eleitoral, desde que compatíveis com a Constituição Federal.

2.4. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL.

Como já dito, o regime jurídico da arrecadação e gastos de campanha sofreu forte alteração legislativa com o advento da Lei 11.300/2006, que trata da chamada mini-reforma eleitoral.

O escopo geral da reforma foi claramente trazer maior transparência e controle às prestações de contas, fazendo-as refletir, fielmente, os **gastos reais** da campanha e afastando-se qualquer procedimento que seja puramente formal, figurando o regramento jurídico das arrecadações e gastos como mais um instrumento para moralização das campanhas e fiscalização dos abusos e procedimentos aptos a causar desequilíbrio entre os concorrentes ou a privilegiar o capital financeiro como elemento determinante para o sucesso eleitoral.

Logo após a edição da Lei 11.300/2006, o Min. MARCO AURÉLIO DE MELLO, no discurso de posse na Presidência do Tribunal Superior Eleitoral, declarou:

“Esqueçam a aprovação de contas com as famosas ressalvas. Passem ao largo das chicanas, dos jeitinhos, dos ardis possibilitados pelas entrelinhas dos diplomas legais. Repito: no que depender desta cadeira, não haverá condescendência de qualquer ordem. Nenhum fim legitimará o meio condenável”¹¹

Apesar, como já registrado, das sempre presentes concepções contencionistas e inutilitaristas nesse tipo de matéria, em feitos que tenham como interessada a classe social que é destinatária do controle referido e do conseqüente desinteresse de alguns em dotar a prestação de contas da efetividade necessária, o novo modelo jurídico de tal procedimento é claramente na linha de fortalecer o controle judicial.

Uma das gêneses da mudança legislativa, quando se iniciou o movimento para se

¹¹

Disponível, dentre outros, no *site* do Jornal O Estado de São Paulo - <http://www.estado.com.br/editorias/2006/05/05/pol110939.xml> Acesso em 02.12.2008.

tratar a questão da prestação de contas com a seriedade que se exige, está presente no julgamento do Tribunal Superior Eleitoral em 2002 quando se revogou a súmula 16 de tal Corte (*“A falta de abertura de conta bancária específica não é fundamento suficiente para rejeição de contas de campanha eleitoral, desde que, por outros elementos, se possa demonstrar a regularidade”*), cujo teor foi **desvirtuado** pelos candidatos para se compreender como “facultativa” a abertura das contas, impossibilitando um controle minimamente eficaz dos gastos de campanha.

O postulado dos gastos reais de campanha nada mais é do que uma aplicação do clássico princípio da verdade real (ou material) ao processo administrativo-eleitoral de prestação de contas, que é regido pelo interesse público. Não faz sentido o desenvolvimento de uma atividade estatal, com grande custo de tempo de trabalho de magistrados, membros do Ministério Público e servidores da Justiça Eleitoral, apenas para a consecução de um fim puramente formal, uma satisfação insípida e inodora, distanciada da realidade das ruas e do mundo real.

A Justiça Eleitoral não pode ser tratada apenas como um instrumento de legitimação formal da administração financeira de uma campanha, como se a conquista matemática da condição majoritária de votos implicasse em desnecessidade de observância de outras regras e princípios que regem o processo eleitoral.

Ainda a respeito do princípio da verdade real, alguns julgados relativos a feitos de diversas naturezas em tramitação na Justiça Eleitoral deixam clara a sua aplicação nesta seara:

TRE/SC: *“Tratando-se de prestação de contas, que possui caráter administrativo, a juntada de documentos é permitida em qualquer fase, pois o que se busca é a verdade real e a proteção ao interesse público.”* (TRE-SC – RAREG 9514/2005 – Rel. Osni Cardoso Filho – Procedência: Itapema-SC - DJESC - Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina, Data 05/08/2005, Página 116 – Grifos acrescidos).

O princípio em questão determina, em suma, a fixação de um *link* entre a movimentação efetiva, das ruas, da realidade, com o que vier a ser declarado na prestação de contas, sem omissões ou procedimentos improvisados ou duvidosos.

2.5. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA.

A publicidade irrestrita da movimentação financeira de uma campanha eleitoral e mesmo partidária é um cânone fundamental para que o eleitor tenha real conhecimento em quem votar, porque é indubitável o comprometimento entre o financiado e sua fonte de recursos.

Sobretudo na era da política dos marqueteiros, onde verdadeiros personagens dignos de premiações teatrais são criados na televisão e demais meios de comunicação social, qualquer discurso ou programa de governo pode ser artificialmente criado e comprado com fins de agradar o eleitor e, guiando-se por pesquisas junto ao eleitorado, levar ao eleitor o que ele exatamente quer ouvir e deseja de um governante.

Não é direito do eleitor apenas ter acesso às propostas assistindo o “guia eleitoral”, mas é uma prerrogativa do cidadão saber tudo sobre a vida pregressa de quem lhe faz as proposições e, de suma relevância, ter pleno acesso às fontes de financiamento do candidato. Isto, porque tais dados formarão a base de informações para firmar seu convencimento no sentido de acreditar, ou não, se aquele que apresenta as propostas será realmente idôneo para concretizá-las.

Suponha-se a situação em que um candidato de um partido que defenda a doutrina ambientalista receba recursos de empresas responsáveis por atos de poluição e degradação ambiental. Ou um partido de base e doutrina pela defesa da classe operária, que tenha como proeminentes financiadores patrões e empregadores.

É evidente que a credibilidade das propostas e do discurso passam pelo amplo e irrestrito conhecimento dos financiadores de campanha e partidos. O eleitor tem o direito incondicional de saber quem são as pessoas ou empresas que doam, suas eventuais subsidiárias ou empresas conglomeradas, quem são os sócios na hipótese das empresas doadoras, o ramo de atividade dessas empresas e até mesmo o endereço onde as mesmas desempenham suas atividades.

A nosso sentir, do ponto de vista da democracia sufragada na Constituição Federal e independentemente de qualquer previsão normativa expressa, já não existe qualquer forma de sigilo nessa matéria, isto é, quanto à movimentação bancária de partidos e

candidatos (da conta de campanha, é lógico), porque aqui o que se defende é um interesse muito maior do que a “intimidade” (?!) do partido ou candidato, que é um direito que está na essência da democracia, justamente o direito do eleitor de não ser vítima de estelionato eleitoral, de personagens e discursos criados pelo *marketing* político. Tal ponto é crucial e de ouro para um sufrágio realmente livre, consciente e qualificado.

Por ofensivo ao princípio da transparência é que devem ser repudiados os chamados “recursos de origem não-identificada”, ou seja, depósitos que abarquem na conta oficial de campanha sem a qualificação do depositante, que, muito acertadamente no âmbito da Resolução 22.715/2008 do TSE, para as eleições de 2008, foram tratados de modo a não poderem ser usados pelo candidato, devendo, ao final, ser considerados como sobras de campanha e encaminhados à direção partidária para utilização exclusiva em institutos ou fundações de pesquisa e doutrinação política¹².

Também são atentatórias a este princípio doações provenientes de empresas que não têm sede conhecida, que não funcionem no plano dos fatos (“fantasmas”) ou que não tenham faturamento regularmente conhecido.

Igualmente e ainda com base no princípio ora em estudo, qualquer procedimento apto a mascarar a fonte de recursos, como a falta de indicação de CPF ou CNPJ dos doadores (a partir dos quais se pode identificá-los) ou, por exemplo, o expediente muito usado no passado de sequer abrir conta oficial de campanha, devem ser repudiados, como bem fez o TSE ao revogar a antiga súmula 16 que representava uma benevolência e mais do que uma janela, configurava-se num verdadeiro e amplo portão para toda sorte de irregularidades, já que a conta bancária é peça-chave para o controle e registro das movimentações e conseqüente viabilidade da posterior investigação de ilícitos.

¹²

No ponto, os arts. 25, 28 e 29 da Resolução 22.715/2008-TSE estabelecem: “Art. 25. Os recursos de origem não identificada não poderão ser utilizados pelos candidatos ou comitês financeiros. § 1º A falta de identificação do doador e/ou da informação de números de inscrição inválidos no CPF ou no CNPJ caracteriza o recurso como de origem não identificada. § 2º Os recursos de que trata este artigo comporão sobras de campanha. (...) Art. 28. Se, ao final da campanha, ocorrer sobra de recursos financeiros ou de bens ou materiais permanentes, em qualquer montante, esta deverá ser declarada na prestação de contas e comprovada, também neste momento, a sua transferência à respectiva direção partidária ou à coligação, neste caso para divisão entre os partidos políticos que a compõem (Lei nº 9.504/97, art. 31, caput c.c. o art. 34, inciso V, da Lei nº 9.096/95). Parágrafo único. As sobras de campanha serão utilizadas pelos partidos políticos, de forma integral e exclusiva, na criação e manutenção de fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política (Lei nº 9.504/97, art. 31, parágrafo único). Art. 29. Constituem sobras de campanha: I – a diferença positiva entre os recursos arrecadados e as despesas realizadas em campanha; II – os recursos de origem não identificada; III – os bens e materiais permanentes.”

Dentro do princípio da transparência também se encontra como de fundamental importância a obrigação dos partidos políticos, coligações e candidatos apresentarem as prestações de contas parciais na *internet*, feitas ainda durante a campanha.

A imposição de tal obrigação decorre do art. 28 da Lei n.º 9.504/97 que estabelece: *“Art. 28 (...) §4.º Os partidos políticos, as coligações e os candidatos são obrigados, durante a campanha eleitoral, a divulgar, pela rede mundial de computadores (internet), nos dias 6 de agosto e 6 de setembro, relatório discriminando os recursos em dinheiro ou estimáveis em dinheiro que tenham recebido para financiamento da campanha eleitoral, e os gastos que realizarem, em sítio criado pela Justiça Eleitoral para esse fim, exigindo-se a indicação dos nomes dos doadores e os respectivos valores doados somente na prestação de contas final de que tratam os incisos III e IV do art. 29 desta Lei.”*¹³

Efetivamente, para se arrecadar e gastar durante uma campanha diversas normas têm que ser observadas e uma delas é o dever de prestar contas, tanto no que se refere à parcial, como no que tange à final, sendo a primeira talvez até mais importante que a última.

Sobre a prestação de contas parcial, a doutrina tem lecionado¹⁴:

“Então, essa obrigação agora criada – de divulgação de contas parciais em agosto e setembro no sítio eletrônico da Justiça Eleitoral – é mais um passo na direção da transparência das contas das campanhas (leia-se informação), exatamente porque possibilita aos eleitores saber como estão o financiamento e os gastos de campanha de cada um dos candidatos. Não se trata de mais um expediente a ser exigido dos candidatos, uma quase formalidade, porque desta feita a informação é lançada diretamente aos olhos do eleitor, evidenciando-se a intenção do legislador de publicizar os bastidores da campanha até então guardados à intimidade.

Parece-nos apressado e irrefletido dizer, como já se vê em alguns julgados, que a inobservância dessa regra é irregularidade sem consequências, pelo só fato de o dispositivo legal em comento (art. 28, §4.º, da Lei n.º 9.504/97) estar desacompanhada de sanção específica.

Na verdade, o que a lei instituiu foi a obrigação de prestar contas durante a campanha eleitoral e, mais importante, diretamente aos que delas devem se inteirar (os eleitores) para, como dito, decidir sobre o voto. Só isso já é o suficiente para se afastar qualquer tentativa de desqualificação destas contas parciais, porque não se concebe que as contas finais apresentadas à Justiça Eleitoral, depois das eleições, sejam mais importantes que aquelas acessíveis aos eleitores durante a campanha, porque divulgadas na Internet. Enquanto as contas levadas à Justiça Eleitoral

¹³

O destaque é nosso.

¹⁴

EDSON DE RESENDE CASTRO, Teoria e Prática do Direito Eleitoral, ed. Mandamentos, 4.ª Edição, págs. 453 e 454.

abrem oportunidade ao exame de sua adequação à legislação – o que é sem dúvida importante instrumento de detecção de ilícitos – , as parciais de agosto e setembro que se dirigem ao eleitor, têm como objetivo tornar consciente o exercício do voto e legítimos substancialmente os resultados consagrados nas urnas, afirmando-se a democracia como governo do povo.”

E a jurisprudência segue a mesma linha:

TREIAL: “PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA. AVALIAÇÃO REALIZADA PELO ÓRGÃO DE CONTROLE INTERNO. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÕES DE CONTAS PARCIAIS PARA DIVULGAÇÃO NA INTERNET. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS. DILIGÊNCIAS. IRREGULARIDADES NÃO SUPRIDAS. CONTAS REJEITADAS. DECISÃO UNÂNIME. Impõe-se a desaprovação das contas de candidato que, notificado para sanar as irregularidades apontadas, deixa transcorrer, sem manifestação, o prazo que lhe fora concedido, de acordo com o art. 35, caput, da Resolução TSE n. 22.250/06.”(TRE-AL – PC 2677/2006 – Rel. Leonardo Resende Martins – PSESS em 21/03/2007 - Destacamos).

Acrescente-se que o TSE ao disciplinar por meio da Resolução n.º 22.868/2008 a prestação de contas parcial para as eleições de 2008, previu expressamente que não é possível a apresentação da mesma de forma intempestiva, de modo que não apresentadas nos dias 06 de agosto e 06 de setembro do ano da eleição, considera-se desatendida a obrigação (art. 4.º da Resolução).

Assim, na mesma linha da doutrina do Dr. EDSON DE RESENDE CASTRO refutamos a corrente de jurisprudência que existe no sentido de considerar como um “nada jurídico” a não apresentação das parciais, exatamente por inutilizarem o sentido da norma, prejudicando o princípio da transparência e ferindo o direito de informação do eleitor, o qual, uma vez não apresentada a parcial durante a campanha, já estará ferido, devendo as contas serem rejeitas independentemente de outros vícios.

Outra situação prática – a título ainda de exemplo – que acarreta ofensa ao princípio da transparência é o chamado “saque na boca do caixa”.

Sabe-se que toda a movimentação financeira deve se dar por meio de cheques nominais e cruzados e depósitos identificados, justamente para possibilitar o controle. Sacar “na boca do caixa” esvazia essa tentativa de controle e equivale à não-abertura de conta, pois a conta, admitida a movimentação em “dinheiro vivo” não faz os registros comprobatórios que são a teleologia da imposição de sua abertura e que possibilitam investigação eficaz posterior.

Nestas condições, a prática é manifestamente ilícita, violando normas expressas, dispondo no ponto a Resolução 22.715/2008-TSE:

“Art. 10. É obrigatória para o candidato e para o comitê financeiro a abertura de conta bancária específica para registrar todo o movimento financeiro da campanha, inclusive dos recursos próprios dos candidatos e dos oriundos da comercialização de produtos e realização de eventos, vedado o uso de conta bancária preexistente (Lei nº 9.504/97, art. 22, caput). (...)”

§ 4º A movimentação bancária de qualquer natureza será feita por meio de cheque nominal ou transferência bancária.” (Destacamos)

Com efeito, a prática não permite a comprovação efetiva de que o dinheiro sacado ingressará na conta do credor e mesmo facilita esquemas de notas frias, de falsificações de recibos e outros documentos pouco idôneos e até de possível utilização dos recursos da conta para fins não-eleitorais, ou seja, despesa fora do rol taxativo do art. 26 da Lei 9.504/97.

Por outras palavras, só é possível movimentação de recursos da conta de campanha por meio de cheque nominal ou transferência e para fins de gastos de campanha, sendo que saque em espécie fere a transparência (e também a legalidade), pois não se terá a comprovação, por fonte fidedigna, de que o credor recebeu a quantia, como faz prova de qualidade, p. ex., um microfilme de cheque nominal sacado pelo credor.

No sentido de considerar ilícita a prática de “saque na boca do caixa” é tranqüila a jurisprudência:

TRE/GO: “PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CANDIDATO. ELEIÇÕES 2006. REGISTRO DE IRREGULARIDADES QUE, NO CONJUNTO, CONTAMINAM A PRESTAÇÃO DE CONTAS. REJEIÇÃO DAS CONTAS.

1. Esta Corte já firmou entendimento de que **o 'saque na boca do caixa' para pagamento de várias despesas, implica em irregularidades que acarretam a rejeição das contas.**

2. Existência de falhas insanáveis, jungida a outros vícios que não foram supridos por completo, são motivos que maculam a prestação de contas.

3. Rejeição das contas, nos termos do art. 39, III, da Resolução TSE n.º 22.250/06.” (TRE-GO – PC 1390/2008 – Rel. Vitor Barboza Lenza – Goiânia/GO - DJ - Diário de Justiça, Volume 15322, Tomo 01, Data 11/09/2008, Página 01 – Grifos acrescidos).

Não poucas vezes, o “saque na boca do caixa” acontece no fechamento e, por incrível que pareça, até como forma de impedir a remessa da sobra de campanha ao Diretório Partidário, o que é mais uma violação frontal à Lei das Eleições¹⁵.

2.6. PRINCÍPIO DA LISURA.

Desse postulado decorre a reprovação a qualquer espécie de procedimento que possa caracterizar inidoneidade de dados ou documentos, como pré ou pós-datação, emissão de cheques sem provisão de fundos, juntada de notas fiscais inidôneas e outras práticas de notícia e suspeitas comuns em prestações de contas. Também informações duvidosas e sem plena comprovação não podem ser aceitas.

Uma suspeita muito presente em processos de prestação de contas diz respeito à datação retroativa de recibos de doação.

Com efeito, como será adiante melhor detalhado, há forte corrente jurisprudencial que vislumbra o recibo prévio de doação como documento indispensável e insubstituível para comprovar uma doação em campanha, levando a ausência de tal documento à desaprovação das contas.

Para as eleições de 2008 o TSE¹⁶ não só sufragou esse pensamento, como também dificultou a prática de preenchimento de recibos de doação com data retroativa

¹⁵ *In litteris*: “Art. 31. Se, ao final da campanha, ocorrer sobra de recursos financeiros, esta deve ser declarada na prestação de contas e, após julgados todos os recursos, transferida ao partido ou coligação, neste caso para divisão entre os partidos que a compõem.

Parágrafo único. As sobras de recursos financeiros de campanha serão utilizadas pelos partidos políticos, de forma integral e exclusiva, na criação e manutenção de instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política.”

¹⁶ Sobre os recibos de doação a citada Resolução 22.715/2008-TSE foi expressa: “Art. 3.º Os recibos eleitorais são documentos oficiais que viabilizam e tornam legítima a arrecadação de recursos para a campanha, imprescindíveis seja qual for a natureza do recurso, ainda que do próprio candidato, não se eximindo desta obrigação aquele que, por qualquer motivo, não disponha dos recibos.

Art. 4.º Os diretórios nacionais dos partidos políticos ficarão responsáveis pela confecção dos recibos eleitorais, conforme modelo constante do Anexo I, e pela distribuição aos comitês financeiros municipais, que deverão repassá-los aos candidatos antes do início da arrecadação de recursos.

§ 1.º O diretório nacional poderá delegar aos diretórios estaduais, por autorização expressa, competência para confecção e distribuição dos recibos eleitorais, sem prejuízo da responsabilidade prevista no caput.

§ 2.º Os recibos terão numeração seriada única nacional, com onze dígitos, iniciada com o número do partido político.

§ 3.º Na hipótese prevista no § 1.º, o diretório nacional deverá informar a numeração dos recibos eleitorais que deverão ser confeccionados pelos diretórios estaduais.

§ 4.º O candidato que não receber os recibos eleitorais deverá retirá-los no respectivo comitê financeiro, antes do início da arrecadação.”

ao exigir que as doações, mesmo de bens estimáveis em dinheiro, fossem documentadas em recibos padronizados e numerados, emitidos pela direção partidária.

Na prática, contudo, o que ocorre é que muitas vezes os candidatos tão logo escolhidos em convenção iniciam sua campanha do ponto de vista financeiro sem qualquer preocupação com a organização de sua futura prestação de contas, a qual fica para o “contador resolver depois”, tendo o profissional que ser um verdadeiro mágico, já que os fatos contábeis não foram registrados cronologicamente a partir de cada ocorrência.

Outro caso muito comum de violação ao princípio de lisura é a emissão de cheques sem provisão de fundos. A emissão de cheques sem fundos é um ilícito inclusive penal (art. 171, §2.º, VI do Código Penal), não podendo igualmente ser tolerada pela Justiça Eleitoral.

Obviamente, voltando sem fundos o cheque na primeira apresentação, mas sendo compensado na segunda, não há qualquer dificuldades e nem mesmo ilícito penal, talvez apenas ilícito civil em razão da mora, a depender das condições contratuais, contudo entendemos que o fato não gera consequências para a regularidade das contas.

O problema é a situação a partir da segunda devolução, quando a partir da qual o banco não mais aceitará a reapresentação. Em primeiro lugar, a preocupação do candidato deve ser com o adimplemento ao credor e, para tanto, a jurisprudência é clara ao esclarecer o caminho simples e correto que deve ser trilhado para adimplir o cheques sem fundos já reapresentados:

TRE/GO: “ELEIÇÕES 2006. PRESTAÇÃO DE CONTAS. CANDIDATO. DISPOSIÇÕES DA LEI N.º 9.504/97 E DA RESOLUÇÃO TSE N.º 22.250/2006. IRREGULARIDADES.

(...*Omissis*...)

4. Não é possível que o candidato realize saques com cartão magnético, a teor do que dispõe o artigo 10, § 4º, da Resolução TSE 22.250/2006.

5. Emitido o cheque, este deve ser compensado até a data da prestação de contas, em não ocorrendo isso, deve o candidato apresentar justificativas. Em todo caso é dever seu relacioná-lo no Relatório de Despesas Efetuados, o que não ocorreu no presente caso.

6. **Os cheques devolvidos por insuficiência de fundos devem ser resgatados mediante a troca por outro cheque, devendo este último ser compensado até a data da prestação de contas. Não havendo o resgate presumisse que a**

dívida encontra-se não quitada e contraria o artigo 19, § 1º, da Resolução TSE nº 22.250/2006.

7. Tendo em vista que a prestação de contas apresentada não respeitou os dispositivos da Lei n. 9.504/97 e da Resolução TSE n.º 22.250/2006, a rejeição das contas é medida que se impõe.” (TRE/GO – PC 1263/2006 - Rel. ALVARO LARA DE ALMEIDA - SESSAO - Publicado em Sessão, Data 17/12/2006 - Destacamos).

Em suma, o candidato deve emitir um novo cheque e quitar a dívida em primeiro lugar, resgatando o título. Depois, anexar o cheque que voltou duas vezes sem fundos em original à própria prestação de contas e, por fim, fazer uma justificativa para o descontrole, que deverá ser analisada pelo Juiz Eleitoral.

Se for comprovado algum fato extraordinário, como um despesa não-prevista e urgente, p. ex., tudo devidamente provado por documentos, pelo menos em tese é defensável uma aprovação com ressalvas, a depender do caso concreto.

Agora, o grande problema é que além de cometer-se um ilícito, a emissão de cheques sem fundos por duas vezes implica no pagamento – com desconto bancário automático – de uma série de taxas e multas que não são gastos eleitorais, na forma do rol taxativo do art. 26 da Lei 9.504/97.

Então, tudo dependerá do caso, todavia, temos que de regra a emissão de cheques sem fundos, na hipótese de reapresentação, implica em desaprovação das contas, por violar também o princípio da destinação específica (art. 26 da Lei 9.504/97) em razão do valor das taxas e multas cobradas, salvo se o valor de tais taxas se enquadrar no conceito de princípio da insignificância, o que deve ser visto em cada caso.

Na realidade, o que deve ser rechaçado pela Justiça Eleitoral é aquele procedimento de juntada de recibo de quitação por parte do credor do cheque sem a devida transparência da fonte de recursos que originou aquela quitação. Isto porque tal procedimento caracteriza trânsito de recursos por fora da conta de campanha e implica em clara violação ao art. 22, §3.º da Lei 9.504/97 que estabelece:

“Art. 22. (...)

§ 3º O uso de recursos financeiros para pagamentos de gastos eleitorais que não provenham da conta específica de que trata o caput deste artigo implicará a desaprovação da prestação de contas do partido ou candidato; comprovado abuso de poder econômico, será cancelado o registro da candidatura ou cassado o diploma, se já houver sido outorgado.” (Destacamos).

Sobre o tema vale citar precedente:

TRE/AC: “*Prestação de contas – Eleições Gerais de 2006 – Utilização de quantia em dinheiro de origem desconhecida – Emissão de cheques sem fundos – Desaprovação.*”

1. A utilização de quantia em dinheiro de origem desconhecida, que deveria compor as sobras de campanha, bem como **a emissão de cheques sem a devida provisão de fundos** são causas suficientes a ensejar a desaprovação das contas e, ainda, a determinação de intimação do requerente para restituir os valores indevidamente utilizados na campanha eleitoral.

2. Prestação de contas desaprovada.”

(Prestação de Contas n. 710 – classe 24; rel.: Juiz Wellington Carvalho; em 20.6.2007 - DESTACAMOS).

Também é importante destacar a repulsa a juntada de documentos fiscais inidôneos, já tendo no ponto decidido a Justiça Eleitoral:

TRE/RN: “*REPRESENTAÇÃO - PARTIDO POLÍTICO - PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL - EXISTÊNCIA DE DOCUMENTOS FISCAIS INIDÔNEOS - IMPROPRIEDADES QUE MACULAM A LISURA DAS CONTAS APRESENTADAS - DESAPROVAÇÃO - SUSPENSÃO DE QUOTAS DO FUNDO PARTIDÁRIO.*”

*Desaprova-se a prestação de contas do Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB, tendo em vista que as impropriedades constatadas pela Coordenadoria de Controle Interno deste Regional, relativas à **utilização de notas fiscais inidôneas pelo Partido para comprovar despesas, prejudicam a regularidade e lisura das contas analisadas.***” (TRE/RN – PC 852/2007 – Rel.^a Juíza Soledade Fernandes - DJ - Diário de justiça, Data 25/08/2007, Página 56 – Sem destaques no original).

É de se concluir que quem almeja um cargo eletivo, sabedor que irá lidar também com prestações de contas de dinheiro público, desde logo tem de demonstrar organização, probidade e lisura nos procedimentos a cargo da Justiça Eleitoral, devendo indispensavelmente contar com uma assessoria contábil perene durante a campanha.

2.7. DOS PRINCÍPIOS DA CONTABILIDADE¹⁷.

Alguns princípios técnicos da ciência contábil também devem ser aplicados ao processo de prestação de contas, passando-se a analisar resumidamente cada um deles.

¹⁷

A respeito do tema, sob a ótica das ciências contábeis, conferir a Resolução 750/93 do Conselho Federal de Contabilidade – disponível em http://www.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.aspx?codigo=1993/000750 (acesso em 12.03.2009), bem como a obra *Princípios Fundamentais de Contabilidade*, do autor Antônio Lopes de Sá, ed. Atlas.

O **princípio da entidade** é uma espécie de impessoalidade no relacionamento da empresa com seus sócios, ditando que a contabilidade deve ter plena distinção e separação entre pessoa física e pessoa jurídica. Isto é, o patrimônio da pessoa jurídica jamais se confunde com o dos seus sócios. A contabilidade da empresa (ou partido ou candidato, na hipótese do presente estudo) registra somente os atos e os fatos ocorridos que se refiram ao patrimônio da empresa e não os relacionados com o patrimônio particular de seus sócios. Não se misturam transações de uma empresa com as de outra (ou do partido com o candidato), mesmo que ambas sejam do mesmo grupo empresarial, é respeitada a individualidade.

Uma aplicação prática desse princípio ocorre quando o candidato deixa de elencar determinando bem na prestação de contas, aduzindo que já houvera apresentado na declaração de bens anexa ao pedido de registro de candidatura.

É o caso por exemplo da prestação de contas que possui gastos desconexos, como gasolina sem veículo. Não é incomum nessas situações vir a alegação de que o carro houvera sido declarado na relação de bens feita por ocasião do pedido de registro. Ora, não se confundem os bens pessoais do candidato com os de sua campanha, não se eximindo o mesmo da obrigação de informar no âmbito da prestação de contas o veículo, até porque não pode a Justiça Eleitoral presumir que o veículo pessoal foi utilizado e assim como o patrimônio privado não poderá futuramente (se eleito) se confundir com o público, também durante a campanha o privado não pode se confundir com o partidário, já que o candidato é um instrumento do partido para chegar ao poder e não o contrário, como já estudado.

Pelo **princípio da oportunidade**, entende-se que a integridade dos registros é de fundamental importância para a análise dos elementos patrimoniais, pois todos os fatos contábeis devem ser registrados, incluindo os das filiais, sucursais e demais dependências de um a mesma entidade. Este princípio tem forte correlação com a tempestividade, pois implica registrar os fatos contábeis quando eles acontecem.

Já o **princípio da tempestividade (ou do registro pelo valor original)** implica em que os registros contábeis sejam feitos no momento em que o fato ocorra (tempestividade) e pelo seu valor completo (integralidade). Portanto, este princípio

determina que o registro seja feito no momento da transferência de propriedade, através da emissão da Nota Fiscal (oportunidade), e pelo seu valor total (totalidade).

Os elementos patrimoniais devem ser registrados pela contabilidade por seus valores originais, expressos em moeda corrente do país. Assim, os registros da contabilidade são efetuados com embasamento no valor de aquisição do bem ou pelo custado de fabricação, incluindo-se, ainda, todos os gastos que foram necessários para colocar o bem em condições de gerar benefícios presentes ou futuros para a empresa; caso ela efetue transações em moeda estrangeira, os valores correspondentes devem ser convertidos à moeda nacional.

No campo eleitoral, deve-se ater que o registro dos fatos contábeis devem se dar sucessivamente no tempo real em que ocorrem ou o mais próximo possível dele. O profissional de contabilidade passa a ser, destarte, um assessor direto e indispensável durante toda a campanha.

Não é possível – pois do contrário certamente problemas virão – procurar um contador após as eleições, entregar-se documentos e informações e “montar” uma prestação de contas que não se baseia em fatos contábeis oportuna e cronologicamente registrados.

O **princípio da competência** estabelece que “as despesas e receitas devem ser contabilizadas como tais, no momento de sua ocorrência, independentemente de seu pagamento ou recebimento”. Este princípio está ligado ao registro de todas as receitas e despesas de acordo com o fato gerador, no período de competência, independente de terem sido recebidas as receitas ou pagas as despesas. Assim, é fácil observar que o **princípio da competência** não está relacionado com recebimentos ou pagamentos, mas com o reconhecimento das receitas auferidas e das despesas incorridas em determinado período.

Expressamente, o Tribunal Superior Eleitoral consagrou tal princípio na Resolução 22.715/2008-TSE, que prevê:

“Art. 1.º (...)

§ 4.º Os gastos eleitorais efetivam-se na data da sua contratação, independentemente da realização do seu pagamento.”

A regra é fundamental para evitar uma válvula de escape para encobrir o “caixa 2”. Imagine-se a hipótese em que uma despesa “X”, executada durante a campanha, deixou de ingressar numa prestação de contas que foi apresentada antes do prazo final de 30 dias (faltando 10 dias, suponha-se). Constatado o fato pela análise técnica e uma vez intimado para se manifestar sobre o tema, o candidato junta declaração do credor dando quitação e afirmando que antes do prazo de 30 dias após as eleições recebeu o valor. A alegação é irrelevante, pois a despesa deveria ter ingressado na própria prestação de contas, à luz do princípio da competência e da norma acima transcrita.

Outros princípios contábeis são os prudência, da continuidade e o da atualização monetária, os quais, porém, por terem por base uma contabilidade de longo prazo possuem pouca utilidade para o presente estudo.

3. O PROBLEMA DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DA INSIGNIFICÂNCIA EM MATÉRIA DE NORMAS DE ARRECADAÇÃO E GASTOS DE CAMPANHA.

Fundamental para este estudo é uma análise do problema da aplicação, muitas vezes indiscriminada e sem qualquer consistência teórica dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e também da insignificância no Direito Eleitoral e em específico no objeto deste estudo, que têm funcionado em alguns casos como uma verdadeira “válvula de escape”, para aprovações de contas e mesmo para impedimento à aplicação do disposto no art. 30-A da Lei 9.504/97.

Dentro da visão contencionista e inutilitarista que parcela da jurisprudência tem exercido nas questões de envolvem financiamento e gastos de campanha, têm-se com muita frequência usado os princípios referidos como base fundamentativa para aprovações de prestações de contas com ressalvas (ou até sem) e mesmo improcedência das ações que se fundamentam no disposto no art. 30-A citado.

Aplicar tais princípios, dada a elasticidade de seus conceitos, dentro de uma roda de relativismo jurídico, às vezes aparenta um caminho fácil, uma verdadeira “válvula de escape”, onde tudo parece se encaixar, mas essa facilidade é apenas aparente.

Primeiramente, porque, como já dito acima, temos um sistema de Direito positivado, *civil law*, onde a interpretação da Lei e da Constituição até devem obrigatoriamente se valer de princípios, mas estes não podem ser instrumentos para uma interpretação subjetiva, desviada ou até abusiva da Lei, para exclusiva satisfação dos interesses do intérprete e que normalmente se concretiza pela aplicação isolada de um princípio ou de um conjunto conveniente de princípios, o que torna a construção hermenêutica um “*Frankstein jurídico*”, já que se chega a uma conclusão que não encontra sustentação conglobante no sistema.

De mais a mais, é necessário distinguir de forma clara, conceitual e científica cada um desses princípios e ter-se em mente que a aplicação dos mesmos deve ocorrer em conjunto com outras balizas, não podendo ser desprezados princípios como o da legalidade, da efetividade, da proteção mínima, da segurança jurídica, dentre outros.

Partindo para uma análise conceitual e científica, o **princípio da proporcionalidade** tem por fim primordial a aferição da validade das leis com os objetivos constitucionalmente previstos, de modo a possibilitar eventual censura sobre os prismas da *Geeignetheit* (adequação) e da *Erforderlichkeit* (necessidade).

Aprofundando-se mais no tema, tem-se como elementos do princípio da proporcionalidade esses três aspectos, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação seria a exigência de que a norma jurídica investigada, para que possibilitasse sua aplicação válida, gerasse minimamente a finalidade para a qual foi criada.

Já pela ótica da necessidade, obriga-se que dentre as várias possíveis formas de se exigir algo dos destinatários da norma que esta opte pela forma que menos restrinja, aquela menos danosa, aos direitos fundamentais.

Finalmente, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, deve-se comparar os efeitos positivos e negativos da norma, tendo-se como preponderante os seus efeitos positivos.

De outra parte, o **princípio da razoabilidade** não possui elementos objetivos e melhor definidos como o princípio da proporcionalidade, apesar de autores tentarem dar tais contornos, mas acabando por igualar ou aproximar bastante os postulados em estudo.

As distinções entre tais princípios envolve aspectos de origem histórica, estrutura e abrangência na aplicação, mas poderia-se dizer de forma simples que a idéia de razoabilidade está mais atrelada ao pensamento do homem médio ou do pensamento comum da sociedade contemporânea.

E quanto ao **princípio da insignificância**? É possível sua aplicação no âmbito do Direito Eleitoral, especificamente em matéria cível-eleitoral ou administrativo-eleitoral?

Ab initio, é imprescindível ressaltar que a violação às normas do Direito Eleitoral, de regra, já implicam em algo grave, visto que as mesmas tutelam o sistema democrático, são normas que condensam questões de alto grau de interesse público, de aplicação cogente e que estão intrinsecamente ligadas a normas fundamentais à conformação do Estado Democrático de Direito.

De fato, tão ou mais grave que empossar um segundo colocado numa eleição é empossar um primeiro que chegou a tal colocação violando as regras do processo eleitoral, especialmente àquelas relativas à movimentação financeira, e que assumirá a função sem substancial legitimidade democrática e possivelmente para causar danos ao patrimônio público, ante o possível comprometimento com a fonte de custeio.

Assim sendo, a premissa a ser firmada é que no Direito Eleitoral, em questões cíveis-eleitorais ou administrativo-eleitorais que envolvam o processo eleitoral como um todo (com efeitos coletivos), as infrações são de mera conduta, de modo que não é possível ter-se como bagatela valores financeiramente altos ou medianos. Insignificante precisa ser ínfimo mesmo, do ponto de vista de cada campanha, dos adversários do candidato e da realidade social e econômica de um país subdesenvolvido como é o Brasil.

Procurando sistematizar o estudo, THALES TÁCITO PONTES LUZ DE PÁDUA CERQUEIRA E CAMILA MEDEIROS DE ALBUQUERQUE PONTES LUIZ DE PÁDUA CERQUEIRA¹⁸ elencam os requisitos ao reconhecimento do princípio da bagatela, valendo-se também das lições de Direito Penal de LUIZ FLÁVIO GOMES, *in verbis*:

“(...) A Justiça Eleitoral deve ser muito criteriosa com a aplicação do mencionado princípio, levando em conta os seguintes critérios¹⁹, já estudados no Capítulo 2 desta obra e tomo:

(a) dois pressupostos:

1.º) legalidade;

2.º) justificação teleológica da medida;

(b) em alguns casos: o requisito extrínseco da judicialidade (autorização judicial);

(c) motivação;

(d) três requisitos intrínsecos:

1.º) idoneidade (ou adequação);

2.º) necessidade (intervenção mínima);

3.º) proporcionalidade em sentido estrito (ponderabilidade).”

De mais a mais, é fundamental repisar que os princípios ora tratados não podem ser aplicados isoladamente, desatrelados dos demais postulados que se aplicam à matéria, como a legalidade, efetividade, vedação ao retrocesso e, especialmente, quanto ao fundamento da isonomia que a Justiça Eleitoral obrigatoriamente deve dar aos candidatos.

Não é justo, nem muito menos democrático, concorrer com alguém que faz “caixa 2” e pratica toda sorte de ilícitos na área de arrecadação e gastos, fazendo a Justiça Eleitoral ouvidos moucos à situação.

Ora, a isonomia é um dos postulados mais relevantes no Estado de Direito, tendo seu desdobramento no processo eleitoral que é o princípio da igualdade de oportunidade (ou de “chances”) entre os concorrentes.

De outro bordo, é sem qualquer base científica equiparar-se proporcionalidade e razoabilidade com potencialidade do dano ou, pior ainda, com nexo de causalidade, ou ainda muito pior, com insignificância, substituindo a subjetividade e o relativismo destes dois últimos conceitos pela dos primeiros, como se fossem a mesma coisa.

¹⁸

Tratado de Direito Eleitoral, ed. Premier Máxima, Tomo II, Direito Material Eleitoral, 2008, pág. 228.

¹⁹

Cf. GOMES, Luiz Flávio, *Direito processual penal*. São Paulo: RT, 2005.

Ademais, é sempre preciso aplicar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade de forma harmônica com outros princípios igualmente relevantes, como é o princípio da legalidade, o princípio da igualdade de oportunidade e de tratamento entre os concorrentes e os próprios princípios que orientam o processo de prestação de contas e que foram acima detalhados.

4. DAS CONCLUSÕES

A preocupação sobre o tema aqui tratado não é apenas no Brasil. Em diversos países têm existido alterações legislativas no ponto, tendo-se por objetivo eleições imunes ao abuso do poder econômico, à concretização do princípio da igualdade de armas e oportunidades entre os concorrentes e, enfim, à realização de uma verdadeira democracia do ponto de vista material.

Sem a preocupação legislativa e judicial com o controle do tema ora estudado, sabe-se que na prática político-partidária o cabedal econômico de um político e de seu grupo representa uma verdadeira seleção natural do processo eleitoral, o que é um completo absurdo se considerarmos um conceito de democracia essencialmente substancial.

É fato notório no cotidiano da democracia brasileira que sobretudo para cargos majoritários o primeiro pré-requisito para uma candidatura de sucesso é ter dinheiro. Exceções existem e são louváveis, todavia apenas confirmam a regra.

O poder econômico no Brasil é algo que se situa acima das instituições e que, ao longo da nossa história, nunca foi objeto de qualquer atuação do Estado no sentido de ao menos diminuir a sua influência, sobretudo no processo eleitoral.

Dentro desse contexto, que espelha a realidade atual do Brasil, com as honrosas exceções, é simplesmente impossível a um pretendente desafortunado, por mais qualificado que seja e por mais espírito público que tenha, concorrer em um eleição em pé de igualdade e isso é muito grave para a democracia, sendo certo que a mudança desse quadro passa pela aplicação séria e efetiva das normas que regem a arrecadação e os gastos de campanha.

BREVÍSSIMAS NOTAS SOBRE O FATO JURÍDICO DO REGISTRO DE CANDIDATURA



Adriano Soares da Costa

Presidente do Instituto de Direito Público e Político (IDPP), advogado, sócio de Motta e Soares - Advocacia e Consultoria S/C, ex-juiz de Direito.

1 - Registro de candidatura definitivo e provisório. O problema das medidas liminares.

Consoante temos insistido em nossas obras, a doutrina não conseguiu isolar, com precisão, o conteúdo do conceito de elegibilidade, nem tampouco o momento do seu surgimento no mundo jurídico. Essa deficiência gerou graves aporias, com a criação de um conceito frágil de inelegibilidade e, coetaneamente, provocou um absenteísmo teórico sobre os limites do instituto da elegibilidade. Como já expusemos, a elegibilidade é um direito subjetivo, ou seja, uma vantagem colocada na esfera jurídica de alguém, limitando a esfera jurídica de outrem (no caso específico, da coletividade), possibilitando-o concorrer a um mandato eletivo específico.

O registro de candidatura é o fato jurídico do qual dimana a elegibilidade. Quando de seu pedido, o candidato deve estar com todas as condições de elegibilidade, para o cargo ao qual deseja concorrer, preenchidas, não estando submetido a nenhuma sanção de inelegibilidade. Ademais, deve o pedido estar acompanhado de todos os documentos catalogados pela legislação, como condição de procedibilidade do feito. Assim, *o registro de candidato não é mais um pressuposto legal para a candidatura, entre os outros exigidos, senão que, em substância, é o ato jurídico que a faz nascer*. Por isso, a falta do registro não é a falta de um requisito legal para o nascimento da elegibilidade, da mesma maneira que a falta do registro da escritura pública não é a ausência de um pressuposto formal para o nascimento do direito de propriedade: ambos os registros são, ao revés, os próprios atos jurídicos que dão existência ao direito subjetivo (de ser votado e de propriedade, respectivamente). Sem eles, não há direito subjetivo, ainda que compostos todos os elementos da *factispecie*. Por isso, tem-se que estudar o registro de candidatura com a importância que ele possui, como o demiurgo da elegibilidade.

Quem não possui o registro de candidatura é inelegível, sendo nulos os votos assim obtidos. É que não todos os brasileiros podem concorrer a um mandato eletivo, sendo necessário que previamente se habilitem para esse fim. Para tanto, deverão atender a todos os pressupostos exigidos pelo ordenamento jurídico, a fim de pleitearem o registro de sua candidatura. Não obtendo o registro, o nacional fica impedido de concorrer a um cargo, não sendo computados como válidos os votos que lhe sejam destinados. Também não podem obter o registro de candidatura aqueles que, embora cumpram os requisitos legais, estejam sancionados com inelegibilidade, causada pela prática de algum ato ilícito. Logo, o registro de candidato é o ato jurídico que autoriza a candidatura, habilitando o nacional e tornando-o elegível.

O voto do eleitor apenas pode ser dado ao candidato habilitado, ou seja, àquele reconhecido como tal pelo registro de sua candidatura na Justiça Eleitoral. Quem não tem registro não pode ser votado, porque não obteve o título jurídico que lhe habilitaria para sair candidato, praticando atos de campanha. Claro que existem inelegibilidades que não decorrem apenas da ausência de registro (inelegibilidade inata), havendo aquelas impostas como sanção ao nacional, implicando a impossibilidade de obtenção do registro (ainda que presentes todas as condições de elegibilidade), ou a necessidade de seu cancelamento -- acaso obtido o registro antes da sua aplicação (inelegibilidade cominada). Sobre essa questão, é importante ter em mente o disposto nos §§ 3º e 4º do art.175 do Código Eleitoral.

De acordo com esses preceitos citados, são nulos os votos dados aos candidatos inelegíveis ou não registrados, nada obstante sejam reputados válidos, em benefício dos partidos políticos aos quais estejam eles filiados (contados como votos para a legenda, em proveito para o cálculo do quociente partidário), se a decisão (*rectius*, a decisão transitada em julgado) que cancelar o registro ou impor a inelegibilidade for posterior ao dia da eleição. Ora, tal norma, tirante o seu flagrante caráter espúrio, tem grande utilidade para demonstrar que o registro de candidatura é o ato incoador e mantenedor da elegibilidade do nacional.

De fato, pode ocorrer que, mesmo havendo a decretação de inelegibilidade do candidato, não haja o cancelamento do registro, podendo ele ser diplomado e exercer normalmente o seu mandato. Vamos aos exemplos: suponhamos que um determinado candidato seja eleito em virtude do abuso de poder econômico que patrocinou, vindo a ser processado pela ação de investigação judicial eleitoral. Supondo ainda que tal ação venha a ser julgada procedente dois anos após a diplomação, será o candidato cominado com a inelegibilidade para *essa* eleição e para as que ocorrerem nos próximos três anos, nada obstante, em virtude do art.22, inc. XIV da LC 64/90, não lhe sejam podados os efeitos do diploma, podendo exercer o seu mandato validamente. Ou seja, a inelegibilidade do candidato, ainda que constituída por decisão judicial, poderá não trazer nenhum efeito prático contra a sua candidatura, em razão de não cassar os efeitos do diploma, nem tampouco cancelar o seu registro de candidato.

Da mesma maneira, suponhamos que um candidato eleito para Prefeito tenha a suspensão dos seus direitos políticos decretada por uma sentença prolatada ao fim de uma ação popular, sem que o juiz aplique a pena de perda da função pública, mercê da ausência de pedido expresso na petição inicial. Embora com seus direitos políticos suspensos, ficando

inelegível enquanto durar essa pena, poderá exercer validamente o seu mandato, desde que não haja sua cassação por infração político-administrativa, promovida pela Câmara de Vereadores.

Como se vê, não é a cominação de inelegibilidade, apenas por si, que traz gravame ao candidato; é de mister haja o cancelamento do seu registro, ou a resolução dos efeitos do seu diploma, para que a inelegibilidade se concretize, trazendo um *minus* para o infrator naquela eleição em que a ilicitude se deu. A ausência de registro de candidatura, ou o seu cancelamento, implica a inelegibilidade do nacional: essa é a lição que deve ser sempre avivada nos operadores do Direito, de maneira que se evitem algumas graves confusões perturbadoras, causadas pela flacidez dos conceitos empregados.

Outro aspecto importante, que aqui deve ser sublinhado, diz respeito à outorga preventiva de registro de candidatura, para possibilitar que o nacional concorra durante o certame, enquanto tramitar tardiamente o seu pedido de registro, fustigado pela ação de impugnação de registro de candidato (AIRC). Em primeiro lugar, é preciso salientar que o prazo fixado, pela legislação ordinária, para o julgamento de todos os pedidos de registro não é peremptório ou indefectível para a Justiça Eleitoral. Pode ocorrer que a instrução da AIRC seja demorada, como o demonstramos em capítulo próprio deste livro, impedindo a prolatação de uma sentença em tempo hábil. Nesse caso, poderá o juiz eleitoral antecipar os efeitos da tutela, concedendo o *registro provisório* em favor do pré-candidato, para que ele possa praticar todos os atos de campanha, notadamente participar do guia eleitoral gratuito.

Decididas a ação de pedido de registro de candidatura e a ação de impugnação do pedido de registro de candidatura (AIRC), *sempre* em uma mesma sentença formal, ficará o pré-candidato sem registro, acaso seja decretada ou declarada a sua inelegibilidade. *Não se pode julgar procedente a AIRC, decretando a inelegibilidade do candidato, e conceder, provisoriamente, o registro*, sob pena de achavascar a reta aplicação do direito objetivo. A decisão que declara ou constitui a inelegibilidade do pré-candidato deve negar o pedido de registro, obstruindo possa ele exercer quaisquer das faculdades que encham o conceito de elegibilidade (e.g., aparecer no guia eleitoral gratuito). Se o pré-candidato desejar participar do pleito plenamente, deverá recorrer para o Juízo *ad quem*, ao tempo em que, também perante ele, requererá uma medida preventiva, de modo a obter o *registro provisório*, enquanto perdurar a tramitação do processo.

Consoante se afirma, sem a concessão do registro de candidatura, ainda que preventivamente (registro provisório), não pode o nacional praticar atos de campanha, pedindo votos em seu próprio nome. É bem verdade que antes da concessão do registro, após as convenções partidárias, o pré-candidato já pratica alguns atos típicos de campanha, fazendo propaganda eleitoral, recebendo doações, fazendo gastos de campanha, etc. Todavia, tais atos são praticados validamente condicionados pela possibilidade de vir a ser registrada a candidatura do nacional, como exercício do *direito expectado* nascido do pedido de registro de candidatura e da indicação, em ata oficial, na convenção partidária. Mas sem a sobrevivência do direito expectativo, vale dizer, sem a incoação da elegibilidade através do ato registral, tais atos perdem o viço, ficando o pré-candidato impedido de continuar a exercê-los.

Outrossim, diga-se que, no Direito Eleitoral pátrio, vige o *princípio da unicidade do registro de candidatura*, segundo o qual o nacional se registra, em cada eleição, apenas para um determinado cargo, com exclusão de qualquer outro. Tal princípio foi positivado pelo art.88 do CE, segundo o qual "não é permitido registro de candidato embora para cargos diferentes, por mais de uma circunscrição ou para mais de um cargo na mesma circunscrição". Assim, num determinando prélio eleitoral, o nacional apenas poderá pleitear um único cargo, não sendo admitido mais de um registro de candidatura, ainda que em circunscrições diversas. Por isso, é fundamental tenha-se presente que a elegibilidade é sempre o direito subjetivo a disputar um cargo específico, em um pleito determinado. Nasce com o registro de candidatura para um cargo eletivo específico, perdurando até o final daquela eleição, com a proclamação dos resultados.

Serão registrados, no Tribunal Superior Eleitoral, os candidatos a Presidente e a Vice-Presidente da República; nos Tribunais Regionais Eleitorais, os candidatos a Senador, Deputado Federal, Governador, Vice-Governador e Deputado Estadual; e nos Juízos Eleitorais, os candidatos a Vereador, Prefeito e Vice-Prefeito, consoante prescreve o art.89 do CE.

2 - Registro de candidatura e registro da chapa: a *candidatura plurissubjetiva*.

Outra questão relevante diz respeito ao registro da chapa para cargos majoritários. Já estudamos que o registro de candidatura é o ato jurídico *stricto sensu* que faz nascer a elegibilidade. Agora, convém frisar que há candidaturas que apenas podem existir se feitas em conjunto, como se fossem uma única. É que a Constituição Federal, no art.77, § 2º, previu que a eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado(1). Do mesmo modo, o candidato a Senador deverá ser registrado com dois suplentes, mercê do disposto no seu art.46, § 3º: "cada Senador será eleito com dois suplentes".

Chamo de *candidaturas plurissubjetivas* aquelas candidaturas registradas em chapa una e indivisível, de maneira que uma candidatura apenas será juridicamente possível com a outra ou as demais, dependendo da exigência legal. Ou seja, por determinação legal, não se admite que apenas um nacional proponha o registro para candidatura que, juridicamente, foi concebida para ser dúplice ou plúrima. Enquanto para os cargos proporcionais a candidatura é unissubjetiva (embora em listas indicadas pela convenção), para os cargos majoritários há exigência de suplência constituída quando do pedido de registro, sem a qual não poderá ser ele deferido, vez que *o voto dado pelo eleitor não será, sob a óptica jurídica, apenas para o candidato principal, mas também para os que completam a chapa (art.178 do CE)*.

No caso da chapa formada para concorrer à Chefia do Poder Executivo, dada a redação precisa do texto constitucional, dúvidas não existem sobre a necessidade de a chapa estar constituída quando do pedido de registro de candidatura, sob pena de impossibilidade jurídica do pedido. Tal clareza resulta da parte final do § 2º do art.77, segundo o qual o candidato a Vice-Presidente deverá estar registrado com o candidato a Presidente da República. Assim, tudo somado, e guardando na retentiva o disposto no art.91 do Código

Eleitoral, não restará dúvidas da *exigibilidade de que o registro de candidatura para os cargos de Chefia do Executivo sejam feitos em chapa única e indivisível*.

Em relação à chapa para o Senado, em que pese o § 3º do art.46 da CF/88 não fazer menção ao registro de candidatura dos suplentes, é de clareza solar a necessidade de que também eles sejam registrados, sob pena de não poder ser deferida a chapa, em razão do desfalque de um ou dois de seus membros necessários. Quando a norma indigitada prescreve que o Senador será eleito com dois suplentes, pressupõe que algum ato jurídico tenha qualificado os suplentes como candidatos, compondo a chapa. Sem esse ato jurídico qualificador, não há como se poder falar em suplente, pela simples razão de não ter a Justiça Eleitoral habilitado o nacional para tanto, verificando o preenchimento de suas condições de elegibilidade e a ausência de qualquer cominação de inelegibilidade. Não se pode fazer um seccionamento entre eleição e registro de candidatura, como se fosse possível, em nosso ordenamento jurídico, a existência da primeira sem o segundo. Não se diga, outrossim, que o registro seria um mero requisito formal para o nacional concorrer na eleição. De modo algum. Como já mostramos, a participação como concorrente a um mandato eletivo não é franqueada a qualquer cidadão, mas deflui do direito subjetivo nascido do registro de candidatura, que é o título que habilita o nacional a pleitear validamente os votos do eleitor.

No que diz respeito à candidatura plurissubjetiva, vige o *princípio da irregistrabilidade da chapa incompleta ou insuficientemente formada*, na precisa formulação talhada pelo Ministro Celso de Mello, em brilhante voto proferido no Recurso Extraordinário 128.518-4(2), assim expressa:

"A exigência constitucional referida no preceito questionado - a de que cada Senador elege-se com dois Suplentes - traz ínsita a necessidade de integral composição da chapa, para efeito de seu prévio e regular registro perante a Justiça Eleitoral.

A formação completa da chapa, que deverá conter os nomes do candidato ao Senado e de dois Suplentes, é verdadeiro ato-condição, preenchidos os demais requisitos de ordem formal e material, da efetivação do seu registro para fins eleitorais.

A indivisibilidade jurídica da chapa representa uma derivação necessária do preceito normativo consubstanciado no § 3º do art.46 da CF, o que torna indeclinável a sua formação e apresentação à Justiça Eleitoral, sempre, porém, nos prazos assinalados pelo ordenamento positivo.

Sem que isso ocorra, é *plena a irregistrabilidade da chapa incompleta ou insuficientemente formada*, eis que, para que se cumpra a norma - que é imperativa e de observância necessária - inscrita no § 3º do art.46 do texto constitucional, é preciso que o partido interessado se submeta à disciplina ritual regedora do procedimento de

registro de que supõe, sem possibilidade de regressão procedimental, respeito a prazos, sob pena de, uma vez esgotados, consumir-se, com a preclusão de ordem temporal que conseqüentemente se verifica, a perda da faculdade de indicar candidato e Suplentes" (grifei).

Logo, em se tratando de candidatura plurissubjetiva, o pedido de registro deve vir com a indicação dos suplentes, sob pena de ser indeferido o pleito, pela impossibilidade jurídica do pedido (Min. Octávio Gallotti). Trata-se de *deficiência congênita da candidatura*, implicando a inviabilidade jurídica do recebimento do pedido assim proposto. Como bem diz o Min. Octávio Gallotti, em seu voto no referido julgamento do Recurso Extraordinário indigitado(3):

"A Constituição diz que não há Senador eleito sem dois Suplentes. Também *não há eleição sem registro*. Registrado um candidato a Suplente, não podem ser eleitos dois" (grifei).

Nesse particular, o § 1º do art.91 do CE é preciso, prescrevendo que o registro de candidatos a Senador far-se-á com o do suplente partidário, que será em número de dois, mercê do novel preceito constitucional. É de se sublinhar, nesse comenos, que não basta apenas a completude da chapa quando do pedido de registro de candidatura. A chapa deve estar completa durante toda a eleição, sob pena de sua desintegração e necessidade de sua substituição por outra.

De fato, se houver ausência originária de algum membro da chapa, ou se essa ausência for superveniente ao pedido de registro, é fundamental ter presente que haverá necessidade de se completar essa chapa. Incompleta que seja em sua membridade - ou porque houve inelegibilidade, falecimento ou morte de um dos membros, ou porque seu registro foi indeferido (por falta de algum documento essencial, *e.g.*) - a chapa deverá ser recomposta, com a indicação de um substituto para o membro faltante.

Com a indicação de substituto, o registro da chapa, como um todo, há de sofrer outra análise pela Justiça Eleitoral, abrindo-se novamente o prazo para a ação de impugnação do registro de candidatura (AIRC). Trata-se, na verdade, de *nova* chapa, pois sendo plurissubjetivas as candidaturas, bem como indivisíveis, a sorte de um dos membros afetará necessariamente a do outro. Se o novo membro, por exemplo, for inelegível, haverá o registro da chapa de ser indeferido também, podendo haver a necessidade de outra substituição.

Na ausência superveniente de um dos membros, o membro remanescente continua representar a chapa como um todo, ao aguardo da sua complementação. Vencidos os prazos e não apresentado substituto, haverá indeferimento da chapa e, em recebendo algum voto, será ele reputado nulo(4).

NOTAS

1. Para os Governadores e Vice-Governadores, art.28 da CF/88; para os Prefeitos Municipais e os Vice-Prefeitos, art.29, inc. II.
2. Vide Noely Manfredini d'Almeida e Fernando José dos Santos (*Crimes Eleitorais e Outras Infrigências*, 2ª ed., Juruá, p.622). Julgo importante esclarecer que a 2ª edição desta obra citada possui duas versões, com paginação e conteúdo diversos. Estou aqui citando a primeira versão, logo depois alterada, na qual foi suprimido o texto deste acórdão referido, razão pela qual poderá o leitor atento não encontrá-lo no livro dos eminentes autores do Paraná.
3. *Ibidem*, p.634. Convém gizar que os votos aqui citados, além do brilhante voto do Min. Sydney Sanches, foram vencidos, havendo a abertura de novo prazo para a colmatação da lacuna de um suplente, existente quando do pedido de registro da chapa para o Senado. Em que pese tenham tais votos sido vencidos, talvez até pelas características particulares daquele julgamento, o certo porém é que suas motivações são tão precisas, adotando uma interpretação que privilegia as normas eleitorais infraconstitucionais, que não vemos como não possam eles ser majoritários em outras oportunidades, firmando em definitivo o entendimento da excelsa Corte.
4. Sobre a substituição de candidatos, vide o que escrevemos nos comentários ao art.13 da Lei nº 9.504/97 no livro "*Teoria da Inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral*", Del Rey, 1998.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA: DAS DISCUSSÕES TEÓRICAS AO DIREITO ELEITORAL

Edilson Alves de França

SubProcurador-Geral da República.
Professor da ESMARN

I – INTRODUÇÃO

Apesar do talento jurídico romano haver lançado as bases do direito civil, os jurisconsultos que contribuíram para a monumental obra codificada por Justiniano não lograram alcançar uma efetiva sistematização desse importante ramo do direito. Exemplificando com a responsabilidade civil de antanho, observa-se que, embora não se tenha registrado específico avanço técnico-legislativo, foram os romanos que abriram, a partir da Lei Aquília, o caminho através do qual se procurou firmar a responsabilidade com base na culpa, em detrimento do princípio primitivo da causalidade material, conforme se colhe dos Títulos III, IV e V, Livro Quarto, do ***Corpus Juris Civilis Justinianeu***.

Somente mais recentemente, na segunda metade do século XIX, ao se revelar insuficiente o critério da culpa, é que se pensou em substituí-lo por um outro que correspondesse às exigências sociais e melhor representasse os anseios de igualdade e de justiça. Nesse contexto, conforme leciona **Alvino Lima**¹, surgiu a teoria do risco como uma necessidade imperativa de um momento em que era registrado “... o aumento assustador de acidentes e (...) cada vez mais acentuada a impossibilidade de provar a causa dos mesmos ou a culpa dos seus responsáveis (...) Sendo assim, conclui, “dentro da estrutura econômica moderna, neste burburinho infernal de movimento criador de danos, impossível seria manter o princípio de igualdade, que deve reinar juridicamente entre os homens, nos moldes da teoria da culpa.”

Ainda conforme ressalta o saudoso mestre sergipano, quando o legislador e o juiz procuraram uma nova fórmula capaz de contrapor a evidente desigualdade entre a vítima e o agente do fato danoso, não tinham em mente *“arquitetar uma teoria especulativa, filosófica ou abstrata.”* Eram movidos, sim, pelo propósito de *“...acudir às necessidades imperiosas da vítima, haurindo na própria vida, nas suas manifestações reais, inconfundíveis, brutais, às vezes, a lição dos fatos para a confecção dos preceitos.”*

As críticas e oposições à nova teoria foram muitas, como revela **Wilson Melo da Silva**². Chegou-se, inclusive, como fizeram os irmãos **Mazeaud**, a dizer que a objetivação da responsabilidade materializava o direito civil ou, ainda, como lembra o mesmo autor, que referido avanço, paradoxalmente, representava *“uma revivescência do barbarismo primitivo, contemporâneo do talião de antanho, do olho-por-olho e do dente-por-dente da aurora da nossa civilização.”*

É, portanto, diante da importância histórica desse conservador pensamento, que se faz recomendável a análise de alguns aspectos do secular confronto doutrinário travado, particularmente, pela doutrina francesa. Muito embora não se possa deixar de reconhecer que evidências como as que inspiraram recentes diplomas legais, de alcance social indiscutível, facilitem um atual posicionamento quanto à viabilidade da teoria em referência. O fato é que, segundo entendemos, mesmo no âmbito de uma publicação primordialmente voltada para o Direito Eleitoral, oportuno se busque melhor compreender as razões das divergências que deram azo à apaixonante polêmica. Até porque, a teoria objetiva não tem sua aplicação circunscrita a um ramo de direito. Ela vem se expandindo em direção a vários ramos do direito, inclusive ao eleitoral, atual, dinâmico e sempre receptivo aos avanços doutrinários, conforme será demonstrado.

II – CRÍTICAS À TEORIA OBJETIVA

Conforme se colhe da mais autorizada doutrina, as críticas à teoria objetiva sempre foram elencadas em dois grupos. O primeiro deles, apesar de reconhecer a existência da obrigação de reparar sem culpa, foge do termo responsabilidade por entender tratar-se de mera garantia. O segundo, mais radical, limita-se a negar a possibilidade de se reparar dano sem culpa. As razões dessa recusa, colhidas dos pensamentos expostos por, entre outros, **Ripert, Colin e Capitant, Mazeaud e Venzi** merecem ser conhecidas em proveito do enfoque a que nos propomos. E ninguém melhor que **Alvino Lima**³ sintetizou essa oposição, ao assim resumir os argumentos dos nominados mestres franceses.

“a) A teoria do risco é resultante da influência de idéias positivistas; é uma concepção materialista do direito, porque regula relações entre os patrimônios, abstraindo-se das pessoas. Só estas existem, sob o ponto de vista jurídico, não se podendo, pois, eliminar a pessoa, com alma e vontade.”

“b) A teoria do risco se apoia na socialização do direito, estando impregnada de idéias socialistas. Desloca o centro da aplicação do direito do indivíduo para a sociedade, quando aquele, na verdade, continua a ser o ponto central do direito, que regula direitos e deveres individuais a fim de assegurar a ordem social...”

“c) A teoria do risco é a estagnação da atividade individual, paralisando as iniciativas e arrastando o homem à inércia, visto como, diante da responsabilidade sem culpa, de nada valem a prudência, a conduta irreprovável, as precauções e cautelas, porquanto o agente deverá assumir a responsabilidade de todos os danos que possam resultar das suas ações lícitas e necessárias...”

“d) A teoria do risco é aplicação das primitivas concepções materiais da responsabilidade, quando o homem, sem o desenvolvimento necessário, não tinha atingido ainda a perfeição de adotar como critério da responsabilidade a noção de culpabilidade, fundada em idéias de ordem moral. Seria regressar aos tempos primitivos e negar toda a evolução da teoria da responsabilidade, a qual, provindo das idéias primitivas da vingança privada e brutal, chegou ao conceito elevado da culpa, cuja supressão importaria em destruir toda a justiça humana.”

“e) Se a teoria do risco proclama a obrigação de arcar com o risco criado em virtude dos proveitos auferidos pela atividade humana, visto tratar-se de uma compensação entre o proveito e o dano, tal responsabilidade não se justifica se não houver proveito. E se o

indivíduo, como consequência de sua atividade, deve responder pelo risco criador do dano, deveria também ter direito aos proveitos que terceiros venham a auferir de sua atividade.”

“f) A teoria do risco não tem posição verdadeira e definida no terreno jurídico. O direito se funda em noções precisas e não sobre noções de aspecto filosófico ou econômico, de contorno mal definido. Não há um princípio fixo, porquanto o conceito de proveito é incerto e mal definido, ao passo que na noção de culpa há um instrumento de controle preciso. A teoria do risco compromete gravemente a própria ordem social.”

A autoridade desses defensores da culpa fez com que, ainda hoje, suas ideias sejam timidamente esposadas por alguns poucos que se opõem à teoria objetiva, como sempre vemos por ocasião dos debates que antecedem à aprovação de leis objetivistas. Parece injustificável, para esses, se fazer do dano, causa, em si, de responsabilidade, sem que se exija ao menos a culpa presumida. Entendem os subjetivistas que a prática de um ato lícito, manifestação da própria vida em seus múltiplos aspectos, quando levada a efeito com todas as cautelas e, mesmo assim, cause dano, representa mera fatalidade, razão pela qual não se deveria cogitar de substituir o mal inevitável do acaso pelo mal voluntário infligido ao agente, injustamente responsabilizado. Ou seja: a teoria objetiva, na ótica de seus opositores, simplesmente, acrescenta um mal ao outro.

III – A CONVINCENTE RESPOSTA DOS OBJETIVISTAS

A refutação desses argumentos, sobretudo ao se procurar demonstrar as vantagens práticas da socialização do risco, revelam-se convincentes. **Wilson Melo da Silva**⁴ elenca, entre os que contribuíram para a solidificação das idéias objetivistas, nomes como os de **Rabut, Lalou, Saleilles, Savatier, Duguit, Paul Duez** e, no Brasil, **Amilcar de Castro, Cunha Peixoto, San Tiago Dantas, Alvino Lima, Agostinho Alvim, Orlando Gomes e Clóvis Beviláqua**, entre outros. Após enfatizar que muitos dos defensores da culpa se contradisseram na forma de concebê-la, no momento em que objetivaram o seu conceito e alargaram a possibilidade de sua presunção, o referido professor mineiro aponta várias objeções às retro mencionadas críticas dos subjetivistas.

Em primeiro lugar, é refutada a ideia materialista da teoria objetiva. Segundo os objetivistas, suas raízes fincadas em princípios de justiça e equidade, por si só, desfazem essa falsa concepção. A socialização do direito não nega o indivíduo, não o relega a segundo plano, não limita suas prerrogativas. Pelo contrário, partindo dos interesses coletivos, anuncia e busca a “*segurança jurídica*” ainda que parta da constatação do perigo real da insegurança material.

A inviabilidade econômica que decorreria da estagnação das atividades individuais, reprimidas pelo receio das consequências drásticas da teoria objetiva, é igualmente rechaçada com vigor. Contraditória, segundo **Alvino Lima**⁵, porque nas hipóteses de presunção *juris et de jure*, introduzidas pela teoria da culpa, o que efetivamente ocorre é “*a consagração do próprio fato, uma vez que o agente não pode provar a ausência de culpa.*” Infundada, porque a realidade mostra que a aplicação da teoria objetiva, na prática, em nada prejudicou o desenvolvimento econômico.

A ideia de retrocesso às fases primitivas da responsabilidade é igualmente superada pelos objetivistas, ao argumento de que tal semelhança inexistente, vez que a concepção da vingança privada não se escorava em princípios de ordem jurídica ou moral, enquanto a teoria do risco adota princípios de ordem moral e de equidade. Resulta, portanto, da premente necessidade de proteger a vítima diante da insegurança derivada do incremento dos fatos danosos.

Quanto a injustificar-se a aplicação da teoria objetiva nas situações em que inexistia proveito para o agente causador do dano, a resposta se faz elucidativa ao ser esclarecido que o referido proveito não se afigura concreto, já que se constitui “*finalidade da atividade criadora do risco*”. Ou seja, o que deve ser considerado é a eventualidade desse proveito.

No que tange à alegativa de imprecisão do conceito de risco, na ótica dos defensores da teoria objetiva, a crítica se revela igualmente infundada, até porque “*mais impreciso, incerto e vago, mormente na sua fixação, em cada caso concreto, é o conceito de culpa.*”⁷ Por isso, em desfavor dessa aventada

imprecisão, **Aguiar Dias**⁶ salienta que ela representa uma autêntica “*confissão comum*”, lembrando, por fim, que “*não há princípio jurídico, por mais primoroso no seu conceito, por mais preciso nos seus contornos, que possa abranger todos os casos que pretende regular...*”

Como se vê, dessa fundada argumentação expendida em favor da tese objetivista deflui sua base sociológica, mais especificamente, quando é justificada a adoção do princípio do risco como sustentáculo dessa objetivação, necessária e exigível em face das condições sociais vividas neste último século.

IV – A TEORIA OBJETIVA E O ESTADO

Antes de se cogitar da aplicação da teoria objetiva no âmbito eleitoral, oportuno relembrar que a responsabilidade civil tem como pressuposto a ocorrência de um dano que, uma vez concretizado, viabiliza uma justa reparação. Partindo desse imprescindível elemento, a doutrina tem variado na definição da mais adequada forma de se responsabilizar a administração pelos danos causados ao particular.

Historicamente, a ideia da responsabilização do Estado ultrapassou várias fases. A primeira delas, emergiu sob inspiração absolutista, vez que baseada na ideia de supremacia do Rei, imperando o entendimento da irresponsabilidade, vez que o soberano não errava. A exceção ocorria apenas nas hipóteses em que os agentes públicos atuassem com dolo ou culpa, quando, então, responderiam individualmente por seus atos.

Numa segunda fase, predominou a responsabilidade subjetiva, com esteio na doutrina civilista, baseada na existência de culpa. Mesmo assim, se fazia a distinção entre atos de império e atos de gestão, admitindo-se a responsabilização do Estado quando o agente público praticasse um ato de gestão e resultasse comprovado o dolo ou culpa. Mesmo assim, teve-se abertas as portas para uma possibilidade mais concreta de responsabilização do Estado.

Ultrapassada essa fase, sobreveio a denominada publicização da culpa, norteadada pela culpa administrativa ou pela falta do serviço. Sua principal contribuição constituiu em desvincular a responsabilidade civil do Estado da ideia de culpa do servidor público, voltando-se, assim, para a culpa do serviço. Nota-se, nesse passo, uma grande evolução no campo da responsabilidade, uma vez que, a partir daí, abriu-se o caminho para a teoria objetiva ou do risco administrativo, hoje com assento constitucional (art. 36, § 6º, da Lei Maior). Sua característica básica é representada pela substituição da culpa pelo nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o dano causado ao particular.

Não há como se deixar de registrar que entre a teoria civilista e a objetiva existe uma linha tão tênue que alguns autores entendem que uma só existe, ainda que com distintas aplicações. O fato é que, quando se fala em responsabilidade objetiva da administração, se tem presente o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição. Ou seja, o Estado responde pelos danos causados, independentemente da averiguação de culpa. Consagra-se, assim, o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais, voltado para a ideia de que, assim como os benefícios da atuação estatal repartem-se por todos, os prejuízos sofridos por algum dos membros da sociedade também devem ser repartidos. Nesse caso, substitui-se a ideia de culpa, como já salientado, pelo nexo de causalidade entre o ato administrativo lesionador, seja ele lícito ou ilícito, e o dano provocado.

Com efeito, diante de uma jurisprudência cada dia mais volumosa, é possível se concluir que na responsabilidade civil do Estado pela falta do serviço, é de se aplicar a teoria objetiva, temperada com o encargo de se demonstrar a falha, o vício ou a deficiência do serviço. Essa demonstração, todavia, não deve ser confundida com a culpa individual do agente que porventura tenha provocado o dano. É exatamente nessas hipóteses de falta do serviço, do seu mal funcionamento ou funcionamento retardado que se verá incidir essa teoria no âmbito eleitoral.

V – O DIREITO ELEITORAL E A TEORIA OBJETIVA

Diante do que temos visto, no momento em que o fenômeno jurídico do risco toma novas feições e procura adaptar-se às condições da sociedade moderna, visando atender às exigências sociais cada vez mais crescentes, resta facilitada a tarefa de se avaliar qual das correntes doutrinárias estava – ou está – com a razão, no tocante ao alcance e pertinência da teoria objetiva. Consultando-se a realidade propiciada pela legislação que a tem adotado, vê-se o quanto afigura-se impraticável o retorno a um sistema que tenha a culpa como pressuposto.

Basta exemplificar-se com o drama das famílias pobres, vitimadas pelas recentes enchentes e desmoronamentos, as quais não podem ficar à mercê de uma discussão em torno da culpa do agente estatal, esperando indefinidamente por uma solução que lhes permita superar as dificuldades desses momentos que, como sabemos, marcam essas tragédias, que se repetem e multiplicam ao longo dos anos sob o olhar de autoridades omissas.

De igual modo, aponte-se para os infortúnios do passado, quando trabalhadores mutilados eram transformados em mendigos sob a complacência da teoria da culpa. Ao que entendemos, esses dois exemplos afiguram-se significativos, no sentido de indicar que a razão encontra-se com os que defendem a efetiva objetivação da responsabilidade civil, sempre e na medida em que as exigências sociais se fizeram presentes, como acertadamente prevê o parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, ao adotar, também no plano privado, a teoria do risco atividade.

Ao contrário da conhecida regra geral mantida pelo **caput** do referido artigo 927, mediante a qual a responsabilidade civil decorre sempre de um ato abusivo ou ilícito – contrário à lei -, a teoria objetiva adotada pelo parágrafo 6º, do art. 37, da Constituição, seguindo os passos dessa nova mentalidade que vem naturalmente ganhando terreno, rompeu completamente com o tradicional sistema subjetivo, impondo uma ordem jurídica no comando das relações entre os cidadãos e o Estado, compatível com o momento vivido pela sociedade moderna.

Ressalve-se, por oportuno, que, embora evidente o avanço que deflui dos artigos em referência, a responsabilidade objetiva, consagrada pela Constituição, não se afigura absoluta. A ideia de adoção de uma teoria mais exacerbada, portanto, deve ser afastada, considerando-se que a responsabilidade civil do Estado não decorre, única e exclusivamente, do exercício de uma determinada atividade.

A observação é feita, principalmente porque a doutrina, em não poucas oportunidades, se refere à teoria objetiva como a que impõe a responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar, diante da simples demonstração do dano e do nexo de causalidade, sem que seja permitida nenhuma contra-prova, exceção ou causa excludente, conforme assinala **João Frazen**.⁷

No que tange à teoria adotada, é preciso que pondere-se e apreenda-se o verdadeiro sentido das orientações doutrinárias que, ao procurarem simplificar a compreensão da matéria, podem induzir a uma exagerada concepção da teoria objetiva.

Nesse passo, portanto, se faz necessário remarcar que, embora o Código Civil e a Constituição tenham adotado um fundamento objetivo no que se refere à responsabilidade civil do Estado, não há como se cogitar da desnecessidade de comprovação do dano e da existência do nexo de causalidade. É preciso se ter presente que a ação ou omissão da qual possa resultar o dano, constitui-se pressuposto dessa responsabilidade.

Como se vê, diante do exposto, pode-se assegurar que a responsabilidade objetiva não prescinde da presença dos pressupostos ato ou fato, dano e nexo de causalidade. Por outro lado, no que tange à adjectivação do risco como fundamento a ser acrescido, é de se convir que a circunstância de se tê-lo como absoluto ou moderado dependerá da atividade exercida. Enquanto o dano, derivado de uma atividade nuclear, terá a responsabilidade civil regida pelo seu exercício, na hipótese moderada, a mesma responsabilidade assume feição mais amena, admitindo, inclusive, a excludente da força maior.

É exatamente essa feição moderada que se revela aplicável no âmbito do direito eleitoral. Já não se afigura aceitável que, por exemplo, um eleitor vítima de uma prisão irregular, nas vésperas de uma eleição, não possa cogitar de uma reparação por danos morais e materiais decorrentes dessa prisão. Do mesmo modo, aquele que teve obstado o exercício do direito de votar, seja por uma falha do serviço eleitoral, seja em razão de uma decisão teratológica ou de uma ação isolada de alguém que se encontre à disposição dessa mesma Justiça, pode e deve acionar o Estado buscando uma justa compensação moral.

Conforme já tivemos oportunidade de constatar, são inúmeras as possibilidades do Estado, no âmbito do exercício de sua função jurisdicional eleitoral, causar danos injustos aos Partidos Políticos, aos candidatos e, principalmente, aos eleitores. Na hipótese dos Partidos, ainda que não se revele comum, já se teve concretizadas extinções, erros em cálculos de coeficientes eleitorais e desfiliações ou cassações indevidas, com efetivos prejuízos para a atuação de uma determinada agremiação, afetada no seu patrimônio moral, no seu nome ou projeção nacional.

No tocante aos candidatos, são várias as hipóteses em que se lhes pode ser imposto um dano reparável. Em que pese a quase perfeição do sistema de votação eletrônica, não há como se afastar a possibilidade de erros ou falhas prejudiciais a esse ou aquele candidato. A informatização, ao tempo em que descortinou uma nova e promissora etapa da nossa Justiça Eleitoral, assinala com novas, ainda que mínimas, possibilidades de danos. Um disquete não recepcionado, certa feita, inviabilizou o registro dos candidatos de determinado Partido, numa eleição municipal. Nem mesmo as diligências adotadas pela referida agremiação foram capazes de superar o desacerto que, em verdade, não lhe podia ser debitado. Não fosse o pronto reparo efetuado pelo Tribunal, concretizar-se-ia dano imensurável àquele partido.

Por outro lado, não se diga que a possibilidade de um recurso reparador de um cogitado erro da máquina judiciária, por si só, exclui a responsabilidade patrimonial do Estado por danos decorrentes desse erro. Em absoluto. Os exíguos prazos eleitorais, a impossibilidade de uma intervenção processual imediata e, não raramente, as irremediáveis consequências danosas de atos ou ações eleitorais afastam a tese da exclusão de uma reparação.

O fato é que, prisões indevidas, obstáculos cartorários, decisões teratológicas, atos abusivos de quaisquer servidores da Justiça Eleitoral, cassações descabidas, punições estapafúrdias, enfim, quaisquer óbices injustos ao exercício da cidadania ou a outra prerrogativa constitucional, quando ilícita ou abusiva, levará o Estado a reparar os danos decorrentes, sejam materiais ou morais.

VI - CONCLUSÃO

Induvidoso, portanto, que baseada na paz social, na solidariedade, na equidade e no bem comum, apontados como seus elementos basilares, a teoria objetiva ganhou terreno e consolidou-se. Primeiro na França, com a promulgação, em abril de 1896, da lei de acidentes de trabalho e, depois, com o deslocamento do risco para outras áreas, em vários outros países, como ocorreu no Brasil, em 1912, quando se teve objetivada a responsabilidade das empresas de transporte ferroviário.

Hoje, ao que temos observado, não encontramos opositores da teoria objetiva que possam defender a culpa subjetiva, como critério técnico suficientemente adequado para absorver o oceano imenso e profundo da responsabilidade civil. Pelo contrário, diante do quadro que vem se desenhando desde o final do século XIX, não raramente é reconhecida, pelos próprios subjetivistas, a relativa impotência da teoria da culpa, como ocorreu na França, ao se objetivar a lei de acidentes do trabalho com o beneplácito de fervorosos adeptos da teoria clássica.

A verdade é que sempre se afigurou mais fácil apontar falhas na teoria objetiva que defender a eficiência da culpa, como norte para a solução das novas questões que se abatem sobre a responsabilidade civil, cada vez mais alargada como caminho obrigatório por onde passam as conseqüências jurídicas do vórtice social moderno, agravado pelo avanço tecnológico e pelo espantoso surto industrial que a sociedade de consumo alimenta.

Não temos dúvidas, a manifestação de Santo Tomás de Aquino, em favor da responsabilidade sem culpa, justificada em nome do bem comum que

traduz, dentro de certos limites, o próprio bem social, afigura-se atualíssima. A responsabilização civil, moldada nos contornos objetivistas, além de se constituir medida preventiva contra o dano decorrente da insensibilidade de muitos, era necessária, ainda segundo o doutor da Igreja, como uma “*medicina que incitasse ao bem*”. Em prol desse entendimento, é preciso não esquecer que a responsabilidade civil tem em vista, antes de mais nada, o dano e o subsequente dever de repará-lo. E o direito não poderia, jamais, permanecer insensível aos reclamos da sociedade e voltar-se unicamente para a busca de uma vontade complexa e, ao mesmo tempo, alheia à realidade social.

Ao cidadão comum, e, particularmente, ao eleitor, não se pode negar esse avanço e, conseqüentemente, a prerrogativa (na condição de solidário social, de mantenedor do Estado através dos impostos que paga) de buscar a reparação pelos danos que lhe sejam causados em qualquer esfera de poder do Estado que, convenhamos, existe para lhe servir.

BIBLIOGRAFIA

1. LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 329.
2. SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa*, 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1974, p. 95.
3. LIMA, Alvino. *Ob. Cit.*, p. 190-191.
4. SILVA, Wilson Melo da. *Ob. Cit.*, p. 95-111.
5. LIMA, Alvino. *Idem.*, p. 194-202.
6. A afirmação reproduzida por Aguiar DIAS é feita por Alvino LIMA que, acresce o pensamento de CONSENTIN no sentido de que “*a lei é regra média de vida, destinada a governar a universalidade dos casos possíveis e não pode ser perfeitamente proporcional à natureza concreta e à individualidade de caso particular ou de um fenômeno dado.*” (*Ob. Cit.*, p. 199).
7. LIMA, João Frazen de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 352.
8. AQUINO, Tomás de. *Apud*. SILVA, Wilson Melo da. *Ob. Cit.*, p. 151.
9. JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Bosch, B. Aires, T. II, vol. I, nº 558, p. 449.

10. FRANÇA, Edilson Alves de. *Responsabilidade Objetiva no Âmbito da Construção Civil*. Dissertação de Mestrado levado a efeito na UFPE, junho de 1999.
11. DIAS, J. de Aguiar. *Responsabilidade Civil*. ed. Saraiva, 2006.
12. ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria General de La Responsabilidad Civil*, 8ª ed., Buenos Aires, Editora Abeledo-Perrot, 1993.
13. RIPERT, George. *Le Régime Democratique et le Droit Civil Modeme*. Apud PEREIRA, Caio Mário, *Responsabilidade Civil*, 9. ed., Brasil, Forense, 2001.

A EFETIVIDADE DO DIREITO ELEITORAL E A SOBERANIA POPULAR

Fábio Nesi Venzon

Procurador Regional Eleitoral no Rio Grande do Norte

RESUMO

1. A efetividade vista como elemento intrínseco da norma jurídica, considerando a distinção entre norma jurídica e enunciado normativo. 2. A importância do direito eleitoral na reprodução do direito e na realização de políticas públicas. 3. A soberania popular no seu plano formal e substancial. 4. A necessidade do direito eleitoral assegurar a efetivação da soberania popular substancial na democracia representativa através de regras e de uma hermenêutica que resguarde o voto livre e consciente. 5. As sanções de cassação de registro, diploma ou mandato como proteção à soberania popular no seu plano substancial. 6. A regra do efeito apenas devolutivo aos recursos eleitorais como forma de garantir efetividade às sanções eleitorais, notadamente em virtude do limite temporal para o exercício dos mandatos eletivos. 7. A crítica a uma tendência de concessão de efeito suspensivo a recurso eleitoral sem verificação do *fumus boni iuris*, mas apenas baseado no argumento da inconveniência na alternância do poder, com prejuízo à soberania popular no seu plano substancial. 8. O risco de, pela ausência de efetividade, transformar-se a legislação eleitoral, no que tange com a cassação de registro, diploma ou mandato, em legislação-álibi: existente, mas sem aplicação prática.

PALAVRAS-CHAVE: Soberania popular. Voto livre e consciente. Norma jurídica. Efetividade. Recurso eleitoral. Efeito suspensivo. Alternância no poder. Legislação-álibi.

1. A efetividade como elemento intrínseco à norma jurídica.

Atualmente, existe uma evidente preocupação no meio jurídico em associar o direito à sua efetividadeⁱ. Em superar, portanto, a visão “asséptica” do direito (oriunda do positivismo) que o via como um sistema fechado ou como um fim em si mesmo, visão esta que buscava afastar do raciocínio jurídico qualquer “contaminação” oriunda de outras ciências humanas, como a sociologia ou a filosofia.

Ao contrário, para aqueles que entendem que o direito é, antes de tudo, o meio necessário para alcançar uma sociedade mais livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, da CF/88), impossível raciocinar sobre a norma jurídica sem pensar na sua efetividade. A efetividade da norma deixa de ser considerada como estando fora do campo jurídicoⁱⁱ, mas sim como sendo elemento principal da norma, sem o que não se está diante de norma jurídica, mas apenas de um texto legal. Nesse sentido, diversos doutrinários pátrios passam a realizar nítida distinção entre o *enunciado normativo* e a norma jurídicaⁱⁱⁱ. O jurista Luiz Roberto Barroso bem esclarece a distinção ao referir que “*Enunciado normativo é o texto ainda por interpretar. Já a norma é o produto da incidência do enunciado normativo sobre os fatos da causa, fruto da interação entre texto e realidade.*”^{iv}. Portanto, o enunciado normativo resume-se ao texto legal, o qual, porém, somente se torna norma jurídica quando aplicado aos casos concretos, ou seja, *ao tornar-se efetivo*.

2. A importância do direito eleitoral na reprodução do sistema jurídico e na realização de políticas públicas.

Antes de discorrermos sobre a efetividade especificamente do direito eleitoral, é imperioso que seja destacada a importância nuclear do direito eleitoral (com a sua interface constitucional) dentro do ordenamento jurídico, na medida em que está na origem da reprodução do direito. É através do direito eleitoral, notadamente do processo eleitoral, que serão escolhidos os

representantes da sociedade que irão elaborar e aprovar as novas leis. Está, portanto, o direito eleitoral intimamente relacionado com a futura produção de novos textos legais (reprodução do sistema jurídico), vez que é no âmbito das regras eleitorais que se dará a disputa e escolha dos futuros legisladores nas esferas federal, estadual e municipal.

Além disso, no contexto brasileiro, repleto de desigualdades sociais históricas, é somente (pois as “leis de mercado” não foram suficientes para tanto) através da Administração Pública que uma série de direitos fundamentais de cunho social poderão ser resguardados^v; direitos como saúde e educação, que, no atual marco civilizatório, são tidos como fundamentais para assegurar o chamado *mínimo existencial* a que todo homem e mulher tem direito pelo simples fato de serem humanos (art. 1º, inc. III, da CF/88), fim em si mesmo^{vi}. Desta forma, da escolha (realizada através do processo eleitoral), legítima ou não, dos representantes do povo para a chefia dos poderes executivos federal, estadual e municipal, dependerá a boa ou má execução das políticas públicas. É evidente que a eleição de um político corrupto, com a correspondente malversação futura dos recursos públicos que lhe é inerente, importará em prejuízo às políticas públicas e consequente deficiência na realização de direitos sociais e, inclusive, de direitos fundamentais de primeira geração que estejam a depender do Estado (como, p. ex., o direito à segurança pública, intimamente ligado ao direito à vida e à integridade física).

Numa visão, portanto, mais ampla, percebe-se a relação existente do direito eleitoral com a produção legislativa futura e com a concretização de direitos fundamentais mediante políticas públicas, decorrendo daí o reconhecimento de sua extrema relevância dentro do sistema jurídico.

3. A soberania popular no seu plano substancial.

Dispõe o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal que *“Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos*

ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Temos que o aludido preceito constitucional é o núcleo essencial de onde emana o princípio da soberania popular, conformando todo o direito eleitoral, que existe para assegurá-lo não apenas no plano formal, mas igualmente no plano substancial.

Formalmente, a soberania popular, no tocante à democracia representativa (aqui não abordaremos a democracia direta), estará assegurada mediante eleições periódicas. Substancialmente (em seu conteúdo), a soberania popular depende do voto ter sido dado de forma livre e consciente pelo eleitor.

No plano formal, parece-nos que não há muito o que discutir, vez que a Justiça Eleitoral brasileira tem se notabilizado pela boa administração das eleições, são exemplos disso a urna eletrônica, que já é referência mundial, bem como o seu aperfeiçoamento, como é o caso do voto mediante identificação biométrica do eleitor.

O que, realmente, demanda um maior aprofundamento é o plano substancial da democracia representativa, vez que nossa sociedade já está cansada dos relatos, quase que diários, de mandatos eletivos desvirtuados pela corrupção em detrimento de quem, nas urnas, outorgou-os.

4. A conformação do direito eleitoral ao princípio da soberania popular mediante regras e interpretação jurídica que resguardecem o voto livre e consciente.

Nesse sentido, partindo-se do pressuposto de que o cidadão que vote *consciente* das propostas dos candidatos e da qualificação destes, bem como *livre* de pressões políticas ou econômicas^{vii}, fará a escolha que melhor irá resguardar seus interesses, cumpre ao Direito Eleitoral, para conformar-se ao disposto no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal no seu plano substancial: a) garantir, mediante dispositivos legais, o voto livre e consciente, ou seja tipificar como ilícitos atos que tenham por finalidade afastar essas

qualidades do voto e sancioná-los; b) prever regras processuais que confirmem máxima efetividade às normas referidas no item anterior, compatibilizando-as evidentemente com o direito de defesa; c) contar com uma hermenêutica que assegure, no caso concreto, a efetividade do citado parágrafo único do art. 1º da CF/88 no seu aspecto substancial, permitindo que não apenas o enunciado normativo (texto legal) da regra infraconstitucional se conforme ao citado preceito constitucional, mas igualmente a norma (resultado da aplicação do texto legal ao caso concreto, conforme distinção doutrinária supra-referida) assim o faça.

Não olvidemos, evidentemente, que o dito voto consciente pressupõe não apenas que o eleitor tenha meios de conhecer os diversos candidatos e suas propostas (o que compete à Justiça Eleitoral garantir), mas também que tenha um nível de escolaridade suficiente para poder compreender a importância do seu papel na construção de uma sociedade melhor e avaliar criticamente os diversos candidatos. **A educação, portanto, é a base sobre a qual se constrói a democracia representativa**, mas enquanto essa base não é sólida, maior ainda é a importância do Direito Eleitoral para evitar que a população desinformada seja utilizada por alguns políticos inescrupulosos que almejam o poder não para bem representar, mas sim para satisfazer seus interesses pessoais.

Portanto, a realização da soberania popular no seu plano substancial depende da existência de regras eleitorais que assegurem o voto livre e consciente, e, mais importante, da aplicação efetiva dessas regras por meio de um processo eleitoral que coíba o seu descumprimento.

5. As cassações de registro, diploma ou mandato como proteção à soberania popular.

Quanto ao primeiro aspecto referido, alusivo às regras de condutas que deverão ser seguidas na disputa eleitoral. O nosso ordenamento jurídico está repleto delas, foi com o intuito de fazer valer o voto livre e consciente que

foram editadas a Lei Complementar n. 64/90 (Lei das Inelegibilidades) e a Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições).

Da LC n. 64/90 extraem-se regras que impedem o candidato de concorrer (inelegibilidades) em razão de circunstâncias pessoais (ausência de desincompatibilização, p. ex.) ou fatos (abuso de poder político, econômico ou uso indevido dos meios de comunicação social) que certamente trariam prejuízo à liberdade de votação, ou ainda de antecedentes do pretense candidato que não recomendam sua candidatura (desaprovações de contas em gestões passadas, p. ex.).

Já a Lei n. 9.504/97 prevê como ilícitos, cominando as sanções de cassação do registro do candidato ou do diploma caso eleito, a captação ilícita de sufrágio (compra de voto) ou a prática de determinadas condutas que veda ao Administrador Público (para evitar que a máquina pública seja utilizada em prol de determinado candidato em prejuízo dos demais – regra de extrema importância em razão da possibilidade de reeleição).

Ademais, a partir de 2006, a Lei das Eleições passou a contar com a sanção de negativa ou cassação do diploma na hipótese de constatação de arrecadação e gastos ilícitos de recursos.

Poderíamos, ainda, citar o próprio Código Eleitoral, onde estão previstos os crimes eleitorais, a Lei dos Partidos Políticos, assim como as regras contidas na Lei n. 9.504/97 que regulam a propaganda eleitoral, restringindo-a de forma a garantir maior igualdade de oportunidades entre os candidatos, dentre outros dispositivos de direito eleitoral.

Temos, portanto, legislação que objetiva garantir a soberania popular no seu aspecto substancial^{viii}.

5.1. Neste ponto, importante atentar para o fato de que as sanções legais de cassação do registro, diploma ou mandato do candidato eleito não

afrontam a soberania popular, exatamente porque as condutas (abuso de poder, captação ilícita de sufrágio, etc.) que ensejam tais sanções importam em violação ao voto livre e consciente, logo a eleição, nesses casos, não correspondeu ao exercício da soberania popular no seu plano substancial, mas apenas no seu plano formal, o que, obviamente não é suficiente para legitimar o exercício do mandato eletivo.

Em situações como estas, somente a realização de novas eleições ou diplomação do segundo colocado é que irá restabelecer a democracia representativa.

6. O efeito apenas devolutivo aos recursos eleitorais: decorrência da temporariedade dos mandatos.

Mas de nada adiantaria a existência de tipificação de ilícitos eleitorais, com suas respectivas sanções de cassação de registro, diploma ou mandato, se não houvesse normas processuais que garantissem a concretização das citadas regras.

Aqui não podemos deixar de destacar que o direito eleitoral está entre os ramos do direito em que se faz mais necessária a incidência do novel inc. LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal, que incluiu entre os direitos fundamentais o direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade da sua tramitação. Dizemos isso, pois os mandatos eletivos são temporários, desta forma as sanções que incidem sobre os mesmos somente serão efetivas se executadas logo; caso contrário, a demora processual importará em total ausência de efetividade à norma eleitoral reconhecida no processo.

O retardo na execução de decisões que cassam registro, diploma ou mandato muitas vezes torna irreversível o dano à soberania popular substancial.

Pois bem. Em termos processuais, o direito eleitoral, já de longa data, preocupava-se com o risco à efetividade desse campo do direito que poderia advir da demora no cumprimento das decisões judiciais. Foi pensando nisso que foi incluído no Código Eleitoral o art. 257, dispondo que *“Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo.”*

A previsão contida no art. 257 do Código Eleitoral é, sem dúvida, a mais importante no que tange com a garantia de efetividade das regras eleitorais, notadamente aquelas que objetivam cassar o registro, diploma ou mandato de quem praticou abuso de poder econômico ou político, usou indevidamente dos meios de comunicação social, comprou votos, utilizou-se da máquina administrativa para sua campanha, praticou caixa dois, enfim realizou atos que tornam ilegítima sua eleição.

Isso é evidente, pois o processo, de regra, até alcançar-se o trânsito em julgado, demanda um longo tempo, ao final do qual, certamente, o mandato terá sido exercido em sua quase integralidade, tornando-se “letra morta” as sanções legais (p. ex., cassação do diploma do eleito e consequente mandato) fixadas numa longínqua sentença.

Como a efetividade (realização) do direito material depende da efetividade das técnicas processuais^{ix}, de nada adiantaria haver previsão de cassação de diploma, p. ex., se está regra somente passasse a incidir no caso concreto após encerrado o mandato, daí a previsão de efeito apenas devolutivo às sentenças.

Discorrendo sobre o tema, destaca Luiz Guilherme Marinoni^x que:

“a sentença, até prova em contrário, é um ato legítimo e justo. Por isso, é o recorrente ou o réu que deve pagar pelo tempo de demora do processamento do recurso. Não há como respeitar o direito fundamental à duração razoável sem atribuir efeitos concretos à sentença, ou melhor, sem dar à sentença a possibilidade de interferir na vida das pessoas.”

Prossegue, o mesmo autor, afirmando:

“o processo que nega efeito à sentença também nega valor ao juiz e ao tempo de primeiro grau de jurisdição. Uma sentença que não pode produzir efeitos na pendência da apelação é, no máximo, um projeto da decisão do tribunal. Nesse sentido, o procedimento de primeiro grau se torna uma ante-sala – aliás uma cara, penosa e inútil ante-sala – à espera da única e verdadeira decisão, que então é, sem dúvida, a do tribunal.”.

7. A crítica ao argumento da inconveniência da alternância no poder como fundamento para concessão de efeito suspensivo a recurso.

Diante da regra do efeito meramente devolutivo aos recursos eleitorais, preocupa-nos, portanto, uma tendência da jurisprudência, inclusive de alguns julgados do Tribunal Superior Eleitoral, de conferir efeito suspensivo a decisões que cassam registro, diploma ou mandato, sob o argumento de *que não é conveniente a alternância no poder*.

Cumpra salientar que estamos cientes de que podem ser proferidas decisões equivocadas, que cassem erroneamente um mandato, ferindo de morte a soberania popular. Porém, decisões equivocadas são passíveis de suspensão mediante o deferimento pelo Tribunal *ad quem* de medida cautelar que confira efeito suspensivo ao recurso.

Ocorre que a concessão do efeito suspensivo a recurso pressupõe a presença do *fumus boni iuris* (o *periculum in mora* é evidente), que, consoante a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, consiste na *probabilidade do recurso a que se quer dar efeito suspensivo ser provido*. Nesse sentido podemos citar trechos das seguintes ementas de acórdãos daquela Corte Superior publicados no ano de 2008:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CAUTELAR. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. ELEIÇÕES 2004. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO. LIMINAR. EXAME PERFUNCTÓRIO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-PROVIMENTO.

1. O *fumus boni juris* nas cautelares que visem a emprestar efeito suspensivo a recurso não dotado desse efeito traduz-se na probabilidade de êxito do próprio recurso. Precedente: AgR-AC nº

2784/BA, de minha relatoria, DJE de 7.10.2008; AgR-AC nº 2533/GO, de minha relatoria, DJE de 15.9.2008.

(...)

(AgR-AC - Agravo Regimental em Ação Cautelar Nº 3000; NOVO HORIZONTE DO NORTE – MT; 19/11/2008; Relator(a) FELIX FISCHER ; Publicação DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 15/12/2008, Página 40);

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. PERDA DE MANDATO. INFIDELIDADE PARTIDÁRIA. FUMUS BONI JURIS. AUSÊNCIA.

1. O fumus boni juris nas cautelares que visem a emprestar efeito suspensivo a recurso não dotado desse efeito traduz-se na probabilidade de êxito do próprio recurso.

(...)

(AgR-AC - Agravo Regimental em Ação Cautelar Nº 2784; BELMONTE – BA; 16/09/2008; Relator(a) FELIX FISCHER; Publicação DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 7/10/2008, Página 12);

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. EFEITO SUSPENSIVO. CONCESSÃO. AÇÃO DE PERDA DE MANDATO ELETIVO. DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA SEM JUSTA CAUSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO VERSUS ENQUADRAMENTO JURÍDICO DE FATOS. NÃO-PROVIMENTO.

1. A concessão de efeito suspensivo por meio de cautelar, cuja decisão, em exame perfunctório, reconhece novo enquadramento jurídico dos fatos sem extrapolar a moldura constante do v. acórdão a quo, para fins de exame do fumus boni iuris - probabilidade de êxito do recurso especial eleitoral - não encontra óbice no Enunciado nº 7 da Súmula do c. STJ.

2. Cabível o deferimento de ação cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial eleitoral ante a probabilidade de êxito do citado recurso e o perigo de dano irreparável consistente na supressão de mandato eletivo.

3. Agravo regimental não provido.

(AgR-AC - Agravo Regimental em Ação Cautelar Nº 2533; GOIÂNIA – GO; 26/08/2008; Relator(a) FELIX FISCHER; Publicação DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 15/9/2008, Página 13).

Portanto a concessão da cautelar para dar efeito suspensivo demanda uma análise do mérito do recurso ao qual se quer conferir o efeito, para aferir a possibilidade do seu provimento. Essa análise, como se percebe, nada tem a ver com o argumento da inconveniência da alternância no poder.

O mais grave é que o referido argumento, algumas vezes, é utilizado em substituição a uma análise do *fumus boni iuris* (probabilidade de provimento do recurso). É dizer não se analisa se o recurso tem possibilidades de êxito, mas simplesmente se reduz toda a fundamentação ao já citado argumento da *inconveniência de alternância no poder*.

Esquece-se que, ao não ser feita a necessária apuração da existência do *fumus boni iuris*, aceita-se deixar no cargo quem, tudo indica (ao menos há uma sentença nesse sentido e somente a apreciação da “fumaça do bom direito” é que poderia trazer fundamentos em sentido contrário), não foi eleito legitimamente.

O argumento da inconveniência de alternância no poder não pode sobrepor-se ao princípio constitucional da soberania popular, entendido no seu plano substancial.

A decisão que confere efeito suspensivo a recurso com base no já referido argumento, sem maior análise do *fumus boni iuris* (entendido esse como a probabilidade de provimento do recurso a que se busca dar efeito suspensivo) pode ser considerada arbitrária, vez que a legitimidade de uma decisão judicial é encontrada na argumentação utilizada para justificá-la^{xi}. Se decide-se que não deverá ser aplicado o art. 257 do Código Eleitoral, subtraindo-se da sentença ou acórdão sua eficácia imediata, no mínimo, será necessário verificar quais as falhas na decisão recorrida que são mencionadas no recurso e que poderão conduzir ao seu provimento, devendo para ser concedido o efeito suspensivo haver concordância em princípio com a tese do recorrente (assentando a presença do *fumus boni iuris*).

De outro ângulo, cumpre salientar que, mesmo para quem insiste no argumento da inconveniência de alternância no poder, a avaliação da probabilidade de êxito do recurso é fundamental, vez que, se não há probabilidade de provimento do recurso, o melhor para evitar a alternância é exatamente manter a eficácia imediata da sentença ou acórdão que retirou do

poder quem provavelmente não voltará. A *contrario sensu* ao se deixar no poder (conferindo efeito suspensivo) quem não tem a seu favor o *fumus boni iuris* (e é o que pode acontecer quando este não é analisado), se está aceitando a alternância futura que certamente ocorrerá quando for improvido o recurso.

8. Considerações finais.

Desta forma, a nossa preocupação reside em assegurar que o direito eleitoral cumpra seu papel na garantia da soberania popular nos seus planos formal e substancial, para que, com a eleição de verdadeiros representantes de nossa sociedade, por meio do voto livre e consciente, possamos contar com leis e políticas públicas adequadas ao interesse comum.

Não podemos admitir que o direito eleitoral, pela sua importância, cumpra um papel apenas simbólico, de legislação-álibi^{xii}, destinado apenas a justificar a existência de uma democracia representativa brasileira, que, contudo, nem sempre se faz presente na prática.

BIBLIOGRAFIA:

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes*, tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes,

2007.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2007.

NOTAS:

ⁱ Sobre o assunto ver Luís Roberto Barroso *in O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

ⁱⁱ Cf. Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2009, p. 305: “Consoante doutrina clássica, os atos jurídicos em geral, inclusive as normas jurídicas, comportam análise em três planos distintos: os da sua existência, validade e eficácia. No período imediatamente anterior e ao longo da vigência da Constituição de 1988, consolidou-se um quarto plano fundamental de apreciação das normas constitucionais: o da sua efetividade.”

ⁱⁱⁱ Sobre a mesma distinção entre texto e norma, podemos citar Cristiane Derani, *Direito Ambiental Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, pág. 47: “Adoto a distinção perspicaz de Friedrich Müller entre texto e norma jurídica. Texto jurídico é o que está escrito. A norma é o texto relacionado com situações de fato (âmbito normativo) que se quer normatizar. (...) ‘O teor da norma só se completa no ato interpretativo’, reitera Hesse.”

^{iv} Nesse sentido esclarece Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2009, p. 194: “Nessa linha, enunciado normativo corresponde a uma proposição jurídica no papel, a uma expressão linguística, a um discurso prescritivo que se extrai de um ou mais dispositivos. Enunciado normativo é o texto ainda por interpretar. Já a norma é o produto da incidência do enunciado normativo sobre os fatos da causa, fruto da interação entre texto e realidade. Da aplicação do enunciado normativo à situação da vida objeto de apreciação é que surge a norma (...)”.

^v Sobre os direitos sociais e sua realização através do Estado, afirma Paulo Bonavides, *in Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed., pp. 520/521: “Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade ‘objetivada’, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam a realização concreta e cujos pressupostos devem ser ‘criados’, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais de segunda geração.”

^{vi} KANT, Immanuel, *in Fundamentação à metafísica dos costumes*, tradução de Antônio Pinto de Carvalho, Companhia Editora Nacional.

^{vii} Pela atualidade, transcreve-se trecho do *Contrato Social*, L&PM, 2007, p. 67, em que Rousseau afirma: “Se quisermos saber em que consiste precisamente o maior bem de todos, que deve ser a finalidade de cada sistema de legislação, veremos que ele se reduz a estes dois objetos principais, a liberdade e a igualdade. A liberdade porque toda dependência particular equivale a retirar força do corpo do Estado; a igualdade porque a liberdade não pode subsistir sem ela. Já afirmei o que é a liberdade civil; com relação à igualdade, não se deve entender por essa palavra que os graus de poder e de riqueza sejam absolutamente os mesmos, mas que, quanto ao poder, esteja abaixo de toda violência e nunca se exerça senão em virtude da ordem e das leis; quanto à

riqueza, que nenhum cidadão seja bastante opulento para poder comprar um outro e nenhum bastante pobre para ser forçado a vender-se.”

viii Evidente que possui falhas (p. ex., não definindo limite de gastos de campanha, remetendo ao legislador a faculdade, que não vem sendo exercida; ou a inelegibilidade por apenas 03 anos em caso de abuso de poder; ou a exigência de trânsito em julgado para cassação do registro igualmente nos caso de abuso de poder), mas exatamente por isso deve ser bem aplicada naquilo em que é adequada à tutela da soberania popular.

ix Sobre o *direito à técnica processual adequada à tutela do direito e ao caso concreto*, vide Luiz Guilherme Marinoni *in Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 269-283.

x Ob. cit., p. 225.

xi PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

xii Sobre a legislação-álibi escreve Marcelo Neves *in* *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 36/41: “(...) O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão ‘legislação-álibi’. Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos. (...) A legislação-álibi decorre da tentativa de dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos.”

A PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA.

Arthur Rollo

Advogado especialista em legislação eleitoral, co-autor das obras “Propaganda Eleitoral Teoria e Prática”, da Editora Revista dos Tribunais, e “Reforma política uma visão prática, da Editora Iglu, mestre e doutorando pela PUC/SC, Professor Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

RESUMO: Conceito de propaganda eleitoral antecipada. 2. Distinção entre a propaganda eleitoral e as demais formas de propaganda política. 3. A propaganda antecipada e a jurisprudência do TSE. 3.1 Mensagens institucionais do Executivo e do Legislativo. 3.2 Mensagens episódicas e transitórias. 3.3 Entrevistas, colunas e programas na imprensa. 4. Conclusões.

1. Conceito de propaganda eleitoral antecipada.

A propaganda eleitoral consiste na divulgação de idéias e opiniões, visando captar a simpatia do eleitorado e obter-lhe o voto. O objetivo da propaganda eleitoral é angariar votos. Trata-se de espécie de propaganda política, assim como a propaganda intrapartidária e a propaganda partidária.

É nesse sentido a lição de Joel José Cândido, para quem:

Propaganda Política é gênero; propaganda eleitoral, propaganda intrapartidária e propaganda partidária são espécies desse gênero. Propaganda Eleitoral ou Propaganda Política Eleitoral é uma forma de captação de votos usada pelos partidos políticos, coligações ou candidatos, em época determinada por lei, através da divulgação de suas propostas, visando à eleição de cargos eletivos. Em “Direito Eleitoral Brasileiro”, p. 149.

Conforme estabelece o art. 36, “caput” da Lei nº 9.504/97, a propaganda eleitoral: **“somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição.”** Além dessa limitação de ordem temporal, existem disciplinas formais da propaganda eleitoral. Por exemplo, veda-se, como regra, a propaganda eleitoral em bens públicos e em bens particulares de uso comum, tais como bares, restaurantes, cinemas, etc..

Vale dizer, para ser legítima a propaganda eleitoral deve ocorrer a partir do dia 6 de julho do ano da eleição, nas formas permitidas pela legislação eleitoral. Essas duas características devem concorrer.

A propaganda eleitoral será irregular quando for veiculada antes do prazo estabelecido pela lei, hipótese em que será chamada de antecipada, ou, dentro do prazo legal, quando deixar de atender às prescrições legais no tocante à sua forma.

Isso significa que qualquer modalidade de propaganda eleitoral, quando feita antes do dia 6 de julho do ano da eleição, será considerada irregular, não importando se sua forma está autorizada pela legislação eleitoral.

A lei eleitoral estabelece termo final para a propaganda eleitoral antecipada, que é o dia 6 de julho do ano da eleição, data a partir da qual a propaganda eleitoral passa a ser permitida. Entretanto, não houve a fixação de data para o início da incidência de punição pela propaganda eleitoral antecipada. Cabe, assim, a pergunta: poderá haver condenação em decorrência da propaganda eleitoral realizada um ano antes da eleição?

Já vimos, na prática, casos de condenação por propaganda eleitoral antecipada por fatos verificados um ano e meio antes do pleito. Entretanto, tendo em conta que o objetivo da propaganda eleitoral é a obtenção do voto, não achamos viável a lembrança de um pedido verificado um ano antes da eleição.

Das duas uma, ou o pedido de voto é renovado em data próxima ao pleito, ou cairá no esquecimento. Por isso, entendemos que a lei eleitoral deveria ter fixado o termo inicial da propaganda eleitoral antecipada.

Achamos razoável que, enquanto isso não ocorre, “de lege ferenda”, seja o termo inicial da propaganda eleitoral antecipada considerado a partir do início do ano eleitoral. Isso porque, fatos anteriores, a nosso ver, cairão no esquecimento, e não terão o potencial de desequilibrar o pleito eleitoral.

Uma propaganda eleitoral antecipada, verificada um ano antes do pleito, não será lembrada pelo eleitor e, por essa razão, não merece punição.

Nos termos do art. 36, §3º da Lei nº 9.504/97, a propaganda eleitoral antecipada é punida, com pena de multa de vinte mil a cinquenta mil UFIR ou equivalente ao custo da propaganda, se este for maior. Regulamentando o artigo em questão, o C. TSE, através da Resolução nº 22.718, fixou o valor da multa entre R\$21.282,00 e R\$53.205,00, sem prejuízo da equivalência ao custo da propaganda, quando for maior.

A maior dificuldade consiste em identificar a propaganda eleitoral antecipada. Isso porque os políticos buscam, a todo instante, manter-se em evidência, como forma assegurar suas eleições futuras. Político que não é lembrado não é votado.

Não é qualquer forma de divulgação do nome que configura propaganda eleitoral. Isso porque faz parte da atividade política o proselitismo. O difícil justamente é saber quando o proselitismo político transmuda-se na propaganda eleitoral.

Como já afirmaram Alberto Rollo e Enir Braga, em “Comentários à Lei nº 9.100, de 1995”: ***“O que a lei coíbe não é o proselitismo político, mesmo que ele traga, insito em seu bojo, o interesse no voto futuro. O que a lei coíbe é a propaganda com o pedido de voto, concomitante.”***

Não há como evitar que os políticos se relacionem com o seu eleitorado. Esse contato direto é essencial à democracia, porquanto permite que os eleitores sejam informados das atividades de seus representantes e as fiscalizem.

Como já disse há algum tempo, com propriedade, a Subprocuradora Railda Saraiva, em parecer encampado pelo voto do Min. Diniz de Andrada (JTSE, vol. 6, nº3, p. 89/102): ***“... pessoalmente entendo que os políticos sempre agem com a intenção de expandir seu eleitorado – de angariar votos, no presente ou no futuro.”***

A fim de conferir limites ao proselitismo político, a jurisprudência dos Tribunais Eleitorais do país passou a considerar como propaganda eleitoral não só aquela que contém o pedido de voto direto, como também aquelas outras formas que, mesmo sem contê-lo, fazem alusão ao pleito e a características do futuro candidato, que o distinguem em relação aos demais.

No Acórdão nº 20.570, da lavra do Tribunal Regional do Paraná restou consignado que:

A propaganda eleitoral ilícita há que ser aquela em que o pré-candidato atua como se candidato fosse, visando influir diretamente na vontade dos eleitores, mediante ações que traduzem um propósito de fixar sua imagem e suas linhas de ação política, em situação apta, em tese, a provocar um desequilíbrio no procedimento eleitoral relativamente a outros candidatos, que somente após as convenções poderão adotar esse tipo de propaganda.

A jurisprudência do C. TSE restou pacificada no mesmo sentido, dispensando, outrossim, a existência de candidatos oficialmente escolhidos em convenção, para a configuração da propaganda eleitoral antecipada. Foi nesse sentido a decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 21.594, Classe 22ª, j. 9.11.2004, DJ de 17.12.04, p. 317:

Assentou a jurisprudência deste Tribunal que é irrelevante o fato de não haver candidatos indicados, oficialmente escolhidos em convenção, para que se configure a propaganda extemporânea (RP nº 267/ES, de 21.9.2000, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 8.11.2000).

Entende-se como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal – apta, em determinadas circunstâncias a configurar abuso de poder econômico – mas na propaganda eleitoral (Respe nº 16.183/ MG, de 17.2.2000, rel. Min. Eduardo Alckmin, DJ de 31.3.2000).

Esses posicionamentos vêm sendo adotados até os dias atuais. Se de um lado o político é livre para fazer proselitismo, este não pode desbordar para a propaganda eleitoral antecipada. Sempre que houver menção a circunstâncias eleitorais, como ao ano e à data da eleição, ao cargo almejado, aos méritos do postulante, bem como à ação política a ser desenvolvida, se eleito, estaremos diante da propaganda eleitoral antecipada.

É nessa mesma direção a lição de Alberto Rollo e Enir Braga, que já ressaltaram que: ***“Não existem pré-candidatos, nem candidatos a candidato. Assim, toda propaganda de cunho eleitoral é irregular do ponto de vista jurídico-eleitoral, se feita antes da escolha do candidato na convenção.”***

Quem ostenta a posição de “pré-candidato” e a propala ao eleitorado realiza, inegavelmente, propaganda eleitoral antecipada, estando sujeito às punições legais. Da mesma forma, quem confecciona e distribui adesivos “Dudu 2008”, por fazer alusão ao pleito futuro, pode ser punido.

Como já decidido pelo C. TSE, nos autos do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 6204, em 15.05.2007, DJ de 01.08.2007, p. 234, resta configurada a propaganda eleitoral extemporânea: ***“mediante a exaltação das qualidades do representado, com a divulgação do trabalho por ele realizado durante o mandato, e com o pedido de apoio ao eleitor.”***

Toda a vez em que, na mensagem, a ênfase for dada à pessoa, visando enaltecê-la e destacar o seu trabalho político, a fim de angariar a simpatia dos eleitores, poderemos estar diante da propaganda eleitoral antecipada. Em divulgações sem objetivos eleitorais o destaque é dado ao fato e não propriamente ao seu protagonista.

Entretanto, não basta à configuração da propaganda eleitoral antecipada a ênfase na pessoa. Deve haver menção a circunstâncias eleitorais como, por exemplo, um pedido de apoio.

Nesse sentido, já decidiu o C. TSE que:

A mera divulgação do nome e do trabalho desenvolvido, sem referências a eleições, candidaturas ou votos, não caracteriza propaganda eleitoral antecipada, nem permite a aplicação da multa prevista no art. 36, §3º, da Lei nº 9.504/97. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 5.275 – Classe 2ª, j. 01.02.2005, DJ de 15.04.2005, p. 163.

A divulgação do trabalho parlamentar, administrativo e político continua permitida, mesmo no período eleitoral, até porque os veículos de imprensa são livres, nos termos do art. 220 da Constituição Federal, para noticiar.

Se esta, no entanto, vier acompanhada de elementos eleitorais, poderá estar configurada a propaganda eleitoral antecipada. Aliás, como já observamos, qualquer mensagem acompanhada de elementos eleitorais será hábil a transmudar-se em propaganda antecipada.

O C. TSE já considerou elemento eleitoral, por exemplo, a referência à Câmara dos Deputados, por configurar menção ao cargo pretendido. Destaca-se trecho da decisão monocrática:

“ A dita referência se infere da menção à Câmara dos Deputados, em clara e evidente alusão ao cargo pretendido.

E, como também dito na decisão, com alguma ênfase, se a frase ‘na hora do voto, pense nisso’ não implica em propaganda antecipada, ainda que dissimulada, nada mais poderá fazê-lo, tornando letra morta o dispositivo legal violado.” TSE, Agravo de Instrumento nº 7826, Relator Ministro Cezar Peluso, decisão publicada no DJU de 07.11.2007, p. 99.

Além da modalidade positiva da propaganda eleitoral antecipada, cumpre ressaltar a possibilidade da sua modalidade negativa.

De fato, assim como existem mensagens visando indicar que a pessoa é a mais apta para o exercício de determinado mandato, também existem divulgações com o propósito de mostrar que certa pessoa não tem condições de ser eleita e de que sua eleição representaria risco para a população.

Críticas podem existir. O que não pode acontecer é a propaganda eleitoral antecipada negativa, configurada na divulgação de mensagens indicando que a pessoa é desqualificada para o exercício do mandato. São comuns em período eleitoral os pedidos para que a população não vote em determinado candidato. Se isso acontecer antes do dia 6 de julho do ano da eleição, estará configurada a propaganda eleitoral antecipada negativa.

Como já decidiu o C. TSE:

Jornal de entidade sindical que adverte o eleitor a não confiar em pré-candidato à Presidência da República e sugere que sua eleição pode resultar em caos no setor da segurança. Jornal que, de forma geral, faz propaganda contra pré-candidatos de partido. Propaganda eleitoral antecipada negativa. Aplicação da multa prevista no art. 36, §3º, da Lei nº 9.504/97. Representação que se julga procedente. RP 897, j. 09.05.2006, publicado em sessão.

A proteção da “pars conditio” compreende não só a impossibilidade de realização de propaganda eleitoral positiva antes do dia 6 de julho, como também a proteção do possível candidato em relação à propaganda eleitoral negativa, nesse período.

Sempre os possíveis candidatos poderão fazer divulgações de ordem política, até porque também poderão ser criticados. Não poderá haver abuso nem nos elogios e nem nas críticas, no período eleitoral. O excesso, em ambos os casos, poderá configurar a propaganda eleitoral antecipada.

Cumpra-se também que a propaganda eleitoral antecipada enseja a punição do **“responsável pela divulgação”** e do candidato **“quando comprovado seu prévio conhecimento”**. Isso significa que só haverá condenação quando houver a prova da responsabilidade ou do prévio conhecimento do candidato beneficiado.

A prova do prévio conhecimento pode acontecer a partir das circunstâncias do caso concreto. Isso porque, sendo a propaganda eleitoral de grande repercussão, não poderá o candidato beneficiado negar seu prévio conhecimento.

Se a propaganda eleitoral irregular for feita em local de grande impacto visual, próximo à residência ou ao escritório do candidato, tiver sido noticiada na imprensa, por exemplo, restará configurado o prévio conhecimento do seu beneficiário.

Nesse sentido é a jurisprudência do C. TSE:

Por outro lado, é remansosa a jurisprudência desta Corte no sentido da inadmissibilidade de imputação de multa ao beneficiário com base em presunção. Consoante preceitua o parágrafo único do art. 72 da Res.-TSE nº 21.610/2004, a cominação da multa ao beneficiário é admissível quando as circunstâncias e as peculiaridades do caso específico revelarem a impossibilidade de o beneficiário não ter tido conhecimento da propaganda. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25.069 – Classe 22ª, j. 19.05.2005, DJ de 02.09.2005, p. 153.

Naqueles casos em que existir dúvida, com base na resolução do TSE nº 22.718, que dispõe sobre a propaganda eleitoral, o candidato será notificado para retirar a propaganda irregular, em quarenta e oito horas¹. A inércia no atendimento dessa determinação configurará o prévio conhecimento e ensejará a aplicação da punição.

Três são as possibilidades, portanto, a ensejar a condenação do candidato beneficiário.

Na primeira, o representante faz prova, com a petição inicial, do prévio conhecimento do beneficiário.

Na segunda, o prévio conhecimento do beneficiário pode ser inferido das circunstâncias do caso concreto (forma, características, localização e impacto visual da propaganda eleitoral, por exemplo).

Na terceira, o candidato é notificado para desfazer a propaganda eleitoral irregular e permanece inerte.

Além de provar a existência da propaganda eleitoral antecipada, em princípio, o representante deverá fazer prova também da sua responsabilidade e/ou do prévio conhecimento do beneficiário.

2. Distinção entre a propaganda eleitoral e as demais formas de propaganda política.

¹ Aplica-se analogicamente, no nosso entender, o disposto no §1º do art. 13 da Resolução TSE nº 22.718: **“Quem veicular propaganda em desacordo com o disposto no caput será notificado para, no prazo de 48 horas, removê-la e restaurar o bem, sob pena de multa...”**.

Antes das eleições, está ressalvada, pelo §1º do art. 36 da Lei nº 9.504/97, a possibilidade de realização de propaganda intrapartidária ou pré-convencional, que não se confunde com a propaganda eleitoral.

A propaganda intrapartidária pode ocorrer na quinzena anterior à realização das convenções partidárias, que devem acontecer entre o dia 10 e 30 de junho do ano da eleição. Seu objetivo é captar os votos dos convencionais, a fim de que o postulante seja escolhido candidato.

Além, portanto, de distinguir-se da propaganda eleitoral em relação ao período de divulgação, são distintos seus objetivos. Deve essa difusão ser voltada aos convencionais e, por isso, mais restrita.

A propaganda intrapartidária não pode ser realizada através de rádio, televisão, outdoor e internet, meios que conferem-lhe a amplitude da propaganda eleitoral.

Habitualmente, a propaganda intrapartidária consiste em mensagens aos convencionais, veiculadas sob a forma de faixas e cartazes, afixados nas imediações do local em que será realizada a convenção partidária. Restringe-se a essas formas, de acordo com a regulamentação estabelecida nas resoluções baixadas pelo C. TSE, por ocasião de cada pleito².

A propaganda partidária, por sua vez, está regulada nos arts. 45 e seguintes da Lei nº 9.096/95. Tem o propósito de divulgar os ideários partidários, mensagens aos filiados sobre a execução do programa do partido e das suas atividades congressuais, por exemplo. Enfim, visa estabelecer contato com os filiados e com a população, a fim de, mediante a divulgação das ações partidárias, conclamá-los a engajarem-se na consecução dos objetivos definidos no estatuto.

Essa modalidade de propaganda não será difundida no segundo semestre do ano da eleição, conforme estabelece o §2º do art. 36 da Lei nº 9.504/97.

Como já tivemos oportunidade de mencionar em nossa participação na obra “Reforma Política Uma visão prática”:

A propaganda política é veiculada sob a forma de propaganda eleitoral, cujo objetivo é divulgar o candidato e angariar o voto do eleitor, a partir do dia 6 de julho do ano da eleição até a sua véspera, de propaganda intrapartidária que objetive a escolha do postulante como candidato na convenção do seu partido, difundida na quinzena anterior a esta, e propaganda partidária, que vise à divulgação das idéias, propostas e ações do partido, e que não é veiculada no segundo semestre do ano da eleição. p. 135.

Todas essas diferenças, temporais e formais, das modalidades de propaganda política, podem ser sintetizadas no quadro seguinte:

Propaganda	Objetivo	Período de Divulgação
Eleitoral	Obter o voto do eleitor.	A partir do dia 6 de julho do ano da eleição, até a véspera do pleito.
Intrapartidária	Que o postulante seja escolhido na convenção como candidato.	Na quinzena anterior à convenção.

² A questão vem regulada pelo §1º do art. 3º da Resolução TSE nº 22.718, baixada para as eleições de 2008: “Ao postulante a candidatura a cargo eletivo é permitida a realização, na quinzena anterior à escolha pelo partido político, de propaganda intrapartidária com vista à indicação de seu nome, inclusive mediante a afixação de faixas e cartazes em local próximo da convenção, com mensagem aos convencionais, vedado o uso de rádio, televisão, outdoor e internet (Lei nº 9.504/97, art. 36, §1º).”.

Partidária	Visa à divulgação das idéias e das ações do partido, em relação a temas político-comunitários	Exceto no segundo semestre do ano da eleição.
-------------------	---	---

Muito embora seja clara a distinção entre a propaganda eleitoral e as demais formas de propaganda política, não raro a propaganda intrapartidária e partidária são desviadas da sua finalidade, para ressaltar a figura, as ações e méritos de filiado que notoriamente será ungido candidato no próximo pleito.

Esse desvirtuamento já foi notado pelo C. TSE, por exemplo, quando do julgamento da RP 942, de 05.06.2007, DJ de 26.06.2007, p. 144, na qual restou decidido que:

A utilização da propaganda partidária para exclusiva promoção pessoal de filiado, com explícita conotação eleitoral, impõe a aplicação da pena de multa pela ofensa ao art. 36 da Lei das Eleições, na espécie, em seu grau mínimo, e de cassação do tempo destinado ao programa partidário da agremiação infratora do art. 45 da Lei dos Partidos Políticos, proporcionalmente à gravidade e à extensão da falta.³

Nesse mesmo julgamento, restou consignado que a comparação entre administrações, a fim de, através de críticas àquela adversária, ressaltar os bons aspectos da efetuada por membro de seu partido, configura propaganda eleitoral. Destaca-se:

A realização de comparação entre a atuação de governos sob a direção de agremiações adversárias, com a finalidade de ressaltar as qualidades do responsável pela propaganda e de denegrir a imagem do opositor, caracteriza propaganda eleitoral subliminar e fora do período autorizado em lei.⁴

Com a propaganda eleitoral antecipada, todavia, não se confunde a crítica partidária, assim entendidas aquelas mensagens que ressaltam os aspectos negativos de uma ou mais agremiações adversárias, mas sem exaltar a figura de filiados. Nesse sentido decidiu o C. TSE, quando do julgamento da RP nº 994, em 9.8.2007, DJ de 4.9.2007, p. 81:

O programa do DEM (antigo PFL) conteve em sua essência pesadas críticas em relação a filiados do Partido dos Trabalhadores (PT), inclusive de alguns que atuaram no Governo Federal, buscando com isso demonstrar à sociedade o seu posicionamento sobre temas político-comunitários, com base em seu conteúdo amplamente divulgado pelos meios de comunicação do País, como os escândalos do 'Mensalão', da 'CPI dos Correios', da 'CPI dos Bingos' e do caseiro Francenildo, sem fazer comparação entre agremiações partidárias adversárias e sem procurar angariar a simpatia ou a antipatia da população para determinada pessoa, não havendo que se falar em propaganda eleitoral negativa.

³ Nesse mesmo sentido decidiu o C. TSE, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 21.594, de 09.11.2004, DJ de 17.12.04, p. 317.

⁴ Nesse mesmo sentido decidiu o C. TSE, por ocasião do julgamento da RP nº 1242, de 26.04.2007, DJ de 22.05.2007, p. 179.

A questão já foi amplamente enfrentada por nossos Tribunais Eleitorais, restando pacificado o entendimento de que não deve a propaganda partidária ultrapassar “**o limite da discussão de temas de interesse político comunitário**”, conforme decidido pelo C. TSE, na RP 994, de 09.08.2007, DJ de 4/9/2007, p. 81.

A propaganda partidária pode divulgar a implementação das diretrizes partidárias na atuação administrativa de seus filiados, desde que a ênfase não seja conferida à pessoa, mas sim às ações institucionais do partido. Nesse sentido já decidiu o C. TSE por ocasião do julgamento da Representação nº 1.006 – C lasse 30ª, em 2 de agosto de 2007, nos termos da ementa seguinte:

PROPAGANDA PARTIDÁRIA. PEDIDO. PROMOÇÃO PESSOAL DE FILIADO. PROPAGANDA DE PRÉ-CANDIDATO. DESVIRTUAMENTO. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

É assente o entendimento desta Corte Superior no sentido de autorizar, durante a propaganda partidária, a divulgação de informações sobre o desempenho de filiado no exercício de mandato eletivo, como forma de expor à população as idéias defendidas pelo partido político responsável pelo programa, desde que nela não ocorra explícita publicidade de teor eleitoral ou exclusiva promoção pessoal.

Assim como em qualquer outra forma de divulgação, a menção às realizações partidárias deve ser cercada de cuidados, especialmente quanto à ausência de elementos eleitorais, a fim de evitar a punição por propaganda eleitoral antecipada. Nas divulgações do partido, a ênfase é dada às realizações da agremiação e não aos seus integrantes.

Se o destaque for dado a um determinado filiado, poderá estar configurada a antecipação da propaganda eleitoral.

No que diz respeito à propaganda intrapartidária, como o seu próprio nome indica, o que importa é o âmbito da divulgação. Pode, por exemplo, ser enviada mala direta contendo propaganda exclusivamente aos convencionais. Se o âmbito da divulgação estende-se a quem não integra a agremiação partidária, restará configurado o abuso e, possivelmente, a propaganda eleitoral antecipada, dependendo das circunstâncias do caso concreto.

3. A propaganda antecipada e a jurisprudência do TSE.

Ainda que possam ser identificados elementos comuns às manifestações da propaganda eleitoral antecipada, é a partir da análise da jurisprudência dos Tribunais Eleitorais que fica mais fácil constatá-la.

No que diz respeito à jurisprudência do C. TSE, pode-se dizer que há uma tendência à restrição do proselitismo político. As mensagens episódicas e transitórias, que antes não sofriam maiores restrições, agora estão sendo enfrentadas com maior rigor.

Isso, entretanto, ficará evidente a partir da análise dos casos concretos.

3.1 Mensagens institucionais do Executivo e do Legislativo.

A propaganda eleitoral não se confunde com a propaganda institucional. O conceito desta é dado pelo art. 73, VI, “b” da Lei nº 9.504/97 como sendo aquela relativa aos **“atos, programas, obras, serviços e campanhas”** dos órgãos públicos **“federais, estaduais ou municipais ou das respectivas entidades da administração indireta”**.

Nos termos do art. 37, “caput” da Constituição Federal, as propagandas institucionais devem observar estritamente os princípios da administração pública, dentre os quais o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Configuram, portanto, formas de propaganda institucional as mensagens veiculadas pelos Governos Federal, Estaduais e Distrital e Municipais, assim como pelas respectivas Casas Legislativas e pessoas jurídicas da administração indireta.

Essas divulgações são suportadas pelos cofres públicos e, por essa razão, não podem enaltecer os administradores ou os ocupantes dos cargos. Objetivam elas informar a população acerca do que está sendo feito pelos seus mandatários, e respectivos indicados, com o dinheiro arrecadado com impostos.

Tendo em vista a sua relevância, não podem elas sofrer restrições desnecessárias. Por essa razão, o Legislador tomou especial cuidado ao estabelecer limitações à propaganda institucional em período eleitoral, porque restringi-la implica em prejudicar o direito à informação da população, constitucionalmente assegurado.

A prestação de contas ao eleitor, que os parlamentares costumam fazer durante todo o seu mandato, continua permitida. Nesse sentido:

A Res.- TSE nº 22.231/2006 (Consulta nº 1.247 , relator Ministro José Delgado) assentou a possibilidade de prestação de contas, ao eleitor, das realizações do mandatário de cargo eletivo, ressaltando-se, no entanto, que eventuais abusos submeterão o infrator às penalidades legais. TSE, RESPE nº 26249, de 06.03.2007, DJ de 22.03.2007, p. 141.

Os parlamentares, ressalvado ato da Casa Legislativa em sentido contrário, poderão continuar divulgando seu trabalho fazendo uso dos recursos públicos disponibilizados para tanto. Obviamente, a divulgação do trabalho legislativo não se confunde com a propaganda eleitoral.

Se os recursos públicos forem utilizados para propaganda eleitoral, além do ilícito eleitoral, restará configurado ato de improbidade administrativa. Vale dizer, além da multa eleitoral, o candidato poderá ser condenado a devolver aos cofres públicos os recursos indevidamente utilizados.

Também, no nosso entender, não poderá haver a confusão do escritório-político, pago com o dinheiro da Casa Legislativa, com o comitê. Não é incomum a transformação do escritório em comitê, o que significa que todo o material mencionando aquele endereço, reverterá em benefício da campanha, o que é irregular.

Da mesma forma, o material pago com recursos públicos não poderá mencionar sítios pessoais do candidato, utilizados para campanha ou qualquer outra finalidade estranha ao mandato.

As notícias, relacionadas às ações do Executivo e Legislativo, continuam permitidas no período eleitoral, desde que a ênfase seja dada no fato e não na pessoa do candidato. Abusos serão punidos tanto na vertente da propaganda eleitoral antecipada, quanto do abuso dos meios de comunicação social.

Relatar feitos da administração é permitido. O que a lei veda é essa divulgação aliada à menção à candidatura, à comparação com o governo anterior, à menção ao pleito, enfim, a elementos eleitorais. Nesse sentido:

REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. INOCORRÊNCIA. *Inexiste propaganda eleitoral antecipada quando o chefe do Poder Executivo, em eventos públicos, sem qualquer menção a candidatura, eleições, ou comparação com governo anterior, relatada feitos de sua administração.*

Representação que se julga improcedente. Agravo regimental improvido. TSE, Agravo Regimental na Representação nº 874, Classe 30ª, j. 30.05.2006, publicado em sessão.

Além da ênfase à pessoa, em detrimento do fato em si, a forma de divulgação pode caracterizar o ilícito eleitoral. Não são comuns as divulgações institucionais por meio de outdoors, porque estes pressupõem mensagens diretas, não permitindo adequadamente a informação dos destinatários, sem falar no seu custo elevado.

Mensagens veiculadas por outdoor despertam suspeitas em relação ao seu real objetivo, em virtude do seu demasiado destaque à imagem. O C. TSE já considerou propaganda eleitoral antecipada mensagem de agradecimento a Deputado Federal pela colaboração em obra pública, veiculada através de outdoor:

Ora, não há como concluir por mera divulgação de atividades parlamentares a instalação de painéis com mensagem de agradecimento a deputado federal pelo seu empenho na concretização de determinada obra. A propaganda, aqui, é ostensiva, pois feita ao ar livre, exposta em via pública de intenso fluxo e de boa visibilidade humana, com forte e imediato apelo visual e amplo poder de comunicação. Demais disso, foi veiculada quatro meses antes das eleições, configurando a intenção de, no mínimo, ser o parlamentar lembrado, visto, considerado. Tal fato veste-se de firmes características de propaganda antecipada, mesmo que de forma indireta, simulada. Vale dizer ainda: o fato que se apresenta nestes autos é bem mais do que simples promoção pessoal. Recurso Especial Eleitoral nº 26.262 – Classe 22ª, j. 17.05.2007, DJ de 1.6.07, p. 247.

A possibilidade de veiculação de mensagens institucionais persiste no período eleitoral, ressalvado o modo da divulgação, que deve ser o usual. É de se estranhar o fato do administrador público ou parlamentar dedicar-se à divulgação de sua atuação exclusivamente no ano eleitoral, por meios não utilizados em nenhum outro momento do mandato.

A adoção de forma de divulgação de ampla repercussão, com demasiado destaque à imagem, per se, pode denotar a realização de propaganda eleitoral antecipada.

3.2 Mensagens episódicas e transitórias.

É curioso que os políticos dediquem-se ao lançamento de livros, cds, programas de televisão, colunas em jornal, recebimentos de títulos, etc. exclusivamente no período eleitoral.

E esse lançamento, como temos visto em todos os pleitos, é feito no rádio, na televisão, em jornais, por meio de outdoors, etc, ou seja, da forma mais ampla possível.

Por óbvio, permitir que notórios candidatos utilizem-se desses expedientes, vedados inclusive no período de propaganda eleitoral, é deixar de proteger a “pars conditio”, é permitir o desequilíbrio do pleito eleitoral.

As mensagens episódicas, como esses lançamentos, assim como as mensagens referentes ao Natal, ao dia das mães e aos aniversários das cidades, por exemplo,

continuam permitidas. Se, entretanto, vierem acompanhadas de elementos eleitorais ou se a forma da sua divulgação for de ampla repercussão, hábil a ensejar o desequilíbrio do pleito, restará configurada a propaganda eleitoral antecipada.

Felicitções por estar a cidade **“mais moderna, mais bonita e mais humana”**:

A jurisprudência desta Corte Superior entende que mensagens de cumprimento e felicitação, sem referência eleitoral, constituem atos de promoção pessoal e não de propaganda eleitoral.

...

No caso, o outdoor não contém mensagem que caracterize propaganda eleitoral, pois não há referência à eleição, pedido de votos, tampouco à qualidades que recomendassem o ora agravado a exercer cargo público, restando configurada, apenas, promoção pessoal. TSE, Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 26.236, de 22.03.2007, DJ de 11.04.07, p. 201.

Dia das Mães:

Agravo Regimental. Agravo de Instrumento. Propaganda Eleitoral Extemporânea. Jornal. Mensagem em homenagem ao dia das mães com fotografia do pré-candidato. Menção ao pleito futuro. Indicação do partido e da ação política a ser desenvolvida. Caracterização. Art. 36, §3º, da Lei nº 9.504/97. Agravo regimental desprovido. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 5.703, de 27.09.2005.

1. Restou assentado na decisão agravada: ‘10. (...) a Corte Regional asseverou que a propaganda ilícita se deu pela divulgação de (...) nome e fotografia, indicando o cargo exercido, como forma de lembrete para as eleições que se avizinham, tudo isso, de maneira extemporânea.’ (fl. 22). E concluiu ‘a indicação ao cargo exercido em letras de expressivo porte, sugerem o apelo implícito, a justificar a imposição de penalidade.’ (fl. 23). 11. Assim, observa-se que no caso em exame, como bem assinalou a Corte Regional, não caracterizou-se a mera promoção pessoal, mas sim verdadeira propaganda de cunho eleitoreiro, visando ao pleito que se aproximava. TSE, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 7.720, Classe 2ª, j. 1.8.2007.

Felicitções pela passagem de ano:

Não caracteriza propaganda eleitoral a veiculação de mensagem de felicitações pela passagem de ano, divulgada por meio de outdoor, contendo o nome de deputado, sem menção à sua atuação política, sua pretensão ao pleito futuro, ou propagação de princípios ou ideologias de natureza política. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 25.961, de 19.12.2006, DJ de 21.02.2007, p. 116.

Como se infere dos julgados acima, as mensagens episódicas e transitórias continuam permitidas pela jurisprudência do C. TSE. A veiculação dessas mensagens, no entanto, aliada a elementos eleitorais, bem como a formas de divulgação demasiado amplas, pode desnaturá-las para a propaganda eleitoral antecipada.

Toda a vez em que a mensagem contiver o potencial de desequilibrar o pleito eleitoral, merecerá ela punição.

3.3 Entrevistas, colunas e programas na imprensa.

Em princípio, em decorrência da liberdade de imprensa e de manifestação de pensamento, asseguradas pelo art. 220 da Constituição Federal, os meios de comunicação são livres para noticiar e os políticos são livres para conceder entrevistas.

Justamente por isso, a maioria dos julgados consagra essas liberdades, descartando a propaganda eleitoral antecipada. Nesse sentido:

Demonstrado está, sem controvérsia, que, em período anterior ao estabelecido para a propaganda oficial, o jornal, por via de entrevista concedida por postulante ao cargo de Senador, noticiou fatos relativos à campanha eleitoral que se aproximava e as possíveis alianças políticas que estavam sendo planejadas.

O direito de informar fatos políticos é via de aperfeiçoar a democracia.
Recurso Especial Eleitoral nº 26.134 – Classe 22ª, j. 24.08.2006, DJ de 08.11.06, p. 114.

Pode, inclusive, o detentor de cargo eletivo manter coluna em jornal mesmo no período eleitoral, desde que, obviamente, não faça referências eleitorais. Destaca-se:

... diferentemente do tratamento dado às empresas de rádio e TV, cujo funcionamento depende de concessão, permissão ou autorização do poder público, admite-se que os jornais e demais veículos da imprensa escrita possam assumir determinada posição em relação aos pleitos eleitorais, ressaltando-se que o eventual desvirtuamento dessa conduta poderá caracterizar abuso do poder econômico ou uso indevido dos meios de comunicação social, apurados na forma do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, ou mesmo propaganda eleitoral antecipada, em benefício de terceiro, passível da multa prevista no art. 36, §3º, da Lei nº 9.504/97.

Em face desse entendimento, afirmo que um cidadão, mesmo detentor de mandato eletivo, que assine coluna em jornal não sofre as limitações impostas pela legislação eleitoral, podendo mantê-la no período eleitoral, ainda que seja candidato. Consulta nº 1.053 – Classe 5ª, j. 18.05.2004, DJ de 21.6.04, p. 90.

A despeito disso, pode também ocorrer o desvirtuamento da entrevista, para transformá-la em propaganda eleitoral antecipada. Isso já foi reconhecido, por exemplo, quando do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 7.652, de 28.11.2006, DJ de 18.12.06, p. 187.

Existem propagandas eleitorais explícitas disfarçadas na forma de entrevistas. Mais uma vez, o que se deve ter em mente é que a notícia enfatiza o fato e não a pessoa do político. Toda vez em que os fatos são deixados de lado, para dar destaque ao político, notório candidato, estaremos diante da propaganda eleitoral antecipada.

O veículo de imprensa, que tem compromisso com a informação, entrevista diversos políticos das mais diferentes ideologias partidárias, de forma equânime. Em princípio, isso não é obrigação, mas, ao dar destaque a apenas um político, o órgão de imprensa está sujeito à punição pela propaganda eleitoral antecipada.

Jornais de partido podem divulgar notícias de seus correligionários, mas também não podem fazer propaganda eleitoral antecipada, positiva ou negativa:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA ANTECIPADA. JORNAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO.

A publicação em jornal de propriedade de partido político, de notícia sobre provável candidatura, ressaltando as qualidades, atributos e propostas do futuro candidato, antes do período permitido pela lei, caracteriza propaganda eleitoral extemporânea, a ensejar a aplicação da multa prevista no art. 36, §3, da Lei nº 9.504/97. Ausência de omissão.

Não se prestam os embargos para a rediscussão da causa.

Embargos conhecidos e rejeitados.” TSE, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 6.934, j. 15.5.2007.

A notícia pode ser divulgada, desde que não sirva de pretexto para a veiculação de propaganda eleitoral antecipada.

4. Conclusões.

Deve ser considerada como propaganda eleitoral antecipada toda e qualquer divulgação que vise obter, direta ou indiretamente, o voto do eleitor, ou fazer com que este deixe de votar em alguém, quando veiculada antes do dia 6 de julho do ano da eleição, qualquer que seja a sua forma.

O proselitismo político continua permitido, tendo em vista que os mandatários têm que manter-se sempre em evidência, para que sejam fiscalizados pelo povo e que para que não sejam esquecidos nas próximas eleições. Essa proximidade com o eleitor é fundamental à Democracia.

Também continuam permitidas as mensagens institucionais, as notícias e as críticas, desde que a ênfase seja dada ao fato em si e não ao seu protagonista.

Qualquer mensagem, em tese, é hábil à configuração da propaganda eleitoral antecipada. Divulgações episódicas e transitórias, notícias, a propaganda partidária e a intrapartidária, por exemplo, podem ser desnaturadas para a propaganda eleitoral antecipada. Basta que sua divulgação seja aliada a elementos eleitorais, como a menção ao pleito, ao ano da eleição, à legenda partidária, a um pedido de apoio, à ação política a ser desenvolvida, ao cargo almejado, ou que a sua forma seja de grande impacto visual e repercussão, hábeis a provocar o desequilíbrio da disputa.

Sem prejuízo da configuração da propaganda eleitoral antecipada, os mesmos fatos podem configurar abuso do poder econômico, do poder político ou dos meios de comunicação social, a ensejar a cassação do registro do candidato beneficiado.

BIBLIOGRAFIA:

CÂNDIDO, Joel José. Direito Eleitoral Brasileiro. 11ª edição. 3ª tiragem. Bauru: Edipro, 2005.

RIBEIRO, Fávila. Abuso de Poder no Direito Eleitoral. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROLLO, Alberto. **BRAGA**, Enir. Comentários à Lei nº 9.100, de 1995. São Paulo: Fiuza Editores, 1996.

ROLLO, Alberto. BRAGA, Enir. Comentários à Lei Eleitoral nº 9.504/97. São Paulo: Fiuza Editores, 2000.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. Formas de propaganda eleitoral permitidas e proibidas. Propaganda institucional – vedação nos três meses anteriores ao pleito. In: _____. Propaganda Eleitoral Teoria e Prática. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. Reforma política e propaganda eleitoral. In: _____. Reforma Política Uma Visão Prática. São Paulo: Iglu, 2007.

DIREITO E POLÍTICA: UMA LEGITIMAÇÃO PELA ÉTICA¹

Nilo Ferreira Pinto Júnior

Advogado. Juiz Substituto categoria Jurista do TRE-RN. Professor Universitário. Pós-graduado (lato sensu) em Direito Eleitoral (UNISUL/LFG), Direito Processual (UNIGRANRIO-RJ) e Docência do Ensino Superior (FACEX-RN), Mestrando em Direito(UFRN), Licenciado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Autor do Livro *Princípio da Congruência no Direito Processual Civil*. E-mail nilo@unp.br

1 - INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca objetivar a relação entre Direito e Política utilizando-se da argamassa da ética como fator comum entre ambos. Para tanto, há uma necessidade metodológica de abordagem separadamente do direito e da política e, posteriormente, a identificação da presença da ética como elemento de ligação dos dois institutos.

Num primeiro momento, ao definir-se a normatividade do direito, esta apresenta-se como uma necessidade do controle da vida em sociedade, onde esta é indispensável ao desenvolvimento humano. Com isso, chega-se a uma concepção que a norma jurídica faz parte do contexto da *polis*, ou seja, é um elemento da política e o direito positivo é um mecanismo de linguagem oriunda do Estado que faz valer a sua soberania e,

¹ Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito de avaliação na disciplina Teoria Geral do Direito, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, em que foi orientador o Orientado. Prof. Doutor Vladimir da Rocha França.

necessariamente, é uma demonstração de poder político diretivo através de um sistema normativo válido, enfim o aspecto da linguagem e o aspecto deontológico.

Quanto questão Política, esta é introduzida como sendo a ciência do Estado e do poder, determinando a relação entre o poder e o seu exercente, como um fenômeno que se apresenta como geral no processo do poder é que este, intrinsecamente, se desprende de quem o exerce, é o que se chama de institucionalização do poder.

Dando seqüência ao estudo, depara-se com a relação entre a Ética, o Direito e a Política. Onde os fundamentos éticos são traçados com base na sua natureza normativa, despertando sempre um sentimento do dever baseado em princípios universais da virtude e na busca de consciência social do indivíduo. A ética cumpre uma função de legitimar o direito uma vez que a validade plena da norma jurídica supera os seus aspectos formais e transcende ao universo jurídico busca uma correlação com a ética, com o justo e o honesto.

Por sua vez a Política, assim como no Direito, legitima-se quando estiver em consonância com os anseios sociais e for direcionada para a consecução do bem comum, pois somente assim, há uma valoração da alteridade. O problema entre a conexão entre a ética e a política, é que os meios utilizados na atividade política para se atingir os fins, nem sempre resguardam os valores da moral, gerando assim, uma crise política na atualidade.

Por fim, não se pode negar o entrelaçamento entre os princípios do honesto plasmado na ética, princípio da conveniente eficácia visado pela política e princípio do justo, como finalidade do direito.

2 - Uma Definição Normativa do Direito

2.1 – Sociotropismo : O direito como instrumento de controle social

Não se pode negar que o ser humano é, por natureza um animal gregário, a sua constituição física requer a necessidade de uma convivência comunitária, inclusive para satisfazer a necessidades imprescindíveis como a reprodução, sendo esta um dos fatores de organização e estabilidade, haja vista ser a família a célula mater da sociedade. É somente na sociedade que o homem encontra o ambiente propício para desenvolver-se, expor as suas potencialidades, enfim, relacionar-se através da comunicação. Logo, não há como conceber o homem fora do convívio social, como bem assevera Duguit²: *o homem isolado é uma ficção*. Pois o homem é, necessariamente, um animal político³. As relações humanas são, necessariamente, *intersubjetivas*, ou seja, há uma exigência de um ou mais sujeitos.

Contudo, outro fato relevante a ser considerado é que o homem é um ser plúrimo, dotado do seu próprio microcosmo. Ou melhor, os homens são diferentes entre si. Daí, depara-se com um dilema: a necessidade da convivência humana em sociedade e a superação do individualismo natural de cada homem. Ora, a convivência em sociedade é traduzida sob as mais variadas formas, especialmente, de *cooperação* (quando há um mesmo objetivo); de *solidarismo*⁴ (co participação em torno de algo comum); *competitividade* (visando a obtenção de algo, excluindo-se o outro) e a forma de *conflitos* (que impõe o uso da força ou a intervenção de terceiros como mediador).

² DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3 ed. Paris : T.I.E Boccard, 1927. 2T

³ Aristóteles, com toda razão, afirmou que o homem fora da sociedade ou é um deus ou um bruto.

⁴ Alerta Vitor Emanuel Christofari sobre a diferença entre o *Solidarismo* e *solidariedade* afirmando que: *No solidarismo, há a co-participação em torno de um objeto comum, enquanto que o termo solidariedade implica uma participação consciente numa situação alheia, animus que sempre está presente em todas as formas de relacionamento social*. (Introdução ao Estudo do Direito: princípios básicos. 4 ed. Canoas : Ed. da ULBRA, 1998. p.44)

Pois bem, tomando-se como parâmetro a existência natural da forma de convivência conflituosa, pois são inerentes e naturais às sociedades, é também admissível que estas quanto mais complexas e densas, conseqüentemente, possuem um maior número de conflitos. Portanto, o convívio intergrupal é um celeiro de interesses antagônicos e individuais.

Mas o homem é um ser diferente dos demais, é dotado de razão, de inteligência, ou seja, da capacidade de prevê com antecedência as possíveis conseqüências dos seus atos, identificando-os como *bem* ou *mal*, ou melhor, possui uma referência axiológica. O homem necessita comunicar-se, tecer os seus laços de convivência com os seus pares, porém, a convivência social, face as diferenças individuais entre os sócios, surge a necessidade de criar-se instrumentos de pacificação, que possa viabilizar o controle social, ou seja, o homem cria as suas próprias regras de convivência, seja de coordenação ou subordinação. Logo, a ordem social requer a imposição e subordinação da vontade individual em prol das necessidades coletivas.

Agir é para o ser humano, uma forma de limite, seja auto-limite ou limitar outrem. O homem é sempre um criador de regras ou de normas de ação. Dentre as normas de conduta criadas pelo homem como forma de controlar a sociedade, o direito guarda um lugar de destaque, pois são possuidoras de uma obrigatoriedade mais abrangente por trazer em seu bojo a coercibilidade, isto é, a possibilidade da aplicação de uma sanção, de um mal aplicado ao violador das regras. Dentre os instrumentos possíveis de controle social, encontra-se o direito. Enfim, podemos afirmar que encontramos a gênese do direito.

2.2 – A norma jurídica como elemento da política

Mas afinal como conceituar o Direito? Conforme mencionado alhures, o direito é um instrumento de controle social que serve para harmonizar o convívio do homem com os seus pares. Faz sentido o escólio de Anderson Rosa Vaz⁵ ao lecionar que:

“o ser humano, enquanto ser gregário, carece de um referencial social, seja na tribo, sociedade arcaica, seja em uma sociedade contemporânea, marcada pela complexidade. Ocorre que, organizando-se em sociedade – referencial social – sua coexistência dependerá de um outro referencial, que surge da necessidade de direção e de conformação dessa sociedade. Tem-se, assim, o referencial político.”

Pois bem, o direito no contexto sócio-político, em sua essência, traduz uma comunicação ou necessita expressar-se de alguma forma, de ser compreendida a sua mensagem ordenativa, isto é, o seu *enunciado*, para que possa ser cumprido pelos membros a quem se encontram submetidos. A definição inicial que interessa ao presente estudo seria a indagação sobre o *quid sit jûris*, ou seja, a perspectiva científico-particular do direito, ou melhor, uma investigação aproximativa com o direito positivo, no plano dos efeitos da vigência, coercibilidade, eficácia e, especialmente, no plano da politicidade.

Ab initio, definida a ótica dimensional que se deve seguir, é importante que se faça a distinção entre o direito e a ciência do direito, tal separação, para a corrente positivista, dá-se na diversidade de funções e dos níveis de linguagem do direito. Num primeiro momento, a linguagem é formada de enunciados com funções múltiplas, desaguando porém, em concepções variadas sobre o objeto do direito.

⁵ VAZ, Anderson Rosa. *Introdução ao Direito*. Curitiba : Juruá, 2007. p.265

Sob a ótica da linguagem do direito, esta exerce basicamente, uma duplicidade de funções, ou seja, a função descritiva ou indicativa e a função prescritiva. A primeira trata-se de uma descrição, ou seja, uma narração de que *algo é*, mediante caracteres acidentais, expressões sincategoremáticas, isto é, co-significantes. Enquanto a função prescritiva, busca-se a estimulação da conduta humana por meio de ordens ou indicações imperativas⁶, são normas do *dever ser*. Portanto, a distinção entre o direito e a ciência do direito reside no fundamento de que o primeiro utiliza-se de expressões prescritivas individualizadas, isto é, a norma jurídica. Enquanto a ciência do direito é formada por proposições declarativas ou designadas por enunciados. Além do mais, as proposições são passíveis de juízos veritativos, podem ser verdadeiros ou falsos, o que não ocorre com a prescrição normativa, esta são apenas válidas ou não válidas.

Mas afinal, o que caracteriza uma norma jurídica? *A priori*, não se chegará a um conceito de direito sem definir antes a norma jurídica, ou seja, o seu elemento essencial possuidor da coercibilidade, que podem ainda expressar-se tanto pela lei quanto pelo costume (de caráter obrigatório). Esta norma compõe-se basicamente de duas partes, o *preceito* e a *sanção*. Sendo aquele um enunciado da conduta ou de organização (afirmativo ou negativo) é o seu comando ou imperatividade que estabelece a ação humana. que estabelece o que os destinatários da norma devem obedecer. É o imperativo hipotético, isto é, uma ordem que é dada para ser obedecida e a prescrição de uma exigência visando atingir um propósito específico.

Pois bem, tomando a dimensão normativa do direito, inicialmente, pode-se dizer que a norma é uma espécie de ação livre, é um elemento volitivo da inteligência humana sempre motivada para alguma direção, jamais se terá uma norma jurídica sem comando ou sem governo. Contudo, normatizar pressupõe uma hierarquização sistematizada em valores sociais como expressão do pensamento vivo, um modelo de raciocínio e de conduta adequada a coexistência do homem em seu meio. Logo, a

⁶ Mandamento, numa concepção bíblica, como indicativo de uma norma de razão.

normatização é um espelho do contexto sócio-cultural. Com efeito, *normal* seria a conduta de acordo com a norma, ou melhor, sob medida, geralmente visando a formalização⁷ de um ideal ético ou valor de justiça. Nesta senda, chega-se a conclusão de que as estruturas sociais apresentam-se como arcabouço normativo de caráter operacional (elemento de autoridade) fugindo pois da retórica incoerente e pleonástica. Como afirmou Tomas Hobbes: *não é a sabedoria que faz a lei, mas a autoridade.*

Retomando o aspecto deontológico ou prescritivo do direito, ou melhor, a norma considerada sob a sua validade, busca-se apoio na doutrina de Michel Troper⁸ ao afirmar:

“dizer que uma norma é válida significa, aqui, que foi aprovada por uma autoridade competente, em conformidade com outra norma, e que é obrigatória essa outra norma; em outras palavras, que ela pertence a certo sistema normativo, que tem existência no seio desse sistema.”

Ora, se o direito é estruturado em normas válidas, estas pertencem a uma classe diretiva ou de gerência rígida (prescrições) ou não (conselhos, sugestões), da conduta humana influenciada pela linguagem, sem necessariamente estar ligadas a uma forma gramatical. Mas afinal, o que caracteriza uma norma jurídica? *A priori*, não se chegará a um conceito de direito sem definir antes a norma jurídica, ou seja, o seu elemento essencial possuidor da coercibilidade, que podem ainda expressar-se tanto pela lei quanto pelo costume (de caráter obrigatório). Esta norma compõe-se basicamente de duas partes, o *preceito* e a *sanção*. Sendo aquele um enunciado da conduta ou de organização (afirmativo ou negativo) que estabelece as condições e limitações à liberdade dos indivíduos. Já a sanção, é um comando satélite, programado para os casos de não cumprimento do preceito principal. É destinada ao aplicador do direito,

⁷ *Formalizar* ou *tipificar*, segundo Rui Ribeiro Magalhães, é a transformação em norma jurídica o conteúdo de uma experiência social. (Introdução ao Estudo do Direito, p. 113)

⁸ TROPER, Michel. Filosofia do Direito. Trad. Ana Deiró. São Paulo : Martins Fontes. 2008.pp. 38/39

pressupondo que o homem é livre para obedecer ou desobedecer a norma, apliquem a alternativa (punição gravosa) prevista.

Mas o que interessa ao presente estudo não é deter-se a definir ou caracterizar a norma jurídica, mas identificar o seu elemento político, ou melhor o seu *referencial político*, conforme já mencionado anteriormente. Tal politicidade encontra no manancial de validade, ou seja, a presença do Estado como a fonte de poder traduzido na norma de direito. Norma válida, *ab ovo*, é a norma formalmente posta pelo Estado. Partindo do pressuposto de que a vida humana é decorrente de necessidades diversas e, para realizá-las, a consequência é o surgimento de interesses, e estes deságuam num elemento volitivo para a satisfação, condicionados por uma capacidade. Assim, nem todas as necessidades são contentadas ou atendidas, fazendo surgir os obstáculos e, conseqüentemente, os conflitos sociais. Como bem arremata Anderson Rosa Vaz⁹: *todos querem, mas nem todos podem*. Com isso, retomamos novamente ao objeto deste estudo, a norma jurídica válida como pressuposto necessário do poder.

Por fim, o direito positivo é um mecanismo de linguagem oriunda do Estado que faz valer a sua soberania e, necessariamente, é uma demonstração de poder político diretivo através de um sistema normativo válido.

3 – A questão Política no Direito

Num breve prólogo sobre a política, cabe mais uma vez ressaltar os ensinamentos aristotélicos¹⁰ de que o homem é, naturalmente, um animal político. Mas como conceber a política? Qual a acepção do termo política?

⁹ VAZ, Anderson Rosa. *Introdução ao Direito*. Curitiba : Juruá, 2007. p.267

¹⁰ §9º. “fica evidente, portanto, que a cidade participa das coisas da natureza, que o homem é um animal político, por natureza, que deve viver em sociedade, e que, por instinto e não por inibição de qualquer circunstâncias, deixa de participar de uma cidade, é um servil ou superior ao homem” ARISTÓTELES. *Política*. Col. Obra Prima de Cada Autor, vol 61. São Paulo : Martin Claret. 2001. p. 14

Dependendo do enfoque que se dá ao termo podemos referir a conquista e manutenção do poder ou mesmo uma ciência do Estado. No presente estudo, buscamos a concepção de Alceu do Amoroso Lima, citado por Darcy Azambuja¹¹, que segundo seus ensinamentos a Política é a ciência moral normativa do governo da sociedade civil. Mas, inicialmente, surge o questionamento inevitável: *o que é o poder?* Na verdade tal definição é sempre um desafio, mas seria preciso fixa um *topos* ou lugar comum, um ponto de partida. Gabriel Chalita¹², sobre a conceituação do poder afirma o seguinte:

“a primeira noção de poder a se apresentar aqui diz respeito à capacidade de impor a própria vontade numa relação social. Todas as definições de poder encontradas nas mais diversas obras derivam, com maior ou menor semelhança, dessa primeira. Deste modo, entende-se um poder social como a faculdade de fazer com que uma ou mais pessoas realizem determinadas ações ou tarefas, submetendo-se à vontade de quem tem o poder.”

Como ciência do Estado ou Ciência do Poder, é importante lembrar que há um imbricamento entre ambos, talvez a expressão *“o Estado é o poder político”*. Contudo, deve-se ainda ressaltar algumas peculiaridades, como por exemplo, que o poder é uma vontade humana, e o Estado não. Ou, a limitação geográfica do Estado, isto é, apesar da globalização, não há uma universalidade estatal, enquanto o poder, como ato volitivo, não há fronteiras. Inclusive, há também fenômenos sociais que compõem a esfera estatal mas não estão contidos no poder, são as chamadas forças políticas de opinião como os partidos políticos, classes ou grupos sócias de representação e a opinião pública dentre outras.

O momento histórico atual da humanidade, após os permanentes conflitos de interesses, somente acata uma espécie de poder capaz de impor-se a todos cidadãos, quando preciso, com a utilização da força física, isto é o poder político, isto é, o poder do Estado. E tomando como base tal poder, será

¹¹ AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à Ciência Política*. 17 ed. São Paulo : Globo, 2005. p. 2

¹² CHALITA, Gabriel. *O Poder: reflexões sobre Maquiavel e Etienne de La Boétie*. 3 ed. rev. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005. p. 21

analisado os elementos comuns entre o direito e a política, abordando a indissociabilidade entre ambos. A origem é comum tanto para o Direito quanto à Política, ou seja, a vida em sociedade. Ambos são normativos, expressam poder voltado para a conduta humana. O direito positivo é oriundo do Estado e, ao mesmo tempo, é uma expressão de poder do Estado, ou melhor, da soberania.

Mas o que servirá como bússola no presente trabalho, é a especificação das possibilidades jurídicas da aquisição do poder, ou melhor, os direitos políticos, a conquista da cidadania.

4 – A Relação entre Ética, Direito e Política

Adentrar ao campo da axiologia é abrir uma discussão tão antiga quanto a própria existência humana. Contudo, para uma definição simplista do valor, pode-se afirmar que uma conformidade ou coincidência de um gesto ou atitude racional entre a posição do ser e os seus fins. Afinal o valor não é definido, mas apenas desvendado, é sempre uma essência possível e realizável.

Nicola Abbagnano, em seu dicionário de filosofia, faz a seguinte menção ao valor:

*[...]Windelband, o valor é o dever-ser de uma norma que também pode não se realizar de fato, mas que é a única capaz de conferir verdade, bondade e beleza às coisas julgáveis(Präludien, 4ª. Ed. 1911, II, PP.69 ss). Nesse sentido, os valores não são coisas ou supracosas, não tem realidade ou ser, mas o seu modo de ser é o dever-ser (sollen) [...]*¹³.

Assim a conceituação passa ao campo da deontologia, ou melhor, é carecedor de um sentido e, a partir do momento que o encontra, ganha referência na realidade, logo é através do sentido que os valores são inseridos na história e realizados pelos homens. Pois bem, a medida entre a realidade e os valores encontra-se no sentido que se dá, sentido é a referência da

¹³ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5 ed. rev. e ampl. Trad. Alfredo Bossi. São Paulo : Martins Fontes, 2007. p.1177

realidade, ou parte dela, ao mundo dos valores, e através dele os valores se inserem na história e são realizados pelo homem.

Destaco, que não é o propósito desta artigo ater-se aos valores quanto a sua conceituação, natureza, hierarquia ou classificação, mas buscar dentro dos valores morais, especificamente, aqueles que possam contribuir para o aperfeiçoamento ético dos direitos políticos.

Parece indubitável a que a ética como uma ciência geral da conduta, é um dos elos que entrelaça o Direito e a Política. Tomando como premissa o diálogo de Sócrates com Glauco, ao abordarem as razões do infortúnio dos tiranos, afirmou que: *“esta investigação diz respeito ao que há de importante: viver para o bem, ou viver para o mal.”*¹⁴

Nota-se que a frase supra trata da conduta humana, mas especificamente da conduta política, ou seja do tirano, ou seja, de um governante injusto, opressor. Ora, se se trata da conduta boa ou má, necessariamente, esta pressupõe a presença de um inter-relacionamento social e, conseqüentemente, a valoração “boa ou má”, torna o fato social em fato jurídico, portanto uma área de competência do direito. Outrossim, a frase em análise também faz a sua referência política, isto é, da opressão dos governantes, do seu modo de agir sem amarras legais e ditando as suas próprias normas, em outros termos, a sua vontade é a lei que os súditos. Neste caso, também trata-se da presença axiológica ao fixar a conduta como justa ou injusta, enfim, a título de prólogo, é inevitável o imbricamento valorativo entre o direito e a política, considerando ainda que esta é representada pelo Estado.

4.1 – os fundamentos da ética

A princípio a ética trata do agir humano pessoal e no usufruto da sua liberdade com a finalidade inclinada para o bem. As condições do exercício da vida moral é a razão, o livre arbítrio e a inclinação para o bem. A sua natureza

¹⁴ Cf, COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo : Companhia das Letras, 2006. p. 17

é normativa, há sempre um sentimento do dever, e baseia-se em princípios universais da virtude. Deve ponderar-se ainda sobre a distinção entre Ética e Moral, pois atribuir o mesmo significado e empregá-las como expressões dotadas de significados idênticos é incorrer em impropriedade epistemológica.

Como é cediço, são vários critérios distintivos entre a ética e a moral, a saber: a Ética é estabelecida como valor fundamental da conduta humana, associando-se à idéia de ação ou de omissão do homem. Vincula-se, pois, a um agir. Atribui-se à ética, como pressuposto, a conduta do ser humano, ou melhor há uma exteriorização dessa base principiológica e axiológica.. Enquanto a Moral representa o conjunto de princípios e de padrões de conduta de um indivíduo, de um grupo ou de uma coletividade onde os valores e princípios revelam-se interiorizados.

Destarte, a Ética consiste num agir consubstanciado na Moral. Quando a conduta humana é baseada nos valores e princípios morais, exteriorizando-os, há o agir ético. "[...] a Ética seria assim a moral em realização, pelo reconhecimento do outro como ser de direito, especialmente de dignidade"¹⁵ , como sustenta Osvaldo Ferreira de Melo.

Pois bem, na linguagem da ética o fundamento é um critério ou modelo de vida. Contudo, julgar qual o padrão de vida ideal para a sociedade, não se trata de algo opinativo ou individual¹⁶, mas o critério deve ser, em sua essência, universalizado. Assim, o fundamento da ética tem transcorrido à história guardando certa coerência. Contudo, deve-se atentar que tais fundamentos aditem uma interpretação sistêmica considerando a própria evolução do ser humano.

¹⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. Ética e Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 812, 23 set. 2005. Disponível em: . Acesso em: 14 dez. 2008.

¹⁶ A ética é alicerçada no princípio da impessoalidade, comum a diversas realidades, seja física ou biológica.

O cerne da fundamentação ética, independente da época ou doutrinação, tem como vetor principal a reflexão consciente da pessoa humana e sua correlação no espaço e no tempo. Conforme afirma Fábio Konder Comparato:

“Ora, o conceito de consciência, no homem, engloba a idéia de que ele se vê, sempre, como centro da relação infinita espaço-tempo, relação que, a rigor, só existe, concretamente, para o homem e em função dele.”¹⁷

Nessa esteira pode-se atribuir diversas dimensões à consciência humana, dentre elas a consciência individual, prevalecente até a primeira metade do século XX, que reproduzia o caráter inigualável da personalidade individual. Já a consciência social do homem interessa ao nosso estudo, admite o a socialibilidade das pessoas e a sua interdependência, posto que o homem não é um ser isolado no mundo. Assim a consciência social é essencialmente relacional, circunstâncias do grupo, ou seja, da política como propulsora do bem comum.

Assim a consciência ética é a percepção de “estar no mundo”, onde a dignidade da pessoa consiste não é apenas em ser a sua finalidade, mas racionalmente, viver com autonomia e guiado pelas normas editadas.

4.2 – O Direito legitimado pela Ética

Se considerarmos o Direito como um conjunto de normas dirigentes das condutas sociais emanadas do poder Estatal e dotadas de coercibilidade e com a finalidade de promover a paz e a justiça, e se traçarmos um paralelo com as referências já mencionadas sobre a Ética nota-se uma identificação entre ambos, isto é, a normatividade. Inicialmente a Ética tem como matriz a preocupação com o outro, ou seja, visa a alteridade, enquanto o Direito busca o equilíbrio e a harmonia social. Com isso, identifica-se outra característica em como, a bilateralidade, contudo, a norma jurídica é imperativa e atributiva, conseqüentemente, é exigível o seu cumprimento, o que não ocorre com as

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo : Companhia das Letras, 2006. p.460

normas éticas, firmando a distinção essência. Nesse contexto, é possível que uma norma jurídica não seja, necessariamente, ética.

Dito isto, o imbricamento entre o Direito e a Ética, dá-se no campo da legitimação do ordenamento jurídico-normativo. Considerando que a compreensão *lato senso* de Estado de Direito, não trata apenas da exclusividade da lei e a sua vigência válida. Ora, é de admitir-se que o termo *validade* é um gênero, onde estão inseridos os pressupostos da norma jurídica válida: a validade formal ou vigência; a validade material ou eficácia e a validade ética, considerando a norma no seu aspecto de justiça. Além do mais, a norma é apenas um meio para realização da justiça, não é fim em si mesma.

Para a teoria kantiana, não é o bastante o direito seja produzido por um órgão que represente a vontade popular, mas sobretudo que deve haver legitimidade no imperativo categórico, pois nem toda a norma elaborada por um legislador eleito pelo povo, significa uma garantia de que trata-se de uma norma jurídica justa. A norma deve passar pela sabatina da universalização, isto é, não suprimir os direitos de uma minoria, ainda que aprovados por uma maioria.

A lei é apenas um elemento importante para o Direito, mas não o seu sinônimo¹⁸, logo, o direito não se restringe à lei, uma vez que a concepção neopositivista, atribui força normativa aos princípios constitucionais. Assim, a lei para ser válida não basta entrar em vigência, resguardado os seus aspectos formais, mas trazer em seu bojo uma validade material em consonância os princípios éticos, isto é, da valoração moral do conteúdo. Como bem assevera José de Oliveira Ascensão:

“não basta a origem do poder, por ventura obtidos por meios regulares; não basta pois a observância dos procedimentos. Nem que estejam rigorosamente observados as regras sociais. Se a ordem jurídica deixar de funcionar para o benefício coletivo e for

¹⁸ BERNARDES NETO, Napoleão. Elementos de Ética, Direito e Política: a necessária correlação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1637, 25 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10794>>. Acesso em: 16 dez. 2008.

instrumentalizada para servir interesses privados, a sua legitimidade desaparece.”¹⁹

Nesse mesmo raciocínio, a validade da norma jurídica não fica adstrita aos aspectos formais, Juarez de Freitas ensina que:

“a validade do direito como sistema, ou seja, sua qualidade de ser obrigatório, não se explica, de maneira suficiente, pela mera referencia a parâmetros formais. em outras palavras: a validade formal de um sistema jurídico dado, ou a sua conformidade com as regras de reconhecimento, funda-se, em última instância, sobre valores, sendo inegável a concorrência de múltiplos princípios ou fatores em todas as construções jurisprudenciais.”²⁰

Em outros termos, a validade plena da norma jurídica supera os seus aspectos formais e transcende ao universo jurídico busca uma correlação com a ética, com o justo e o honesto.

Por fim, a Ética e Direito, pois, são categorias normativas itinerantes e entrelaçada, uma vez que a validação material das normas que compõem o ordenamento jurídico só se dará de forma ampla quando encontra-se em harmonia com os princípios éticos. Logo, a fixação da necessária adequação e convivência entre Ética e Direito é tarefa inerente ao Político do Direito.

4.3 – A conexão entre Ética e Política

Considerando a política como um modo de condução dos negócios do Estado visando atingir certos objetivos, trata-se uma atividade essencial para a realização dos anseios e aspirações sociais, ou melhor, atua no âmbito coletivo de forma organizada através das classes ou grupos de poder. Portanto, para que ocorra a atividade política centrada no poder, é necessário o elemento “consciência”. Este, conforme já demonstrado anteriormente, é um dos fundamentos da Ética.

¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3 ed. ver e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2005 p. 209

²⁰ FREITAS, Juarez de. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 29

Por sua vez, A ética atua ainda no campo da ação social que tem por finalidade o bem comum, daí há, necessariamente, uma reserva de consciência, as vezes impenetrável pela Política. Este constitui o grande problema da atividade política na atualidade, ou seja, na busca das finalidades (eficiência e eficácia) em muitos casos, os meios empregados pela política revelam-se distanciados dos princípios éticos. Assim, a ação política legitimar-se-á quando estiver em consonância com os anseios sociais e for direcionada para a consecução do bem comum, pois somente assim, há uma valoração da alteridade. Nesta senda, a Ética deve tornar-se como fator legitimador da própria atividade Política.

É importante ressaltar o escólio de Max Weber ao afirmar a política divide a ética em duas: a ética da convicção e a ética da responsabilidade. A ética de convicção é pautada nos valores que antecedem às ações, sendo o juízo de valor realizado segundo a observância ou não das prescrições ordenadas por tais valores. Nesse caso, tal ética adéqua-se ao indivíduo privado, que tem condições de meditar e refletir sobre esses valores antes de incorporá-los e assumi-los.

No entanto, a ética de responsabilidade determina o certo e o errado não em consonância com os valores pelas quais as ações foram conduzidas, mas exclusivamente, de acordo o resultado atingido por elas. No caso específico da ação política está justamente voltada para produzir resultados eficazes e eficientes, daí a ação política deve guiar-se pela ética de responsabilidade. Portanto, interessa ao político a adoção de uma ética de convicção no âmbito privado, mas deve se pautar pela ética de responsabilidade em suas decisões políticas, pois o que prevalece no âmbito público é a eficiência no exercício de suas funções públicas.

Contudo, se fixarmos a pura convicção, a política ficaria refém da ética subjetiva, e, se adotar-se a pura responsabilidade incidiria no risco de cair no realismo político que justificaria ações apenas em relação ao pragmatismo.

A Ética compete a decisão de buscar a resposta sobre o que é moralmente correto, ou seja, o princípio do honesto. Já o Direito, sobre o que é racionalmente justo, isto é, princípio da justiça e por fim, à Política, sobre o que seja socialmente útil, ou melhor, o princípio do conveniente. Não há pois que, necessariamente, ocorrerem conflitos insanáveis nessas três vertentes de padrões de conduta, se o anseio e a idéia matriz de todas voltarem-se para o reconhecimento e a permanente valorização da dignidade humana.

Assim sendo, ficam contornados os meios a serem utilizados na atividade política devem ser originários de um pacto intransigente e inalienável com a Ética. Não obstante, deve-se concluir ainda que a Ética, a Política e o Direito devem constituir uma relação indissociável, de necessária e permanente congruência e interação.

5 – Conclusão

Assim sendo, pode-se concluir na presente pesquisa os seguintes tópicos:

1 – o homem é um animal gregário e plúrimo, necessita da convivência intergrupar e é um celeiro de interesses antagônicos, necessitando de normas de convivência, então o Direito surge como ordenador e controlador da conduta humana em sociedade;

2 – a política é a ciência do Estado ou Ciência do Poder, há uma ligação entre ambos na expressão “*o Estado é o poder político*”. A origem do Direito e da Política é comum, ou seja, a vida em sociedade. Ambos são normativos, expressam poder voltado para a conduta humana. A Lei é oriunda do Estado e, ao mesmo tempo, é uma expressão de poder do Estado, ou melhor, da soberania;

3 – a relação entre o poder e o seu exercente é um fenômeno que se apresenta no Estado, e aquele se desprende de quem o exerce, ou seja, existe uma institucionalização do poder. A política inicia-se despersonalizada do poder, enquanto que sociologicamente, o poder (mando/obediência) é possível sem a politização, como no poder místico. Logo, o poder traz consigo um

mínimo de juridicidade, embora careça, em alguns casos, de politicidade. É por intermédio do poder que a política generaliza-se, ganha a idéia geral de bem comum;

4 - nas relações entre a ética, o direito e a política, o que se visa é a consciência moral e a percepção de “estar no mundo”, onde a dignidade da pessoa consiste em viver com autonomia, guiado-se pelas normas editadas. Em outros termos, a validade plena da norma jurídica supera os seus aspectos formais e transcende ao universo jurídico, busca uma correlação com a ética, com o justo e o honesto;

5 - Por fim, a Ética e Direito, pois, são categorias normativas itinerantes e entrelaçada, uma vez que a validação material das normas que compõem o ordenamento jurídico só se dará de forma ampla quando encontra-se em harmonia com os princípios éticos. Logo, a fixação da necessária adequação e convivência entre Ética e Direito é tarefa inerente ao Político do Direito;

9 - A ética atuante na política tem por finalidade o bem comum, há uma reserva de consciência que por vezes impenetrável pela Política. O grande problema da atividade política na atualidade é a busca das finalidades (eficiência e eficácia) sem observar os meios empregados que se revelam divorciados dos princípios éticos. Assim, a ação política tem a sua legitimidade quando em consonância com os anseios sociais e a buscar o bem comum, valorizando a alteridade. Na visão política weberiana, há uma divisão da a ética em duas: a ética da convicção (valores individuais) e a ética da responsabilidade (o certo e o errado considerando o resultado);

Por fim, conclui-se que existem relações de afinidades entre o Direito e a Política legitimados por valores éticos, buscando uma conscientização dos atos políticos em perfeita harmonia com o direito positivo e principiado na tríade do honesto, do eficiente e do justo, teleologicamente voltados para a preservação da dignidade humana, ou seja, a bússola dos direitos fundamentais.

6 - Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5 ed. rev. e ampl. Trad. Alfredo Bossi. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

ARISTÓTELES. *Política*. Col. Obra Prima de Cada Autor, vol 61. São Paulo : Martin Claret. 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3 ed. ver e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2005

AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à Ciência Política*. 17 ed. São Paulo : Globo. 2005

BERNARDES NETO, Napoleão. Elementos de Ética, Direito e Política: a necessária correlação. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1637, 25 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10794>>. Acesso em: 16 dez. 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo : Malheiros, 2008

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua e CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Tratado de Direito Eleitoral*. Tomo IV – São Paulo : Premier Máxima, 2008

CHALITA, Gabriel. *O Poder: reflexões sobre Maquiavel e Etienne de La Boétie*. 3 ed. rev. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005

CHRISTOFARO, Victor Emanuel. *Introdução ao Estudo do Direito: princípios básicos*. 4 ed. Canoas : Ed. da ULBRA, 1998.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *O Problema da Delimitação do Objeto da Ciência do Direito*. In Revista FARN. Natal. v.I. n.2, p. 173 - 194 ,jan/ jun. 2002

FREITAS, Juarez de. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo : Malheiros, 1995.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 36 ed. Rio de Janeiro : Forense. 2005

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo : Martins Fontes, 2006

-----e KLUG, Ulrich. *Normas Jurídicas e Análise Lógica*. Trad. Paulo Bonavides. Rio de Janeiro : Forense, 1984

MACEDO, Sílvio de. *Das Dimensões da Ciência Jurídica Atual*. Rio de Janeiro : Forense. 1986

MAGALHAES, Rui Ribeiro. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2 ed. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2003.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

NIELSEN NETO, Henrique. *Filosofia Básica*. 2 ed. São Paulo : Atual, 1985

PAUPÉRIO, Artur Machado. *Introdução Axiológica ao Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1977

SANTOS, Theobaldo de Miranda. *Manual de Filosofia*. 11.ed. São Paulo : Companhia Editora Nacional.

SCHNAID, David. *Filosofia do Direito e Interpretação*. Londrina : Ed. UEL. 1998.

RAFFO, Júlio C. *Introdução ao conhecimento Jurídico*. 1 ed. Rio de Janeiro : Forense. 1983.

Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol. 1, n 4. Porto Alegre : Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006

RUBY, Christian. *Introdução à Filosofia Política*. Trad. Maria Leonor F. R. Loureiro. São Paulo : Editora UNESP. 1998.

SCHNEIDER, Paulo Rudi. Org. *Introdução à Filosofia*. 2 ed. Ijuí : Unijuí, 1999

SHKLAR, Judith N., *Direito, Moral e Política*. Trad. Octávio Alves Velho e Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro : Forense, 1967

SPITZCOVSKY, Celso, MORAES, Fábio Nilson Soares de. *Direito Eleitoral*. 3 ed. São Paulo : Saraiva, 2008

TROPER, Michel. *Filosofia do Direito*. Trad. Ana Deiró. São Paulo : Martins Fontes. 2008.

VAZ, Anderson Rosa. *Introdução ao Direito*. Curitiba : Juruá, 2007

VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. Vol 1. São Paulo : Axis Mundi, 2003

VOESI, Ingo. *Argumentação Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2001

REFLEXOS DA INFIDELIDADE PARTIDÁRIA NO RN DURANTE O 1º SEMESTRE DE 2008.

Juliano Freire Alves de Souza

Formado em Direito pela Universidade Potiguar em 2008, é jornalista graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Trabalhou para jornais como O Estado de S. Paulo, Jornal da Tarde, Diário de Natal, DN Educação, Rádio Poti, Agência Estado, TV Universitária e TV Potengi. Trabalhou nas Assessorias de Comunicação do Governo do Estado do Rio Grande do Norte, Tribunal de Contas (TCE/RN), Secretarias da Saúde e da Segurança Pública e da Defesa Social. É escritor de livros infanto-juvenis. Atua na Assessoria de Comunicação do TRE/RN desde 2006.

RESUMO: O presente artigo reveste-se do objetivo de analisar os reflexos e conseqüências da aplicação pela Justiça Eleitoral do Rio Grande do Norte da norma contida na Resolução 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral a respeito da prática da infidelidade partidária, durante o primeiro semestre de 2008. Este foi o momento crucial da implementação jurídica e prática de uma regra sustentada nos pilares do Estado Democrático de Direito Brasileiro, da Moralidade e do Fortalecimento dos Partidos. Na abordagem, será feitas breves considerações sobre os partidos políticos no país, a Resolução em apreciação e análise sobre os efeitos da norma, que impactou a composição de câmaras de vereadores em mais de uma dezena de municípios potiguares. Os números colhidos no Tribunal Regional Eleitoral demonstram que o troca-troca partidário não passou incólume aos olhos e à atenção dos juízes do Pleno daquela Corte. Uma temática ainda recente e que abriu cenário para a discussão da regulamentação definitiva para que um político possa deixar uma legenda partidária sem agredir a ética, a sociedade e a democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Infidelidade Partidária; Rio Grande do Norte; Resolução; Vereadores; Cassações.

1. INTRODUÇÃO

Novidade na afirmação da jovem democracia brasileira, as mudanças impostas pela Resolução 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), publicada em 30 de outubro de 2007, que instituiu a fidelidade partidária no país, têm reflexos em todos os estados da Federação. No Rio Grande do Norte, entre 29 de janeiro e 3 de junho de 2008, o Tribunal Regional Eleitoral (TRE/RN) cassou 15 mandatos de vereadores em 12 municípios.

Um dos postulados pacificados nos julgamentos daquela Corte Eleitoral é de que o mandato pertence ao partido e não ao candidato eleito. As legendas partidárias são, portanto, partes legítimas para requerer a Decretação da Perda de Mandato Eletivo dos políticos que desfiliaram-se de suas hostes e migraram para outras siglas.

Logo no primeiro julgamento, referente à Representação 2695/2007, na terça-feira 29 de janeiro, sob relatoria do juiz Fernando Pimenta, do TRE/RN, os dois vereadores cassados foram Antônio Freire de Oliveira e Maria do Rosário Soares Silva de Maria, do município de Canguaretama, a pedido do Diretório Municipal do Partido da Mobilização Nacional (PMN).

Nunca, na recente história democrática experimentada pelo país, deu-se um passo tão significativo no sentido de moralizar a relação entre filiados e partidos políticos. A fidelidade e sua manutenção são a própria identidade de um partido e a garantia de que seu programa e suas teses serão coerentes. Os tribunais cumprem, assim, a tarefa de preencher o vácuo da omissão das leis ordinárias.

A decisão do TSE trouxe o entendimento positivado para o debate político, pois sobrepujou a valorização do candidato, do detentor de mandato em detrimento da legenda pela qual se elege. O enfraquecimento das siglas partidárias propiciava, e ainda propicia, a possibilidade de se cogitar em uma mudança de agremiação, apenas para solver questiúnculas pessoais.

Ainda não há lei no país que, em caráter definitivo, estabeleça regras sobre a questão. Restou ao Supremo Tribunal Federal e a Colenda Corte

Superior Eleitoral, o primeiro passo para moralizar o abuso de ver políticos, em um mesmo mandato, chegar a mudar de partido uma vez por ano.

Como acontece em outros países, poderia até ser criada a situação do político independente, sem partido. Mas a primeira etapa a ser vencida é mesmo o do fortalecimento dos partidos.

Em outra decisão tomada em 2007 sobre a fidelidade, o TSE estendeu os efeitos da fidelidade partidária para presidente da República, governadores, senadores e prefeitos¹. Esta tomada de posição do Tribunal Superior Eleitoral ocorreu antes mesmo da publicação da Resolução 22.610/2007 – que institucionalizou a fidelidade partidária. Em 16 de outubro, votou com o ministro Ayres Britto, os ministros José Delgado, Ari Pargendler, Caputo Bastos, Gerardo Grossi e Cezar Peluso, além do presidente do Tribunal, Marco Aurélio Mello.

O divisor de águas da fidelidade partidária no país é a data de 27 de março de 2007, quando o TSE respondendo à consulta do Partido da Frente Liberal (PFL), definiu as linhas mestras de uma nova principiologia, na qual o partido detém o poder sobre o mandato. Decisão validada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo norma válida no Brasil desde a data citada acima.

Existem comandos bem definidos e esculpidos no espírito da norma editada pela Corte Superior Eleitoral. No próprio corpo da Resolução do TSE, há ditames básicos e claros sobre hipóteses que permitem eventual saída de uma legenda partidária, regras que prevêm a desfiliação partidária fundada na justa causa. E o § 1º do Artigo 1º explica o que se considera justa causa, recepcionando quatro hipóteses: I) incorporação ou fusão do partido; II) criação de novo partido; III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; e IV) grave discriminação pessoal.

¹ “Por unanimidade, o TSE (Tribunal Superior Eleitoral) decidiu estender a fidelidade partidária para os ocupantes de cargos majoritários - presidente da República, governadores, senadores e prefeitos. Seis ministros do TSE seguiram o voto do relator, Carlos Ayres Britto, que recomendou a retirada do mandato de quem trocar de legenda após ser eleito por outro partido.” A notícia foi destaque na edição da Folha Online, versão eletrônica do periódico Folha de S. Paulo, do dia 16 de outubro de 2007, às 21h35.

Das quatro previsões, a que menos se encaixa na defesa dos mandatos dos infiéis é a terceira, pois não dá para mencionar desvio de programa partidário, se o programa do partido é de espectro nacional. No Rio Grande do Norte, apenas um dos 87 processos que tratam de infidelidade não se refere a vereadores envolvidos em suas disputas, picuinhas e questiúnculas municipais. O caso isolado, que não trata de parlamentares, é o da deputada estadual Gesane Borges Marinho (PDT). Em 26 de fevereiro, com a presença desta ocupante de cadeira na Assembléia Legislativa, o Pleno do TRE/RN indeferiu o pedido do suplente José Roberto de Moraes, constante da Representação 2736/2007. Este requeria o mandato eletivo da deputada, sob a alegação de que a parlamentar praticou infidelidade partidária.

Naquela sessão ordinária, em uma terça-feira, o juiz relator da representação, Magnus Delgado, votou no sentido de negar o pedido do suplente. “Do ponto de vista jurídico não ocorreu traição ao partido”, ressaltou Delgado ao pronunciar seu voto, seguido à unanimidade pelos pares do Tribunal Regional Eleitoral (TRE/RN). O juiz reconstituiu os fatos, lembrando que a deputada desfilou-se do PDT em 30 de agosto de 2007 e retornou ao partido em 4 de outubro do mesmo ano. “O próprio partido em declaração oficial refuta, veementemente, qualquer punição de cassação contra a deputada, que segundo o partido é uma personagem histórica para o PDT”, complementou o relator.

A política sob a ótica de Max Weber, que a estudou profundamente, deve ser exercida como “vocação”². Aos que fazem da nobre atividade um meio de vida, de sustento, torna-se difícil conduzir-se de forma ética, coerente e independente dos interesses específicos de bases de sustentação de regimes ou grupos oposicionistas. Nada pior para um partido, para a democracia, do que uma sigla partidária estar nas mãos de políticos profissionais, fisiológicos, que mudam de um lado para o outro, agarram-se a bandeiras ao sabor dos ventos e das conveniências. Para o sociólogo alemão, o homem político deve possuir três qualidades determinantes: paixão, sentimento de responsabilidade e senso de proporção, respectivamente:

² WEBER, Max. **Ciência e Política: Duas Vocações**. 14 ed. São Paulo: Cultrix. 2007, p.105.

devoção a uma causa, ser responsável para se por ao serviço desta causa e, enfim, ter o senso que denote a qualidade psicológica fundamental deste ser político.

Por isso, este artigo é obra de caráter introdutório, sustentada com pesquisa documental a respeito das decisões proferidas pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte em pouco mais de meia centena de processos que versaram sobre perda de mandato. Neste trabalho são apresentados números das representações interpostas na Secretaria do Tribunal, datas, nomes dos políticos envolvidos, municípios e o contexto no qual estas cassações se inserem. Trata-se de uma pesquisa inicial a cerca de um assunto que ainda terá novos desdobramentos nos cenários regional e nacional.

O tema é um dos mais atuais no cerne do Direito Eleitoral brasileiro e traz uma nova leitura sobre a importância de o candidato ser fiel ao partido. A fidelidade e suas regras trouxeram novas feições ao relacionamento do político com sua agremiação de origem, com o eleitor e com a Justiça. Ao migrar para novas legendas, os políticos que infringiram os ditames estabelecidos pelo TSE, acreditaram que poderiam burlar a legislação.

Os operadores do Direito, representados pelos ministros que tomaram a decisão de impor regras bem definidas, e os juízes dos Regionais, provocaram com seus posicionamentos um cenário diferente, o que se ergue sob a égide da lei e não o das conveniências políticas, nos alpendres ensolarados do interior. Apenas picuinhas da política de varejo não são mais aceitas como motivos para se deixar uma legenda, como quem troca de roupa.

É rica a história dos partidos políticos no Brasil. Fenômeno internacional, essas agremiações organizacionais humanas são grupos de indivíduos que almejam o poder. Motta³ lembra que os partidos não desejam apenas a conquista, mas, notadamente, a manutenção do poder, o governo de um determinado estado ou nação. Essas organizações precisam de um mínimo de

³ MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **Introdução à história dos partidos políticos brasileiros**. 2 ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

ideologia, de um ideário comum, que faça a interface entre os diretórios municipais, regionais e o nacional e seus integrantes.

“Os partidos são produtos tanto de motivação ideológica quanto de ambição pelo poder, as duas coisas combinam e, na verdade, não são contraditórias”, vaticina Motta em sua obra “Introdução à História dos Partidos Políticos Brasileiros” (1999). Dá para deduzir do significado e da natureza dos partidos que é preferível que estes sejam fortes e atuantes na busca pela obtenção dos governos, do que uma sociedade totalitária, de um só discurso, uma só voz, um só ideal, do partido único.

Por isso, o estudo das implicações e conseqüências da infidelidade partidária no extrato do Rio Grande do Norte é necessário. A medida moralizadora trouxe novos conceitos, práticas e cuidados anteriormente, não existentes no cenário político do estado. Os partidos trazem em seu interior – como organismos de tecido social vivo como eles são – as mesmas idiosincrasias das sociedades humanas, seus conflitos, animosidades, conchavos, uniões e desavenças comuns à espécie dominante no planeta.

São casos de gente que deixou o partido apenas porque não acreditavam na verossimilhança das reprimendas da lei, outros porque eram perseguidos pelos líderes partidários, alguns por causa de apoios dados aos adversários de suas agremiações e muitos pelo simples fato de garantir não só legenda para a eleição mais próxima, como buscar sobrevivência política. No troca-troca partidário, não se percebe a defesa do bem comum e em vez do sentido do “partilhar”, do “dividir”, que enseja a palavra partido, nota-se a ação do subtrair, enfraquecendo agremiações para fortalecer governos municipais, em negociatas de ocasião.

A razão da escolha por abordar o tema proposto, enfocando o período correspondente ao primeiro semestre de 2008, é que esta delimitação temporal permite observar o cenário pré-eleições municipais de 5 de outubro. Aspecto que torna possível conferir a performance de cada vereador cassado, e envolvido nos processos apreciados pela Corte Eleitoral do RN, em relação ao próprio resultado das eleições.

Sendo assim, este artigo irá construir seu conteúdo por intermédio de pesquisa realizada nos processos referentes aos julgamentos e entrevistas sobre o assunto com profissionais do meio jurídico, que estudaram e lidaram de perto com o tema tratado.

2 PARTIDOS

Partido político nada mais é do que um grupo de pessoas que desejam conquistar o poder. E ao chegar ao domínio deste poder, conservá-lo. São produtos de motivação ideológica. Como organizações humanas não devem ser, rigorosamente ao pé da letra, reconhecidas como organizações-intérpretes dos anseios e clamores populares, por mais legítimas representantes das diversas parcelas da sociedade que possam se tornar.

São ou deveriam ser os intermediários da democracia indireta e representativa. Na teoria, são as instituições escolhidas pelo cidadão-eleitor para pugnam pelas causas que calam fundo no coração do povo, propondo leis em favor do desenvolvimento social de uma cidade, estado ou país. “São meios privilegiados (não o único) para a população se organizar e participar da política”, defende Motta (1999).

A herança cultural brasileira a respeito da vida partidária, da prática política e da coerência, demonstra que os partidos têm sido verdadeiros mecanismos de arranjos e conveniências. E isso vem de longe. No Império (1822-1889), não havia a idéia de formalização nem filiação oficial. Os partidos não tinham reconhecimento legal enquanto tais. “Luzias e Saquaremas”, como eram conhecidos os integrantes dos partidos liberal e conservador, eram membros de organizações de fato, não de direito. Faltavam comitês, sedes e escritórios.

Max Weber, sociólogo alemão, ao analisar a política partidária, observou que as lutas destas agremiações não são apenas lutas para consecução de

metas objetivas, mas, sobretudo, rivalidades para controlar a distribuição de empregos. Quanto ao exercício do poder, em qualquer lugar, os partidos e seus dirigentes se irritam muito mais com arranhões ao direito de distribuição de cargos do que com desvios de programas⁴. Indicar correligionários é indicativo de poder partidário e quando não se tem vez nem voz na tomada de decisões dentro de um partido, muitos preferem abandonar o barco. A empresa política dirigida por partidos não passa, em verdade, de uma empresa de interesses. Weber chamou atenção para inúmeros exemplos de pessoas ligadas a legendas, por estas serem fontes de sinecuras.

2.1 INFIDELIDADE

Conforme artigo de Pablo Pires Ferreira para a Revista Ciência Hoje, publicado em 15 de março de 2001 e disponibilizado no site da publicação, entre os anos de 1985 e 1998, no Brasil, cerca de 30% dos deputados federais mudaram de sigla ao longo da legislatura. E como a política brasileira tem o traço da contradição, o fenômeno, pouco comum em qualquer democracia, é recente no Brasil. No intervalo entre 1946 e 1964, não houve muitos casos de mudança de partido.

A citada pesquisa integra a tese de doutorado de Carlos Ranulfo Félix de Melo, cientista político da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Os dados obtidos denotam que a prática da mudança de sigla partidária não deixa de ser uma busca por sobrevivência política, conveniência e manutenção ou ganho de poder⁵. Em 2001, já havia um clima para dar um basta à farra da

⁴ WEBER, Max. **Ciência e Política: Duas Vocações**. 14 ed. São Paulo: Cultrix. 2007, p.68

⁵ <http://cienciahoje.uol.com.br/controlPanel/materia/view/2281>: "O chamado 'baixo 'clero' procede desse modo para ampliar seu poder no estado de origem, adquirir cargos e recursos ou simplesmente prolongar a carreira, pois no Brasil, a renovação da câmara chega a ser de 40%, contra uma média de 5% dos Estados Unidos." Em segundo lugar, a infidelidade interessa aos líderes dos partidos, pois permite que aumentem suas bancadas e, portanto, seu poder. "A tendência é que o partido em voga cresça", constata Ranulfo. Artigo de Pablo Pires Ferreira para Ciência Hoje/RJ, 15/03/2001.

infidelidade partidária no país, pois se discutia no Congresso Nacional um projeto de lei para proibi-la.

A constatação do cientista político, exposta no início da década, é mais um dado a somar-se a outros colhidos neste trabalho e que o sustentam. A troca de legenda, segundo Melo, reflete uma alteração no comportamento do eleito: um político com perfil de 'esquerdista' que se transfere para uma agremiação de 'direita', desgasta a significação do partido e enfraquece a representação política.

2.2 PRIMEIRA PERDA DE MANDATO NO BRASIL

Em resposta à Consulta (CTA) 1398 do Partido da Frente Liberal (PFL), antes da mudança para Democratas, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu por maioria de 6 votos a 1, em 29 de março de 2007, que os mandatos obtidos nas urnas, pelo sistema proporcional, pertencem aos partidos políticos ou às coligações. O posicionamento do TSE resultou na edição da Resolução 22.526/2007.

Somente uma motivação plausível pelo candidato, para deixar o partido, poderia ser analisada sob o crivo do contraditório, pela Justiça Eleitoral. A medida atingiu em cheio – como um torpedo na casa de máquinas de um navio – deputados federais, estaduais, distritais e vereadores. O então ministro Gilmar Mendes, atual presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), defendia que o abandono da legenda deve ser punido com a perda do mandato: “Embora haja participação especial do candidato na obtenção de votos com o objetivo de posicionar-se na lista dos eleitos, tem-se que a eleição proporcional se realiza em razão de votação atribuída à legenda”⁶.

⁶ Declaração do ministro reproduzida no livro **Fidelidade Partidária e Perda de Mandato no Brasil**: temas complexos, de Thales tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira e Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua Cerqueira, Editora Premier – 2008.

Registro deste momento histórico para a justiça e a política nacionais demonstra que Osdival Gomes da Costa, vereador de Guarapuava (PR), foi o primeiro parlamentar a perder o mandato pela regra de fidelidade imposta pelo TSE, em 13 de abril de 2007, sexta-feira treze para o político, mas dia de sorte para a moralidade política do Brasil. Ocorreu por intermédio do ato administrativo número 05/2007, assinado pelo presidente da Câmara de Vereadores daquele município paranaense, Admir Strechar, em auxílio ao requerimento da executiva municipal do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB).

Tendo como relator o ministro Cezar Peluso, a Resolução que foi o divisor de águas na história da fidelidade partidária no país, a 22.610/2007 do TSE, foi publicada no Diário Oficial da União em 30 de outubro de 2007. Observava os ditames contidos nos julgamentos do STF sobre os Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604. O texto trazia a nítida missão de regular, oferecendo, pela primeira vez, dispositivo legal concreto para disciplinamento da fidelidade partidária no Brasil, abrindo espaço para a possibilidade de saída do partido, desde que eivada de justa causa.

“A Resolução consolida a idéia de que o partido é importante, impedindo a ação de legendas de aluguel ou de oligarquias e impede, por outro lado, que siglas com posturas antidemocráticas discriminem candidatos, tornando a vida partidária insuportável”⁷, raciocina o procurador regional eleitoral do RN, Fábio Nesi Venzon. Esta metade final do depoimento do procurador é ressaltada na previsão contida em texto claro da Resolução 22.610/2007 do TSE, logo no § 1º do artigo inicial, quando estão previstas as hipóteses para a existência de justa causa:

- I) Incorporação ou fusão do partido;
- II) criação de novo partido;
- III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- IV) grave discriminação pessoal.

⁷ Depoimento do Procurador Regional Eleitoral do RN, Fábio Nesi Venzon, concedido a este autor em 22/10/2008.

A medida jurídica concreta da Justiça Eleitoral Brasileira, editada em 25 de outubro de 2007, entrou em vigor na data de sua publicação, 30 de outubro, ressaltando no artigo 13, “aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 de março deste ano, quando a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 de outubro corrente, quando aos eleitos pelo sistema majoritário”. Cabe salientar, que se o mandato for municipal ou estadual, a competência para analisar os casos de infidelidade é dos Tribunais Regionais Eleitorais; se o mandato for federal, cabe ao Tribunal Superior Eleitoral.

Segundo o juiz do TRE/RN, Fernando Pimenta, Kelsen escreveu que não existe democracia sem partidos políticos e este é um princípio aceito por todos os regimes democráticos ocidentais:

Não há na Constituição Federal, dispositivo que puna a infidelidade partidária, mas a Carta Magna estabelece normas sobre a fidelidade partidária no art. 17, porém não existe norma explícita que puna com a cassação de mandato. Contudo, para proclamar que o mandato é do partido, o TSE interpretou dispositivos constitucionais.⁸

3 REFLEXOS DA INFIDELIDADE PARTIDÁRIA NO RN DURANTE O 1º SEMESTRE DE 2008

Entre 29 de janeiro e 3 de junho de 2008, 15 vereadores tiveram decretada a perda de mandato eletivo em julgamentos realizados pela Corte Eleitoral do Rio Grande do Norte. Neste período de 127 dias, a média é de uma cassação de cargos de parlamentares municipais a cada 8,46 dias. E se tomarmos como base a realização de sessões ordinárias às terças e quintas-

⁸ Depoimento do Dr. Fernando Pimenta concedido em 21/10/2008 ao autor deste artigo.

feiras somadas às extraordinárias, a proporção alcançada é de uma decretação deste tipo em 2,13 reuniões regimentais do Pleno.

Foram 54 processos que envolveram a possibilidade de cassação de mandatos outorgados pelo povo no ano de 2004, seja decretação, declaração, perda, existência de justa causa ou ainda vacância da cadeira de vereador. A cada uma das 32 sessões realizadas pela Corte Eleitoral potiguar nesses pouco mais de quatro meses, foi apreciado 1,68 processo sobre o assunto. Para 3,6 peças jurídicas referentes à infidelidade partidária ocorreu uma perda de mandato.

Muitas dessas cassações, de acordo com o procurador regional eleitoral Fábio Nesi Venzon, ocorreram porque desde 27 de março de 2007, as pessoas que se desfiliaram teriam de responder pelos seus atos. “Muita gente não acreditava que a Resolução seria aplicada”, recorda o representante do Ministério Público Federal no Plenário do TRE do Rio Grande do Norte. Venzon assumiu o cargo em 28 de fevereiro de 2008, em substituição ao procurador Edilson Alves de França. “Os políticos não conheciam as regras do jogo”, destaca o procurador. “A opção pela migração injustificada de uma legenda para outra vai diminuir muito”, aponta. O que pode ocorrer com maior frequência, segundo ele, é o crescimento de pedidos de Declaração de Existência de Justa Causa, pelos quais o Tribunal Regional Eleitoral deva se pronunciar. “Os detentores de mandato tenderão a agir, previamente, e, somente obtendo a permissão do Tribunal, decidirão por deixar a agremiação partidária de origem. Ninguém vai se arriscar”, vislumbra.

Doze municípios, sobretudo a composição de suas câmaras de vereadores, sofreram o impacto da entrada em vigor da Resolução 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a partir de 30 de outubro de 2007. São José de Mipibu (3), Canguaretama (2), Japi (1), Alexandria (1), Tenente Laurentino Cruz (1), Bento Fernandes (1), Rio do Fogo (1), Tibau do Sul (1), Ruy Barbosa (1), Campo Redondo (1), Jardim do Seridó (1) e São Bento do Norte (1) são os cenários potiguares da cassação de detentores de mandato e posse dos suplentes que se mantiveram fiéis às suas hostes partidárias.

Maio foi o mês com o maior número de cassações, tendo cinco decretações de perda de mandato, envolvendo vereadores de Rio do Fogo, Tibau do Sul, Ruy Barbosa, Campo Redondo e Jardim do Seridó. O município de São José de Mipibu registra três perdas de cargos eletivos decididas pela Corte Eleitoral do Rio Grande do Norte. Em junho, houve apenas uma.

3.1 PRIMEIRAS CASSAÇÕES POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA NO RN

O primeiro julgamento no TRE/RN ocorreu em 29 de janeiro de 2008 e tratou da apreciação da Representação 2695/2007. A procedência era da 11ª Zona Eleitoral (Canguaretama) e tinha como assunto a Declaração de Perda de Cargo Eletivo por Infidelidade Partidária. O representante era o Diretório Municipal do Partido da Mobilização Nacional (PMN) daquele município do litoral sul do Rio Grande do Norte. Os representados eram os edis Antônio Freire de Oliveira e Maria do Rosário Soares Silva de Maria, além do Diretório Municipal do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), que acolheu em suas fileiras os dois políticos acusados de infidelidade.

Logo no início da análise do feito jurídico, o relator, juiz Fernando Pimenta, resumiu em seu relatório, a burla à legislação eleitoral:

No dia 05 de setembro de 2007, ou seja, após a orientação firmada pelo TSE para perda de mandato por infidelidade partidária, os representados resolveram se desligar da Agremiação Representante, embora sempre tivessem exercidos plenamente suas atribuições junto ao Legislativo local, sem qualquer retaliação pessoal por posições de ordem administrativa ou mesmo política.

O PMN destacou o fato de os dois parlamentares resolverem deixar o partido sem qualquer justificativa legal, “apenas por conveniências pessoais junto à atual administração municipal”.

Contra Antônio Freire e Maria do Rosário, pesou a informação que eles declararam “motivo particular” para a desfiliação. Às fls. 80 do processo, constam que a desfiliação no Cartório Eleitoral de Canguaretama ocorreu sob requerimento dos citados vereadores. Em resposta às assertivas do representante, os recorridos alegaram em defesa de seu ato, justificativa que se tornou recorrente na maioria dos julgamentos que vieram a seguir. A tônica das contestações é a de que os infiéis seriam alvo de desrespeito, desconsideração e humilhação por parte de suas direções partidárias.

Entre 2003 e 2005, os vereadores estiveram no comando da agremiação em Canguaretama, até serem surpreendidos com a nomeação de nova comissão provisória liderada pelo grupo político adversário. Argumentaram ser alvos de chacotas e insinuações depreciativas às suas imagens perante os munícipes. Reclamaram que o procedimento de substituição não contou com comunicação prévia aos principais interessados.

Suscitaram preliminar de ilegitimidade da parte autora da Representação, pois no entender dos dois políticos, somente os diretórios nacional ou o estadual do PMN poderiam ingressar com tal representação na Justiça Eleitoral. Ao enfrentar a questão, o relator Fernando Pimenta lembrou que a tese da ilegitimidade ativa dos diretórios municipais apóia-se na dicção do art. 11 da lei 9.096/95, segundo a qual os órgãos partidários municipais representam o partido perante o juiz eleitoral, enquanto a representação junto aos Tribunais Regionais Eleitorais cabe aos órgãos nacionais e estaduais.

Mas ao deferir liminar no Mandado de Segurança nº 3677, em dezembro de 2007, o ministro Carlos Ayres Britto, atual presidente do TSE, recordou Pimenta, determinou que o TRE de Goiás desse prosseguimento ao processo de perda de mandato, interposto pela Comissão Provisória do Democratas (DEM), de Hidrolina - GO, contra vereador eleito pelo PFL (antiga denominação do DEM). No entendimento do ministro, se o diretório municipal deve zelar e vigiar a normalidade e legitimidade do processo eleitoral municipal, evitando

qualquer forma de abuso, não há como se recusar a legitimidade para vindicar mandato eletivo por desfiliação partidária de vereadores.

A preliminar levantada foi rejeitada pela Corte Eleitoral, a partir do entendimento do relator.

Antônio Freire e Maria do Rosário ainda apelaram para a utilização de outra preliminar, tentando atacar a constitucionalidade da Resolução 22.610, editada justamente para dar efetividade às decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), emanadas das apreciações dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604. Conforme o art. 23 do Código Eleitoral Brasileiro, Inciso XVIII, compete privativamente ao Tribunal Superior Eleitoral “tomar quaisquer providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”.

Mas, apesar de votar em consonância com o parecer oral do Ministério Público Eleitoral neste julgamento inicial dos processos de infidelidade partidária no Rio Grande do Norte, o relator e doutrinador da matéria, Fernando Pimenta, observa que a Carta Magna vigente no país não previu, em nenhum artigo, a perda de mandato eletivo em decorrência da prática de infidelidade, deixando para os partidos a faculdade de estabelecer nos seus estatutos, normas sobre punições porventura aplicáveis aos trãnsfugas⁹. O artigo 55 da Constituição da República cita apenas hipóteses de perda de mandato de parlamentares federais sem qualquer menção a vereadores. E nenhuma destas possibilidades lida com a troca de partido.

Pimenta analisa que a constitucionalidade da Resolução 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral não é uma questão superada. Permanecem focos de discussões minoritárias na própria Justiça Eleitoral. “O TSE já decidiu várias vezes, excerto que por maioria de votos, que a Resolução é constitucional”. O caminho natural, segundo o jurista, é que o texto da regulamentação da Colenda Corte Superior Eleitoral seja o alicerce para a elaboração de uma lei a definir a questão. “De um modo geral, a regra instituída pelo Tribunal foi

⁹ PIMENTA, Fernando Gurgel. **Guia prático da fidelidade partidária à luz da resolução TSE 22.610/07**. 1 ed. J H Mizuno: São Paulo. 2008, p. 42.

amplamente aceita e acolhida pela população e a classe política, não houve contestação”.

No mérito contido no primeiro julgamento de caso concreto de infidelidade partidária no Rio Grande do Norte, superadas as preliminares de ilegitimidade ativa e a prejudicial de inconstitucionalidade, o relator ressaltou que a desfiliação partidária está suficientemente provada pelos documentos de fls. 77, 78 e 80. Certidão do cartório eleitoral da 11ª Zona Eleitoral registra a data da desfiliação em 5 de setembro de 2007. Não há embasamento para declaração de justa causa, tampouco de incorporação ou fusão de partido, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário ou, ainda, criação de novo partido. Antônio Freire de Oliveira e Maria do Rosário Soares Silva de Maria sequer comprovaram ser vítimas de grave discriminação pessoal. Os depoimentos das testemunhas ouvidas em audiência no dia 18 de janeiro de 2008, não contribuíram para solidificar a tese desenhada pelos políticos infiéis. Para o relator, “se saíram do PMN porque o partido deixou de apoiar o prefeito do município, assim agiram porque resolveram ser fiéis ao prefeito, não ao partido”.

De nada valeu o argumento de que foram excluídos da direção partidária em abril de 2005. A justificativa para a debandada da agremiação não foi aceita, porque eles esperaram quase dois anos e meio para deixar o PMN de Canguaretama. Sobre a ótica de efeito prático, se tivessem se desfiliado imediatamente após a exclusão, teriam sido beneficiados pelo marco divisor para a vigência da Resolução 22.610/TSE, que conta para análise e julgamento da infidelidade nas desfiliações partidárias o prazo a partir de 27 de março de 2007. “As desfiliações e conseqüentes filiações a outra agremiação partidária não se harmonizam com nenhuma das hipóteses de justa causa do art. 1º, § 1º, da Resolução 22.610/TSE”, arrematou o juiz Fernando Pimenta ao julgar procedente o pedido do PMN e ver seu entendimento prevalecer por cinco votos a um no Tribunal Regional Eleitoral – RN. Como determina a legislação, o Tribunal deu prazo de dez dias, a contar da publicação do acórdão, para que a Câmara de Vereadores de Canguaretama procedesse à posse dos suplentes Marília Gomes de Carvalho e José Maria Florêncio da Costa.

O caso mereceu registro na mídia nacional¹⁰. O único voto divergente no processo de infidelidade partidária em Canguaretama foi proferido pelo desembargador Rafael Godeiro. “É uma traição aos políticos que foram eleitos legitimamente sob uma cultura já cristalizada da infidelidade. Essa resolução deveria ser aplicada para os mandatos futuros”, grifou o periódico Diário de Natal, na página 3 de sua edição da quarta-feira, 30 de janeiro de 2008, na matéria intitulada “DECISÃO: TRE cassa vereadores que mudaram de partido”. O jornal não assinou a autoria do texto.

A decisão foi publicada no DJ – Diário de Justiça, em 5 de abril de 2008, página 02.

Após o primeiro caso de cassação, os outros processos seguiram com argumentos semelhantes, a exceção daqueles em que o representado conseguiu demonstrar ocorrência de uma das causas justificadores da saída do partido, contidas na Resolução do TSE, conforme mencionamos anteriormente.

Abaixo, quadro demonstrativo dos julgamentos de processos por infidelidade partidária, ocorridos entre 29 de janeiro a 3 de junho, no TRE/RN.

Quadro dos processos de cassação por infidelidade partidária

Total de sessões realizadas pelo TRE/RN	32
Quantidade de processos julgados ¹¹	54
Perdas de Mandato decretadas pela Corte	15

¹⁰ g1.globo.com/Noticias/Politica, 29 de janeiro de 2008, 19h15: "Esta era uma decisão esperada e foi tomada pelo Tribunal em benefício da moralidade tão esperada pela população", afirmou o procurador regional do Ministério Público Eleitoral, Edilson Alves de França. "Eles preferiram ser fiéis ao prefeito (Edmilson Faustino dos Santos, do PDT) do que ao partido que os elegeu", sustentou o advogado do PMN, André Augusto de Castro. Em 2005, o partido foi para a oposição e a dupla continuou ao lado do prefeito.

¹¹ Decretação da Perda de Mandato Eletivo (43), Declaração de Existência de Justa Causa (4), Declaração de Perda de Cargo Eletivo (3), Declaratória de Perda de Mandato Eletivo por Infidelidade Partidária (2), Declaração de Vacância da Cadeira de Vereador (1) e Perda de Cargo Eletivo (1).

3.3 DESEMPENHO DOS VEREADORES CASSADOS NAS ELEIÇÕES

Nas eleições municipais de 5 de outubro de 2008, dos 15 vereadores que tiveram a decretação da perda de mandato eletivo pelo TRE/RN, sete conseguiram retornar aos cargos de vereador pela votação popular. O perfil deste político que superou a cassação por infidelidade para alguns meses depois voltar aos cargos dos quais foram afastados, é alguém com 38,4 anos de idade; ensino médio completo, com ocupação profissional não muito bem definida (categoria outros), inserido em um espectro político de direita e que obteve 5,48% dos votos válidos em seu município.

“Estes vereadores não foram condenados por crimes, improbidade administrativa ou malversação de recursos públicos, práticas muito mais graves”, comenta Venzon. A realidade que começa a mudar no interior do Estado, ainda é de partidos fracos, o que faz com que os votantes priorizem o candidato ao partido. Outro aspecto da norma editada pelo Tribunal Superior Eleitoral, em 30 de outubro, é que esta surgiu praticamente no final de uma legislatura. Se eles puderam se candidatar poucos meses depois da cassação é porque, explica o procurador regional eleitoral, no ordenamento jurídico brasileiro não havia sanção contra os infiéis, que os punisse com a inelegibilidade. Ele enfatiza a necessidade de edição de uma lei complementar que regulamente a questão, caminho convergente ao pensamento do juiz Fernando Pimenta.

Oito políticos não voltaram à edilidade. Foram rejeitados pelas urnas, impedidos pela Justiça Eleitoral de participar do pleito por questões de registro de candidatura ou simplesmente decidiram não disputar o pleito. Entre aqueles que foram derrotados na votação popular, os traços são de uma pessoa de 48,6 anos de idade, ensino médio completo, agricultor, situada na esquerda e que recebeu 3,39% dos votos válidos em sua cidade.

Vinte por cento dos políticos cassados não concorrem nas eleições municipais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício da política como missão parlamentar deve ser feito com respeito à construção de uma história, considerando o desempenho no passado, o zelo com a postura do presente e o olhar concentrado na responsabilidade com o futuro. O detentor de mandato deve ter causas a defender. Não se pode navegar conforme as marés dos conchavos, acordos espúrios e objetivos pessoais.

Destaca Max Weber que a política deve ser feita com responsabilidade e convicção. Porém, nem sempre estes tipos de ética são conciliáveis. Ao que tudo indica e este estudo aponta nesta direção, os políticos, não somente os do Rio Grande do Norte como os de outros estados e países, continuam a mover-se pela diretriz da sobrevivência, aquela que justifica os fins pelo uso dos meios utilizados para se alcançar somente objetivos e metas personalistas.

Quinze vereadores foram cassados no Rio Grande do Norte por falta de eticidade. Não apenas com seus partidos. Faltou conduta ética também para com os munícipes, o povo que os elegeu acreditando nos seus ideais, projetos e promessas. Tentaram alegar perseguição política, discriminação partidária, alijamento das decisões, insegurança quanto à garantia de legenda para candidaturas à reeleição.

Os que se livraram da perda de mandato, conseguiram justificar suas desfiliações com provas de humilhação, criação de novos partidos e comprovação de ocorrência de justa causa. Antes do início dos julgamentos, havia quem acreditasse que as cassações chegariam a 90% dos casos. Perdas de prazos, falhas processuais e sólidas argumentações conseguiram diminuir este índice, nos primeiros seis meses de 2008, em 30% dos processos apreciados pelos juízes do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte.

Os parlamentares cassados justificam que a sobrevivência política é a mola propulsora e razão para a migração de uma sigla para outra. Por mais que os partidos no país ainda careçam de solidez ideológica e prática coerente com os preceitos expostos em seus programas, não pode ser aceito pela ótica

da ética, o descompromisso com os cidadãos que elegeram seus candidatos, acreditando em suas palavras. Deixar um partido sem justa causa é quebrar um contrato, um código de honra e a própria vontade do eleitor que elegeu seu representante para ser governo ou oposição, para defender causas e criar boas leis.

REFERÊNCIAS

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil: temas complexos**. 1 ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

FERREIRA, Pablo Pires. Artigo: **Causas da infidelidade partidária no Brasil - Pesquisador atribui inconstância a busca de sobrevivência política e interesse de líderes** – Ciência Hoje/RJ – 15 de março de 2001 - <http://cienciahoje.uol.com.br/controlPanel/materia/view/2281>

MELO, Carlos Ranulfo Félix de. **“Retirando as cadeiras do lugar : migração partidária na Câmara dos Deputados (1985/1998)”**, Tese de Doutorado em Sociologia e Política, realizada entre 1994 – 1999, na Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil. Ano de Obtenção : 1999.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **Introdução à história dos partidos políticos brasileiros**. 2 Ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

PIMENTA, Fernando Gurgel. **Guia Prático da fidelidade partidária à luz da resolução TSE 22.610/07** - Doutrina, Jurisprudência e Prática. São Paulo: JH Mizuno. 2008.

WEBER, Max. **Ciência e Política: duas Vocações**. 14 ed. São Paulo: Cultrix. 2007.

PROCESSO DE DUPLA FILIAÇÃO: PELA GARANTIA DOS POSTULADOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.

Telmo Bernardes

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela mesma Universidade. Chefe do Cartório Eleitoral da 33ª Zona de Alagoas. Analista Judiciário- Área Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas. **Email:** telmobernardes@oi.com.br

RESUMO: A filiação partidária é livre e pouco burocratizada. Mas, a desfiliação é normatizada explicitamente com vistas à possibilidade de colheita de dados escorreitos quando do eventual pedido de registro de candidatura e, ainda, ante ao necessário combate do ilícito administrativo- eleitoral da dupla filiação. Este é um ilícito eleitoral bastante comum na prática dos Juízos Eleitorais. Seu processamento em sede de apuração se dá com o Processo de Dupla Filiação, cuja natureza jurídica é administrativa e de cunho litigioso. Justamente por nortear uma possível sanção, a saber, o cancelamento das filiações envolvidas em duplicidade filiacional, é mister garantir ao requerido alguns dos postulados basilares do Estado Democrático de Direito, o do contraditório e da ampla defesa, em uma procedimentalidade fundamental, sob pena de restar subvertida a ordem constitucional.

PALAVRAS- CHAVE: dupla filiação; ampla defesa; contraditório.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da filiação partidária pode dar sanchas à concretização de um ilícito eleitoral muito comum na práxis dos Juízos Eleitorais, a saber, a dupla filiação. Assim, como ilicitude caracterizada que é, não pode a sanção dela decorrente ser aplicada de plano, sem a presença dos postulados garantidores da ampla defesa e do contraditório, sob pena de se subverter a ordem constitucional posta.

Desse modo, o objeto do presente artigo é demonstrar a necessidade de, no tocante à apuração e combate do ilícito eleitoral em questão (duplicidade filiacional), a um só tempo, garantir-se efetivamente o pleno direito do contraditório e da ampla defesa em um procedimento fundamental, tido como consectário da adequação da Lei 9784/99 ao Processo Administrativo Eleitoral de Dupla Filiação.

2. DO DIREITO DE FILIAÇÃO PARTIDÁRIA

O Sistema de Filiação Partidária resta normatizado pelo TSE na Resolução nº 21.574/03, modificada pela norma de mesma espécie nº 22.085/05.

Já o direito de filiação partidária exsurge como corolário da faculdade conferida pelo art. 5, inc. XVII da Carta Magna de 88, em derivativo ao direito de associação, *verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(omissis)

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; (grifo do autor)

Dessa feita, qualquer um, desde que no gozo dos direitos políticos¹ e preenchidas as disposições estatutárias² da agremiação, pode livremente associar-se a qualquer partido político, que, pela sua própria natureza jurídica insculpida no art. 1º da Lei 9096/95 são Pessoas Jurídicas que, no interesse do regime democrático objetivam:

- a) garantir a legitimidade do sistema representativo nacional;
- b) defender os direitos fundamentais da Constituição Federal.

Para o ato de filiação deve o interessado se subsumir aos ditames estatutários da agremiação, o qual fixará o procedimento para tanto.

Tal circunstância se ultima pelo fato de que a organização e funcionamento partidários são de normatização *interna corporis* agremiacional, a teor dos artigos 14 e 15, inc. II da Lei 9096/95, literalmente:

Art. 14. Observadas as disposições constitucionais e as desta Lei, o partido é livre para fixar, em seu programa, seus objetivos políticos e para estabelecer, em seu estatuto, a sua estrutura interna, organização e funcionamento. (grifo do autor)

**Art. 15. O Estatuto do partido deve conter, entre outras, normas sobre:
(omissis)
II - filiação e desligamento de seus membros; (grifo do autor)**

3. DA DESFILIAÇÃO E SUA OPERACIONALIZAÇÃO

Nada obstante, se por um lado a filiação guarda amplos contornos de liberdade normativa pelo partido político a nível de procedimentalização, a desfiliação, por sua feita, tem juridicidade tipificada segundo os artigos 21 e 22, parágrafo único da Lei 9096/95; ou seja, haverá, sempre, uma comunicação escrita ao órgão de direção municipal e ao juiz eleitoral em que inscrito o filiado.

A ontologicidade da diferenciação entre a vinculação e a desvinculação partidária se dá com dois nortes:

¹ Vide art. 16 da Lei 9.096/95.

² Vide Art. 17 da Lei 9096/95.

a) proteção de requisito de elegibilidade insculpido no art. 18 da Lei 9096/95;

b) combate ao ilícito da dupla filiação.

Como acima exposto, um dos requisitos para o exercício da capacidade eleitoral passiva é que o pretense candidato esteja filiado a partido político a pelo menos um ano. E a fiscalização de tal condição eleitoral é de responsabilidade da Justiça Eleitoral que, na segunda semana dos meses de abril e outubro, é “encarregada”³ de receber das agremiações as suas listas de filiados, nos precisos termos do art. 19 da Lei 9096/95.

Nesse diapasão, quando houver o Pedido de Registro de Candidatura, em relação ao candidato que pretende concorrer nas eleições, a certidão de filiação partidária será lavrada de acordo, como regra geral, com os dados disponíveis no Sistema de Informática da Justiça Eleitoral, nominado de Sistema ELO. E este será alimentado com as informações prestadas pelas próprias agremiações quando da entrega das listas de filiados.

Com isso, têm-se segurança⁴ e automação no ato, vez que lavrado com base nas informações contidas naquele sistema.

Já o segundo norte ontológico da maior burocratização da desvinculação partidária repousa na criação de um eficiente sistema de combate à dupla filiação, que, como se verá adiante, é um ilícito administrativo-eleitoral.

Destarte que, pedagogicamente, pode-se ter duas formas de desfiliação partidária por iniciativa do filiado, a saber:

a) voluntária- quando o filiado apresenta requerimento de desfiliação partidária ao juiz eleitoral e comunicação ao órgão de direção municipal, de modo que o vínculo se extingue dois dias depois da comunicação feita;

³ Aspeou-se o termo encarregada porque a Justiça Eleitoral tem a obrigação de, observadas as prescrições legais, receber as listas entregues em cartório para inserção no Sistema ELO, porém não possuindo o dever de cobrar ditas às agremiações, a quem compete o real dever de entregá-las. E isto se dá porque a entrega das listas de filiados é ínsita à intimidade partidária, além de obrigação *ex- lege*.

⁴ Qualquer prejudicado por desídia ou má-fé do partido político em sede de exclusão de seu nome da lista de filiados entregue à Justiça Eleitoral, poderá pleitear no Juízo Eleitoral em que inscrito a inclusão coercitiva do seu nome naquela por força do art. 19, § 2º da Lei 9096/95. É o chamado processamento das listas especiais.

b) obrigatória- quando há a filiação a outro partido político, fato jurídico que, então, torna o filiado obrigado a comunicar ao órgão de direção municipal e ao juiz eleitoral da zona em que inscrito, até o dia imediato daquela, sob pena de incidir na dupla filiação.

Claro que no dia-a-dia da práxis cartorária ocorrem situações inusitadas, como, por exemplo: os membros do Diretório Municipal não serem encontrados; endereço fictício da sede partidária municipal etc.

Na hipótese, o Princípio da Razoabilidade impõe que a comunicação ao órgão partidário seja feita ao regional ou, na sua ausência/impossibilidade, ao nacional. Isto se faz necessário para que o direito de livre associação não seja tolhido do requerente.

4. DA DUPLICIDADE FILIACIONAL

A dupla filiação consiste em um ilícito que goza de natureza administrativa- eleitoral. É a filiação a novel partido sem o filiado se desfiliar no anterior na forma e prazo legais.

Como dantes visto, existe uma forma procedimental com a qual sempre o filiado há de se deparar quando desejar se desfiliar de partido político: uma comunicação escrita ao partido e ao juiz eleitoral da zona em que inscrito. Isto é o que dispõe a lei.

Ocorre que a filiação ao novo partido impõe o dever jurídico de o filiado fazer ditas comunicações até o dia imediato da nova filiação, sob pena de se caracterizar o ilícito administrativo da dupla filiação, nos exatos termos do que preconiza o art. 22, parágrafo único da Lei 9096/95, literalmente:

Art. 22. O cancelamento imediato da filiação partidária verifica-se nos casos de:

(omissis)

Parágrafo único. Quem se filia a outro partido deve fazer comunicação ao partido e ao juiz de sua respectiva Zona Eleitoral, para cancelar sua filiação; se não o fizer no dia imediato ao da nova filiação, fica configurada dupla filiação, sendo ambas consideradas nulas para todos os efeitos.

A perceber em cristalinidade normativa, a inobservância à vedação de estar filiado a dois partidos redundaria em uma sanção, qual seja, o cancelamento das inscrições “*sub judice*.”⁵

Mas, de bom tom é enfatizar que o cancelamento não é automático, feito de plano por registro no Sistema ELO; mas, subsume-se a um prévio processo administrativo- eleitoral nominado de Processo de Dupla Filiação.

5. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO- ELEITORAL DE DUPLA FILIAÇÃO: AUSÊNCIA PREJUDICIAL DE PADRONIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

O Processo de Dupla Filiação, apesar de ser direito de garantia, como processo que é, não goza de uma uniformização padronizada em termos de procedimentalidade.

Nesse esteio, para exaurimento do predicamento contido no art. 22, parágrafo único da Lei 9096/95, a Resolução TSE nº 21.574/03, modificada pela norma de mesma espécie nº 22.085/05, que normatiza a filiação partidária, fixa no seu art. 6º, § 1º, *in verbis*:

Art. 6º A comunicação obrigatória do eleitor que se filia a outro partido ao juiz eleitoral da zona em que é inscrito, com a finalidade de cancelamento da filiação anterior, recebida no cartório até o dia imediato ao da nova filiação, ensejará o correspondente registro de desfiliação na última relação do partido, anteriormente arquivada no sistema.

§ 1º Quando a comunicação de que trata o *caput* for recebida no cartório após o dia imediato ao da nova filiação, o sistema alterará a situação da filiação anotada para o partido anterior, que passará a figurar como *sub judice*, e gerará comunicação da ocorrência relativa à duplicidade de filiações, nos termos do art. 22, parágrafo único, da Lei nº 9.096/95, a ser imediatamente submetida ao juiz eleitoral para decisão, após a instrução que ordenar. (grifo do autor)

Ora, como se denota, não há a fixação de uma padronização formal para o deslinde de solubilidade do Processo de Dupla Filiação. A norma de referência faz remissão à instrução que o Juiz Eleitoral ordenar.

Importante o conteúdo da parte final da norma resolucional do TSE em tela. É que a competência para processar e julgar o Processo de Dupla Filiação é do Juízo Eleitoral Monocrático. É o Juiz Singular que fará espairar seu juízo de valor sobre a processualidade. A teor disto, manifesta-se a doutrina em teor comparativo dos efeitos da dupla filiação no registro de candidatura, *litteris*:

Sendo competência do Juiz Eleitoral da Zona em que estiver inscrito, é direito público subjetivo desse candidato ver-se processar e ser julgado pelo juiz natural, sob pena de subversão da ordem legal e, não bastasse, também constitucional, uma vez que a Carta Política cuidou de estatuir tal garantia, de forma que resta inferirmos que essa prova tem de ser produzida perante o Juiz Eleitoral de 1º Grau e no PROCESSO ESPECÍFICO tendente à solução da DUPLICIDADE DE FILIAÇÃO. (AZEVEDO, David Magalhães de. Considerações acerca da duplicidade de filiação e implicações no registro de candidatura. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1153, 28 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8854>>. Acesso em: 03 nov. 2007 às 13:20hs) (grifo do autor)

Mas, que instrução é esta? De certo haverá em cada Juízo Eleitoral, segundo a formação humanística do magistrado que a ele preside, uma instrução diferente.

Com isso, é de todo concluir que a prejudicialidade processual resta evidente. Isto porque, a previsibilidade da atuação estatal por meio do processo é uma garantia do próprio Estado Democrático de Direito. Daí, em alguns juízos se publicará edital; em outros se enviará relação das inscrições “*sub judice*” ao Promotor Eleitoral etc; por vezes até pouco se olvidando da preservação do direito ao contraditório e da ampla defesa. Procedendo-se ao cancelamento ou regularização daquelas, a posteriori, por determinação do Magistrado Eleitoral.

É nesse diapasão que surge a necessidade de se preservar a garantia mínima de uma procedimentalização racional das instruções dos Processos de Dupla Filiação com vistas à consagração dos postulados mais clássicos da ordem constitucional, a saber, a ampla defesa e o contraditório.

⁵ Nomeclatura utilizada pelo Sistema ELO.

5.1 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Os direitos fundamentais consagrados na Carta de 88 foram umas das mais notáveis conquistas da sociedade brasileira em vista da redemocratização do Estado Nacional.

Em virtude disso, no âmbito da processualística, repousa no artigo 5º, inc. LV a garantia à ampla defesa e ao contraditório, *verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(omissis)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (grifo do autor)

A doutrina define o direito à ampla defesa como, literalmente:

Por ampla defesa, entende-se o direito que é dado ao indivíduo de trazer ao processo, administrativo ou judicial, todos os elementos de prova lícitamente obtidos para provar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender devido, para evitar sua auto- incriminação. (PAULO, Vicente. Aulas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: 7ª ed., Ed. Impetus, p. 164) (grifo do autor)

Já o contraditório pode ser tido como, *in verbis*:

Por contraditório, entende-se o direito que tem o indivíduo de tomar conhecimento e contraditar tudo o que é levado pela parte adversa ao processo. É o princípio constitucional do contraditório que impõe a condução dialética do processo (*par conditio*), significando que, a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se, de apresentar suas contra- razões, de levar ao juiz do feito uma interpretação jurídica diversa daquela apontada inicialmente pelo autor. (PAULO, Vicente. Aulas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: 7ª ed., Ed. Impetus, p. 165) (grifo do autor)

É perceptível com isso que é ínsito a todo e qualquer processo o dever do Estado em garantir a plenitude de tais fundamentalidades constitucionais, sob pena de a própria ordem constitucional em seu âmago (base) restar maculada.

5.2. DA NECESSIDADE DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE DUPLA FILIAÇÃO

Os postulados da ampla defesa e do contraditório integram a base normativo- constitucional do Estado brasileiro. Suas necessidades a todo e qualquer processo, enquanto direito garantista que é, tornam-se indelévels. Ainda mais quando se trata de processo cuja sanção pode inviabilizar a concorrência do cidadão aos cargos políticos, por poder lhe retirar umas das condições de elegibilidade.

Assim o é porque para se candidatar o cidadão precisa estar filiado a pelo menos um ano a partido político, e, por outro lado, a sanção decorrente da duplicidade filiacional é o cancelamento das filiações envolvidas no fato jurídico. Daí, a depender da época em que prolatada a sentença⁶ judicial que declarou⁷ o cancelamento das filiações “*sub judice*”, é possível que o cidadão seja atingido de tal sorte que o gravame ultrapasse a singularidade do processo e chegue ao próprio direito de concorrer, ou não, ao pleito.

É símil ter que as disputas políticas são, no mais das vezes, muito acirradas; seja porque envolvem o cargo político em si, seja porque se disputam idéias em concorrência. Mas, nem sempre as disputas passam pelo crivo da ética e, na práxis cartorária, pode ocorrer o chamado “enxerto” nas listas de filiados apresentadas à Justiça Eleitoral com vistas a gerar, propositadamente, as dupla filiações.

Fato é que se não houve a oportunização concreta do filiado envolvido em dupla filiação se manifestar e apresentar sua defesa,

⁶ Defende este articulista que o ato do Juiz Eleitoral que resolve o processo em caráter definitivo ou terminativo é, independente da processualidade ser ou não administrativa, sentença. Isto porque não se trata de julgador administrativo a proferir decisão, mas, de juiz, que nesta qualidade, está, porém, a exercer uma atividade administrativa- eleitoral, não se despidendo, todavia, daquela condição de órgão estatal; membro de um dos Poderes da República.

⁷ A tipologia jurídica da sentença em tela, no tocante à sua natureza, é de cunho declaratório.

contraditando as provas produzidas nos autos do processo administrativo-eleitoral em tela, pode-se cancelar inscrições envolvidas em duplicidade filiacional de forma absolutamente injusta e consagradora da prática anti-ética do chamado “jogo político”, feito por alguns.

Admita-se o exemplo: determinado pretendo candidato a certo cargo político, presidente de uma agremiação qualquer, deseja impossibilitar que seu concorrente, integrante de fato de outra agremiação, dispute o cargo almejado consigo. Para tanto, ao enviar a lista de filiados para processamento na Justiça Eleitoral, no ano que antecede às eleições, faz enxertar os dados do seu concorrente na de seu partido para gerar a dupla filiação. Ora, se aquele cometedor da ilicitude sabe que não haverá, no Juízo Eleitoral de referência, instrução processual a respeitar o contraditório e a ampla defesa, o seu concorrente, provavelmente, só irá saber que teve suas filiações (a real e a enxertada) canceladas no momento de colher a documentação para apresentar seu pedido de registro de candidatura.

Tal fato, a um só tempo, consagrará a injustiça, servindo o Poder Judiciário Federal, por seus instrumentos, como meio de vingança para a realização de atividades desprovidas da ética.

A atividade estatal, jurisdicional ou administrativa, principalmente tendentes ao sancionamento, deve ser desenvolvida com base em provas robustas e concretas, capazes de ensejarem a perfeita, na medida do possível, historicidade dos fatos, sendo indispensável que o contraditório e a ampla defesa, por meio de um procedimento fundamental a se desenvolver nos autos do Processo de Dupla Filiação seja realizado.

6. DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO FUNDAMENTAL PARA PRESERVAÇÃO PARA DO AMPLO DIREITO DE DEFESA E CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE DUPLICIDADE FILIACIONAL

Como não há na legislação uma procedimentalização tipificada para o processo em tela, é preciso realizar a integração das normas jurídicas que regem o Processo Administrativo Federal em generalidade em relação àqueles da Dupla Filiação.

Destarte, a Lei 9784/99 regulamenta o Processo Administrativo Federal. Mas, frise-se, em caráter de regras gerais, permanecendo os Processos Administrativos Federais que gozam de normatização específica a serem regidos pelas suas normas; conforme art. 69 daquela.

No caso dos Processos Administrativos- Eleitorais, alguns possuem tipificação normativo- procedimental, como os Processos de Suspensão de Direitos Políticos e o de Prestação de Contas Partidárias. Já outros, como o de Dupla Filiação, mais precisamente, não possuem uma procedimentalização pré- normatizada em caráter explícito. Então, o que fazer? Ora, integração é a solução.

A Lei 9784/99 é a norma básica das processualidades administrativas federais. Destarte, na ausência de norma específica, ela deve, obrigatoriamente, ser aplicada.

Com isso, resolve-se o espaço jurídico deixado pelo legislador em relação à procedimentalização fundamental, com garantia dos postulados da ampla defesa e do contraditório, do Processo de Dupla Filiação.

Daí, defende este articulista o seguinte procedimento fundamental para a processualidade em tela:

a) prestadas as informações⁸ de estilo do Chefe de Cartório ou apresentada reclamação eleitoral⁹ pelo Ministério Público Eleitoral em face dos filiados com inscrição “*sub- judice*”, com as provas de praxe (certidão de dupla filiação e relatório do Sistema ELO), acolhida para processamento pelo Juiz Eleitoral, serão os autos despachados com ordem de citação;

b) enviada a citação¹⁰, pela via postal, para o endereço¹¹ disponibilizado no Cadastro Nacional de Eleitores e juntado aos autos o “AR”,

⁸ As chamadas “Informações do Chefe de Cartório” se constituem em importantíssimo instrumento no âmbito das processualidades administrativo- eleitorais. Destarte que, em geral, é por elas que os processos administrativos da eleitoralidade se iniciam por propulsão oficial (em termos: de ofício).

⁹ O Chefe de Cartório apesar de ter a titularidade para prestar as ditas informações como móvel propulsor do Processo Administrativo Eleitoral como regra, não possui, entretanto, capacidade de postular. Fato este que não ocorre com o Ministério Público Eleitoral que pode postular perante a Justiça Eleitoral em processos administrativos e judiciais. É pleno legitimado inclusive. A reclamação eleitoral é um instrumento administrativo destinado à deflagração de Processo Administrativo- Eleitoral de caráter litigioso. Alguns a nominam também de representação eleitoral. Mas, esta, sob a ótica de que se está a falar nada tem a ver com aquele instrumento acionário por descumprimento da Lei 9504/97. Frise-se, é instrumento administrativo e não acionário, apesar de nomeação semelhante.

¹⁰ Vide Acórdãos nos 12.864 e 12.857, de 12.9.96, rel. Min. Francisco Rezek e Ac. no 19.368, de 11.9.2001, rel. Min. Fernando Neves; no mesmo sentido o Ac. No 19.377, de 11.9.2001; e o Ac. no 2.980, de 25.9.2001, da lavra do mesmo relator (Fernando Neves).

observando-se o decurso de prazo, aguarda-se a apresentação de defesa pelo requerido;

c) com a apresentação de defesa pelo requerido, o Juiz Eleitoral poderá designar audiência para depoimento pessoal e oitiva de testemunhas e/ou determinar baixa dos autos à unidade administrativa do juízo¹² para que o Analista Judiciário¹³ da mesma profira proposta de julgamento em forma de parecer¹⁴;

d) após, encerrará a instrução o Juiz Eleitoral e fixará o prazo de até dez dias para o requerido se manifestar (art. 44 da Lei 9784/99);

e) decorrido o prazo, com ou sem a manifestação do requerido, devem, após conclusão, seguirem os autos para o Ministério Público Eleitoral afim de se manifestar;

f) em seguida, seguirão para sentença.

Importante ainda tocar no ponto crucial da temática em tela. Ou seja, a ausência de apresentação de defesa pelo requerido; sua contumácia.

É que pode ocorrer de o requerido quedar-se inerte e não apresentar defesa, redundando em sua óbvia revelia. Mas, esta não induz aos seus efeitos. Ou seja, a ocorrência da contumácia do requerido não haverá, no Processo de Dupla Filiação, de redundar na aplicação dos efeitos da mesma.

¹¹ Defende este articulista a mitigação, no Processo de Dupla Filiação, da citação pessoal. É que, há de se aplicar ao caso a Teoria da Aparência, ainda que o destinatário seja Pessoa Natural. Isto porque o Cadastro Nacional de Eleitores é dotado em seu conteúdo de fé pública, até porque os dados são infirmados pelo próprio eleitor. Daí, a necessidade de se considerar válida a citação postal enviada e entregue no endereço constante do cadastro retro. Gozando o ato de comunicação, com presunção *juris tantum*, de sucesso quando depositado no endereço declinado pelo eleitor no Sistema ELO.

¹² Unidade administrativa do Juízo Eleitoral Monocrático é o Cartório Eleitoral. Aliás, a competência para processamento dos Processos de Dupla Filiação é daquele. Do Juiz Singular. Isto porque, tanto a Lei 9096/95 como a resolução de regência do TSE fixam como encargo que o Juiz Eleitoral promova à solubilidade processual após a instrução necessária.

¹³ A emissão de pareceres jurídicos e de apoio a julgamentos é atribuição específica do Analista Judiciário- Área Judiciária, segundo os ditames da Resolução do TSE nº 22.206/06.

¹⁴ Defende este articulista que na seara das processualidades administrativo- eleitorais, inviável é a proposta de julgamento de que trata a Lei 9784/99 em seu artigo 47. Isto porque naqueles o processo é presidido em todas as suas fases pelo Juiz Eleitoral, e não apenas supervisionado pelo mesmo, nem tão pouco delegada a instrução necessária, assim como ocorre em alguns órgãos do Poder Executivo Federal, por exemplo. Daí, a proposta de julgamento só poder se ultimar em forma de parecer, pois enquanto ato de opinião, é gerado no fim da instrução para analisá-la e propiciar elementos ao magistrado para formação de seu convencimento, por quem tem a incumbência administrativa para tanto, a saber, o Analista Judiciário- Área Judiciária. Ressaltando, porém, que se tiver o magistrado elementos tais que facilitem a solubilidade processual, dita proposta de julgamento pode ser dispensada já que não-obrigatória a intervenção da Unidade Administrativa. Em termos: a intervenção da referida unidade é uma faculdade do Juiz Eleitoral e não uma impossibilidade já que visa facilitar a resolução da lide administrativa.

Isso assim se faz em face do disposto no art. 27 da Lei 9784/99, literalmente: **“Art. 27. O desatendimento da intimação¹⁵ não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.” (grifo do autor)**

Assim, como particularidade do Processo Administrativo Federal, do qual o Administrativo- Eleitoral é uma de suas vertentes, o prosseguimento da processualidade não é disponibilidade do requerente ou ainda do requerido, mas, do próprio Poder Público.

Com isso, a regra geral do Processo Civil, que é a disponibilidade dos direitos em debate, torna-se inócua em face da publicização da procedimentalidade em tela não só na sua forma, mas, também, em seu conteúdo.

Mas, a não- incidência dos efeitos da revelia, mormente aquele do art. 319 do CPC, não leva à conclusão de que o Estado- juiz está adstrito à consecução de toda a procedimentalidade para exaurir seu decisório. É preciso enfatizar que o processo busca efetividade e que o juiz, possuindo elementos de prova capazes de lhe formarem o convencimento, aliado ao aspecto da contumácia do requerido, podem ensejar o julgamento antecipado da lide, na forma prescrita no art. 330 do *Codex*, aplicado subsidiariamente ao Processo Administrativo- Eleitoral.

Nesses termos, defende este articulista, que é passível de aplicação, ante a revelia do requerido e, congruente a hipótese de a matéria ser só de direito, ou de direito e de fato e não necessitar de audiência, que o juiz, à luz dos elementos probatórios que tem, julgar antecipadamente a lide¹⁶ administrativa.

Outro ponto que merece ênfase para solubilidade de questão incidental no processo em tela é a ocorrência possível da citação do requerido

¹⁵ Apesar de a lei ter usado a expressão “intimação”, quis o legislador se referir, no caso, à citação, pois, como falha legislativa, a Lei dos Processos Administrativos Federais não previu a figura citatória. Daí a necessidade de integração, para aplicar as disposições citatórias do Processo Civil Comum ao Processo Administrativo- Eleitoral de Dupla Filiação, em virtude da diferença ontológico- jurídica entre as intimações e as citações propriamente ditas, segundo os precisos termos dos arts. 234 e 213 do CPC.

¹⁶ No Processo de Dupla Filiação há nítido bojo litigioso e, como tal, pode haver uma pretensão da Justiça Pública Eleitoral resistida, de modo a ocasionar uma lide, ainda que em caráter administrativo. Pois não é a natureza acionária ou administrativa que evidenciará uma lide, mas, a pretensão resistida em si, em face do litígio existente. Daí, mesmo sendo Processo Administrativo- Eleitoral, é possível, sim, haver lide administrativa, na opinião deste articulista.

por meio de edital ante a não- sapiência onde o mesmo se encontra. Em termos: o que fazer quando há devolução da citação postal pela ECT por não existir o endereço declarado pelo eleitor, ou qualquer outra circunstância que inviabilize a entrega do ato comunicatório no endereço do Cadastro Nacional?

Ora, para resolver a *quaestio* e, ao mesmo tempo, respeitar o contraditório e a ampla defesa, é preciso aplicar as regras do CPC sobre a citação editalícia, deixando-se, porém, de nomear curador¹⁷ à lide administrativa caso seja revel o requerido citado pela forma fictícia. Todavia, há de se observar uma característica especial, a saber: o prazo para oferta da defesa será contado a partir da publicação do edital e não, tal como ocorre na processualidade civil comum, aguardando-se o término do prazo editalício para tanto (ou seja, não haverá a aplicação do art. 232, inc. IV do CPC). Por uma razão muito simples: aplicação do Princípio da Celeridade e da Simplicidade das Formas, que são nortes vetoriais dos Processos Administrativos- Eleitorais.

Tudo isso se dá, visto que não há de se olvidar da forma, mas o excesso de burocracia processual é incondizente com a realidade dos Processos Administrativos- Eleitorais. Não só pela necessidade de rápida prestreza na decisão, vez que as listas de filiados são apresentadas duas vezes por ano, sendo substituída a última em sobreposição, o que amplia a possibilidade de ineficácia da decisão final se não houver uma racionalização procedimental com a adequação da processualidade civil comum e a realidade do Processo Administrativo- Eleitoral de Dupla Filiação.

7. CONCLUSÕES

Por todo o exposto, chega-se a algumas conclusões lógico-jurídicas, a saber:

1) é a filiação partidária consagrada como um direito constitucional e, na prática, menos burocratizada que a desfiliação, a qual, em seu âmago,

¹⁷ A nomeação do curador especial (art. 9º, inc. II do CPC), ou curador à lide há de ocorrer na pessoa de advogado regularmente inscrito na OAB. Mas, no âmbito do Processo de Dupla Filiação tal formalidade resta inaplicável porque a celeridade com que desenvolve a processualidade de tal natureza no âmbito da Justiça Eleitoral com a apresentação duas vezes por ano de listas de filiados, tornaria inviável o excesso

assim o é normatizada para resguardo das informações eleitorais a serem prestadas pela respectiva unidade administrativa do juízo quando do pedido de registro de candidatura e como meio de combate ao ilícito da dupla filiação;

2) o Processo de Dupla Filiação tem natureza administrativa, bojo litigioso e, assim, guarda congruência com a necessidade de aplicação dos ditames da Lei 9784/99, adequada à sua realidade;

3) havendo bojo litigioso, segundo jurisprudência do TSE, mister a citação do requerido, sendo normatização prevista no CPC, exceto a aplicação dos efeitos da revelia na hipótese de não apresentação de defesa, em virtude do conteúdo publicista do Processo Administrativo- Eleitoral, sob pena de não sendo ofertada tal possibilidade, haver rompimento da própria ordem constitucional ante a violação do direito da ampla defesa e ao contraditório;

4) sendo fundamental a aplicação da lei 9.784/99 à padronização fundamental do procedimento a ser adotada no Processo de Dupla Filiação, urge que os Juízos Eleitorais procedam à procedimentalização fundamental do referido processo administrativo segundo o explanado no item 6 desta obra;

5) na hipótese de o requerido quedar-se inerte, há de se reconhecer a contumácia do mesmo, sem lhe aplicar os efeitos típicos da revelia;

6) mas, em sendo revel o requerido, nada obsta que o juiz eleitoral julgue antecipadamente à lide administrativa se elementos de convicção tiver para tanto e, ainda, ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 330 do CPC, aplicado subsidiariamente ao Processo de Dupla Filiação;

7) da mesma sorte, quando houver a necessidade de citação editalícia por impossibilidade da entrega postal do ato citatório ocorrer, haverá do prazo para defesa ser contado da publicação daquele e não do escoamento prazal do mesmo (também chamado prazo editalício). Assim, publicado o edital e não apresentada a defesa respectiva, ocorrerá a contumácia do requerido, prosseguindo o processo em seus ulteriores termos.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei 9784/99 de 29 de janeiro de 1999.

BRASIL. Código de Processo Civil- Lei 5869 de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. Constituição Federal de 1 de outubro de 1988.

BRASIL. Resolução TSE nº 21574 de novembro de 2003.

BRASIL. Resolução TSE nº 22085 de 20 de setembro de 2005.

BRASIL. Resolução TSE nº 22206 de 30 de maio de 2006.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**, Rio de Janeiro: Impetus, 3ª ed., 2005.

TUPINAMBÁ, Dalzimar G. **Processo de Conhecimento- Anotações**, São Paulo: LTR, 1ªed., 2001.

PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: 7ª ed., Ed. Impetus, 2006.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Eleitoral**, Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2007.

AZEVEDO, David Magalhães de. **Considerações acerca da duplicidade de filiação e implicações no registro de candidatura**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1153, 28 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8854>>. Acesso em: 03 nov. 2007 às 13:20hs.

DIREITO E LITERATURA: A CONTRIBUIÇÃO DA ARTE LITERÁRIA À HERMENÊUTICA JURÍDICA. O DIREITO ELEITORAL NAS URNAS DA LITERATURA¹

Alexandre Magnus Abrantes de Albuquerque*

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto investigar a possibilidade de o Sistema da Arte ser supedâneo do Sistema Jurídico e, mais especificamente, como a Literatura poderá servir de modelo de interpretação de casos levados à Justiça. A pesquisa pretende, assim, o resgate do belo como a medida do justo, com a defesa de uma Estética do Direito nos cursos jurídicos.

Palavras-Chave: Hermenêutica Jurídica. Literatura. Estética. Linguagem

1 INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo atingiu tamanho nível de complexidade que o pensamento dogmático se tornou insuficiente na aplicação do fenômeno jurídico, na medida em que a celeridade dos fatos sociais passou a exigir regras de interpretação consentâneas com o tempo-espço em que se dão os conflitos de interesses, ensejando a tomada de valores que se adequem aos reclamos atuais.

O dinamismo da vida impede que o Direito a ser debatido, no caso concreto, seja extraído de métodos estáticos, arcaicos, de puro positivismo, como se fossem receitas prontas a moldarem as mil e uma condutas inerentes à humanidade.

A sociedade atual reivindica, não apenas a subsunção do fato à norma, mas decisões que extraiam do ordenamento jurídico a essência do comportamento humano inscrito na regra, o espírito do homem e sua natureza, como substância a preencher de conteúdo a estrutura orgânica das leis.

Neste passo, convém investigar a possibilidade de o Sistema da Arte ser um supedâneo do sistema Jurídico e, mais especificamente, como a

¹ Artigo extraído de monografias apresentadas nos Cursos de Processo Civil e Jurisdição, na ESMARN, sob orientação do Professor Edilson Alves de França, e de Direito e Processo Eleitoral, na UnP, sob a orientação do Professor Emerson Barros de Aguiar.

* O autor é Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte, exercendo atualmente a função de Secretário Judiciário.

Arte Literária – espaço onde a existência e suas pulsações são colhidas esteticamente - poderia servir de modelo de interpretação de casos levados à Justiça, haja vista que a Literatura, que retrata as relações humanas sob a égide da verossimilhança, espelha os papéis do ser através da linguagem.

E como o Direito se utiliza da estrutura lingüística para estabelecer os comandos normativos, sua interação com a Arte Literária promoveria um intercâmbio de conceitos indispensável às relações entre o ser e o dever-ser, entre os fatos da vida e as regras de comportamento, revelando, ainda, uma comunhão entre o belo e o justo.

O objeto de estudo é, portanto, a leitura do fenômeno jurídico e suas implicações sociais através do universo da Literatura, enfocando a importância da estética literária na interpretação do Direito, onde, através da linguagem, a realidade humana é artisticamente revelada, ao mesmo tempo em que a arte jurídica é aplicada sob a harmonia do belo com o justo.

O presente estudo terá como finalidade buscar uma hermenêutica que apreenda a realidade viva – pensamentos, emoções, sensações, conflitos, perplexidades e esperanças do ser humano, em face da complexidade da sociedade contemporânea e das limitações do Positivismo Jurídico para atender às novas exigências sociais, incluindo a justiça das decisões.

Baseado na constatação de que tal arcabouço é registrado e interpretado pela Literatura, a pesquisa tem como meta revelar a importância do Sistema da Arte e, em especial, da Arte Literária na construção da Hermenêutica Jurídica, de modo que o trabalho interpretativo do operador do Direito atenda às expectativas da sociedade atual, além de viabilizar uma prestação jurisdicional eficaz pelo trabalho de boa qualidade empreendido na criação do texto jurídico.

Uma das faces da problemática do Estado na atualidade é a crise do Direito – sua aplicação fundamentada em estruturas não consentâneas com os conflitos reais demandados pela comunidade sujeita às suas regras e, como ponto mais injusto, submissa à uma visão dogmática, que beneficia categorias dominantes e limita as garantias essenciais da maioria.

Por seu turno, a expansão do neoliberalismo como faceta do sistema capitalista na sociedade globalizada, tende a esgotar o ente estatal, trazendo conseqüências nefastas para o Estado Democrático do Direito.

É necessário, diante do real perigo de lesão às instituições construídas, ao longo do tempo, pelo povo – do qual todo poder legítimo emana – que os princípios fundamentais enfeixados nas Cartas Políticas dos Governos contemporâneos sejam concretizados, postos em prática, sendo indispensável sua inserção nas decisões dos conflitos de interesses levados ao Judiciário.

Para tanto, imprescindível que a interpretação dos casos jurídicos leve em conta a realidade vital, os elementos pulsantes da sociedade, ressaltando-se que os princípios que alicerçam o ordenamento jurídico (e que emanam da Lei Maior) são como seiva a ordenar o comportamento humano e, ao mesmo tempo, essência inscrita como lei moral no coração da humanidade.

O positivismo jurídico, que ainda impera nas decisões, apresenta um olhar desconexo com os reclamos do homem, problema que, para ser solucionado, exige uma leitura do sistema normativo em conformidade com os valores instruídos ou esperados pela respectiva sociedade.

Nesta esteira, a análise literária da ciência jurídica tem a importância de devolver ao Direito “o senso de um tempo em que a justiça era poética”, na expressão de Germano Schwartz, trazendo de volta a harmonia entre a mente do julgador e as paixões do homem – esta mente que, também inserida na humanidade, se apaixona pela causa e usa emocionalmente a razão – contra todas as razões frias que se filiam à burocratização do Judiciário, em favor do Poder e em detrimento do Direito, minando, por consequência, a Justiça.

Por ser a Literatura um espaço onde os meandros do ser são dissecados, onde o outro é visto por cada olhar – infinitos olhares, que incluem o autor e os leitores, este universo lingüístico e estético, muito além de ser formado por símbolos, revela a imagem da humanidade, representando os princípios que, além de informá-la, a formam, na práxis diária do viver.

A Arte Literária, portanto, é um sistema com propriedades legítimas para interagir com o Sistema Jurídico, resgatando a idade “venturosa e dourada”, contra o tempo que nos deixa “distantes do Direito”, nas sábias lições do grande poeta alemão Johann Wolfgang von Goethe.

Convém ressaltar que a Hermenêutica com base nas Letras não pretende ferir o princípio da legalidade, mas proporcionar sua integração com o

preceito da razoabilidade. O legal deve servir ao homem e somente o faz dignamente com a presença do razoável.

Deve-se levar em consideração que o Direito e a Literatura podem ser expressos através de textos narrativos. Ambos, a partir de sistemas e modos distintos, relatam a história contínua da humanidade. Os dois meios lingüísticos podem se unir para aperfeiçoar esse romance eterno – dos homens com a vida.

Portanto, a possibilidade de interação entre o jurídico e o artístico, entre o belo e o justo, com vistas a interpretar a realidade humana, por si só justifica o desenvolvimento do tema proposto no presente estudo.

2 DIREITO E LITERATURA: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

(...) o justo é o belo no veredicto da consciência.

Mário Moacyr Porto

Nesta era de “tempos líquidos”, para usar uma expressão do sociólogo polonês Zygmunt Bauman (2007)², título de um dos seus livros que reflete sobre a insegurança atual das grandes cidades, a humanidade corre em velocidade proporcional às suas invenções tecnológicas, na luta por um equilíbrio perdido e cedido às suas próprias ilusões.

Dentro dessa esfera de ocupações visando ao ápice, os homens, ou dizendo melhor, os seus representantes no poder, seja de ordem política ou econômica, buscaram – e continuam - a todo custo legitimar seus interesses, utilizando, para tanto, os sistemas simbólicos sociais, dentre eles o Direito.

Assim, despindo-se de suas últimas vestes, no sentido de última razão de existir, que é a luta para distribuir sempre e eqüitativamente a justiça, o Direito passou a servir aos pretensos *dominus* das estruturas de poder.

¹ O citado sociólogo aponta a passagem da fase “sólida” da modernidade para a “líquida”, explicando que esta última corresponde a uma condição em que “as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam.” (BAUMAN, op. cit., 7)

Estes, aproveitando-se do arcabouço jurídico e sua dogmática e sem maior preocupação com os princípios de justiça que antes regiam a aplicação da norma, (depois daquele tempo de vingança privada), impingiram seus desmandos, aparentemente alicerçados na lei, em desfavor da maioria que haveria de sofrer as feridas perpetradas pelas garras do Positivismo, utilizado nessa ordem de idéias dominantes.

Isto porque a interpretação dos comandos normativos só alcançava o crivo do entendimento literal ou, se de outro modo, absorvia os interesses de grupos impregnados na lei, expurgando qualquer espírito solidário com as demandas da coletividade.

No entanto, a velha luta pela paz social, que suscita a espada do justo, há de sair da bainha para cortar os ares da injustiça. E essa necessidade é latente em todos os tempos, buscando a essência das coisas e restaurando-as em face das matérias que lhe são estranhas e nocivas.

Nesta ótica, melhor dizendo, neste reconhecimento da realidade a implicar um novo olhar, os estudiosos do Direito, seus teóricos e aplicadores, devem resgatar a verdade da justiça, a partir de elementos consonantes com o real modo em que os fatos do mundo interagem com o homem, como se fosse preciso olhar(-se) num espelho mais límpido, quase como se olhássemos à nossa frente uma cópia fiel da realidade, não como uma mera reprodução das coisas, mas um observar que recrie a essência de tudo, extraíndo a gênese do que foi construído e expelindo a poeira oxidante da vida dos homens de bem-aventurança. (Seria apreender a própria origem do espírito?).

(Re)nasce, assim, a genuína interpretação do Direito que, na consciência dos que almejam trazer de volta o alvor da idade “venturosa e dourada”, sentença expressa na poética do grande escritor alemão Goethe (*apud* SCHARTZ, 2006, p. 13) se aliam ambientes que, sendo verdadeiros sistemas sociais, refletem os fenômenos que engendram os pensamentos, sentimentos e ações humanas.

A Arte, como um desses sistemas, é o supedâneo a que recorreremos para o sonhado resgate, uma vez que, é através do engenho artístico, que o belo, como irmão gêmeo do justo (aqui nos ilumina Platão),

configura a medida harmoniosa das coisas, sua ordem e justeza, seu limite contra os excessos, seu norte em face dos desvios.

Nesta esteira de intercâmbios, o ilustre Mário Moacyr Porto (1980, p. 18) compreende e conosco partilha a importância da Arte na vida do Direito, ao sumular que “a limitação da natureza, ou a revelação da natureza através da intuição criadora é, em amplo sentido, o fim do Direito e o objetivo da Arte.”

O mestre potiguar transcende as fronteiras que tendem a limitar o ordenamento jurídico a uma mera reprodução de artigos “manufaturados”, para defender uma “Estética do Direito”, via onde a norma é observada como campo em que convivem os fenômenos vitais da humanidade, os fatos e valores dos homens em suas interações com o mundo ao redor – seus semelhantes e a natureza.

Podemos nos irmanar com o pensamento do nosso jurista, para propor também uma “Estética no Direito”, tomando como suporte, em primeiro plano, o Sistema da Arte e, de um modo particular e específico, a Literatura, como subsistema do primeiro, haja vista que, tanto o homem do Direito quanto o homem de Letras se voltam para a linguagem, como espaço para expor seus pensamentos e emoções. Poder-se-ia perguntar: Emoção no Direito? A razão só consegue a Justiça quando a persegue com paixão – simetria entre o raciocínio e a sensação.

Diante desse desiderato, em que o fenômeno jurídico há de ser lido pelos olhos conscientes da arte literária, cuja matéria trabalhada são os fenômenos sociais, objetiva-se imprimir, no espírito do homem do Direito, as leis do Belo, a fim de que a medida do justo seja expressa em toda e qualquer prestação jurisdicional: o Direito em conúbio com a Estética.

2.2 RELAÇÃO ENTRE DIREITO E LITERATURA

(...) se o Direito é a ciência que se propõe a realizar uma harmoniosa coexistência entre os homens, a Estética é a pedra de toque que revela essa harmonia procurada e desejada pela regra jurídica.

Mário Moacyr
Porto³

³ In: “Estética do Direito”, Separata da “Revista dos Tribunais”, de São Paulo, volume 541 – Novembro de 1980, p. 21.

O Direito, como já sublinhado em linhas anteriores, se, de um lado, é um campo dotado de autonomia, em face de suas especificidades e caracteres próprios para dizer a norma que se adequa aos casos da vida, por outro, é um espaço que deve intercambiar com outros ambientes sociais, com o intuito de não apenas descrever os fatos da realidade aparente, mas de transformar a sociedade, conforme o patamar das expectativas, na compreensão dos fenômenos universais, especialmente os que mais afetam a condição humana e seus arredores.

Na lição do Professor Carlos Maximiliano (2007, p. 5), o Direito “precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual.” Deve, então, “descer” ao caso particular, e se antes colhe a matéria essencial do mundo, ao ser aplicado, deve extrair o sumo entranhado, interpretando o consignado na norma, em forma de linguagem - revelando o espírito da lei para não morrer na letra.

É evidente que todo esse trabalho de construir o edifício jurídico, alicerçado nos valores colimados pela sociedade e, por essa razão, nos fatores que a regulam e limitam sua liberdade em prol da segurança no convívio (e aqui se destaca o modelo ideal e não o modo injusto como muitos Estados se perpetuam ou ainda as obscuridades perpetradas até num Estado de Direito) se dá, não sem conflitos ou embate legítimo de interesses, mas a partir mesmo de uma disputa que espelha as dissonâncias do ser humano.

Assim, em face de um jogo limpo de consciências (é o que se espera diante do caráter honestamente fragmentário do homem), o Direito se vê numa guerra de pensamentos díspares, numa arena de emoções caleidoscópicas, e constrói-se, paradoxalmente, dos elementos desse entrave, feito uma síntese de materiais manifestamente contrários.

O Direito, na história da humanidade, colhe as cinzas das lutas por melhores dias, para recriar o fogo que ilumina as noites mais noturnas do ser. Nas imorredouras luzes de Rudolf von Ihering (2003, 53), apreende-se que

“a vida do direito nos oferece, num simples relance de olhos, o espetáculo de um labor e de uma luta sem tréguas (...)”.⁴

Nessa visão, pode-se afirmar que o Direito é um sonho dos homens de boa fé e que a Justiça é um sonho do Direito. Porque o fenômeno jurídico, como veremos adiante, (sobre)vive através dos componentes do seu universo único, não prescindindo da relação com os fenômenos sociais, esse amplo espectro tão amado e armado, via palavra, pela Literatura.

Esta interação, cada vez mais necessária, é pensada brilhantemente pelo jurista-e-poeta Mário Moacyr Porto (op.cit., p. 18), quando, no seu ensaio “Estética do Direito”, oferta esta mensagem:

No plano do Direito, o justo se constata através da satisfatória adequação da regra às realidades humanas, do mesmo modo que no território da Estética, o belo se revela na eleição da forma que forneça a medida do justo na interpretação da natureza.

Harmonizar-se com as realidades do homem requer, portanto, escolher a melhor forma para o caso emergido, interpretando-o em consonância com uma certa justeza, limitando-o a uma ordem advinda de um plano ideal, eterno – anseio da alma humana. Para tanto, o intérprete do Direito deve imergir na essência do objeto; deve, como sujeito consciente, ir além do objeto para extrair o espírito que o permeia.

Nesse enlace de ambientes interdependentes, não se pode olvidar das iluminações do mestre supracitado (op.cit., p. 18), trazendo-o sempre novo a estas páginas, na lição de que “o Direito é, essencialmente, uma obra de arte”:

A Estética, assim, é que fornece a medida do ordenamento legal, comportando-se como um metrônomo que acerta o passo da existência gregária pelo compasso da norma disciplinadora.

⁴ No prefácio de sua obra-prima “A Luta pelo Direito”, Rudolf von Ihering”, para quem “o direito não é uma simples idéia, mas uma força viva”, convoca o leitor para a verdade de que “todo aquele que, ao ver seu direito torpemente desprezado e pisoteado, não sente em jogo apenas o objeto desse direito, mas também sua própria pessoa, aquele que numa situação dessas não se sente impelido a afirmar a si mesmo e ao seu bom direito será um caso perdido, e não tenho o menor interesse em converter um indivíduo desse tipo. Trata-se de um indivíduo que deve ser considerado um simples dado fático, e que poderia ser designado como o filisteu do direito.” (op. cit., p. 44)

Dialogando com o iluminado, é preciso acertar as contas com o leitor, para afirmar que o presente estudo tem, como norte, militar a favor do matrimônio entre os passos da vida e os compassos do Direito, limitando-se a dizer que referidos e inevitáveis compassos são (re)criados a partir das notas da linguagem, da música da palavra, da estética que revela o que antes oculto, velado, ou, tão só, silenciado. Seguir-se-á o caminho em busca de entender a aliança entres esses pares ímpares.

3 A ESTÉTICA DO DIREITO E A ARTE LITERÁRIA: A CONDUTA HUMANA TRAMADA NA LINGUAGEM DAS PALAVRAS. CONTRIBUIÇÃO DA LITERATURA À HERMENÊUTICA JURÍDICA

3.1 O DIREITO COMO OBRA DE ARTE

Pensando bem, encontramos nas obras de arte maior número de fatos e pormenores convincentes do que nos livros de história.
Charles Chaplin⁵

Não é mais novidade ao presente trabalho buscar, na essência do Direito, o belo como semelhança do justo, e, daí, apreender o sistema jurídico como uma obra de arte, cujo princípio basilar é a estética – lastro e fonte da harmonia e simetria das regras, forma sobre o conteúdo.

No entanto, se a repetição é um método de aprendizagem (e deve-se destacar a jurisprudência como forma de sumular as decisões repetidas), a acumulação de saberes, a partir dos vários elementos estudados, consiste em mais uma metodologia, sendo útil reafirmar-se, portanto, que a coexistência humana, objeto do Direito, é colhida e condensada pela linguagem – análise e síntese, processo em que, mediante um apurado exercício de transformação dos comportamentos em modelo lingüístico – técnica, a arte passa a servir o Direito: o fato jurídico se transmuda em fato estético, dotado de justeza a revelar a equidade das coisas e a pedir que o intérprete a extraia, transformando-a em justiça no caso concreto.

A obra de arte, espelhando-se no pensar de Pedro Lyra (*apud* MAGALY; ZINA, op.cit., p. 14) é criada a partir dos problemas do homem,

⁵ *In*: Charles Chaplin, vida e pensamentos, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 117.

sendo recriadora da humanização da problemática que a originou. Neste sentido, a arte se alimenta dos homens e se faz obra para salvar a humanidade na história.

Retornando a Mário Moacyr Porto (op.cit, p. 17 e ss.), o insigne jurista evoca a função da Estética no Direito, propondo que o justo é atingido pelo intérprete quando a realidade vital é acolhida pela norma de um modo adequado, o que equivale ao belo na arte, quando se elege a melhor forma para expressar a emoção que nasce do olhar sobre as coisas.

Com seu ensaio “Estética do Direito”, texto dotado de beleza poética e consciência jurídica, o insigne jurista foi um dos que, no Brasil, conclamou os compatriotas a dispor de uma nova visão sobre a criação e interpretação da lei, na medida em que deu extrema importância ao esteta no ser que aplica o Direito como expressão da justiça.

Tanto no Direito, como na arte – e assim também o é no Direito como obra de arte – interpretar é revelar o sentido oculto da natureza, especialmente com a presença do homem, que se torna manifesto no momento em que é extraída a representação das essências, no tempo em que se traduz a expressão contida na forma, numa recriação contínua das estruturas da vida. A sensibilidade estética deve modular a percepção jurídica sobre os fatos, exprimindo a realidade dos conflitos humanos, sendo ambos – o Direito e a Arte – procedimentos que imitam o real, trazendo uma parte do todo, parte que, no entanto, acaba por conter o universo, numa justa proporção.

A medida, pois, do organismo jurídico, é demarcada pelo trabalho estético, que equilibra os caminhos dos homens e suas delimitações via regras de conduta. A arte é este processo de dar forma à ação humana, que labora uma obra que transcende o próprio ser, a fim de tentar compreender sua condição e seu destino.

Dita experiência das experiências supera o conteúdo dos fatos para, numa forma especial, refletir os comportamentos e, a partir de um modelo transpessoal, incidir sobre a pessoa concreta no momento da injunção da norma sobre a conduta, com a força de colher o “impossível crível” aristotélico, oculto no espírito humano – o mistério do ser.

A verossimilhança, portanto, é um elemento que advém da Estética para socorrer o Direito, espelhando o dever-ser nas relações dos seres

em seus deveres para com os semelhantes. Como “imagem do real”, a obra de arte reflete no Direito, não só as vicissitudes cruas da vida, mas todo um imaginário dos homens, na sua luta com os fatos e com os sonhos.

Ler o Direito com arte, vê-lo como obra que condensa as substâncias da humanidade, é saber interpretá-lo como amálgama que une as almas do mundo, como forma que revela os enredos diuturnamente diários, com a licença do pleonismo; como espaço para recriar as tramas e traumas dos homens, no tempo em que esse tecido de relações pede para ser continua e repetidamente tecido, não apenas num processo circular de “eterno retorno”, mas na construção de uma espiral que toca o mesmo ponto – o homem, mas avança em direção a outros pontos, conforme a necessidade de criar relações.

3.2 A LITERATURA E A ARTE DE NARRAR OS NOVELOS HUMANOS: IMPORTÂNCIA DO UNIVERSO LITERÁRIO NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO.

Se cabe ao intérprete das regras jurídicas, por meio dos métodos da Hermenêutica, extrair o espírito contido na expressão normativa, a proposta do presente estudo é constatar que esse campo interpretativo é permeável ao universo da Literatura, no sentido de que, na tessitura literária, as condutas humanas são expostas de um modo singular, mas contundente, de modo a servir de vertente paradigmática às ações humanas concretas, espelhando o real e, por isso, sendo um guia para a compreensão dos sujeitos – a subjetividade em contato e entrelaçamento constante com a alteridade, como já foi dito anteriormente, com outras palavras e a mesma essência.

Já tendo sido abordada a problemática contemporânea de desconexão do Direito com a realidade, quando se instaura uma crise que suscita sair da objetividade das relações, para abrir-se para o relacionamento dos seres mediante linguagem, e tendo como verdade a posse da linguagem via palavras, feita pelo labor literário, resta considerar possível, haja vista a genuína arte de interpretação exigir um olhar profundo sobre a realidade da vida, a revelação do Direito através da compreensão do tecido ficcional, considerando que a “intuição criadora” traduz, pela escrita da imaginação e pelo princípio da verossimilhança, as teias da existência e, por isso, de interesse do homem.

Vista no Capítulo I do presente estudo a interação do Direito com a Literatura no plano teórico, transferiu-se para esse momento, por motivo de melhor visualizar o problema, após considerações de outros temas, a exemplo da Hermenêutica, da Jurisprudência e do Direito como texto, o intercâmbio dos campos na esfera concreta, em que a própria *praxis*, o próprio fazer estético explica a função da forma literária como meio de tentar entender o homem e sua humanidade.

Neste aspecto, espera-se convencer de que, sendo o Direito um sistema que regula e orienta os comportamentos humanos, e a Literatura um espaço em que tais condutas são recriadas por meio da emoção estética, o “Direito na Literatura” poderia ser, além de uma espécie do gênero, um método de interpretar os fatos jurídicos através das obras eternas sobre os problemas eternos – o homem em conflito com o espelho: o ser e o outro.

Seria, ainda, essa técnica de tradução da realidade, uma forma de eternizar as ações humanas também sob a roupagem jurídica, sumulando as condutas expressas nos meandros do novelo feitos de palavras, em que os fatos são reelaborados artisticamente - em que o fático, nesse lugar de construção da verossimilhança, torna-se mítico e, portanto, serve de modelo para as funções humanas, repetidas cada vez que as condutas se depararem com a norma.

Nesta relação entre o jurídico e o artístico, a (re)construção das leis poderia se efetivar a partir das leis de construção dos enredos literários, com seus motivos, suas formas de narrar a história dos homens, seus padrões de “distribuição das funções entre os personagens”, defendida por Vladimir Propp (2006, p. 77), representativa de um esquema onde as condutas são repetidas e nelas incidem variantes, como as variações sobre um tema na arte musical.

O Direito, nessa ótica, seria examinado pelo código do belo na estrutura literária, que não é rígida como uma armadura, mas se arma com os tecidos feitos da flexibilidade e volubilidade humanas. Longe, portanto, de representar uma existência hirta e descompassada com a “vida como ela é”, a tradução do real, no processo jurídico, traria a “dura” realidade dos homens, expressão de suas alegrias, dores e esperanças, recriando, com fidelidade, à luz de um outro e distinto universo re-criativo.

Por seu turno, os construtores de teias literárias, de fatos transformados em ficção, de realidade reavaliada, via imaginação, podem transformar suas emoções em palco de reflexão e transformação da cotidianidade. Podem, por intermédio da emoção estética, decidir sobre os fatos trazidos a lume em páginas imortais – juízes dos homens e, portanto, de si mesmo.

Não seria Shakespeare, ao criar o drama do ser perante o tribunal da consciência e da humanidade, consubstanciado em obras de arte memoráveis, um esteta do Direito? “Hamlet”, “O Mercador de Veneza” ou “Medida por Medida” não conseguem interpretar os sentimentos humanos no banco dos réus melhor que um processo judicial em que os fatos, isolados, se tornam frios? Se nesses fatos incidissem a “poética do caso”, na Literatura, não se revelaria, com maior eficácia, a paixão concreta dos fatos, por similaridade com o tecido estético?

Cervantes, Goethe, Dostoiévski, Kafka e o nosso Machado de Assis, de igual modo, não enfeixariam as causas levadas ao judiciário com a linguagem de suas imaginações dotadas de razão, colhendo, com mais vigor, o convencimento motivado sobre a matéria fática, a partir do espelhamento feito, respectivamente por “Dom Quixote”, pelo “Fausto”, por “Crime e Castigo”, por “O Processo” e por “Dom Casmurro”?

Com a ressalva de não se poder trazer a extensa lista dos grandes mestres da Literatura, em face da brevidade da pesquisa, são indagações que ecoam sobre os fundamentos do presente estudo, suscitando o debate sobre a real contribuição da arte literária na interpretação jurídica.

3.3 O DIREITO ELEITORAL NAS URNAS DA LITERATURA – A NARRATIVA COMO ESPAÇO DO DEBATE POLÍTICO – ACAMPANDO NA VILA DOS CONFINS, DE MÁRIO PALMÉRIO. DIÁLOGO COM OUTROS TEXTOS.

O Romance *Vila dos Confins*, de Mário Palmério, datado de 1956, é texto onde o regional abarca o universal, em que o tempo diz os valores eternos do homem. A tessitura evoca uma linguagem, na qual se coligam estética e ética. Seu autor, consciente dos princípios políticos que governam a

vida, engendra uma *polis* marcada pela disputa dos homens pelo poder, ao mesmo tempo em que concorrem com o próprio destino, com a luta pela sobrevivência, com os desejos, medos e esperanças, extraindo da natureza as lições de coragem, de desafios, mas também de forças ocultas, de tensões e pretensões da cobiça, mazelas, desmandos tendentes a sobrepujar o zelo da ordem, o andar reto da norma, numa trama, por isso, cheio de vida, da vida mesmo – linguagem como espelho da realidade, rio que deixa transparecer as águas turvas do cotidiano, a política do tempo, o diálogo da morte com a espera, a campanha humana para transcender a gestão das coisas, o administrar dos fatos, o legislar do relógio sem ponteiros, os votos pela apreensão da verdade, o palanque das ilusões.

No corpo literário da *Vila*, o espírito da política é marcado pela alma do coronelismo que ainda rege certos rincões do solo pátrio, trazendo, contudo, a alma que se apropria da *res publica*, uma alma que ainda se hospeda em muitos dos pensamentos do político brasileiro, em detrimento dos valores democráticos, dos princípios gerais de Direito, das noções de Justiça, da partilha das partituras sobre eqüidade, equilíbrio de forças, igualdade, proporcionalidade, soberania em favor do povo, de quem emana o poder conquistado.

A história é permeada pelo conflito do homem com o homem, do homem consigo mesmo, da angústia pelo mundo inventado – normas, formas, fábulas, ficções. De uma outra realidade mais pesada, mais densa que a natureza – Torre de Babel. *E agora, a maldita política: nem mal acaba uma eleição, inventavam outra [...]* (p.18).

A voz do narrador alcança as vozes no mundo, dissonantes ou não. Vozes de acordo, vozes destoantes – em uníssono ou em algaravias. Convergem, no entanto, para um fim: a batalha diante do mistério e os desvios distantes da verdade. A cobiça, a falsa segurança, a miséria moral: *Eleição se ganha mas é com dinheiro e polícia* (p.19).

Proclamou Carlos Drummond de Andrade, na sua *Rosa do Povo*, de 1945: *Este é tempo de partido, / tempo de homens partidos*. A fidelidade à agremiação (mal necessário?) não esconde a fragmentação dos ideais. O ente organizado tenta unir mentes díspares, pensamentos diversos, dispersos sobre premissas assentadas, sobre programas em busca de melhores ações sobre o

tempo, estatutos de sobrevivência, de transcendência – ou, por outro lado, de propalação de condutas amorais, de corrupção dos valores. *A turma quer dinheiro, e eu lhe arranco, do dele, vinte contos para o caixa do Partido.* (p.21).

Por seu turno, a consciência desvairada de que a vitória deve vir a qualquer custo. Num *tempo de homens partidos*, a (des)ordem partidária o representa. O valor do ser é medido pelo níquel, pelo ouro, pela conta, prestada ou não: *Em política, vale quem vale, só é respeitado quem ganha.* (p.26). Ademais, a promiscuidade vai além das almas, para atingir o corpo partidário. A prostituição grassa, graceja sem escrúpulos, pula de escrutínio em escrutínio, como bem deposita o autor em palavras certeiras:

Antigamente era que adversário morria adversário; hoje, não: com essa balbúrdia de tanto partido, nenhum vence sem coligação. Veja como tudo tem mudado: nas eleições passadas, nós nos aliamos aos democratas para vencer os liberais; nas últimas, nos unimos aos liberais para derrotar os democratas; agora, o boato é que os democratas estão se aproximando dos liberais para acabarem com a gente... (p.26)

Pelo visto e denunciado, a astúcia faz doutrina, insere-se nas propostas de campanha e conquista o pleito. Marco Palmério, que exerceu mandato de Deputado Federal, sabia das lutas legítimas, da campanha limpa, mas não escondia a realidade dos vícios, da corrupção lavando o edifício democrático. Sabia do suborno - das propinas, ocultas ou às escâncaras. Sabia dos abusos de poder, da compra de votos a corroer a liberdade do eleitor, das uniões espúrias, dos acordos cheios de descabros, em detrimento dos princípios constitucionais da transparência e da supremacia do interesse público sobre o privado. Sabia do cansaço do povo, suas esperanças por tempos de igualdade e justiça. Sabia do enfado do próprio político, exausto da luta por seriedade, honradez, decência:

A política matava, acabava com a pessoa. Depois que se metera nela, nunca mais pudera ter uma semana de descanso. Escravo dos outros, do partido, do eleitorado. E os adversários não dormiam, os concorrentes vigiavam. Todos os dias, uma notícia má, nomeações

que não saíam, chefes do interior que ameaçavam romper por causa de pedidos impossíveis... E ter de mentir, de prometer...

O político, com olhar de artista, observou a realidade que o circundava. Assim, expôs numa estética dotada de genialidade a ética como valor – ou desvalor, a depender do uso da moral. A partir do espaço da Literatura, trouxe para o debate o Direito Político, o Direito Partidário, o Direito Eleitoral. A linguagem como instrumento de discussões de idéias, de (des)construção dos dados do mundo da Política assume uma grande importância.

Em outras palavras, a consciência estética assumiu uma *fidelidade partidária* com relação à ética. Há, nesse lugar, uma valorização da cidadania, as entrelinhas da voz do escritor? ... *a eleição vem aí, e o título de eleitor rende a estima do patrão, a gente vira pessoa.*

Ainda que se discuta que, pela tonalidade, a liberdade do eleitor fica subjugada ao voto comprado, ao poder do abuso, verifica-se uma possibilidade de seu direito se somar ao seu patrimônio jurídico, à sua identidade. Com isso, pode-se, a par de se publicar ações negativas, entre a omissão e as corrupções, se pregar a esperança, a espera de dias melhores, de tempos de paz, no sentido de equilíbrio entre a vontade do Estado e os anseios da coletividade.

Desse modo, verifica-se o poder de uma obra literária, no afã de trazer para o debate os assuntos de grande importância para a sociedade, seus deveres, direitos e garantias, suas expectativas, lutas e conquistas. *Vila dos Confins* é um espaço, portanto, em que as questões políticas e eleitorais podem ser analisadas e discutidas – a literatura, como lugar democrático, para se falar sobre democracia. A estética servindo ao anseio pela ética como valor premente de uma comunidade, de um estado, de uma nação.

Outros exemplos podem ser apontados, no sentido de se demonstrar a literariedade de um texto com fins de apreciação de dados, fatos ou atos políticos ou voltados para a vida político-eleitoral, num certo tempo-espaço, e que podem dialogar com *Vila dos Confins*, a saber:

O Presidente Negro, do grande esteta Monteiro Lobato – obra cujo lugar corresponde aos Estados Unidos da América, no início do Século

XX. O romance não deixa de ser comentado no aspecto profético, desde a campanha de Barak Obama à Presidência dos EUA. Com a sua vitória, certamente surgirá ensaios críticos que farão essa relação com os dias atuais. A par dessa vertente, o que importa é a existência de um texto que há mais de oitenta anos visualiza questões políticas, partidárias e eleitorais, ainda que distantes da realidade brasileira. Deve ser ressaltado que essa distância é diminuída pela universalidade do texto como *locus* de análise do homem e seus interesses, suas batalhas, suas perdas e seus ganhos.

O outono do Patriarca, do genial Gabriel García Márquez, trata da solidão do poder, num tom poético, em que a melancolia registra o ocaso de quem um dia imaginara abraçar o sol. É uma bela poesia sobre tema tão caro, especialmente para os regimes latino-americanos.

Já *O Dia de um escrutinador*, do ilustre escritor italiano Ítalo Calvino – texto dotado de comicidade, que não retira o intento sério de discutir as ocorrências e problemas ocorridos no dia do pleito de uma certa cidade, que bem poderia ser *Vila dos Confins*, guardadas as peculiaridades locais e temporais. Nota-se daí, mais uma vez, que o regional contém o universal – o paradoxo de que na parte está contido o todo, como se percebe na Itabira de Drummond: nela o poeta encontrou um *mundo grande*. Esse dado nos convoca a refletir sob o fundamento dos princípios – elementos essenciais que regem os ordenamentos jurídicos, e que, nos regimes democráticos, incrementam e impregnam os regramentos, sendo a base, portanto, das leis que, mesmo tomadas de cor local, são universais.

Poder-se-ia elencar outras obras de Literatura conscientes da missão de salvaguardar os valores e aspirações humanas. Na verdade, todo texto literário acaba por trazer um vértice social, pois o homem não vive isolado – está, querendo ou não, inserido numa comunidade. Os escritos socialistas, como os de Bertold Brecht e de Maiakovski estão repletos dos ideais de liberdade. Esses são exemplos pontuais, dentro de um universo de obras com anseios políticos. A política, no seu sentido amplo, está imersa na realidade dos indivíduos.

Um dos grandes destaques de nossa Literatura em função do debate político é o conto *Porque Lulu Bergantim não atravessou o Rubicon*, de José Cândido de Carvalho, constante no elenco de *Os Cem Melhores contos*

Brasileiros do Século, selecionado por Ítalo Moriconi. O texto, no original, faz parte da obra de mesmo nome, que reúne *contados, astuciados, sucedidos e acontecidos do povinho do Brasil*, nas palavras do próprio autor. Vamos ao texto, onde a brevidade se une à forte mensagem ético-política:

Lulu Bergantim veio de longe, fez dois discursos, explicou por que não atravessou o Rubicon, coisa que ninguém entendeu, expediu dois socos na Tomada da Bastilha, o que também ninguém entendeu, entrou na política e foi eleito na ponta dos votos de Curralzinho Novo. No dia da posse, depois dos dobrados da Banda Carlos Gomes e dos versos atirados no rosto de Lulu Bergantim pela professora Andreлина Tupinambá, o novo prefeito de Curralzinho sacou do paletó na vista de todo mundo, arregaçou as mangas e disse:

— Já falaram, já comeram biscoitinhos de araruta e licor de jenipapo.
Agora é trabalhar!

E sem mais aquela, atravessou a sala da posse, ganhou a porta e caiu de enxada nos matos que infestavam a Rua do Cais. O povo, de boca aberta, não lembrava em cem anos de ter acontecido um prefeito desse porte. Cajuca Viana, presidente da Câmara de Vereadores, para não ficar por baixo, pegou também no instrumento e foi concorrer com Lulu Bergantim nos trabalhos de limpeza. Com pouco mais, toda a cidade de Curralzinho estava no pau da enxada. Era um enxadar de possessos! Até a professora Andreлина Tupinambá, de óculos, entrou no serviço de faxina. E assim, de limpeza em limpeza, as ruas de Curralzinho ficaram novinhas em folha, saltando na ponta das pedras. E uma tarde, de brocha na mão, Lulu caiu em trabalho de caiação. Era assobiando "O teu-cabelo-não-nega, mulata, porque-és-mulata-na-cor" que o ilustre sujeito público comandava as brochas de sua jurisdição. Lambuzada de cal, Curralzinho pulava nos sapatos, branquinha mais que asa de anjo. E de melhoria em melhoria, a cidade foi andando na frente dos safanões de Lulu Bergantim. Às vezes, na sacada do casarão da prefeitura, Lulu ameaçava:

— Ou vai ou racha!

E uma noite, trepado no coreto da Praça das Acácias, gritou:

— Agora a gente vai fazer serviço de tatu!

O povo todo, uma picareta só, começou a esburacar ruas e becos de modo a deixar passar encanamento de água. Em um quarto de ano Curralzinho já gozava, como dizia cheio de vírgulas e crases o Sentinela Municipal do "salutar benefício do chamado precioso líquido". Por força de uma proposta de Cazuza Militão, dentista prático e grão-mestre da Loja Maçônica José Bonifácio, fizeram correr o pires da subscrição de modo a montar Lulu Bergantim em forma de estátua, na Praça das Acácias. E andava o bronze no meio do trabalho de fundição quando Lulu Bergantim, de repente, resolveu deixar o ofício de prefeito. Correu todo mundo com pedidos e apelações. O promotor público Belinho Santos fez discurso. E discurso fez, com a faixa de provedor-mor da Santa Casa no peito, o Major Penelão de Aguiar. E Lulu firme:

— Não abro mão! Vou embora para Ponte Nova. Já remeti telegrama avisativo de minha chegada.

Em verdade Lulu Bergantim não foi por conta própria. Vieram buscar Lulu em viagem especial, uma vez que era fugido do Hospício Santa Isabel de Inhangapi de Lavras. Na despedida de Lulu Bergantim pingava tristeza dos olhos e dos telhados de Curralzinho Novo. E ao dobrar a última rua da cidade, estendeu o braço e afirmou:

— Por essas e por outras é que não atravessei o Rubicon!

Permeado de um humor fino, inteligente, *Porque Lulu Bergantim não atravessou o Rubicon* denuncia a inversão de valores, no sentido de que só a loucura poderia realizar feitos notáveis na administração pública, ensejando que a "razão política" estaria longe dos valores coletivos, em benefício dos interesses privados. A moral seria, portanto, aquela que estivesse a serviço do poder. Aquele que lutar para transpor esse estado de coisas é reputado insano aos olhos dos que pretendem mantê-lo, sendo também julgado pelos que tomam a aparência pela verdade, em função de seguirem os ditames dos poderosos.

Em suma, pode-se demonstrar a função do texto literário de trazer para o debate os temas de cunho político-social, a fim de que, através do fio narrativa, a vida de uma dada sociedade seja desenrolada, desentranhando-se do novelo estético a vitalidade dos fatos, a pulsação dos eventos que caracterizam determinado povo, em sua luta por fortalecimento e consolidação dos direitos a serem outorgados através de seus representantes políticos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a apresentação desta breve pesquisa, em que se defendeu a irmandade do belo com o justo, na consecução de extrair a justiça do Direito, com fundamento na Estética como procedimento revelador do real, propõe-se lançar o debate sobre a importância de resgatar “o senso de um tempo em que a justiça era poética”, segundo Schwartz (op.cit., p. 14/15), em face, especialmente, da instabilidade dos tempos atuais – a “modernidade líquida” de Zygmunt Bauman, a fim de que, através do Sistema da Arte, como forma de interpretação da realidade e, de um modo específico, da Literatura, o Direito possa compreender e apreender as essências da vida, recriando-se e reconstruindo os valores esperados pela sociedade.

A proposta manifesta nestas linhas, em que se procurou trazer a interação da arte jurídica com a tessitura literária, por meio da linguagem, incita os interessados em transformar o *statuo quo* num verdadeiro Estado Democrático de Direito, onde os princípios basilares da pessoa humana não são apenas propaganda enganosa tendente à desilusão kafkiana, mas autênticos espelhos das expectativas da comunidade.

Para tanto, necessário que a Hermenêutica jurídica, em crise, experimente, no cadinho da Estética do Direito, do Direito como obra de arte, a renovação de sua forma, sob o lastro de uma linguagem que exprima o belo e, consciente dos valores como conteúdo, conscientize o intérprete na tomada de decisões que absorva a tradução do espírito fixado nas normas, ressaltando-se que o comando normativo aprovado pela sociedade sempre será o “ponto de partida”.

A luta chama todos os construtores do Direito, estudiosos e operários na batalha cotidiana de fazer com que o Direito entregue a porção de

justiça equivalente, devendo esses agentes ser atores da grande narrativa, que é a realidade expressa em linguagem, e, além disso, ser co-autores, na medida em que ajudam a recriar o Direito nos casos da rotina concreta. Juízes, Promotores, Desembargadores, Procuradores, Advogados, enfim, aqueles que fazem a Justiça e constroem suas estruturas fundamentais, devem se entregar ao ofício de velar pela imortalidade dos valores essenciais do homem, que são eternizados pela Literatura.

Certamente todos são responsáveis pelo desfecho final. Aos aplicadores do Direito, como construtores do último capítulo do enredo, intérpretes-juízes que têm o poder de entregar a decisão do jurídico à matéria fática, cabe, mais ainda, o dever de estarem conectados com a realidade do processo e com o processo da realidade – o Direito entrelaçado com a vida. E se o sumo vital é revelado pela arte, o leitor do caso tem o poder, mas, antes de tudo, o dever de fazer a comunicação da Lei com as Letras, consciente de que a Literatura é uma amplo campo onde as vidas são lavradas: o Direito da Poesia.

Todos os cooperadores da norma, todos os defensores dos princípios, todos os colaboradores do Direito devem, portanto, compreender que o abandono da realidade, por meio de fórmulas anacrônicas, dinamitam, ao invés de dinamizar a história. Como contraponto do “jurista positivo: uma roda inconsciente na máquina jurídica”, para usar o pensamento do grande jurista e poeta Rudolf Von Ihering (2005, p. 56), o jurista aberto à essência que gera a existência é o modelo de que a sociedade atual necessita: a Poesia do Direito.

É preciso afirmar que o retorno ao âmago das coisas, por meio da Literatura, pode ser o diferencial que transforma os paradigmas vigentes. Neste passo, convém propor que a esse referencial teórico se alie uma *praxis*, no sentido de que as instituições que instrumentalizam o Direito, como caminho para a justiça, especialmente aquelas voltadas para o ensino jurídico, despertem para a importância de estudar o Direito sob o viés literário, de fazer interagir o Direito com a Literatura, deixando que esta o confronte e o revele.

Nestas considerações finais acerca de um assunto tão árduo e vasto, e dada a sua importância, lança-se a proposta de que, nas Faculdades de Direito, e extensivo a cursos jurídicos, o Direito e a Literatura se

comuniquem, mediante disciplina autônoma. Seguindo as luzes do mestre Mário Moacyr Porto, seria de grande interesse uma cadeira intitulada “Estética do Direito”, onde se alcançaria o estudo do Direito como Estética, a importância da linguagem na prestação jurisdicional, o Direito como texto comunicacional, a importância da Literatura à Hermenêutica Jurídica, dentre outros caminhos que identifiquem o belo com o justo, como tanto se propuseram grandes pensadores da humanidade como Platão, Santo Agostinho e o nosso Moacyr Porto. O proponente se dispõe, na teoria e na prática, a cooperar com este projeto inovador.

Na mesma linha, um Direito Literário ou Literato seria acolhido, certamente, por todos aqueles interessados em filosofia, psicologia, sociologia, política e demais campos a serem artisticamente reelaborados pela Literatura; que não querem a aplicação do Direito apenas de forma mecanicista, mas a partir de uma arte que interprete o homem e todas as suas contrastantes humanidades. Em suma e deixando reverberar a voz do poeta Mário Moacyr Porto (op.cit., p. 22) um aplicador do Direito que se harmonize com a idéia de que “somente a emoção estética revela as realidades da vida e constrói no antiplano da realidade.”

Em consonância com a proposta, finaliza-se com o pensamento emotivo de que a poesia é a criança da palavra. Seu brincar é bem mais sério que as futilidades prosaicas. É na prosa pseudo-honesta que os usurpadores do poder legítimo alastram seus interesses. A palavra e seu lastro poético têm a árdua função de, através da revelação estética, restaurar as essências perdidas ou lesionadas, missão que pode ressuscitar o Direito como caminho para a Justiça.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007

CHAPLIN, Charles. **Vida e pensamentos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

GONÇALVES, Magaly Trindade e BELLODI, Zina C. **Teoria da literatura “revisitada”**. Petrópolis: Vozes, 2005.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

LOBATO, Monteiro. **O presidente negro**. Rio de Janeiro: Globo, 2008.

MÁRQUEZ, Gabriel García. **O outono do patriarca**. Rio de Janeiro: Record, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PALMÉRIO, Mário. **Vila dos Confins**. 21. ed. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1982.

PORTO, Mário Moacyr. **Estética do direito**. Separata da Revista dos Tribunais, de São Paulo. Volume 541 – Novembro de 1980.

PROPP, V.I. **Morfologia do conto maravilhoso**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária

SCHWARTZ, Germano. **A constituição, a literatura e o direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ANÁLISE E CRÍTICA DO PROCESSO DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ATRAVÉS DA SÚMULA VINCULANTE

Arley Andrade de Sousa

Analista Judiciário – Área Administrativa do TRE/RN. Chefe de Cartório da 27ª Z.E (Jucurutu). Pós- Graduando em nível de Especialização em Direito e Processo Eleitoral pela UNP. Discente do 7ª Período do Curso de Direito da UFRN-CERES
E-mail:aandrade@tre-rn.gov.br

RESUMO. Trata-se de uma sucinta análise acerca do procedimento de consolidação da Jurisprudência Brasileira. De início abordam-se as origens históricas e a evolução do termo “jurisprudência” para em seguida tecer-se comentários sobre sua natureza jurídica e função dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, apresentam-se as possíveis vantagens e desvantagens que a uniformização, da maneira como tem sido procedida, pode trazer para os juízes e jurisdicionados brasileiros. Por fim, faz-se uma sugestão para uniformização tão pretendida e almejada pelo comunidade jurídica e sociedade.

PALAVRA – CHAVE. Jurisprudência. Súmula. Vinculante.

1. ORIGENS HISTÓRICAS E EVOLUÇÃO DO TERMO “JURISPRUDÊNCIA”

O vocábulo “*jurisprudência*”, originário da aglutinação das palavras latinas “*jure*” (direito) e “*prudentia*” (prudência) era tarefa a que se dedicavam os jurisconsultos de Roma, estado da antigüidade clássica em que o direito deixou de ser objeto de meras reflexões filosóficas e éticas (Grécia) sobre o “justo” e se tornou uma ciência sistematizada, através de leis escritas, estudadas e aplicadas na *praxis* do dia-a-dia para solucionar os conflitos intersubjetivos dos cidadãos romanos.

Era por meio desta atividade, a “jurisprudência”, que os jurisconsultos interpretavam e esclareciam as normas jurídicas, incipientes e impregnadas de religiosidade, que eram aplicadas pelos órgãos judiciários do estado romano, os chamados pretores, na solução das lides. Ou seja, a jurisprudência servia de base para aplicação do direito em Roma. Os jurisconsultos gozavam de grande prestígio entre os romanos e eram também chamados de “*prudentes*”, palavra que de *per si* traduz uma qualidade que deveria ser imanente a cada cidadão que laborasse na exegese das normas da época (Lei das XII Tábuas, Digesto, Code Jure Civilis).

Sintetizando, a jurisprudência em Roma consistia na interpretação das leis da época e elaboração de documentos (Digesto, Institutas, Editos) contendo essas interpretações para aplicação aos casos concretos.

Com a chegada da idade média e o contato da civilização romana com outros povos, a jurisprudência adquiriu feições distintas e finalidades diversas. Os ensinamentos dos jurisconsultos e as coleções de interpretações dadas por eles às normas escritas tornaram-se fontes para o processo de codificação. Evoluiu-se, assim, de uma mera atividade exegética auxiliar à aplicação das normas, para as interpretações que passaram a ter caráter obrigatório, impositivo, que, em consequência, tornaram-se leis codificadas.

O direito romano influenciou o direito português. Este vigeu no Brasil dos primórdios da colonização até um pequeno período após a independência quando em 1824 o imperador outorgou a Constituição Política do Império, decorrendo daí uma nova ordem jurídica e o surgimento de novas normas (Código Criminal de 1830, Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832, etc.)¹.

¹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva . 2008. p.39

Por isso, dizer-se que no Brasil predominou o sistema de codificação (*civil law*) e que a jurisprudência foi construída a partir da interpretação dos diversos textos legais que vigoraram em cada época, tendo mais ou menos importância de acordo com o sistema de governo vigente, servindo ora como meio de legitimação do arbítrio do governante, ora como ferramenta de atualização e humanização da letra fria da lei.

Hodiernamente, o termo “*jurisprudência*” é aplicado sob três acepções distintas, quais sejam: o sentido epistemológico ou clássico, em sentido *lato* e, por último, na acepção restrita ou técnico jurídica.

No sentido epistemológico ou clássico, o termo “*jurisprudência*” é usado para definir um ramo de conhecimento com metodologia e objeto próprios que estuda as normas escritas postas pelo Estado, ou seja, a Ciência do Direito (REALE, 2002, p. 16).

Já no sentido *lato*, usa-se “*jurisprudência*” para referir-se ao conjunto de todas as respostas (sentenças e acórdãos) proferidos pelo poder judiciário brasileiro, sejam uniformes ou contraditórias (NADER, 2006, p. 172).

Por último, em sentido restrito ou técnico jurídico, traduz-se o termo “*jurisprudência*” como sendo um conjunto uniforme e reiterado de acórdãos de um determinado Tribunal (NADER, 2006, p. 172).

2. NATUREZA JURÍDICA DA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência na acepção técnico jurídica da palavra tem natureza estritamente judicial. Muito embora o termo seja aplicado para referenciar atos emanados de órgãos do poder executivo como Ministérios, Procuradoria da

Fazenda, AGU, entre outros, as orientações normativas para uniformização de seus procedimentos não podem ser consideradas jurisprudência. Deve-se entender que o vocábulo jurisprudência é decorrente da atividade decisória dos tribunais quando em contato com os casos concretos *sub judice*.

Igualmente, não há que se falar em jurisprudência *stricto sensu* quando se trata de sentença monocrática ou mesmo colegiada com ausência dos requisitos da reiteração e consonância. Nesses casos, o termo mais adequado é “*precedente*”.

Portanto, a jurisprudência pressupõe certa estabilidade ou permanência temporal da tese jurídica perfilhada. Com isso, as sentenças dos juízes singulares que estão sempre aptas a passar pelo crivo do órgão superior não possuem essa estabilidade não podendo, por isso, também, serem denominadas de jurisprudência.

Em virtude de sua natureza eminentemente judicial, as decisões reiteradas e uniformes dos tribunais têm sido consideradas as reais criadoras do direito. Na medida em que concretizam a norma no caso real é que os acórdãos/decisões, verdadeiramente, criam o direito. Entretanto não basta a publicação das decisões para que a jurisprudência se consolide, ou melhor, alcance o intuito de sedimentar, seu conteúdo na consciência dos juízes singulares, a fim de promover maior estabilidade e segurança aos jurisdicionados. É mister que, além da uniformidade e reiteração dos acórdãos dos tribunais, haja adesão da comunidade jurídica consubstanciando, concordando, repetindo nas decisões inferiores, os entendimentos jurisprudenciais.

Apesar de sua natureza judicial, classicamente no Brasil, a jurisprudência não tinha caráter vinculativo, mas sim persuasivo, em virtude do princípio do livre convencimento do juiz. Contudo, o país vem caminhando, após a edição da Emenda Constitucional nº 45, para a criação de um direito

jurisprudencial sumulado, vinculativo e obrigatório às instâncias inferiores e à Administração Pública em geral. Com essa inovação constitucional, o legislador constituinte derivado consagrou e protegeu o valor da segurança jurídica e a garantia do cidadão de ter um processo mais célere, tentando diminuir os numerosos recursos que abarrotam o judiciário.

Entende-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, único órgão autorizado a editar súmulas vinculantes, passou a ter um poder normativo positivo, já que o entendimento do Pretório Excelso obrigará os órgãos inferiores de jurisdição à aplicação das súmulas, minando a independência e o livre convencimento dos magistrados inferiores.

No que concerne às funções da jurisprudência no direito brasileiro, pode-se destacar: a) operar como uma diretriz para os membros do poder judiciário servindo de subsídio na fundamentação das decisões e b) promover uma uniformização dos entendimentos garantindo respostas semelhantes a casos semelhantes a fim de efetivar a ordem jurídica justa e isonômica.

3. VANTAGENS E DESVANTAGENS DO PROCESSO DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ATRAVÉS DA SÚMULA VINCULANTE.

A morosidade do poder judiciário em responder as demandas a ele colocadas é um problema já antigo no Brasil. A consolidação e uniformização da jurisprudência certamente é desejável por conferir maior certeza dos julgados quando da apreciação de casos semelhantes.

A Emenda Constitucional n º 45 que promoveu a Reforma do Judiciário, não há dúvida, preocupou-se em solver o problema de lentidão das respostas do

judiciário, trazendo a inovação das súmulas vinculantes. Tal instituto foi introduzidas na Carta Magna por meio do artigo 103-A, conforme a seguir:

Art. 103–A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (SARAIVA, 2005. p.53)

A norma que disciplina o procedimento para edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante é a Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

A jurisprudência quando uniformizada pela súmula vinculante trará benefícios para todo o sistema jurisdicional brasileiro, pois desafogará os tribunais no que tange ao número de recursos com teses já negadas pela súmula, dando maior tempo aos magistrados para que se dediquem a agilizar os demais processos sob sua responsabilidade. Como consequência disso, os jurisdicionados terão respostas mais rápidas para seus pleitos e, mais, terão maior previsibilidade quanto à solução final do caso.

A vinculação da Administração Pública, em decorrência da edição de uma súmula vinculante, também é vantajosa pois impedirá que a União, Estados, Municípios e autarquias intentem recursos sobre matérias já sumuladas.

Entretanto, nem tudo são flores.

A uniformização da jurisprudência pelo STF, órgão político/jurídico de cúpula do judiciário nacional, também pode trazer desvantagens.

É sabido que o Brasil é um país de dimensões continentais e de diversas realidades distintas. A realidade da região sul é complementemente diferente

da realidade da região nordeste. As pessoas que vivem numa cidade como São Paulo ou Rio de Janeiro possuem hábitos, costumes e valores, deveras, diferentes daqueles que convivem numa cidade do sertão nordestino. Os ministros do STF vivem na realidade de Brasília - *com seus subsídios de R\$ 24.500,00 (vinte quatro mil e quinhentos reais) mais gratificações devido a participação no TSE e CNJ*- cidade que possui a maior renda *per capita* do país. Assim, o fato de estes senhores serem os responsáveis pela uniformização da jurisprudência através do seu entendimento jurídico sobre quaisquer matérias, não foi uma solução das mais felizes.

Como é que um ministro, lá em Brasília - longe da realidade da comunidade onde se deu o caso concreto, sem conhecer seus valores e costumes - vai obrigar (*através da súmula vinculante*) o juiz singular - aquele que está mais perto do fato social a que a norma visa reger - a decidir conforme a súmula em detrimento do que este entende ser o mais justo na realidade fática?

Outra questão a ser observada é que cargos de Ministro do STF são ocupados por critérios, principalmente, políticos, através da indicação do Presidente da República e sabatina do Senado. O legislador perdeu a chance de garantir maior independência entre os poderes mantendo os critérios atualmente presentes na Carta Magna para chegada à corte suprema.

Para se ter uma idéia, dos onze ministros que compõem o Supremo atualmente, sete foram nomeados pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva. Conclui-se, assim, que a isenção e imparcialidade destes senhores para a edição de súmulas, que obrigam/impõe às instâncias inferiores determinada interpretação são, no mínimo, temerárias para a democracia.

Frise-se, conforme lembra o professor José Afonso da Silva, que a edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por dois terços dos membros do STF, em sessão

plenária (SILVA, 2007, p.566). Ou seja, oito votos são suficientes para aprovação de um enunciado vinculante.

Essas súmulas vinculantes, na maneira como estão colocadas na constituição e na atual conjuntura, podem tornar-se instrumentos de legitimação de ações arbitrárias em favor do governante de plantão em detrimento do cidadão e da efetivação dos fins almejados pelo Direito, quais sejam, a segurança, igualdade, liberdade e justiça.

De outro modo não sendo este o caso, vê-se que, por vezes, os julgados do STF contrariam toda a vontade social manifestada por entidades civis, igrejas, Ministério Público, opinião pública e mesmo setores fortes do Poder Judiciário como ocorreu no caso dos “candidatos fichas sujas”.

Relembremo-nos do movimento social em busca da moralidade das eleições ocorrido nas eleições de 2008 com a Participação do Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais de todo o Brasil, bem como da Associação dos Magistrados do Brasil.

O Colégio de Presidentes, constituídos por representantes de todos os TRE's do Brasil, em reunião realizada nos dias 19 e 20 de junho na cidade do Rio de Janeiro, deliberou e editou a Carta do Rio de Janeiro.

Tal ato, apesar de não ter força normativa, serviu com um norte em busca da moralização das eleições municipais de 2008, pois reafirmava a necessidade de a Justiça Eleitoral, negar os pedidos de registro de candidatura daqueles com condenação em primeira ou segunda instância, mesmo que tais indivíduos aguardassem o julgamento dos recursos nas instâncias superiores.

Este foi um marco do movimento e refletiu o interesse de toda a sociedade brasileira na efetivação do princípio da moralidade encartado no art. 37 da Constituição da República.

Dizia a carta :

Carta do Rio de Janeiro

Os Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais, em reunião colegiada realizada na cidade do Rio de Janeiro, nos dias 19 e 20 de junho de 2008, após a discussão dos assuntos constantes de pauta, deliberaram o seguinte:

*1.Reafirmar a necessidade de a Justiça Eleitoral considerar a vida pregressa dos candidatos a Prefeito, VicePrefeito e Vereador nas próximas eleições, quando da apreciação do pedido de deferimento do registro da candidatura, para proteger e efetivar, previamente, a probidade administrativa e a moralidade pública no exercício do mandato eletivo*². (grifos nosso)

Ou seja, um ato em que houve a participação de todos os representantes das segundas instâncias da justiça eleitoral, apoiado pela Associação dos Magistrados do Brasil, instituição que representa toda classe de juízes e desembargadores dos Tribunais de Justiça do país, visando proibir que indivíduos como os traficantes dos morros do Rio de Janeiro que ainda não tiveram suas condenações transitadas em julgado, ou mesmo, pessoas já condenadas em primeira e segunda instâncias por corrupção e crimes contra a Administração Pública - como é exemplo o senhor Paulo Maluf - participassem como candidatos nas eleições, foi derrubado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 144 - por um “oráculo” de nove dos onze ministros (a votação não foi unânime) que entenderam que o princípio da presunção de inocência não permite a cassação do registro de candidatura de candidatos condenados, que ainda não tiveram o trânsito em julgado de sua sentença, para dar efetividade ao princípio da moralidade.

² BRASIL. Associação dos Magistrados do Brasil. Carta do Rio de Janeiro – Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais publicada em 23.06.2008.

Com este exemplo, quer-se demonstrar que deixar nas mãos de um “oráculo”, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de uniformizar a jurisprudência impondo às instâncias inferiores - que estão mais próximas da realidade social em que se deve aplicar o Direito - determinado entendimento através da edição da súmula vinculante, pode sim afastar cada vez mais o judiciário das decisões que a sociedade entende mais justas. Ou melhor, afastar o Direito do seu destinatário e de sua razão de ser: a sociedade.

4. SUGESTÃO DE UM NOVO PROCEDIMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Neste momento, para não ficarmos no mero discurso crítico, sugerimos no presente trabalho uma nova forma de consolidação da jurisprudência nacional.

Defende-se que a consolidação da jurisprudência deva se dar *bottom-up* (*sentido de baixo para cima*) e não *up down* (de cima para baixo) como fez vigor a reforma do judiciário.

E como se efetivaria isso?

A sugestão é que o processo de uniformização seja construído a partir dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, sendo a participação das Cortes Superiores, meramente homologatória. Inclusive, no que tange ao Supremo, o novo processo sugerido neste trabalho resultaria em mais tempo para o Pretório Excelso se dedicar às questões, deveras, constitucionais, bem como ao processamento dos feitos daqueles que possuem prerrogativas de função (deputados federais, senadores, presidente da república, vice-presidente, etc.) que normalmente acabam impunes pela morosidade daquela Egrégia Corte, dificilmente tendo o trânsito em julgado de suas sentenças condenatórias.

De início o processo de uniformização começaria com uma pesquisa entre os casos semelhantes que tivessem sido julgados, reiteradas vezes no mesmo sentido, entre os órgãos de segunda instância do país, ou seja, Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais;

Num segundo momento, os 26 Tribunais de Justiça dos estados e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios indicariam um número de representantes para que se reunissem em convenção a ser realizada periodicamente (intervalos bienais), durante alguns dias, para deliberar, por maioria absoluta, sobre a uniformização da jurisprudência das referidas matérias.

No caso das matérias de competência federal, convenção semelhante se realizaria entre os Tribunais Regionais Federais que indicariam um número de representantes de cada seccional estadual.

Tais convenções seriam presidida pelo presidente do Superior Tribunal de Justiça que decidiria apenas em caso de empate.

Após a deliberação, as jurisprudências consolidadas seriam encaminhadas ao STJ para homologação, de modo que recursos tratando de matérias pacificadas não seriam conhecidos. Tal órgão se encarregaria da publicação das súmulas uniformizadoras, levando sempre em conta o decidido nas convenções com os tribunais de 2ª instância.

Dessa forma, as jurisprudências consolidadas levariam em conta as diferenças regionais trazidas pelos representantes de cada tribunal aproximando o direito e o poder judiciário da sociedade a que deve serviço.

E mais, ocorrendo desta maneira a consolidação da jurisprudência, com a participação de vários juízes e desembargadores provenientes de todas os

estados do país, haveria maior estabilidade das mesmas pois dificultar-se-iam as mudanças gerando maior segurança jurídica, o que não ocorre hoje uma vez que o Supremo Tribunal Federal tem sua composição, e por consequência, seus entendimentos alterados de tempos em tempos.

Teria ainda maior legitimidade a jurisprudência uniformizada desta forma pois seria resultado da deliberação de vários magistrados de carreira, ou seja, seria mais democrática e menos afeta a fisiologismos políticos.

Atente-se que, atualmente, apenas onze seres humanos tem competência para definir e impor aos demais magistrados de todo país qual entendimento deve ser seguido. Lembrando, ainda, que nem todos são provenientes da classe da magistratura, classe responsável pela ação árdua e diária de julgar conflitos intersubjetivos. Mas isso é tema para trabalho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consolidação da jurisprudência é necessária e importante para que efetive-se o princípio da segurança jurídica. O cidadão tem direito, tomando por base julgados anteriores, a saber se seu caso prosperará ou não.

Entretanto, com o advento da súmula vinculante após a Emenda Constitucional n.º 45/2005 entendemos que o “tiro pode ter saído pela culatra”, considerando que o poder de fazer tal uniformização ficou concentrado nas mãos de um grupo muito pequeno (atualmente onze pessoas, nove homens e duas mulheres).

Não há dúvida de que o primeiro objetivo da uniformização, qual seja, a diminuição do número de recursos em matéria já pacificada, será atendido. Contudo, pelo exposto nas seções anteriores crê-se que a imposição aos juízes e desembargadores das instâncias inferiores, de súmulas resultantes do pensamento de ministros que não conhecem a realidade fática *in concreto* e que são nomeados por critérios principalmente políticos, pode afastar, cada vez mais, as decisões judiciais - verdadeiras criadoras do direito - do fim a que se destinam: a efetivação do valor “justiça”.

Acredita-se que tal forma de uniformização não atende ao princípio democrático e republicano que ensina que as decisões mais importantes da sociedade devem ser tomadas levando-se em conta uma parcela representativa desta.

Assim, pensa-se que as decisões consolidando e uniformizando a jurisprudência, deveriam ser tomadas por uma parcela maior dos que compõe a comunidade judiciária (magistratura), pois destarte teria maior legitimidade, refletiria melhor o entendimento do judiciário nacional e traria em seu bojo a conformação das várias realidades do nosso país.

A dificuldade de implementação do modelo sugerido não é ignorada. Para efetivá-la seria necessário uma nova emenda à constituição.

Outrossim, não esgota-se o tema nem defende-se a perfeição do modelo retro sugerido, pelo contrário, quer-se apenas trazer à lume as vantagens e desvantagens do modelo atual e fazer surgir naqueles que se dedicam ao estudo da Ciência do Direito um pensamento crítico sobre perigo de a súmula vinculante se tornar ferramenta de legitimação da arbitrariedade do governante que nomeia os ministros do STF.

6. REFERÊNCIAS

1. BRASIL. Associação dos Magistrados do Brasil. **Carta do Rio de Janeiro – Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais publicada em 23.06.2008.** Disponível em :<
<http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/noticia14087.pdf>>. Acesso em 13 de maio de 2009.
2. FERRAZ, Sérgio Valladão. **Curso de Direito Constitucional: teoria e questões.** 2 Ed. Rio de Janeiro: Campus. 2006
3. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 39.
4. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante.** 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista do Tribunais. 2001.
5. NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 26 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.172.
6. REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.
7. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p.566.
8. SARAIVA, Editora. **Código Penal; Código de Processo Penal; Constituição Federal. Obra Coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes.** São Paulo: Saraiva, 2005. p. 53.

ALGUMAS MANIFESTAÇÕES DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL NO PROCESSO ELEITORAL

Marcílio Nunes Medeiros

Procurador Federal, especialista em Direito Público

1. Importância dos Princípios

A doutrina moderna destaca a importância dos princípios no estudo dos mais diversos ramos do Direito. Se antigamente era negada aos princípios qualquer espécie de densidade jurídica, hoje os mais renomados autores reconhecem o significativo papel dos princípios na compreensão de determinado sistema jurídico.

Tanto assim que afirma Nelson Nery Júnior que *"se considera ciência aquele ramo de estudos que é informado por princípios. Estes, portanto, é que dão natureza de ciência a determinada matéria."*⁽¹⁾

Assim sendo, como ramo autônomo do direito que é, o direito processual não poderia deixar de ser composto por diversos princípios, sendo que alguns deles serão abordados no presente estudo, tendo como enfoque primordial o direito processual eleitoral.

2. Princípios em espécie:

2.1. Princípio do devido processo legal

No campo do direito processual, desponta como princípio fundamental, do qual derivam todos os demais, o princípio do devido processo legal⁽²⁾.

Nesse sentido, afirma Nelson Nery Jr. que *"bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do 'due process of law' para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies."*⁽³⁾

Abrange, assim, a cláusula do devido processo legal o princípio do contraditório e da ampla defesa, a rapidez na prestação jurisdicional⁽⁴⁾, a imprescindibilidade da publicidade e da motivação das decisões judiciais, a vedação à obtenção de provas por meios ilícitos, a igualdade entre as partes do processo, o direito de arrolar testemunhas e vê-las comparecer em juízo por meio de notificação⁽⁵⁾, dentre outros aspectos relevantes, alguns dos quais se passará a examinar a seguir.⁽⁶⁾

2.2.Princípio da imparcialidade do juiz

Como é fartamente sabido, não dispõe a Justiça Eleitoral de quadro próprio de juízes, sendo estes recrutados da Justiça Comum, Federal e Estadual, ou dentre advogados ⁽⁷⁾. Assim, os membros da Justiça Eleitoral exercem suas funções por meio de investidura temporária.

Tal circunstância, todavia, não descaracteriza qualquer das garantias asseguradas aos demais membros do Poder Judiciário, a teor do que prescreve o art. 95 da Constituição Federal, dispondo, ademais, a Lei Orgânica da Magistratura, em seu art. 23, que "*os juízes e membros de tribunais e Juntas Eleitorais, no exercício de suas funções e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis*".

Se dispõem de todas as garantias próprias da magistratura, por outro lado, reclama-se dos juízes eleitorais todos os deveres necessários à correta e justa prestação jurisdicional. Deste modo, devem os membros da Justiça Eleitoral observar as exigências de imparcialidade comuns a todos os outros membros do Poder Judiciário.

Nesse sentido, afirmam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco que "*o caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer sua função dentro do processo. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz. A incapacidade subjetiva do juiz, que se origina da suspeita de sua imparcialidade, afeta profundamente a relação processual. Justamente para assegurar a imparcialidade do juiz, as constituições lhe estipulam garantias (Const., art. 95), prescrevem-lhe vedações (art. 95, par. único) e proibem juízes e tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII).*" ⁽⁸⁾

Na legislação eleitoral, encontram-se diversas disposições visando a garantir a imparcialidade dos membros da Justiça Eleitoral.

Assim é que, visando a evitar colusão entre os membros dos órgãos colegiados, o art. 16, § 1º, do Código Eleitoral proíbe, no Tribunal Superior Eleitoral, a presença de cidadãos que tenha entre si parentesco até o quarto grau. Semelhante vedação incide também sobre os membros dos Tribunais Regionais Eleitorais (Código Eleitoral, art. 25, § 6º) e das Juntas Eleitorais (Código Eleitoral, art. 36, § 3º, inciso I), com a diferença de que aqui o impedimento é mais brando, na medida em que se veda a coexistência de parentes somente até o segundo grau.

Da mesma forma, objetivando evitar que o magistrado atue de forma tendente a prejudicar alguma parte componente da relação processual, o art. 95 da Lei nº 9.504/97 impede o exercício da função judicante por quem seja parte em ações judiciais que envolvam determinado candidato em processo eleitoral no qual aquele postulante seja interessado.

Vale salientar, ademais, que a preocupação com uma prestação jurisdicional isenta de vícios é tão importante que o Código Eleitoral estabelece impedimentos inclusive aos servidores daquela Justiça Especializada, proscrevendo o art. 366 do Código Eleitoral o

exercício da atividade político-partidária por parte desses agentes públicos, sob pena de demissão.⁽⁹⁾

2.3.Princípio da isonomia

O princípio da igualdade, no plano processual, significa que o juiz deve dispensar tratamento idêntico às partes da relação processual, de modo a conferir eficácia ao disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

No processo civil, costuma a doutrina destacar a norma contida no art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil que determina ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento.⁽¹⁰⁾

De logo se percebe que, à falta de dispositivo semelhante na legislação eleitoral, tem plena aplicabilidade, no direito processual eleitoral, o citado dispositivo do Código de Processo Civil, devendo, assim, o juiz eleitoral prestar aos litigantes tratamento isonômico.

Por outro lado, no campo do processo civil, muito se discute acerca da legitimidade das prerrogativas processuais de que dispõem determinados entes, tais como a Fazenda Pública e o Ministério Público.

Os que advogam a tese da compatibilidade dessas prerrogativas com a Carta Magna costumam levar em conta o entendimento, hoje quase elevado à categoria de jargão, de que o princípio da igualdade somente se efetiva na medida em que se trate desigualmente os desiguais, além de obtemperar com a prevalência do interesse público sobre o privado.

No direito processual eleitoral, não existe previsão expressa que garanta ao Ministério Público e à Fazenda Pública prerrogativas similares àquelas previstas na legislação processual civil. Assim, tem entendido o TSE que em se tratando de matéria de cunho eminentemente eleitoral não há espaço para aquelas prerrogativas⁽¹¹⁾, as quais apenas incidem em processos versando matéria administrativa, como reajuste de servidores ou discussão acerca de contribuições previdenciárias.⁽¹²⁾

A par do plano eminentemente jurisdicional, na esfera administrativa, tão comum à atividade dos juízes eleitorais, também se manifesta o princípio em análise, valendo destacar, como exemplos, a distribuição do fundo partidário, em parte igualitariamente, e em parte levando em conta a proporção dos votos obtidos (Lei nº 9.096/95, art. 41), em raciocínio que vale também para a distribuição do tempo da propaganda eleitoral no rádio e na televisão (Lei nº 9.504/97, art. 47, § 2º), a previsão de sorteio para distribuição dos *outdoors*, de modo a evitar que determinado candidato obtenha, por meios escusos ou pelo poder econômico, pontos de maior impacto visual (Lei nº 9.504/97, art. 42).

Cumprir destacar, outrossim, no que diz respeito à organização das eleições, a polêmica reserva de número de lugares para candidatos do sexo feminino (Lei nº 9.504/97, art. 10, § 3º).

Note-se a interessante redação do dispositivo que evita tocar na expressão "sexo feminino", tal qual fazia a revogada Lei nº 9.100/95, limitando-se a assegurar apenas uma

proporção mínima de trinta por cento e máxima de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.

A inovação, ao que parece, tencionou conciliar a norma com a Constituição Federal, como se, em nossa sociedade acentuadamente machista, houvesse possibilidade de as candidaturas do sexo masculino não virem a atingir o percentual mínimo de trinta por cento.

Em verdade, a constitucionalidade da norma decorre do princípio da razoabilidade, tendo em vista a notória dominação dos partidos políticos por pessoas do sexo masculino, conforme deixa transparecer o elevando número de candidatos homens eleitos, quando comparado ao número de mulheres.

2.4.Princípio do contraditório

O princípio do contraditório possui assento constitucional, constituindo mesmo inatingível direito individual, eis que o art. 5º, inciso LV, da Carta Magna estatui que *"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."*

Ensina Nelson Nery Jr. que *"por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos prioritariamente no processo em todos os seus termos."*⁽¹³⁾

No mesmo sentido, manifesta-se José Frederico Marques, para quem *"com o contraditório, torna-se inviolável o direito do litigante de propugnar, durante o processo, com armas legais, a defesa de seus interesses, a fim de convencer o juiz, com provas e alegações, de que a solução da lide lhe deve ser favorável. Para isso, cumpre que lhe seja permitido fazer provas, tomar ciência das alegações de seu adversário e das provas que também este produzir, ou pretenda produzir."*⁽¹⁴⁾

Na legislação eleitoral, encontram-se inúmeras manifestações do princípio do contraditório, como, por exemplo, a previsão de resposta do réu nas mais variadas espécies de processo eleitoral: impugnação ao pedido de registro de candidatura (Lei Complementar nº 64/90, art. 4º), investigação judicial eleitoral (Lei Complementar nº 64/90, art. 22, inciso I, alínea "a"), representação por descumprimento da lei eleitoral (Lei nº 9.504/97, art. 96, § 5º), dentre outros exemplos.

No direito processual eleitoral, outras interessantes questões também surgem envolvendo o princípio do contraditório.

Na esfera recursal, o principal apelo em matéria eleitoral, nas instâncias ordinárias, trata-se do recurso nominado previsto no art. 265 do Código Eleitoral. Em seu rito procedimental, existe a possibilidade do exercício da réplica por parte do recorrente, no caso em que o recorrido junte novos documentos com a sua resposta, em clara manifestação do princípio em análise.

Outro ponto interessante é a previsão, no rito de alguns processos eleitorais, da publicação da decisão em cartório ou em sessão, objetivando-se, com tal providência, acelerar o procedimento em busca de seu desfecho. Exemplo disso é a impugnação ao pedido de registro de candidatura: estabelece a Lei Complementar nº 64/90, em seu art. 8º, que o Juiz Eleitoral apresentará a sentença em cartório três dias após a conclusão dos autos, começando a fluir daí o tríduo legal para a interposição de recurso para o Tribunal Regional Eleitoral. Ali aportando, o apelo será julgado independentemente da publicação de pauta (art. 10, par. único).

Como se percebe, os procuradores das partes devem dispensar especial atenção na tramitação desses processos, sob pena de perder os exíguos prazos previstos em lei.

Entrementes, procurando evitar situações iníquas e de forma a preservar o princípio do contraditório, o Tribunal Superior Eleitoral tem atenuado o rigor legal, passando a entender que a dispensa da intimação apenas terá lugar quando o órgão julgador observar os prazos estabelecidos na legislação.⁽¹⁵⁾

Note-se que em se tratando dos "prazos impróprios", assim denominados porque dirigidos ao próprio órgão judicante ou a seus auxiliares, costuma a doutrina afirmar que eles apenas ensejam consequências de ordem disciplinar, não produzindo efeitos dentro do processo.⁽¹⁶⁾

No caso que se analisa, porém, percebe-se claramente que o descumprimento de um prazo impróprio acarreta efeitos endoprocessuais, eis que, uma vez argüido o vício, anula-se a decisão para que outra seja proferida, em homenagem ao princípio do contraditório.

Quanto à liminar *inaudita altera pars*, entende-se, de modo uníssono, que essa providência de urgência não vulnera o princípio do contraditório, que no caso fica apenas diferido para ser exercido em outra oportunidade.⁽¹⁷⁾

Como não poderia deixar de ser, também o processo eleitoral admite essas espécies de provimentos de urgência, valendo citar a possibilidade de o Corregedor, em ação de investigação judicial eleitoral, determinar a suspensão do ato inquinado de abusivo do poder econômico, uma vez verificando a relevância do fundamento (Lei Complementar nº 64/90, art. 22, inciso I, alínea "b").

Frise-se que até mesmo em processos em que não há essa previsão expressa na lei, admite-se largamente a concessão de liminares com base no poder geral de cautela, como, por exemplo, nas representações por descumprimento da Lei nº 9.504/97 (art. 96).

2.5.Princípio dispositivo

O princípio dispositivo manifesta-se sob dois aspectos: por primeiro, significa dizer que a máquina judiciária apenas se movimenta mediante atividade das partes (inércia da jurisdição)⁽¹⁸⁾ e, sob outro ângulo, "*consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão*".⁽¹⁹⁾

No direito processual eleitoral, tem plena e irrestrita aplicação o primeiro dos aspectos supracitados. Com efeito, não obstante o poder de polícia de que é dotado o magistrado eleitoral, é-lhe vedado iniciar qualquer espécie de processo.

Exemplo emblemático do que ora se afirma aconteceu com as representações visando à apuração de irregularidades na propaganda eleitoral. Nessa matéria, é muito comum a atuação preventiva dos magistrados eleitorais, fazendo cessar a prática ilícita, com fundamento no art. 249 do Código Eleitoral.⁽²⁰⁾

Tal circunstância, como se percebe, parece mitigar o princípio dispositivo, mas não é bem assim. Em realidade, a atuação *ex officio* do membro da Justiça Eleitoral tem como escopo tão-só a manutenção da ordem pública, assemelhando-se à polícia administrativa, e não a prestação jurisdicional propriamente dita, mediante a aplicação do direito objetivo ao caso concreto. De fato, essa prestação jurisdicional depende de prévia atuação das partes, sendo proscrito ao juiz a ativação do poder jurisdicional.

Justamente por desconhecimento dessas peculiaridades, alguns juízes eleitorais, especialmente nas eleições de 1998, tão logo exerciam o poder de polícia na propaganda eleitoral, instauravam, por meio de portarias, as ditas representações, em atuação inteiramente divorciada do papel do Poder Judiciário enquanto órgão estatal incumbido de dirimir conflitos.

Coibindo essa prática equivocada, o Tribunal Superior Eleitoral, na via recursal, anulou todos os processos assim iniciados, culminando por editar a Súmula nº 18, com o seguinte teor: *"Conquanto investido de poder de polícia, não tem legitimidade o juiz eleitoral para, de ofício, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei nº 9.504/97."*

Sob o segundo aspecto do princípio dispositivo – inércia do juiz na instrução da causa – a doutrina tem apontado uma certa mitigação, eis que, *"diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial."*⁽²¹⁾

Assim sendo, cada vez mais se defere ao juiz poderes instrutórios, não ficando o direito eleitoral afastado dessa realidade. De feito, tendo em vista o interesse eminentemente público presente nas lides eleitorais, almejando-se em última análise a preservação da vontade popular, divisa-se na legislação eleitoral diversos dispositivos que acolhem essa orientação.

Para ficar apenas na Lei Complementar nº 64/90, pode-se mencionar os arts. 5º, § 2º, e 22, inciso VI, que permitem ao julgador, nas impugnações aos pedidos de registro de candidatura e nas investigações judiciais eleitorais, determinar diligências de ofício; os arts. 7º, par. único, e 23, que, naqueles mesmos processos, determinam que o órgão sentenciante forme sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes, **ainda que não alegados pelas partes.**

2.6.Princípio do impulso oficial

Uma vez ativada a jurisdição mediante a iniciativa das partes (princípio dispositivo), cumpre ao juiz determinar o prosseguimento do processo, tendo em vista razões de interesse público, na medida em que não se admite a perpetuação dos litígios, impondo-se ao Poder Judiciário a rápida prestação jurisdicional. Tem-se, assim, o princípio do impulso oficial.

No processo eleitoral, o princípio em análise tem plena e especial aplicação, tendo em conta a celeridade que deve informar a atuação da Justiça Eleitoral. Assim, por exemplo, nas representações por descumprimento da Lei nº 9.504/97 determina esse diploma legal, em seu art. 96, § 5º, que, uma vez recebida a inicial, o órgão jurisdicional notifique imediatamente o representado para apresentação de defesa, notando-se semelhante mandamento no rito da investigação judicial eleitoral (Lei Complementar nº 64/90, art. 22, inciso I, alínea "a").

Interessante norma encontra-se contida no art. 279, § 4º, do Código Eleitoral, que defere ao Presidente do Tribunal Regional Eleitoral a possibilidade de interferir na instrução do agravo de instrumento dirigido ao Tribunal Superior Eleitoral. Semelhante disposição, longe de espelhar o princípio do impulso oficial, parece indevida intromissão do órgão judiciário em ônus que, em tese, incumbe somente à parte recorrente.⁽²²⁾

2.7.Princípio da oralidade

Pelo princípio da oralidade as atividades das partes são feitas na forma oral, principalmente em audiência, sem prejuízo de que sejam reduzidas a termo (documentação), a fim de que lhes seja conferido um caráter de durabilidade.

Segundo Chiovenda, para que seja outorgada a nota da oralidade a um determinado processo, impõem-se as seguintes regras: prevalência da palavra como meio de expressão combinada com uso de meios escritos de preparação e de documentação; mediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deve apreciar; identidade das pessoas físicas que constituem o juiz durante a condução da causa; concentração do conhecimento da causa num único período (debate) a desenvolver-se numa audiência ou em poucas audiências contíguas (princípio da concentração); e, finalmente, irrecorribilidade em separado das interlocutórias.⁽²³⁾

Manifestação mais pura do princípio da oralidade no direito processual eleitoral ocorre com as impugnações à apuração perante as Juntas Eleitorais, as quais devem ser feitas sob a forma oral, e, uma vez decidida, pode a parte prejudicada interpor recurso também verbalmente, dispondo, nesse caso, do prazo de 48 horas para juntada das razões da irresignação, tudo sob pena de preclusão (Código Eleitoral, art. 169).

Quanto ao subprincípio da concentração, percebe-se sua aplicação nos processos de impugnação ao pedido de registro de candidatura e de investigação judicial eleitoral, pois, em ambos, as testemunhas de acusação e de defesa devem ser ouvidas em uma só assentada (Lei Complementar nº 64/90, arts. 5º, § 1º e 22, inciso V).

Já em relação à questão da irrecorribilidade em separado das interlocutórias é muito difícil encontrar exemplos de sua aplicação na forma mais pura, salvo no processo do trabalho. No direito processual eleitoral, sua única manifestação mais nítida ocorre nas investigações judiciais eleitorais, nas quais assentou o Tribunal Superior Eleitoral, em face da celeridade que deve presidir esses feitos, que as decisões interlocutórias ali proferidas são irrecorríveis, sendo impugnáveis apenas por ocasião da decisão final, não ocorrendo na espécie o fenômeno da preclusão.⁽²⁴⁾ Para sanar a lesividade que um provimento interlocutório tomado em investigação judicial pode causar, o Tribunal Superior Eleitoral tem admitido largamente o uso do mandado de segurança.⁽²⁵⁾

Mas esse subprincípio não se manifesta apenas no simples descabimento de recurso contra decisão interlocutória. Mais do que isso, aceita-se a aplicação da cláusula quando, ainda que impugnável a interlocutória, o manejo do recurso não suspenda o curso do processo, ou seja, abre-se a via recursal, porém sem efeito suspensivo. Esse aspecto sim, tem lugar em praticamente todos os procedimentos levados a cabo pela Justiça Eleitoral, eis que, salvo em hipóteses excepcionais, previstas em lei, os recursos eleitorais não são dotados de efeito suspensivo (Código Eleitoral, art. 257).⁽²⁶⁾

2.8.Princípio da publicidade

Possui o princípio da publicidade *status* constitucional, a teor do que prescreve o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Prelecionam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco que *"o princípio da publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. A presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados. Em última análise, o povo é o juiz dos juizes. E a responsabilidade das decisões judiciais assume outra dimensão, quando tais decisões hão de ser tomadas em audiência pública, na presença do povo."*⁽²⁷⁾

Como se percebe, o princípio da publicidade vem ao encontro do ideal democrático que cumpre à Justiça Eleitoral observar de forma irrestrita.

É certo que o princípio em referência não assume caráter absoluto, prevendo o mesmo dispositivo constitucional que o assenta que pode a lei, *"se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes."*

Alguns desses casos excepcionais são previstos no próprio texto constitucional, interessando ao presente estudo o preceito do art. 14, § 11, que determina que a ação de impugnação de mandato eletivo tramite em segredo de justiça.

Ocorre que interpretando esse dispositivo em face do princípio da publicidade insculpido no art. 93, inciso IX, assentou o Tribunal Superior Eleitoral que embora a tramitação da ação de impugnação de mandato mantenha caráter sigiloso, seu julgamento será público.⁽²⁸⁾ Já se pode notar assim a importância conferida ao princípio da publicidade dos atos processuais.

Ponto tormentoso também ocorre em relação à publicidade das declarações de bens apresentadas pelos candidatos por ocasião dos pedidos de registro de candidatura e das prestações de contas. Muito se questionou a respeito da possibilidade de entrega de cópias dessas declarações a terceiros, principalmente aos órgãos de imprensa. Pacificando a matéria, em face da renitência de alguns Tribunais Regionais em emitir esses dados, assentou o Tribunal Superior Eleitoral que as declarações de bens devem se tornar disponíveis a todos os interessados, mercê justamente do caráter público dos processos de registro de candidatura e de prestação de contas.⁽²⁹⁾

2.9.Princípio da lealdade processual

A doutrina moderna, com reflexos na legislação mais recente, tem conferido maior ênfase ao princípio da lealdade processual. Por esse princípio, impõe-se a todos os participantes do processo (partes, advogados, juízes, membros do Ministério Público e auxiliares da justiça) deveres de ética e honestidade.

No direito eleitoral, encontram-se diversas disposições que buscam reprimir ofensas ao princípio da lealdade processual, a começar pela Constituição Federal, que, em seu art. 14, § 11, determina a punição do autor de ação impugnação de mandato eletivo intentada de forma temerária ou com manifesta má-fé.

Semelhante mandamento incide sobre a investigação judicial eleitoral, com a agravante de que constitui crime, punível com pena cumulada de detenção e multa, o ajuizamento dessa ação de modo temerário, a teor do que prescreve o art. 25 da Lei Complementar nº 64/90.

2.10.Princípio da economia processual e da instrumentalidade das formas

Os princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas encontram-se intimamente ligados, daí serem estudados em conjunto.

O primeiro desses princípios – economia processual – significa que a máquina judiciária deve despende o mínimo possível de esforço com vistas a fornecer uma efetiva prestação jurisdicional. Assim é que, no direito processual civil, vem se outorgando maiores poderes aos relatores para decidir monocraticamente os recursos sob apreciação dos tribunais. Mesmo sem alteração legislativa formal nesse sentido, a Justiça Eleitoral não ficou indiferente a esses avanços, aplicando-se analogicamente o disposto no art. 557 do Código de Processo Civil ao rito dos recursos eleitorais.⁽³⁰⁾

Já o princípio da instrumentalidade das formas consiste no aproveitamento dos atos processuais, quando, realizados de uma determinada forma, ainda que não sendo aquela prescrita em lei, tenha atingido sua finalidade e não cause prejuízo a qualquer das partes ou ao interesse público.

Afirmam Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini que com a adoção do princípio da instrumentalidade das formas, manifestação da cláusula *pas de nullité sans grief*, "*prestigia-se o conteúdo, e não a forma, somente se lhe exigindo quando sua ausência implicar não ser alcançada a finalidade. Mas, para que o princípio da instrumentalidade seja aplicado, é mister verificar se, inobservada a*

forma prescrita, o escopo do ato foi alcançado, não tendo sido causado prejuízo quer às partes, quer ao processo. O que se busca é afastar o culto exacerbado da forma, sem cair no extremo oposto: liberdade total dos sujeitos processuais." ⁽³¹⁾

Especificamente no direito eleitoral, cumpre mencionar que o art. 219 do Código Eleitoral ⁽³²⁾, que traduz materialização da instrumentalidade das formas, muito embora localizado no capítulo "*Das Nulidades da Votação*", constitui vetor que orienta toda a interpretação e aplicação da lei eleitoral, sendo de se aplicar a todos os processos em curso perante a Justiça Eleitoral. ⁽³³⁾

2.11.Princípio da preclusão

Como é fartamente sabido, o fim último do processo é servir de instrumento para o pleno exercício da jurisdição com vistas à pacificação social. Como tal, deve o processo seguir marcha em caminho da sentença final, abstendo-se a máquina judiciária, assim, de voltar a fases passadas.

Justamente por isso, criou-se a idéia de preclusão, que pode ser conceituada, segundo Chiovenda, como "*a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual.*" ⁽³⁴⁾

A preclusão pode ser de três espécies: **consumativa**, que ocorre pelo fato de já se haver exercitado regularmente a faculdade processual; **lógica**, consistente na prática de um ato incompatível com o exercício da faculdade; e, finalmente, aquela espécie que mais interessa ao presente estudo, a preclusão **temporal**, que incide "*sobre a parte que devendo praticar um determinado ato, deixou de praticá-lo na forma e tempo previstos em lei.*" ⁽³⁵⁾

No direito eleitoral, assume especial importância o instituto da preclusão, em face principalmente da celeridade que deve informar o processo eleitoral. ⁽³⁶⁾ Com efeito, dispõe o art. 259 do Código Eleitoral que "*são preclusivos os prazos para interposição de recurso, salvo quando neste se discutir matéria constitucional.*"

Pode-se assim dizer que permanecendo inerte o interessado em aviar o recurso, considera-se consumada a preclusão temporal.

A mais importante manifestação prática do princípio da preclusão sucede em relação aos recursos contra a apuração das eleições, que não serão admitidos caso não haja prévia e oportuna impugnação perante o Junta Eleitoral. Assim não se procedendo, considera-se preclusa a matéria (Código Eleitoral, art. 171).

Mas não apenas a atividade das partes pode render ensejo à preclusão. De fato, cogita a doutrina da **preclusão pro judicato**, incidente sobre o órgão julgador. Costuma-se afirmar que essa espécie de preclusão apenas pode tomar a forma lógica ou consumativa, não havendo falar em preclusão temporal *pro judicato*, já que não sucederia consequências endoprocessuais no descumprimento dos prazos por parte do juiz (prazos impróprios). Como já se afirmou, porém, no direito eleitoral pode sim a inércia do magistrado produzir efeitos internos ao processo. ⁽³⁷⁾

2.12.Princípio da celeridade processual

Assim como o instituto da preclusão, o princípio da celeridade processual merece especial relevo no direito processual eleitoral. De fato, muito se comenta acerca da rapidez e eficiência com que são resolvidos os litígios postos à apreciação da Justiça Eleitoral.

Interessante manifestação do princípio em estudo ocorre em relação ao prazo para interposição de recurso extraordinário contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral. Não obstante o art. 508 do Código de Processo Civil e o art. 26 da Lei nº 8.038/90 disponham que aquele prazo é de quinze dias, independentemente do tipo de matéria veiculada no extraordinário, vem reiteradamente entendendo o Supremo Tribunal Federal que, em se tratando de recurso extraordinário eleitoral, deve-se observar o prazo de três dias. Frise-se que o mesmo raciocínio vale para o agravo de instrumento contra decisão denegatória de trânsito do apelo extraordinário, por força do art. 282 do Código Eleitoral.⁽³⁸⁾

Também por força do princípio da celeridade, o Tribunal Superior Eleitoral, afastando a prerrogativa institucional do Ministério Público de ser intimado mediante vista dos autos, determinou por meio da Resolução nº 20.951, de 13.12.2001, que a intimação do órgão ministerial nos processos em curso nos Juizados Auxiliares se faça mediante o simples encaminhamento de cópia da decisão.⁽³⁹⁾

Ressalte-se que essa duvidosa orientação já se encontrava assentada na jurisprudência do TSE em relação aos processos regidos pela Lei Complementar nº 64/90, nos quais contava-se o prazo recursal da apresentação da sentença em cartório, independentemente da intimação pessoal do membro do Ministério Público.⁽⁴⁰⁾

Tal a importância do princípio da celeridade, que o Tribunal Superior Eleitoral já teve oportunidade de prestigiar essa cláusula em detrimento do princípio da busca da verdade real, na medida em que não admitiu a produção de prova testemunhal nas reclamações por descumprimento da Lei nº 9.504/97, justamente em virtude da celeridade que devem possuir aqueles feitos.⁽⁴¹⁾

Cumprir destacar, por fim, como forma de demonstrar a relevância conferida pela legislação eleitoral à observância dos prazos previstos para os órgãos da Justiça Eleitoral, que, a par dos efeitos endoprocessuais que o descumprimento dos prazos impróprios acarreta⁽⁴²⁾, o Código Eleitoral tipifica como crime punível com a pena de multa a inobservância dos prazos legais para o exercício dos deveres impostos por aquele Estatuto (art. 345).

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BULOS, Uadi Lammego. *Constituição Federal Anotada*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, 1ª ed., Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 1º vol., 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo*, 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 2ª ed., Campinas: Millennium, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional – Princípios Constitucionais do Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Notas

01. *Princípios do Processo Civil na Constituição*, p. 29.

02. A doutrina norte-americana distingue a cláusula *due process of law*, sob os aspectos do direito material (*substantive due process*) e processual (*procedural due process*). É a essa última acepção que se refere o presente tópico.

03. *Op. cit.*, p. 32. Uadi Lammego Bulos refere-se à cláusula do devido processo legal como sobreprincípio, tal a sua importância. (*in Constituição Federal Anotada*, p. 234).

04. Ver-se-á, adiante, a importância da celeridade no processo eleitoral, justificando sua inclusão como princípio autônomo desse ramo do direito processual. Cf. item 2.12.

05. Em algumas espécies de processos eleitorais as testemunhas devem comparecer independentemente de intimação, sendo ônus da parte que as arrolou trazê-las a juízo, sob pena de preclusão, tal como determina, p. ex., o art. 22, inciso V da Lei Complementar nº 64/90.

06. Tendo em vista a superficialidade do presente trabalho, não se adotará aqui a conhecida distinção entre princípios informativos e princípios fundamentais do direito processual.

07. Interessante notar que não há previsão para a investidura dos integrantes da carreira do Ministério Público como membros de qualquer Tribunal Eleitoral. Talvez essa circunstância se explique pelo fato de ser permitida ao membro do Ministério Público a

atividade político-partidária, desde que observadas certas condições previstas em lei (CF, art. 128, § 5º, inciso II, alínea "e").

08. *Teoria Geral do Processo*, p. 51/52.

09. Entende o TSE que o art. 366 do Código Eleitoral foi recepcionado pela Carta Magna de 1988, não implicando cerceamento ao livre exercício dos direitos políticos: Resolução nº 19.945-MA, julg. 26.8.1997, Rel. Min. Costa Leite, DJ 18.9.1997, p. 15298; Resolução nº 20.921-DF, julg. 23.10.2001, Rel. Min. Fernando Neves, DJ 22.2.2002, p. 180.

10. Nelson Nery Junior, *op. cit.*, p. 44.

11. "*Recursos. Código Eleitoral. Prazos. Tratando-se de matéria eleitoral, não se justifica a aplicação de regras do Código de Processo Civil que impliquem aumento de prazo para recurso.*" (TSE, Ag. Reg. no Ag. Instr. nº 1.249-DF, julg. 24.2.2000, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 24.3.2000, p. 124).

12. TSE, REsp nº 16.155-DF, julg. 20.6.2000, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 1º.9.2000, p. 172.

13. *Op. cit.*, p. 137.

14. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 603.

15. "*Registro de candidatura: prazo de recurso. No processo de registro de candidaturas, o prazo de recurso ordinário começa a correr da publicação da sentença em cartório, desde que ocorrida no tríduo legal (Lei Complementar nº 64/90, art. 8º), não o interrompendo a desnecessária intimação pessoal posterior.*" (Acórdão nº 13.089, Proc. nº 10.674-GO, julg. 5.11.92, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, pub. sessão).

16. Eduardo Arruda Alvim, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 345.

17. Nelson Nery Jr., *op. cit.*, p. 149.

18. José Frederico Marques, *op. cit.*, p. 605.

19. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 64.

20. "*Art. 249. O direito de propaganda não importa restrição ao poder de polícia quando este deva ser exercido em benefício da ordem pública.*" Invoca-se também, *a contrario sensu*, o disposto no art. 41, da Lei nº 9.504/97: "*A propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia.*"

21. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco, *op. cit.*, p. 64.

22. Sobre o assunto, com maior profundidade, cf. MEDEIROS, Marcilio Nunes *in Recurso Especial em Matéria Eleitoral*, Revista Brasileira de Direito Eleitoral nº 14, Fortaleza, 2002.

23. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 61/67.

24. *"Investigação Judicial. Decisão Interlocutória. Irrecorribilidade das Decisões Interlocutórias. Na investigação judicial de que cuida o artigo 22 da LC 64, não cabe recurso em separado. A matéria não ficará preclusa, podendo ser objeto de exame no julgamento do recurso que impugne o provimento de que resulte o fim do processo."* (TSE, Ag. Instr. nº 1.718-MS, julg. 1º.6.1999, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 11.6.1999, p. 90).

25. *"Recurso ordinário. Mandado de segurança. Cabimento. Investigação judicial. Despacho interlocutório. Admite-se o uso de mandado de segurança contra decisões interlocutórias proferidas em investigação judicial, desde que haja prejuízo irreparável a direito subjetivo público, líquido e certo, ameaçado ou violado. Recurso a que se nega provimento."* (TSE, Rec. em Mand. Seg. nº 191-RJ, julg. 16.4.2002, Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira, DJ 24.5.2002, p. 144). No mesmo sentido: TSE, Rec. em Mand. Seg. nº 176-RJ, julg. 11.4.2002, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 7.6.2002, p. 165; TSE, Rec. em Mand. Seg. nº 187-RN, julg. 4.10.2001, Rel. Min. Fernando Neves, DJ 7.12.2001, p. 7; TSE, REsp nº 19.338-MA, julg. 27.3.2001, Rel. Min. Fernando Neves, DJ 25.5.2001, p. 51.

26. Cf. art. 216 do Código Eleitoral, que garante efeito suspensivo aos apelos interpostos nos processos de recurso contra a expedição de diploma. Do mesmo modo, os recursos interpostos nos processos de investigação judicial eleitoral e de impugnação ao pedido de registro de candidatura também são dotados de suspensividade, nesse caso até o trânsito em julgado e não só até a manifestação do TSE, por força do disposto no art. 15 da Lei Complementar nº 64/90: *"A norma do art. 15 da LC nº 64/90 constitui exceção à regra do art. 257 do Código Eleitoral, importando dizer que, enquanto não existir decisão judicial transitada em julgado, a respeito do registro de candidato, a vontade soberana do eleitorado deve ser preservada."* (TSE, Ag. Reg. em Recl. nº 108-MS, julg. 1º.3.2001, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 30.3.2001, p. 231).

27. *Op. cit.*, p. 69.

28. *"Consulta TRE. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Segredo de Justiça. O trâmite da ação de impugnação de mandato eletivo deve ser realizado em segredo de justiça, mas o seu julgamento deve ser público. Precedentes."* (TSE, Res. nº 21.283-TO, julg. 5.11.2002, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 7.2.2003, p. 133). No mesmo sentido: TSE, Rec. Ord. nº 31-RJ, julg. 15.10.1998, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 31.3.2000, p. 125.

29. *"Declaração de bens. Prestação de contas de campanha. Publicidade dos dados. Possibilidade de todos os interessados obterem da Justiça Eleitoral os dados da declaração de bens e prestação de contas da campanha de qualquer candidato."* (TSE, Res. nº 21.295-DF, julg. 7.11.2002, Rel. Min. Fernando Neves, DJ 18.11.2002, p. 110).

30. "Recurso especial - Provimento por decisão monocrática - Manifesto confronto com jurisprudência dominante do TSE - Aplicação do § 7º do art. 36 do RITSE, com a nova redação efetuada com base no art. 557 do CPC - Alegação de cerceamento de defesa: improcedência. Os recursos manifestamente inviáveis podem ser julgados imediatamente pelo próprio relator, por meio de decisão singular, a fim de que as ações e os recursos que realmente precisam ser julgados pelo órgão colegiado possam ser apreciados o quanto antes, prestigiando-se os princípios da economia e celeridade processuais que norteiam o Direito Eleitoral. Agravo regimental não provido." (TSE, Ag. Reg. no REsp nº 15.671-SP, julg. 1º.8.2000, Rel. Min. Fernando Neves, DJ 1º.9.2000, p. 172). No mesmo sentido: TSE, Ag. Reg. no REsp nº 20.228-SP, julg. 26.9.2002, Rel. Min. Ellen Gracie, pub. sessão).

31. *Curso Avançado de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 171.

32. "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 do prejuízo."

33. "Nulidade. Aplicação da lei eleitoral. Demonstração de prejuízo. Efeitos do provimento. 1. Na Justiça Eleitoral é indispensável a demonstração de prejuízo para a declaração de nulidade. 2. Recurso conhecido e provido por ofensa ao artigo 219 do Código Eleitoral. 3. Devolução dos autos ao Tribunal Regional Eleitoral para que, afastada a nulidade, prossiga no exame dos recursos ordinários, de modo a garantir o duplo grau de jurisdição e evitar a supressão de instância. 4. Decisão por maioria." (TSE, REsp nº 15.575-TO, julg. 29.2.2000, Rel. Min. Costa Porto, DJ 7.4.2000, p. 126).

34. *Op. cit.*, p. 184.

35. Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, *op. cit.*, p. 200.

36. Afirma Torquato Jardim que dois dos principais traços distintivos do processo eleitoral são justamente a celeridade e a preclusão (*Direito Eleitoral Positivo*, p. 151).

37. Cf. item 2.4.

38. "Agravo Regimental. O artigo 12 da Lei 6.055/74 que dispõe sobre o prazo para a interposição de recurso extraordinário contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral é norma jurídica especial em face do disposto no artigo 508 do C.P.C. na redação dada pela Lei 8.950/94, e o § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil preceitua que 'a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior', o que implica dizer que continua em vigor o referido artigo 12 da Lei 6.055/74, cujo prazo nele previsto se conta a partir da data da publicação do acórdão prolatado pelo Tribunal Superior Eleitoral ocorrida na própria sessão em que foi prolatada a decisão recorrida extraordinariamente. Agravo a que se nega provimento." (STF, 1ª Turma, Ag. Reg. no Ag. Instr. nº 354.555-RS, julg. 9.10.2001, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 14.12.2001, p. 60). No mesmo sentido: STF, 2ª Turma, Ag. Reg. no Ag. Instr. nº 371.643-MG, Rel. Min. Celso de Mello.

39. *"Processo Administrativo. Indagação do TRE/AC. Decisões de Juiz Auxiliar. Encaminhamento ao Ministério Público. Cópia ou autos. Resolução TSE nº 20.951/01. Em razão da celeridade processual dos feitos eleitorais, recomenda-se a orientação desta Corte constante na Resolução nº 20.951/01, a determinar que a intimação do Ministério Público se dê mediante encaminhamento de cópia da decisão."* (TSE, Proc. Adm. nº 18.826-AC, julg. 1º.8.2002, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 13.8.2002, p. 160).

40. *"Recurso ordinário. Investigação Judicial. Art. 22 da Lei n. 64/90. Prazo. Ministério Público. Intimação pela publicação no Diário de Justiça. Nos processos regidos pela Lei Complementar n. 64/90, a intimação do Ministério Público obedece a norma específica prevista no seu art. 16, que estabelece a intimação pelas vias normais e não a norma geral contida na Lei Orgânica do Ministério Público, que prevê a sua intimação pessoal."* (TSE, Rec. Ord. nº 89-TO, julg. 4.3.1999, Rel. Min. Eduardo Alckmin, DJ 26.3.1999, p. 63).

41. *"Em face da celeridade que informa o procedimento das reclamações e representações a que se refere o art. 96 da Lei n. 9.504/97, inviável a oitiva de testemunhas, o que não consubstancia violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa."* (TSE, Ag. Reg. no REsp nº 19.611-SP, julg. 23.5.2002, Rel. Min. Raphael de Barros Monteiro Filho, DJ 9.8.2002, p. 206).

42. Cf. itens 2.4. e 2.11.

PROCESSAMENTO (RITO) DOS CRIMES ELEITORAIS EM PRIMEIRO GRAU: ALTERAÇÃO EM FACE DA REFORMA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E REVOGAÇÃO DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO ELEITORAL.

Antônio Carlos Ferreira da Luz

Pós-graduado (**lato sensu**) em Direito Penal e Processual Penal. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Técnico Judiciário lotado na 50ª Zona Eleitoral – Parnamirim/RN. **E-mail:** antonio@tre-rn.gov.br.

RESUMO: O presente trabalho buscou mostrar o reflexo da recente reforma ocorrida no Código de Processo Penal no processamento das infrações penais eleitorais em primeiro grau, especialmente aquela que prever a possibilidade, antes mesmo do interrogatório, de o acusado apresentar defesa à acusação ou preliminar, visando eventual absolvição sumária; cuidou-se, também, da possibilidade da aplicação no âmbito eleitoral de institutos depenalizadores, a exemplo da transação penal e suspensão condicional do processo e, ao seu término, concluir afirmativamente pela revogação de dispositivos do Código Eleitoral e harmonia entre suspensão do processo e defesa preliminar, tudo decorrente da aludida reforma. As fontes de pesquisa, basicamente as obras listadas nas referências e repositórios de jurisprudência, apresentaram resposta ao tema proposto.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Reforma no C.P.P. 2. Rito das infrações penais eleitorais em primeiro grau. 3. Aplicação dos arts. 395 a 398 C.P.P. 4. Revogação de dispositivos do C.E.

As recentes reformas a que foi submetido o Código de Processo Penal (C.P.P), que remonta à década de 40, trouxeram mudanças em diversas fases da relação jurídica processual penal, destacando-se as alterações no rito do Tribunal do Júri (Lei n.º 11.689/2008), no regime das provas (Lei n.º 11.690/2008) e no procedimento em geral (11.719/2008) e, mais recentemente, a possibilidade do interrogatório do acusado ser realizado por videoconferência (Lei n.º 11.900/2009), tudo com o propósito de dar uma resposta aos anseios da comunidade jurídica e das partes direta ou indiretamente envolvidas na relação jurídica processual, que a muito clamam por um processo penal mais justo, célere e ao alcance de todos os jurisdicionados.

Apesar de a referida reforma ter ocorrido no C.P.P, ela, especialmente no tocante ao procedimento em geral, teve reflexo em outras leis especiais e extravagantes, a exemplo do Código Eleitoral (C.E), que prevê um rito específico para os crimes eleitorais, como será demonstrado no decorrer da exposição.

A discussão aqui proposta é a de saber se a alteração no procedimento em geral do C.P.P, inovação decorrente da Lei n.º 11.719/2008, revogou ou não dispositivos do C.E, modificando o processamento dos crimes eleitorais em primeira instância, sejam previstos no Código Eleitoral ou em leis penais eleitorais extravagantes.

Indispensável, para melhor entendimento do tema, saber como estava disciplinado o processamento dos crimes eleitorais em primeira instância, sob a égide do C.E.

Na sistemática do Código Eleitoral, ao receber a denúncia do órgão do **parquet** o juiz designava dia e hora para o interrogatório do réu, com a citação deste e a notificação do Ministério Público, devendo aquele apresentar alegações escritas e arrolar testemunhas no prazo de 10 (dez) dias (art. 359 e parágrafo único). Havia dúvida acerca de quando começava a correr tal prazo, se da citação ou do interrogatório.

Após, ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e defesa e praticadas as diligências requeridas pelo Ministério Público e deferidas ou ordenadas pelo Juiz, as partes tinham o prazo de 5 (cinco) dias para alegações finais (art. 360), devendo o juiz decidir em 10 (dez) dias (art.361).

Acontece que, malgrado a existência de rito específico no C.E, havia exceções ao referido procedimento, a saber: quando se tratava de infração de menor potencial ofensivo ou seja, cuja pena máxima não ultrapassasse 2 (dois) anos, a exemplo do delito de boca de urna¹ ou naqueles em que se permite a suspensão condicional do processo (não confundir este instituto com a suspensão condicional da pena ou **sursis**), nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, esta última de ocorrência não muito rara na Justiça Eleitoral, já que a maioria dos crimes com assento no Código Eleitoral, não estabelece, na norma secundária, a pena mínima ao delito, havendo a necessidade de se valer da regra geral prevista no art. 284 do mesmo Diploma, **ipsis litteris**: “Sempre que este Código não indicar o grau mínimo, entende-se que será ele de quinze dias para a pena de detenção e de **um ano para a de reclusão**” (sem grifo no original).

Destarte, combinando-se o art. 284 do Código Eleitoral com o art. 89 da Lei 9.099/95, percebe-se que a maioria dos delitos previstos no Código Eleitoral permite a aplicação do instituto despenalizador da suspensão condicional do processo, a exemplo do delito de falsidade ideológica eleitoral (art. 350², que não se confunde com o delito do art. 289³), uma vez que eles não preveem o quantum mínimo no preceito secundário, apenas a pena máxima em abstrato.

Sobre o tema, pacífica é a jurisprudência no Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal de Justiça, favorável à aplicação dos institutos da transação penal e da suspensão do processo no âmbito eleitoral. Confira-se a respeito, a Res.-TSE n.º 21.294/2002, Ac.-STJ, de 9.4.2003, no CC no 37.595, e Ac.-TSE no 25.137/2005: aplicabilidade das leis n.ºs 9.099/95 e 10.259/2001 (transação penal e suspensão condicional do processo) no processo penal eleitoral, salvo para crimes que contam com sistema punitivo especial⁴. Nesse mesmo diapasão, a doutrina de Ada Pellegrini Grinover⁵.

Pois bem, com a reforma operada no C.P.P, estabeleceu o § 4º, do art. 394 (incluído pela Lei n.º 11.719, de 2008), que “As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a **todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código**”. (sem grifo no original)

Desta forma, o rito dos crimes eleitorais em primeiro grau, a partir da reforma processual penal, terá que obedecer, também, ao estabelecido nos arts. 395 a 398 do C.P.P, consoante inteligência do § 4º, do art. 394, do mesmo Diploma, tendo, referidos dispositivos, portanto, aplicação imediata (C.P.P, art. 2º⁶), ainda que nos processos em curso, respeitados os atos já praticados, em vista da adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro da **teoria do isolamento dos atos processuais**⁷, em detrimento das teorias da unidade processual e das fases processuais.

No sentido da aplicação dos aludidos dispositivos ainda que em procedimentos regulados por lei especial ou extravagante, é o escólio do Prof. Luiz Flávio Gomes ao afirmar que “[...] todo e qualquer procedimento especial, previsto no próprio CPP ou em legislação extravagante deverá observar as regras específicas contidas nos arts. 395 e 397 [...]”⁸.

Vejamos agora as novas disposições, oriundas da reforma do C.P.P. que também se aplicam ao procedimento dos crimes eleitorais julgados em primeiro grau.

O art. 395 C.P.P. estabelece que a denúncia ou queixa será rejeitada quando for manifestamente inepta (inciso I), faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (inciso II) ou faltar justa causa [elementos idôneos da infração e indícios de autoria] para o exercício da ação penal (inciso III). Como se vê, nesses casos, a decisão faz coisa julgada formal.

Acontece que, pelo C.E, art. 358 [reprodução fiel do art. 43 do C.P.P. (hoje revogado)], a denúncia será rejeitada, dentre outras hipóteses, quando o fato narrado evidentemente não constituir crime (inciso I). No entanto, essa hipótese, com a atual reforma processual penal, passou a figurar como absolvição sumária (art. 397, inciso III), portanto, decisão de mérito e não de carência de ação [impossibilidade jurídica do pedido] como dantes. Com efeito, restou revogado o art. 358 do C.E.

O próximo dispositivo a ser analisado é o art. 396 C.P.P. Di-lo no seu **caput**: “Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”.

Pela sistemática do Código Eleitoral, já exposta acima, o primeiro ato após o recebimento da denúncia pelo magistrado era o interrogatório do acusado, entretanto, pelo dispositivo retro, permite-se ao acusado, valer-se da defesa preliminar antes do seu interrogatório.

E qual a importância da defesa escrita ou defesa preliminar antes dos demais atos processuais, a exemplo do interrogatório do acusado que pelo Código Eleitoral é(era) o primeiro ato (art. 359, **caput**)?

Sabemos que com a defesa preliminar (ou resposta à acusação, como preferem outros) haverá a possibilidade de o juiz absolver sumariamente o réu, quando verificar a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; quando o fato narrado evidentemente não constitui crime [aqui atendeu-se às críticas da doutrina⁹, pois esta hipótese antes era tratada como de carência de ação – art. 43¹⁰, n.º I, do C.P.P (impossibilidade jurídica do pedido) -, dando lugar à coisa julgada formal, ao passo que agora é decisão de mérito, operando a coisa julgada material]; ou, ainda, quando já estiver extinta a punibilidade do agente (art. 397 e seus incisos).

De notar-se, ainda, que a sentença que absolve sumariamente o réu nas hipóteses acima arroladas faz coisa julgada material [além de formal], sendo, nesse sentido, mais vantajoso ao acusado ter, antes mesmo do seu interrogatório, a possibilidade de não se submeter a todas as fases processo, com o que ganha-se na celeridade e na redução dos custos do processo.

Assim, restou revogado o art. 359 do C.E. no ponto em que estabelece o interrogatório do acusado como primeiro ato da instrução; além disso, têm inteira aplicação o art. 397 e seus incisos ao rito dos crimes eleitorais, pois inova ao prever a absolvição sumária no âmbito eleitoral.

E se o acusado não apresentar defesa no decênio? Aplica-se a regra disposta no § 2º, do art. 396-A, pela qual o juiz nomeará defensor para apresentá-la.

Além desses dispositivos, aplicam-se, subsidiariamente, ao processamento das infrações eleitorais de primeiro grau, as disposições no

[novo] procedimento ordinário do C.P.P, por força do art. 394, § 5º, do diploma processual penal.

Quanto ao art. 398 do C.P.P, restou ele expressamente revogado pela reforma, dispensando comentários.

Mais uma questão precisa ser enfrentada: apontamos em linhas atrás que a maioria dos crimes eleitorais permite a suspensão condicional do processo, por força do art. 89 da Lei n.º 9.099/95. A par disso, surgiu mais um questionamento, qual seja: tratando de crime eleitoral (seja previsto no Código Eleitoral ou na legislação eleitoral extravagante), que permite a suspensão condicional do processo, seria o caso de o juiz, ao receber os autos do órgão do **parquet** acompanhados de denúncia, marcar desde logo audiência para proposta de suspensão do processo, *ex vi* do art. 89 da Lei 9.099/95 (considerando-se que para se aplicar tal instituto prevê a Lei o recebimento da denúncia na própria audiência) ou receber a denúncia e citar o acusado para apresentar resposta (defesa preliminar) no prazo de 10 (dez) dias (art. 396, caput) e deixar a proposta de suspensão do processo somente para momento posterior (eventual audiência)?

Parece-nos que, salvo melhor juízo e à mingua de doutrina e jurisprudência firmadas, a solução mais coerente ao caso será a segunda opção, destarte, apresentando o acusado defesa preliminar ou resposta escrita, poderá ele ser absolvido sumariamente ou, caso o juiz não vislumbre absolvição sumária, ainda poderá o acusado aceitar eventual proposta de suspensão do processo a ser ofertada pelo Ministério Público na audiência futura [que tudo indica será única, em vista do princípio da concentração ínsito à reforma], tudo numa visão garantista do direito penal.

Ressalte-se, ainda, que se tratando de crimes eleitorais (inclusive, bem ou mal, os delitos contra a honra: injúria, calúnia e difamação) não há falar-se em oferecimento de queixa-crime ou da necessidade de representação, pois todos eles são de **ação penal pública incondicionada**, a teor do 355¹¹ do Código Eleitoral, ressaltando-se, apenas, a possibilidade de ação penal privada subsidiária da pública quando quedar-se o órgão do **parquet**, por força de garantia constitucional (art. 5º, inciso LIX) e jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (Ac.-TSE n.º 21.295/2003).

Feitas essas considerações, percebe-se que o rito a ser seguido no processamento dos crimes eleitorais de primeiro grau vai depender da pena em abstrato contida no preceito secundário da norma penal.

Enquadrando-se a infração penal eleitoral no conceito de crime de menor potencial ofensivo nos termos do art. 61 da Lei n.º 9.099/95 [“Art. 61 Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”], aplica-se o rito desta Lei, qual seja, arts. 76 (audiência preliminar) seguintes, com a dispensa do inquérito policial.

Por outro lado, tratando-se de delito que admite a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n.º 9.099/95 [“Art. 89 Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano abrangidos ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos (...)”] e nos demais delitos, deve-se seguir as disposições dos arts. 395 a 397 do C.P.P, ressaltando-se que, no tocante aos delitos do primeiro grupo (que permitem, em tese, a suspensão do processo), não tendo sido o acusado absolvido sumariamente, deve a ele ser franqueada a via da suspensão condicional do processo, desde que cumpridos os demais requisitos legais.

Quanto aos últimos aplicam-se, ademais, como já frisado, as disposições que regulam o procedimento ordinário do C.P.P., de forma subsidiária, em vista de expressa previsão legal (art. 394, § 5º).

Por fim, não há dúvida de que a alteração no C.P.P, relativa ao processamento das infrações penais, teve reflexo direto no rito dos crimes eleitorais julgados em primeiro grau, inclusive revogando dispositivos do Código Eleitoral, mormente considerando-se que agora poderá o réu ser absolvido sumariamente antes mesmo do seu interrogatório, sem se submeter as delongas e angústias do processo criminal, as quais vem sendo combatidas por um processo penal de cunho garantista.

¹ Art. 39, § 5º, inciso II, da Lei 9.504/97, com a redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 11.300/2006, **verbis**: “§ 5º Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR: [...] II – a arregimentação de eleitor ou a propaganda de **boca-de-urna**; [...]”. Ressalte-se que este é um exemplo de crime eleitoral fora do Código Eleitoral.

² “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”.

³ “Art. 289. Inscrever-se fraudulentamente eleitor: **Pena** – reclusão até 5 anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa. do mesmo diploma). Sobre a distinção entre os referidos tipos, conferir CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Bauru: Edipro, 2002, pp. 276-7: “A ação criminosa [do tipo do art. 289] tem que ser através de erro, artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento usado pelo agente, enganando o funcionário e o Juiz Eleitoral encarregado da inscrição. A inscrição nova ou transferência de título eleitoral, omitindo-se o verdadeiro endereço ou inserindo no formulário próprio endereço falso, não caracteriza este crime [art. 289], mas sim o do art. 350 do Código Eleitoral”.

⁴ *In* **Código Eleitoral Anotado e legislação complementar** (v.1). 8. ed. rev. e atual. Brasília: TSE, 2008, p.163. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/servicos_online/catalogo_publicacoes/pdf/codigo_eleitoral/codigo_eleitoral2006_vol1.pdf>. Acesso a 20 mar. 2009.

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini (*et al.*). **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, pp. 158-276.

⁶ “Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

⁷ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini (*et al.*). **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 105-6.

⁸ GOMES, Luiz Flávio (*et al.*) **Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito: novo procedimento do Júri (Lei n.º 11.689/2008), nova disciplina da provas (Lei n.º 11.690/2008), novas regras procedimentais (Lei n.º 11.719/2008) e “Lei Seca” (Lei n.º 11.705/2008)**. São Paulo, RT, 2008, p. 336.

⁹ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini (*et al.*). *Ibidem*, p. 275, **verbis**: “No processo penal o exemplo de impossibilidade jurídica do pedido é, na doutrina dominante, a ausência de tipicidade [leia-se: quando o fato narrado evidentemente não constituir crime]. Mas essa hipótese parece configurar um julgamento sobre o mérito, levando à improcedência do pedido”

¹⁰ “Art. 43 A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime. [...]”. Este dispositivo restou revogado com o advento da Lei n.º 11.719/2008.

¹¹ “Art. 355. As infrações penais definidas neste Código são de ação pública.”

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Código Eleitoral Anotado e legislação complementar** (v.1). 8. ed. rev. e atual. Brasília: TSE, 2008, p. 163. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/servicos_online/catalogo_publicacoes/pdf/codigo_eleitoral/codigo_eleitoral2006_vol1.pdf>. Acesso a: 20 mar. 2009.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso a: 20 mar. 2009.

CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Bauru: Edipro, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: Conan, 1995.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Considerações pontuais sobre as recentes leis de reforma do Código de Processo Penal**. Palestra proferida no Curso Marcato [transmitida por videoconferência para a Unidade Natal/RN], São Paulo, 24 jul. 2008.

GOMES, Luiz Flávio [et al.]. **Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito: novo procedimento do Júri (Lei n.º 11.689/2008), nova disciplina da provas (Lei n.º 11.690/2008), novas regras procedimentais (Lei n.º 11.719/2008) e “Lei Seca” (Lei n.º 11.705/2008)**. São Paulo: RT, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

KAFKA, Franz. **O Processo**. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.