

DIREITO ELEITORAL CONTEMPORÂNEO
70 Anos da Redemocratização Pós-Ditadura Vargas e
da Reinstalação da Justiça Eleitoral

Tribunal Regional Eleitoral do Paraná

© Copyright dos autores

Presidente e Diretor da Eje/PR: Des. Luiz Fernando Tomasi Keppen

Vice Presidente e Corregedor: Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira

Diretora Geral: Daniela Borges de Carvalho

Coordenador do projeto: Fernando José dos Santos

Capa e projeto gráfico: Natalia Bae | Tikinet

Diagramação: Aline Maya | Tikinet

Revisão Técnica: Stéphanie Laís Roque, Marília Koeppl e Caio Ramalho | Tikinet

“DIREITO ELEITORAL CONTEMPORÂNEO – 70 Anos da Redemocratização Pós-Ditadura Vargas e da Reinstalação da Justiça Eleitoral”. 2016

Edição comemorativa

70 anos da Redemocratização – Tribunal Regional Eleitoral do Paraná

ISBN 978-85-60558-01-8

Direito. Direito Eleitoral. Direito Político. Direito Partidário. Eleições.

CDD 341.2805

Tiragem: 1.000 exemplares

Os conceitos e interpretações contidos nos trabalhos assinados são de exclusiva responsabilidade de seus autores.

*“Menino, todo homem tem seu preço. O venal se deixa comprar
por dinheiro. O meu preço é o Código Eleitoral.”*
Assis Brasil

DIREITO ELEITORAL CONTEMPORÂNEO
70 Anos da Redemocratização Pós-Ditadura
Vargas e da Reinstalação da Justiça Eleitoral

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Eneida Desiree Salgado

(orgs.)

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO PARANÁ
2016

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
--------------------	---

INTRODUÇÃO	13
------------------	----

A evolução da fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	15
--	----

Clèmerson Merlin Clève

Ana Carolina de Camargo Clève

Eleitor consumidor: a tutela da boa-fé na reforma eleitoral que ainda não veio	31
---	----

Fernando Gustavo Knoerr

Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr

A espinha dorsal do sistema eleitoral brasileiro	43
--	----

Geórgia Ferreira Martins Nunes

O novo constitucionalismo latino-americano e o controle de constitucionalidade	71
---	----

Ivo Dantas

Gina Gouveia Pires de Castro

Livia Dias Barros

Noções elementares do reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia: um subsídio à mudança do paradigma nacional trazido pelo novo CPC	105
---	-----

Jean Carlo Leeck

A importância do artigo 105-A da Lei das Eleições no asseguramento da paridade de armas	125
--	-----

Leandro Souza Rosa

Ações eleitorais: atualidades sobre conexão, continência, litispendência e coisa julgada.	145
<i>Luiz Fernando Casagrande Pereira</i>	
O precedente interpretativo como resposta à transformação do civil law	187
<i>Luiz Guilherme Marinoni</i>	
Democracia e partidos políticos: desafios e perspectivas	215
<i>Marcus Vinicius Furtado Coêlho</i>	
Inelegibilidade – o conflito de teorias	223
<i>Olivar Coneglian</i>	
Inelegibilidade por rejeição de contas de administrador público	251
<i>Pedro Roberto Decomain</i>	
A imunidade tributária dos partidos políticos	277
<i>Rafael Morgental Soares</i>	

APRESENTAÇÃO

A Justiça Eleitoral foi inventada no Brasil para fazer frente à mentira e às fraudes nas eleições, marcada também (mas não exclusivamente) pelo funcionamento inadequado e insatisfatório do modelo parlamentar de verificação de poderes. O contexto da Primeira República foi há muito superado, e algumas das competências hoje largamente exercidas pela Justiça Eleitoral sequer foram cogitadas naquele momento. A sua reinstalação, depois de oito anos de interrupção em seu funcionamento, durante o estado de sítio imposto pelo seu criador, apresenta-a como a solução ideal, perfeita, inquestionável para a garantia da autenticidade eleitoral. No entanto, não foi ainda investigada sua atuação durante a ditadura militar que, ao contrário do período Vargas, não suspendeu todas as eleições e nem extinguiu a ditadura militar. Após a nova democratização, em 1985, o que se viu foi um crescente protagonismo da Justiça Eleitoral, com a cassação de inúmeros mandatos, com mutação constitucional, com construção de uma normatização paralela ao princípio da estrita legalidade em matéria eleitoral.

Apesar da existência de críticas à atuação para além da Constituição principalmente do seu órgão de cúpula, a Justiça Eleitoral tem permitido (talvez até promovido) o funcionamento adequado de uma democracia formal, com eleições periódicas e – ao menos até o momento – certo respeito pelo resultado expresso nas urnas. A urna eletrônica, dispositivo genuinamente nacional e cuja confiabilidade é tão elevada que prescinde até mesmo de comprovação material do voto, afastou a história de fraudes na emissão e na apuração de votos. A biometria, injustificável perante o número reduzido de desvios na identificação do eleitor, fez fortalecer essa imagem de sistema de votação incorruptível, ainda que de difícil exportação. O mesmo não se pode dizer, no entanto, a respeito da formação da vontade eleitoral, ainda maculada por abusos e por um tratamento desigual entre os diversos candidatos e partidos que competem nos pleitos. O protagonismo da jurisdição eleitoral na determinação das inelegibilidades e a baixa confiabilidade dos partidos políticos se combinam na alteração intensa do desenho democrático brasileiro.

Muitos são os enfoques possíveis para tratar de democracia eleitoral e do papel de seus atores principais. Nesta obra, alguns de seus principais pontos serão enfrentados, além de temas referentes a questões jurídico-políticas mais amplas. O fundamental é provocar o debate, propondo reflexões e estabelecendo o diálogo.

Em uma perspectiva mais abrangente, Ivo Dantas, Gina Gouveia Pires de Castro e Livia Dias Barros apresentam um estudo sobre o novo constitucionalismo latino-americano, ressaltando os distintos modelos de controle de constitucionalidade das constituições de Estados (ao menos nominalmente) sociais. Jean Carlo Leeck expõe o instituto do reenvio prejudicial, utilizado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, como possibilidade de estabelecimento de um diálogo transjudicial em função de jurisdição constitucional. Ainda neste contexto, Luiz Guilherme Marinoni propõe o precedente interpretativo como resposta à superação do paradigma da “proclamação” do sentido exato da lei pelos tribunais em face da correção da lei pelos direitos fundamentais e da existência de cláusulas abertas. Em uma abordagem mais vertical, Georgia Ferreira Martins Nunes faz uma defesa do sistema eleitoral brasileiro, destacando sua configuração genuinamente brasileira, sua lógica interna e seu desenvolvimento histórico.

Os partidos políticos surgem como tema em três artigos. No estudo de Clèmerson Merlin Clève e Ana Carolina de Camargo Clève, o mandato político é analisado como “espécie de condomínio”, ao mesmo tempo do parlamentar e do partido, e se chama a atenção para a questão do tratamento legislativo da fidelidade a desafiar a jurisdição eleitoral e constitucional. Marcus Vinicius Furtado Coelho enfrenta a pujante problemática da democracia interna dos partidos políticos, afirmando tratar-se de obrigação democrática a descentralização das estruturas partidárias para o aprimoramento da democracia, da representatividade e do accountability. Rafael Morgental Soares, a seu turno, desafia a imunidade tributária dos partidos, evidenciando sua característica como forma indireta de financiamento público e apontando não subsistir o fundamento da imunidade, visto que não serve mais a aprimorar a democracia e ampliar a cidadania.

Olivar Coneglian e Pedro Roberto Decomain dedicam-se às inelegibilidades. As teorias das inelegibilidades são o núcleo da análise de Coneglian, que sustenta a compatibilidade entre ambas

as teorias e aponta os vários momentos de verificação das objeções ao direito de concorrer a cargo eletivo. Decomain, por sua vez, trata de um tema mais estrito, discorrendo sobre a inelegibilidade por rejeição de contas do administrador público, evidenciando o desenvolvimento histórico nas Constituições brasileiras do controle da atividade financeira do governo e dissecando os elementos desta hipótese específica de inelegibilidade.

As ações eleitorais e seu confuso sistema são abordados por Luiz Fernando Casagrande Pereira, que sustenta a aproximação da tutela jurisdicional eleitoral do microssistema do processo coletivo a partir da reforma promovida pela Lei nº 13.165/2015. Leandro Souza Rosa defende a constitucionalidade da inaplicabilidade dos instrumentos previstos na legislação da ação civil pública na esfera eleitoral, em face da exigência de paridade de armas na disputa eleitoral. E, por fim, Fernando Gustavo Knoerr e Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr indicam a necessidade da tutela jurídica da boa-fé na esfera eleitoral, principalmente ante a apresentação das propostas quando do registro de candidatura e para aprimorar o controle do conteúdo da propaganda eleitoral.

Como se pode verificar, os recortes e as propostas estão longe de ser unânimes nas discussões entre os estudiosos e os aplicadores do Direito Eleitoral. A intenção de uma obra doutrinária pressupõe exatamente isso: fomentar as discussões sobre os temas constitucionais e eleitorais para proporcionar um aprimoramento do sistema e de seus institutos, buscando desenvolver uma cidadania plena e autônoma.

Prof^ª. Eneida Desiree Salgado

INTRODUÇÃO

A título de introdução, cabe inicialmente anotar que o presente livro, denominado de Direito Eleitoral Contemporâneo, surgiu por ocasião das comemorações dos 70 anos da redemocratização pós-ditadura Vargas e da reinstalação da Justiça Eleitoral, cujas festividades foram organizadas pelo Tribunal Superior Eleitoral ao longo do ano de 2016.

A Justiça Eleitoral, criada em 1932, teve suas atividades interrompidas durante o Estado Novo (1937-1945). Com o fim da Era Vargas teve início o período de redemocratização do País, com a promulgação de novo Código Eleitoral, chamada de Lei Agamenon, e com a reinstalação da Justiça Eleitoral e do Tribunal Superior Eleitoral, no Rio de Janeiro, com as características que possui atualmente, para atuar como órgão máximo da Justiça Eleitoral.

Neste livro comemorativo, a capa é uma homenagem à figura de **Joaquim Francisco de Assis Brasil**, advogado, político, escritor, prosador, poeta, ministro de Estado e diplomata.

Tal deferência, deve-se, por ele ter sido um profundo conhecedor das raízes e mazelas sociais, na primeira República, que justificava a existência de um órgão como a Justiça Eleitoral do Brasil; bem como, por ter sido um dos idealizadores do Código Eleitoral de 1932 e responsável pela estrutura sistêmica do direito eleitoral contemporâneo. Visionário que foi, fez constar no referido Código a previsão de uma máquina de votar, que, 60 anos mais tarde, constituiu-se na atual Urna Eletrônica, corolário de segurança do processo formal de votação e do *sufragium* na eleições brasileiras nos dias atuais.

Feito o registro, o conjunto de artigos que compõem o presente livro retrata o pensamento atual do direito eleitoral brasileiro, sendo um arcabouço histórico e jurídico de alguns dos expoentes do ramo do direito eleitoral, tendo dentre os colaboradores, professores, magistrados, promotores e servidores.

O presente trabalho revela-se uma obra doutrinária que fomenta discussões sobre os temas constitucionais e eleitorais, proporcionando o aprimoramento do sistema e de seus institutos, em benefício do desenvolvimento da democracia e cidadania plena.

Aspectos como a evolução do direito eleitoral brasileiro; constitucionalismo e controle de constitucionalidade; igualdade no tratamento processual; ações eleitorais; aspectos sobre inelegibilidade; fidelidade partidária na jurisprudência, imunidade tributária aos partidos, são temas que brindam o leitor, não só com um panorama, mas, também, proporcionam uma visão sistêmica e principiológica.

Interessante que tais artigos revelam a constante preocupação dos autores com um dos elementos essenciais à democracia: a igualdade de oportunidades entre os atores do processo eleitoral, princípio fundante que a Justiça Eleitoral tem por finalidade garantir, em benefício da democracia e cidadania.

Com sentimento de alegria entrego a presente obra no momento em que termino um ciclo de passagem nessa Casa da democracia, o Tribunal Regional Eleitoral paranaense.

Auguro à comunidade jurídica, uma boa leitura.

Des. Luiz Fernando Tomasi Keppen
Presidente do TRE/PR

A evolução da fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Clèmerson Merlin Clève
Ana Carolina de Camargo Clève

Resumo

O Supremo Tribunal Federal (STF) vem mudando o seu entendimento sobre a fidelidade partidária nos casos de desfiliação ou troca de partido político por mandatário eleito. Num primeiro momento, já no contexto da vigente Constituição, a evolução da jurisprudência do STF operou-se apenas em relação aos mandatos derivados do sistema proporcional, uma vez que a perda da investidura política decorreria do próprio sistema representativo previsto – implicitamente – na Constituição da República. Não muito tempo depois, decidindo pela constitucionalidade de normativas do Tribunal Superior Eleitoral, a Constituição parecia ter endossado a posição daquele tribunal no sentido de que a desfiliação partidária ou a troca de agremiação sem justa causa implicaria também a perda dos mandatos conquistados em eleições majoritárias. Contudo, quanto aos últimos, recentemente, em decisão prolatada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Corte Constitucional, redesenhando o instituto, reafirmou a possibilidade de o mandatário trânsfuga (quando detentor de cargo eletivo decorrente do sistema majoritário) manter a investidura.

Palavras-chave: fidelidade partidária; mudança de partido; Supremo Tribunal Federal.

Sobre os autores

Clèmerson Merlin Clève é professor titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Professor visitante do mestrado e doutorado em Ciências Jurídicas da Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós-graduado em Direito Público pela Université Catholique de Louvain (Bélgica). Advogado e consultor na área de Direito Público.

Ana Carolina de Camargo Clève é professora de Direito Constitucional e Eleitoral do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Mestranda em Ciência Política pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogada na área de Direito Público.

Abstract

The Supreme Court has been changing its understanding about partisan fidelity in cases of disengagement or changing of political parties by elected agent mandatory. First of all, in the valid Brazilian Federal Constitution context, the Supreme Court jurisprudence evaluation happened only towards the mandates derived from the proportional representative system, once the political installation occurs based on the representative system foreseen – in an implicit way – on the Federal Constitution. Not much time later, the Federal Constitution, deciding on the constitutionality of Supreme Court rules, had endorsed this court's position as for the disengagement or changing of party without any just cause would involve also the achieved mandates loss in majority election. However, regarding these mandates, recently, in decisions enacted by Direct Actions of Unconstitutionality, the Constitutional Court, remodeling the institute, reaffirmed the possibility of the runaway agent mandatory (when elective office resulted from the majority system withholder) keep the installation.

Keywords: partisan fidelity; change of political party; Supreme Court.

A Constituição Federal e a fidelidade partidária

No regime constitucional brasileiro o partido político assume destacada posição. É que, dentre nós, pode postular candidatura a cargo eletivo apenas quem é – como condição típica de elegibilidade – filiado a algum partido (art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal). Diante da imprescindibilidade da filiação a partido para o exercício da capacidade eleitoral passiva, o estudo do Instituto da Fidelidade Partidária emerge com superlativa importância.

A fidelidade partidária, expressando o vínculo fiduciário entre o detentor do mandato eletivo e seu respectivo partido político, ostenta caráter dúplice. Reportando-se à dimensão exigente de lealdade ao estatuto, a programas e diretrizes legitimamente estabelecidas pelo partido (tal como disciplinado no art. 17, § 1, da Constituição Federal), a quebra da fidelidade autoriza, no caso de descumprimento pelo mandatário, aplicação de sanção decidida pela própria agremiação política. Uma segunda dimensão supõe o compromisso de permanência no partido daquele que tenha sido eleito por ele, significando isso que, à luz da jurisprudência do STF, incorrente justa causa, a troca de partido implica perda do mandato. Essa dimensão da fidelidade partidária não se confunde

com aquela, sobretudo porque as consequências de uma e outra são distintas¹. O presente estudo cuida apenas da segunda dimensão da fidelidade partidária.

A Constituição Federal de 1988, ao contrário da Constituição anterior (Emenda Constitucional 1/69), não disciplina expressamente a possibilidade da perda do mandato em função de infidelidade partidária (Rovani e Pereira, 1996, 35-39; Bispo Sobrinho, 1996, 60; Reis, 1996, 185; Andrada, 1997, 39; Jardim, 1994, 95). De acordo com a disciplina constitucional dos partidos políticos, conforme previsão do art. 17, a estes é garantida a autonomia para a definição de seu desenho interno, disciplinando sua organização e funcionamento. Disso decorre a possibilidade de os partidos apresentarem suas próprias disposições normativas, cuidando de sua estrutura e funcionamento. Aquilo que está implícito nessa liberdade é a autonomia para a formação de uma ordem interna democrática (Silva, 2011, 407). Porém, se por um lado é garantida a referida liberdade para a organização dos partidos, não há previsão constitucional expressa para a perda do mandato por infidelidade partidária. Haverá perda do mandato, entretanto, na circunstância de cancelamento da filiação partidária ou troca de partido pelo mandatário, inócurrenente hipótese de justa causa.

Manifesta-se, aqui, o segundo tipo de fidelidade partidária, insuscetível de autorizar sanção, constituindo, portanto, a perda do mandato decretada pela Justiça Eleitoral, nos termos do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, simples consequência do nosso modelo de democracia representativa fortemente marcado pelo monopólio partidário das candidaturas aos cargos eletivos. A Constituição não trata, expressamente, reitere-se, deste segundo tipo de fidelidade. Cuidaria, entretanto, implicitamente nos termos da orientação jurisprudencial a propósito da matéria.

Assim, nos termos da Constituição de 1988, como, aliás, das anteriores, a democracia brasileira, ao lado das técnicas de participação direta da cidadania, erige-se a partir do conceito de mandato

1. Para melhor compreensão do aspecto material da Fidelidade Partidária, conferir *Fidelidade Partidária e Impeachment*, de Clèmerson Merlin Clève.

representativo. Ora, como preleciona José Afonso da Silva (2011, 138-139)²:

mandato se diz político-representativo porque constitui uma situação jurídico-política com base na qual alguém, designado por via eleitoral, desempenha uma função política na democracia representativa. É denominado mandato representativo para distinguir-se do mandato de direito privado e do mandato imperativo. O primeiro é um contrato pelo qual o outorgante confere ao outorgado poderes para representá-lo em algum negócio jurídico, praticando atos em seu nome, nos termos do respectivo instrumento (procuração); nele o mandatário fica vinculado ao mandante, tendo que prestar contas a este, e será responsável pelos excessos que cometer no seu exercício, podendo ser revogado quando o mandante assim o desejar. O mandato imperativo vigorou antes da Revolução Francesa, de acordo com o qual seu titular ficava vinculado a seus eleitores, cujas instruções teria que seguir nas assembleias parlamentares; se aí surgisse fato novo, para o qual não dispusesse de instrução, ficaria obrigado a obtê-la dos eleitores antes de agir; estes poderiam cassar-lhe a representação. Aí o princípio da revogabilidade do mandato imperativo. O mandato representativo é criação do Estado liberal burguês, ainda como um dos meios de manter distintos Estado e sociedade [...]. Segundo a teoria da representação política, que se concretiza no mandato, o representante não fica vinculado aos representados, por não se tratar de uma relação contratual; é geral, livre, irrevogável em princípio, e não comporta ratificação dos atos do mandatário.

No Brasil, portanto, é possível afirmar que o exercício do mandato decorre dos poderes conferidos pela Constituição, capazes de garantir a autonomia do mandatário que vai se sujeitar aos ditames de sua consciência, ao programa partidário e às diretrizes *legítimas* estabelecidas pelo partido por meio do *órgão competente*. O mandato, portanto, compondo espécie de condomínio, é, a um tempo, do

2. A vedação do mandato imperativo constitui um traço essencial do sistema representativo moderno de matriz pluralista, segundo Sampaio (1982, 145). O regime constitucional da representação partidária implica a vedação do mandato imperativo. Caso contrário, os representantes não seriam “livres para tomar as decisões políticas de acordo com suas próprias consciências”.

partido e do parlamentar, ou melhor, é do parlamentar em função do partido, sendo certo que o representante eleito, observado o estatuto e programa partidários, assim como as diretrizes legitimamente adotadas pela agremiação, mantendo lealdade, o exerce com ampla margem de liberdade³.

É a opção pelo mandato representativo que atrela o exercício da representação com as “exigências deliberativas” do Estado Democrático Constitucional. Não haveria espaço para deliberação democrática na vigência do mandato imperativo, todavia, (e esse é um risco), a forte configuração do regime de fidelidade partidária pode empurrar a prática representativa para o campo próximo do mandato imperativo. Para Eneida Desiree Salgado (2010, 71),

Essa concepção de Parlamento como órgão de deliberação não se coaduna com um mandato vinculado, em que os representantes políticos recebem instruções, de seu eleitorado ou do seu partido, e manifestam-se estritamente no sentido predeterminado, sendo impossibilitados de refletir sobre os outros argumentos apresentados.

Assim, no tocante à fidelidade partidária, há uma tensão que envolve (i) a natureza do mandato (princípio da democracia representativa), (ii) a liberdade de consciência (direito fundamental) e, finalmente, (iii) o princípio da fidelidade partidária, considerada esta enquanto lealdade ao partido. Cumpre encontrar solução prestante de deferência simultânea aos termos em tensão. Deve o intérprete, portanto, manejando técnica adequada (concordância prática ou ponderação), harmonizar ou resolver o quadro de tensão. Por isso, a fidelidade partidária não pode ser aplicada de qualquer modo, significando a vulneração dos demais termos da equação referidos.

A violação da primeira dimensão, observado o devido processo legal, autoriza a aplicação de sanção, inclusive a expulsão se prevista nas disposições normativas internas do partido. Substancia, portanto, hipótese de infidelidade-sanção. No segundo caso – foco

3. Há quem defenda, todavia, que o mandato pertença exclusivamente ao partido político: Augusto Aras, em *Fidelidade partidária: a perda do mandato parlamentar*; Carlos Mário Velloso e Walber Agra, em *Elementos do Direito Eleitoral*; Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco, em *Curso do Direito Constitucional*.

desta análise – não haveria propriamente emergência de sanção, como pretende a orientação jurisprudencial do STF e do TSE, mas antes a perda do mandato por exigência do sistema.

Manifestações do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal proporcionaram o plano de fundo desse entendimento no tema da fidelidade partidária. Cabe, então, delinear a evolução dessas posições e como a questão se apresenta atualmente.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal: notícia de um giro jurisprudencial

Promulgada a vigente Lei Fundamental, de início, o STF, julgando o mandado de segurança nº 20.927, em 1989, relatado pelo Ministro Moreira Alves⁴, posicionou-se no sentido de que a fidelidade partidária não autorizava a perda do mandato do parlamentar que mudasse do partido político pelo qual se elegeu. Essa orientação permaneceu por quase 20 anos.

Em 27 de março de 2007, o TSE, inaugurando nova orientação, concluiu que o mandato pertence ao partido político e não ao parlamentar. Assim, em relação a Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores, a migração partidária poderia implicar a perda do mandato. O entendimento foi exarado na resposta à Consulta nº 1.398⁵. O pronunciamento causou alarde por sua inovação, substanciando verdadeira mutação constitucional, originando a Resolução nº 22.526, de 27 de março de 2007. Para o relator, Ministro Cezar Asfor Rocha,

não há nenhuma dúvida, quer no plano jurídico, quer no plano prático, que o vínculo de um candidato ao Partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, se não o único, elemento de uma identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do Partido Político e nenhuma candidatura é possível fora da bandeira partidária. Por conseguinte, parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao

4. STF, MS 20927, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julg. em 11.10.1989, DJ 15.04.1994.

5. TSE, CTA nº 1.398/DE, Res. nº 22.526, de 27.03.2007, Rel. Min. Francisco Cesar Asfor Rocha.

indivíduo eleito, pois isso equivale a dizer que ele, o candidato eleito, se teria tornado senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular [...]. Creio que o tempo presente é o da afirmação da prevalência dos princípios constitucionais sobre as normas de organização dos Partidos Políticos (Brasil, 2007a).

Na mesma ocasião, o Ministro Cezar Peluso afirmou que “os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando, sem justificação nos termos já expostos, ocorra cancelamento de filiação ou e transferência de candidato eleito para outra legenda”. Nesse viés, concluiu que a relação entre candidato e partido deve manter-se enquanto perdurar o mandato partidário assumido pelo representante sob os auspícios do partido. Isso porque o mandato teria caráter inequivocamente partidário. Afirmou o Ministro (Brasil, 2007a): “afere-se, aqui, não a fidelidade partidária, mas a *fidelidade ao eleitor!*”. O único voto vencido foi subscrito pelo Ministro Marcelo Ribeiro, que se baseou na inexistência de norma constitucional ou infraconstitucional determinando a perda do mandato por mudança de partido.

No pronunciamento do TSE sobre a matéria (Resolução 22.526, de 27 de março de 2007, em resposta à Consulta nº 1.398), já restava evidenciada a circunscrição do novel regime aos casos de infidelidade envolvendo migração partidária (*transfuguismo partidário*). Do voto do Ministro Cezar Peluso se extrai o seguinte: “os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando, sem justificação nos termos já expostos, ocorra cancelamento de filiação ou a transferência de candidato eleito para outra legenda”.

Em 1 de agosto de 2007, respondendo a consulta, o TSE novamente se pronunciou sobre o tema, agora por meio da Resolução nº 22.563. A Consulta nº 1.423 foi formulada nos seguintes termos: “os Deputados Federais e Estaduais que trocaram de partido político que os elegeram e ingressarem em outro partido da mesma coligação, perdem os seus respectivos mandatos legislativos?”. Por unanimidade, os Ministros reiteraram que “o mandato é do partido e, em tese, o parlamentar o perde” ao ingressar em nova agremiação, ainda que integrante da mesma coligação. Posteriormente, por meio da Resolução nº 22.580, de 30 de agosto de 2007, o TSE confirmou o entendimento.

Após esses precedentes, sobreveio manifestação do Supremo Tribunal Federal. Em 4 de outubro de 2007, a Colenda Corte, reconstruindo a sua compreensão sobre a matéria, confirmando o giro hermenêutico operado no TSE, decidiu que a infidelidade partidária pode levar à perda do mandato. O Partido Popular Socialista (PPS), o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e o Democratas (DEM) apresentaram à Mesa da Câmara dos Deputados, com base nas Resoluções do TSE, pedidos de declaração da vacância dos mandatos dos Deputados Federais que haviam mudado de partido. O Presidente da Câmara dos Deputados indeferiu os requerimentos e contra essa decisão se voltaram as agremiações por meio de mandados de segurança impetrados perante o Supremo Tribunal Federal (MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau; MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello; e MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia)⁶. O STF, por maioria, confirmou a posição do TSE proferida na resposta à Consulta nº 1.398.

Como o candidato é eleito por meio do partido, o patrimônio dos votos no sistema proporcional é atributo do partido, e não do candidato. A prescrição dessa fronteira, além de fundamentar algumas Resoluções posteriores⁷, foi materializada na Resolução

6. No MS 26.604, o STF concedeu parcialmente a ordem, também por maioria, para que houvesse a modulação dos efeitos da decisão no sentido de que a produção dos efeitos se desse a partir da data da resposta do TSE à Consulta nº 1.398. Nesse último caso, divergiram os Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Eros Grau, que denegavam totalmente a ordem, e os Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio, que a concediam em maior extensão.
7. TSE, CTA nº 1423/DF, Res. nº 22.563, de 01.08.2007, Min. Rel. José Augusto Delgado, que ratifica o entendimento de que o mandato é do partido e, em tese, o parlamentar, eleito pelo sistema proporcional, poderá perdê-lo ao ingressar em novo partido; TSE, CTA nº 1.439/DF, Res. nº 22.580, de 30.08.2007, Min. Rel. Carlos Eduardo Caputo Bastos, que sujeita o parlamentar que mudar de partido à perda do mandato, ainda que a mudança seja para legenda integrante da mesma coligação pela qual foi eleito; CTA nº 1409/DF, Res. nº 22.619, de 06.11.2007, Min. Rel. Arnaldo Versiani Leite Soares, que ratifica a aplicabilidade do art. 13 da Res. 22610/2007, bem como a previsão de justa causa quando houver incorporação ou fusão de partidos; CTA nº 1407/DF, Res. nº 22.600, de 16.10.2007, Min. Rel. Carlos Ayres Britto, que assenta que o cargo eletivo no sistema majoritário pertence ao partido e não ao candidato, implicando a arbitrária desfiliação partidária em desqualificação para permanecer à testa do cargo; TSE, CTA nº 1.482/DF, Res. nº 22.669, de 13.12.2007, Min. Rel. Carlos Eduardo Caputo Bastos, que atesta a legitimidade do interessado juridicamente

nº 22.610, a qual disciplina o procedimento de perda de cargo eletivo e aquele de justificação de desfiliação partidária. Conforme a Resolução, a desfiliação partidária sem justa causa é a única hipótese hábil a ensejar ação de perda de mandato (art. 1º, *caput*). Ademais, também nos mandados de segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604⁸ e nas ADI 3.999 e 4.086⁹, restou assentado pelo Supremo Tribunal Federal que os partidos políticos têm direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral se, salvo justificativa legítima, o candidato eleito cancelar sua filiação partidária ou transferir-se para legenda diversa, a partir da data da Resolução do TSE. Do mesmo modo, estabeleceu-se que essas hipóteses de perda de mandato por migração e desfiliação partidária voluntária não configuram sanção, mas decorrência lógica do regime jurídico da fidelidade partidária, pois se vive, no Brasil, uma “democracia partidária”.

Em 16 de outubro de 2007, pouco depois do giro hermenêutico do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior Eleitoral voltou a se manifestar sobre o tema. Os Ministros do TSE definiram que Senadores, Prefeitos, Vice-Prefeitos, Governadores, Vice-Governadores, Presidente da República e Vice-Presidente que mudarem de legenda, após as eleições, também poderiam perder seus mandatos. A orientação consta da Resolução nº 22.600 do TSE, fruto da Consulta nº 1.407.

Com base nos entendimentos aqui listados, em 25 de outubro de 2007, o TSE aprovou a Resolução 22.610, disciplinando o processo de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária. O Supremo Tribunal Federal, em 12 de novembro de 2008, ao julgar improcedentes duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 3.999 e 4.086) que impugnaram as Resoluções nº 22.610 e 22.733, do TSE,

para requerer a decretação da perda do cargo caso o partido não o faça. TSE, CTA nº 1.484/SP, Res. nº 22.866, de 19.06.2008, Min. Rel. Joaquim Benedito Barbosa Gomes, que trata da impossibilidade do partido político disciplinar de forma diferente da Res. 22.610, o processo de perda de mandato eletivo.

8. STF, MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julg. em 04.10.2007, Dje-197, pub. 17.10.2008; STF, MS 26.603, Rel. Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julg. em 04.10.2007, Dje-241, pub. 19.12.2008; STF, MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julg. em 04.10.2007, Dje-187, pub. 03.10.2008.
9. STF, ADI 3.999, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julg. em 12.11.2008, Dje-071, pub. 17.04.2009; STF, ADI 3999, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 12.11.2008, Dje-071, pub. 17.04.2009.

as quais – repise-se – disciplinaram o processo de perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa, reconheceu a validade temporária das regras criadas pela Justiça Eleitoral até que o Congresso Nacional edite lei a respeito do tema.

Tudo permaneceu assim até agora. Com efeito, julgando a ADI 5.081¹⁰, o STF decidiu que a perda do mandato em razão de mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, argumentando que a hipótese violaria a soberania popular e as escolhas feitas pelo eleitor. Veja-se a ementa do julgamento:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007 DO TSE. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE PERDA DO MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA AO SISTEMA ELEITORAL MAJORITÁRIO. 1. Cabimento da ação. Nas ADIs 3.999/DF e 4.086/DF, discutiu-se o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sua competência para dispor acerca da perda de mandatos eletivos. O ponto central discutido na presente ação é totalmente diverso: saber se é legítima a extensão da regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário. 2. As decisões nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu. 3. O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único; e art. 14, caput). 4. Procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade (Brasil, 2007b, 1).

10. STF, ADI 5081, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. 27.5.2015. Dje-162, 19.08.2015.

Relatada pelo Ministro Roberto Barroso, a posição da Corte Suprema entendeu inconstitucional a expressão “ou vice”, do art. 10, e a parte final do art. 13 (“e, após 16 (dezesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário”), ambos da Resolução nº 22.610/2007¹¹. Ademais, acordou-se a interpretação conforme a Constituição do termo “suplente”, previsto no art. 10, com a finalidade de excluir do seu alcance os cargos do sistema majoritário.

As razões do acórdão determinaram que, conquanto a Resolução nº 22.610 já tivesse sido objeto de controle perante a Corte, o tribunal apenas tratara da constitucionalidade formal da Resolução do TSE. Do mesmo modo, segundo o novel precedente, a questão dos cargos eletivos do sistema majoritário não fora aventada anteriormente. De acordo com o Ministro Barroso,

A coisa julgada e a causa de pedir aberta no controle abstrato não devem funcionar como mecanismos para impedir a análise de questões constitucionais não apreciadas sobre o respectivo ato normativo. [...] A validade formal do diploma legal não garante imunidade a vícios de natureza material, e não se pode realisticamente supor que o Tribunal irá antever todos os possíveis vícios de inconstitucionalidade material nestas hipóteses (Brasil, 2015b, 10).

Assim,

a perda do mandato, em razão de mudança de partido por candidato eleito pelo sistema proporcional, decorre logicamente da Constituição para que se preserve a soberania popular e as escolhas feitas pelo eleitor. Essa proposição é a que se extrai daqueles mandados de segurança anteriores que o Supremo julgou. Em seguida, eu acrescento: a mesma lógica não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário,

11. Art. 10. Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que emposses, conforme o caso, o suplente **ou o vice**, no prazo de 10 (dez) dias. Art. 13. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, **após 16 (dezesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.**

sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor (Brasil, 2015b, 76-77).

Dessa forma, continua o Ministro,

No sistema majoritário a “regra da fidelidade partidária” não consiste em medida necessária à preservação da vontade do eleitor, como ocorre no sistema proporcional, e, portanto, não se trata de corolário natural do princípio da soberania popular (arts. 1º, parágrafo único, e 14, caput, da Constituição) (Brasil, 2015b, 24).

Daí que o desenho constitucional de fortalecimento dos partidos políticos não se sobrepõe à vontade do eleitor, que, no sistema majoritário, vota na pessoa do candidato, conforme o art. 77, § 2º, da Constituição. Afinal, para o Ministro Barroso, “não parece certo afirmar que o constituinte de 1988 haja instituído uma ‘democracia de partidos’. Com efeito, o art. 1º, parágrafo único da Constituição é inequívoco ao estabelecer a soberania popular como fonte última de legitimação de todos os poderes públicos”.

Portanto, a Resolução nº 22.610, em seus artigos 10 e 13, ao igualar os dois sistemas eleitorais – o proporcional e o majoritário – violou, para o STF, o núcleo do princípio democrático de que faz parte a soberania popular porque desvirtua a vontade concretizada nos pleitos. Esse novíssimo entendimento foi exarado no julgamento de 27 de maio de 2015, com acórdão publicado em agosto do mesmo ano, e modificou, como se viu, a posição estabelecida pelo TSE em 2007.

A fidelidade partidária e a nova Lei da Minirreforma eleitoral

Entretanto, a publicação da Lei nº 13.165, em 29 de setembro de 2015, pode trazer à tona nova interpretação à recente posição da Suprema Corte. Conhecida como Lei da Minirreforma Eleitoral, ela alterou diversos dispositivos da legislação eleitoral, incluindo a Lei dos Partidos Políticos (9.096/95). Sobre o tema da fidelidade partidária, a inclusão do artigo 22-A, além de inaugurar nova hipótese de justa causa (inc. III), suprimiu duas hipóteses de justificação, previstas na Resolução/TSE 22.610, para fins de não decretação de

perda do mandato pela Justiça Eleitoral em razão da transmigração partidária.

Consoante afirmado, enquanto não sobrevinha *lei* disciplinando o tema, o Tribunal Superior Eleitoral, em observância ao que havia sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, expediu a Resolução nº 22.610 com a finalidade de regulamentar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária. Nessa Resolução, constavam como justa causa, aptas a legitimar a saída do mandatário do partido pelo qual se elegeu, as seguintes hipóteses: (i) incorporação ou fusão de partido; (ii) criação de novo partido; (iii) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; e (iv) grave discriminação pessoal.

Com o advento da nova lei, duas hipóteses acima citadas não mais subsistem como causas justificadoras da desfiliação partidária. São elas: a incorporação ou fusão de partido e a criação de novo partido. Contudo, houve o acréscimo de uma hipótese de justa causa pela que, de certo modo, flexibilizou a transmigração partidária. Tal hipótese, prevista no art. 22-A, inc. III, da Lei nº 9.096/95, consiste na chamada “janela”¹².

Consoante estabelece o mencionado dispositivo, considera-se como justa causa para a desfiliação partidária a mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, *majoritária ou proporcional*, ao término do mandato vigente. Ou seja, a partir de então, durante os 30 (trinta dias) que antecedem o prazo limite de filiação para que seja possível lançar candidatura¹³, o mandatário

12. Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfilia, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:

I – mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

II – grave discriminação política pessoal; e

III – mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, *majoritária ou proporcional*, ao término do mandato vigente (Brasil, 2015a, grifo nosso).

13. Convém lembrar que a reforma eleitoral, ao modificar a Lei nº 9.504/97, também alterou o prazo de filiação partidária para fins de concorrer à eleição. Assim, se antes o prazo era de 1 (um) ano, agora, após a alteração no art. 9º, a filiação deve ocorrer no prazo de 6 (seis) meses antes da data do pleito.

que se encontra no fim do mandato em curso – esta é uma das condições – poderá migrar, livremente, de partido sem risco de perder o mandato.

Ao que parece, ainda que o instituto da fidelidade partidária tenha reafirmado sua relevância para o sistema jurídico, porquanto o Congresso Nacional editou *lei* disciplinando a temática, é possível afirmar que o Legislador optou por estabelecer mecanismo – a exemplo da “janela” – autorizando mais maleabilidade à transmigração partidária. Contudo, vale repisar, a flexibilidade permitida não afasta, em razão dos requisitos a serem preenchidos para fruição dessa prerrogativa, a regra da fidelidade ao partido que elegeu determinado parlamentar¹⁴. Cumpre verificar, agora, o que dirá o Supremo Tribunal Federal, quando e se provocado, a propósito da compatibilidade da “janela” criada pela nova lei com as exigências constitucionais da democracia representativa, particularmente na situação dos mandatos eletivos conquistados pelo sistema proporcional.

Referências

- ANDRADA, B. de. (1997). *Direito Partidário*: comentários à legislação em vigor. Brasília, DF: Coordenação de Publicações.
- ARAS, A. (2006). *Fidelidade partidária*: a perda do mandato parlamentar. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- BISPO SOBRINHO, J. (1996). *Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos*. Brasília, DF: Brasília Jurídica.
- BRASIL. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em 25 de fevereiro de 2016.

14. Tendo em vista que o texto normativo nada mencionou a respeito de quem seria o destinatário das regras de fidelidade partidária no que toca à perda do mandato – se todos os cargos eletivos ou apenas os decorrentes do sistema proporcional – pensa-se que, para efeito de aplicação da lei, deve-se levar em consideração a recente posição do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, ou seja, de que apenas perde o mandato em razão de desfiliação partidária, o mandatário – eleito pelo sistema proporcional – que não logrou demonstrar justa causa.

- _____. (2007a). *Resolução nº 22.526*: Consulta nº 1.398 – Classe 5ª – Distrito Federal (Brasília). Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: [http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-no-22-526-consulta-no-1-398]. Acesso em 25 de fevereiro de 2016.
- _____. (2007b). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.081 Distrito Federal*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf]. Acesso em 25 de fevereiro de 2016.
- _____. (2015a). *Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015*. Altera as Leis nos 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm]. Acesso em 25 de fevereiro de 2016.
- _____. (2015b). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.081 Distrito Federal*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9175293]. Acesso em 25 de fevereiro de 2016.
- CLÈVE, C. M. (2012). *Fidelidade Partidária e Impeachment*. 2. ed. Curitiba: Juruá.
- _____. (2014). *Temas de Direito Constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum.
- JARDIM, T. (1994). *Direito eleitoral positivo*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, p. 95.
- MENDES, G. M.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. (2011). *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva.
- REIS, P. M. (1996). O partido político e a Lei de 1995. In: DALLARI, A. de A. et al. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey.
- ROVANI, C. V.; PEREIRA, M. A. D. (1996). Fidelidade partidária. *Revista do TRE/RS*, Porto Alegre, p. 35-39.
- SALGADO, E. D. (2010). *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum.
- SAMPAIO, N. de S. (1982). Perda de mandato por infidelidade partidária? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 76.
- SILVA, J. A. da. (2011). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros.
- VELLOSO, C. M. da S.; AGRA, W. de M. (2009). *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva.

Eleitor consumidor: a tutela da boa-fé na reforma eleitoral que ainda não veio

Fernando Gustavo Knoerr
Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr

Resumo

A apreensão do fenômeno político pelo Direito, em primeira mão pelo Direito Constitucional e mais tarde pelo Direito Eleitoral, conduz ao encontro de institutos que no Direito Privado são mais bem trabalhados do que no Direito Público. Um exemplo é a tutela jurídica da boa-fé que, em certo grau, permeia ramos do Direito do Estado como o direito administrativo ao aplicar a teoria da aparência para tutelar a boa-fé de terceiros diante de atos praticados por funcionário de fato. No Direito Eleitoral, por sua vez, a tutela jurídica da boa-fé – com o tímido avanço legislativo visto na exigência do arquivamento das propostas de campanha (e de mandato) como requisito para registro de candidatura – avança-se nessa direção com a instituição de parâmetro objetivo para controle do conteúdo da propaganda eleitoral e do cumprimento do mandato, pois, se destoantes das propostas apresentadas e arquivadas, poderão conduzir à prova da má-fé do candidato/mandatário que se comportar de forma diversa ou até contrária. Para além da concepção da proposta que obriga o proponente, vê-se na tutela das relações de consumo um dispositivo que relaciona propaganda, manifestação de vontade e boa-fé, autorizando analogia com o caminho que pode ser trilhado, *mutatis mutandis*, pelo Direito Eleitoral na busca da reforma política que ainda não veio, privilegiando o eleitor ao albergar o espaço de autonomia da escolha bem informada e amparada pela confiança nas propostas de campanha.

Palavras-chave: política; reforma; eleições; prazo.

Sobre os autores

Fernando Gustavo Knoerr é doutor e mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UniCuritiba). Foi juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná no biênio 2009/2011.

Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr é doutora em Direitos das Relações Sociais e mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UniCuritiba).

Abstract

The apprehension of the political phenomenon by the Law, first by the Constitutional Law and later by the Electoral Law, leads the meeting among institutes which are better developed in Private Law than in Public Law. An example is the legal protection of good faith that, somehow, prevails in State Law branches as when the Administrative Law applies the appearance theory to tutor others' good faith before acts practiced by an employee. In Electoral Law, on the other hand, the legal protection of good faith – with the little legislative advance seen in the demand of the filing campaign (and mandate) proposal as a requirement to the candidate registration – advances in this direction with the objective guideline institutions to control the campaign advertising contents and the performance mandate, because, if different of the presented and filing proposals, they may lead to the evidence of bad-faith of the candidate/agent mandatory who behaviors in a discordant or opposite way. In addition to the conception of the proposal that forces the proponent, it's seen on the tutor of consumption relations a device that relates advertising, declaration of intent and good faith, permitting an analogy with the path that must be taken, *mutatis mutandis*, by the Electoral Law in the search of the political remodeling that never happened, granting privileges to the elector while sheltering the autonomy space of the choice well informed and supported by confidence on the campaign proposals.

Keywords: politics; reform; elections; deadline.

Não se duvida que a propaganda comercial reúne um nível de credibilidade muito maior do que a propaganda eleitoral, mesmo que ambas, como espécies de propaganda, destinem-se igualmente ao sugestionamento da vontade. A primeira busca moldar a vontade do consumidor, apresentando-lhe um produto ou um serviço como elemento indispensável de sua existência completa, segura e feliz. A segunda destina-se a direcionar a vontade do eleitor, apresentando um candidato que se destaca dos demais em razão de suas aptidões pessoais, especialmente selecionadas para apresentá-lo como a pessoa mais habilitada a receber a confiança do eleitor manifestada por meio do voto.

É claro que com essa comparação inicial não se pretende reduzir a relação de mandato político a um contrato comercial, tampouco equiparar o mandato a algo consumível. Extrai-se, no entanto, da propaganda comercial, a tutela da confiança que também na relação política se mostra indispensável.

Não se pode, de outro lado, esquecer que o instituto do mandato político inspirou-se no contrato de mandato – figura tomada de empréstimos da civilística – mantendo na essência a relação em que o titular de direitos/prerrogativas, na condição de mandante, entrega ao mandatário não a titularidade, mas apenas o exercício desses direitos/prerrogativas, para que sejam atendidos conforme a vontade expressa ou presumida do mandante.

Fervilham propostas de reforma eleitoral (muitas delas tendentes ao fortalecimento dos partidos políticos), como o financiamento estritamente público de campanhas que majora as despesas públicas e torna os partidos políticos credores permanentes do erário; o sistema eleitoral de lista fechada, que desloca para a relação intrapartidária a escolha dos eleitos, favorecendo a oligarquização; a adoção de uma cláusula de barreira, que privilegia os grandes partidos e fulmina os menores, amputando a amplitude da representação política.

O primeiro passo nesse sentido foi dado por meio da criação da fidelidade partidária imposta pela ameaça de perda de mandato, adotando a premissa de que o mandato pertence ao partido e não ao eleito. Esse pressuposto se confirmaria pela adoção do sistema eleitoral de lista fechada, quando então o voto é dado apenas ao partido.

Nos sistemas eleitorais adotados no Brasil (majoritário e proporcional de lista aberta), é possível afirmar, apenas no segundo, quando muito, que o mandato é compartilhado pelo mandatário e pelo partido – pois a proporção dos votos dados a ambos é que permite o alcance do mandato – não permitindo ao partido político arrogar-se a posição de titular exclusivo de um voto que não lhe foi direcionado dessa forma.

Esses exemplos de alterações do sistema eleitoral brasileiro, já efetivadas ou ainda meramente propositivas, são *per se* suficientes para autorizar a conclusão de que as mudanças que se pretende fazer, ou até mesmo as que já foram esquecidas ou recusadas, tais como a adoção do *recall*, o incentivo ao uso frequente dos debates como meio de propaganda eleitoral, a adoção do sistema distrital misto e o retorno da verticalização de coligações partidárias, rumam em algum sentido que certamente não é o de tutelar a autonomia da escolha pelo eleitor.

O consumidor de um bem ou serviço recebe do sistema jurídico brasileiro uma proteção muito maior do que o próprio eleitor.

Quando o consumidor se depara com uma propaganda dúbia, oferecendo um produto cujas qualidades não se confirmam no ato da compra, ou quando se vê diante de uma propaganda que para

o mesmo bem oferece dois preços, a legislação o socorre e diz que qualquer obscuridade será sempre resolvida em favor do próprio consumidor.

Para concluí-lo não é necessário ir muito longe, bastando aplicar ao pé de letra o que dispõe o artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor (Brasil, 1990):

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Não há como negar que a transposição de disposições análogas para a legislação eleitoral, no caminho evolutivo do sistema político brasileiro, poderia superar, com vantagem, todo o conjunto de propostas já apresentado. Entretanto, é possível ir além nesse raciocínio, adotando a disposição do art. 30 do CDC:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

A legitimidade do contrato de compra e venda ou de prestação de serviços fica ancorada no cumprimento da proposta apresentada pelo fornecedor já no ato de propaganda.

Embora já distante da origem civilista do instituto, não há por que ser diferente na relação de mandato político, pois a legitimidade do mandato deve ter por parâmetro o cumprimento das propostas apresentadas já na propaganda eleitoral. Mesmo com um passo ainda muito tímido, a legislação eleitoral já avançou alguns centímetros nesse sentido ao passar a exigir, a partir da alteração operada na redação da Lei 9504/1997 pela Lei 12034/2009, como documento imprescindível ao registro de candidatura, as “propostas defendidas

pelo candidato a Prefeito, a Governador de Estado e a Presidente da República” (Brasil, 1997).

Pela primeira vez na ainda curta experiência democrática brasileira, a legislação eleitoral reveste de alguma importância as propostas de campanha, esse período em que ocorre a efetivada disputa de votos e que, segundo Rémond (1996, 49),

não é apenas a manifestação das preocupações dos eleitores ou a explicação dos programas dos candidatos e dos temas dos partidos, é a entrada em operação de estratégias, a interação entre os cálculos dos políticos e os movimentos de opinião. Sobre tudo ela modifica a cada dia as intenções e talvez a relação de forças.

O Direito Eleitoral, como disciplina de disputa, guarda relação muito peculiar com o princípio da isonomia, pois dedica-se a preservar a isonomia formal entre os candidatos, tratando-os de forma absolutamente igual no que diz respeito ao alcance dos meios de alavancagem da candidatura, pois todos devem ser escolhidos em convenções partidárias realizadas no mesmo período (de 20 de julho a 5 de agosto do ano da eleição); podem começar a veicular a propaganda eleitoral a partir da mesma data (15 de agosto) e pelos mesmos meios; submetem-se aos mesmos requisitos para registro de candidatura, a ser realizada até às 19h do dia 15 de agosto do ano da eleição; submetem-se ao mesmo padrão de controle de contas de campanha, com o mesmo limite de gastos definidos pelo Tribunal Superior Eleitoral.

O privilégio da isonomia no Direito Eleitoral se sedimenta na importância que o princípio conserva para o próprio modelo democrático, pois

o discurso sobre o significado de democracia não pode ser considerado concluído se não se dá conta do fato de que, além da democracia como forma de governo de que se falou até agora, quer dizer, democracia como conjunto de instituições caracterizadas pelo tipo de resposta que é dada às perguntas “Quem governa?” e “Como governa?”, a linguagem política moderna conhece também o significado de democracia como regime caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera. O princípio destes fins e valores, adotado para distinguir não mais apenas formalmente mas também

conteudisticamente um regime democrático de um regime não democrático, é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzidas nas Constituições liberais mesmo quando estas não eram formalmente democráticas, mas a igualdade social e econômica (ao menos em parte) (Bobbio, 1999, 157).

No entanto, a par da preservação formal da igualdade de oportunidades, o Direito Eleitoral deve também abrir e tutelar o espaço de diferenciação entre os candidatos, privilegiando a isonomia material ao longo do período de disputa para que cada candidato se destaque aos olhos do eleitorado em razão de suas qualidades e defeitos, permitindo ao eleitor dispensar a cada qual um tratamento diferente – na medida em que há diferenças –, culminando na data do pleito pela distinção maior entre eleitos e não eleitos.

É pressuposto do regime democrático que o candidato tenha o dever de se mostrar ao eleitorado, até mesmo para qualificar a escolha, expondo-se com suas virtudes e fraquezas como meio de fomento do juízo a ser manifestado nas urnas, pois, como ensina Miranda (2002, 267),

os governantes democráticos são mais expostos à crítica que os monárquicos. A esses cerca o prestígio dos dogmas, da tradição, que os sustenta. Se há autocracia, com maioria de razão, pela violência que reage a cada ofensa ou divergência, pelo serviço de ocultar e reprimir em que se firmam os governos de força. Nas democracias, partido significa organização e luta: portanto crítica entre os partidos existentes e crítica dentro de cada um deles, para que melhore. Não há dogmas, não há direito divino ou auréola tradicional que proteja os agentes do poder público, juízes ou administradores. São iguais a outros cidadãos. A facilidade do exame dos atos dos governantes pelos governados, ou dos atos de uns governantes por outros, dá a impressão de haver mais erros nas democracias, mais nos eleitos que nos monarcas, mais nos legisladores que nos próprios juízes das democracias, nomeados vitaliciamente. Se, porém, observarmos isentamente as ditaduras, facilmente percebemos que os males são os mesmos e maiores, pela falta dos freios da crítica e pela ausência ou dificuldade de responsabilização. As autocracias são arbitrárias, por definição e eliminam as liberdades, exatamente porque precisam disso para viver. Mais vivem, mais coragem têm. Mais riscos correm, mais comprimem.

Por isso são contraindicadas ao modelo democrático que privilegia a liberdade de expressão as restrições cada vez mais variadas no uso dos

meios de propaganda nas eleições, pois a restrição do conhecimento do eleitor sobre as virtudes e defeitos dos candidatos o conduz a votar em quem já dispõe de mídia natural por se encontrar exercendo mandato, favorecendo a deturpação da formação da vontade do eleitorado que se forma a partir de informações parciais ou manipuladas e

à margem desta panóplia de intervenções, a manipulação da opinião pública, pelo abuso dos meios de comunicação, pela companhia feroz contra os adversários, pela calúnia, pela injúria difamatória, são demonstrações, algumas vezes marginais, mas significativas, da verdadeira natureza do fenômeno. A captura do poder de sufrágio é portanto apenas um aspecto da luta pela constituição de uma base de apoio, activa e passiva, na sociedade civil que a ocupação da sede de exercício do poder permitirá governar (Moreira, 1992, 187).

A liberdade de expressão, acompanhada pelas vertentes da liberdade de informar, de se informar e também de manifestação de pensamento, são fontes do permanente devir do modelo democrático, pois

a democracia precisa ser sentida como uma invenção constante do novo. Ela se reconhece no inesperado que reside aos desequilíbrios demasiadamente sólidos de uma ordem de proibições, ou ainda, como uma condição de significações que comanda nossos processos de autonomia, abrindo-os à imprevisibilidade de suas significações (Streck, 2000, 117).

Se há algo de permanente no modelo democrático, são suas mudanças ao sabor de maiorias flutuantes e provisórias, pois

um grupo ou sujeito de interesses são considerados válidos e admitidos legitimamente ao debate público quando uma ampla cota de cidadãos enuncia publicamente pelo voto a sua adesão às posições representadas por tal sujeito ou grupo. Uma das condições essenciais para que essa adesão se verifique é, certamente, a publicização da posição que o grupo sustenta através de idéias, concepções, programas operacionais etc., o que se faz mediante a atividade da propaganda, a qual consiste na exposição pública dos argumentos que se pretende defender contra posição contrária ou distinta, com o fim de convencer um determinado conjunto de pessoas à adesão. A diferença entre a exposição pública da discussão pública e a propaganda está no carácter dialogal da primeira e

didático da segunda. A primeira necessariamente situa-se no *continuum* de uma interlocução já em ato ou dá início a uma nova interlocução. A segunda é um processo que visa ensinar e convencer, de forma que a interlocução é admitida apenas enquanto pode auxiliar a eficiência da pedagogia em ação. Em ambos os casos, dois aspectos são igualmente fundamentais: informações e eficiência argumentativa. Informação, enquanto para que se possa aderir a uma determinada posição é preciso conhecê-la: dimensão normativa. Eficiência argumentativa, enquanto a meta de um grupo ou sujeito de interesse tanto na propaganda quanto na discussão pública é a imposição de uma causa pela mediação da argumentação: dimensão retórica (Gomes, 1994, 55).

A restrição da propaganda eleitoral, em via contrária, favorece o continuísmo, comprometendo a higidez do próprio modelo republicano que tem a alternância de mandatos como um de seus fundamentos.

A timidez do avanço legislativo ainda mantém a exigência do arquivamento das propostas de campanha apenas como um requisito formal para a obtenção do registro de candidatura, pois as muitas alterações trazidas pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, sequer tangenciaram o tema.

Não obstante, uma vez arquivadas, as propostas podem servir como critério objetivo de controle tanto do conteúdo da propaganda eleitoral – que não poderá ser discrepante das propostas apresentadas – quanto mais ainda da própria legitimidade no cumprimento do mandato, pois o imperativo da boa-fé, pressuposto de toda relação jurídica, impõe que o candidato não se distancie de suas próprias propostas, sob pena de enveredar para o lado oposto, esbarrando na vedação ao comportamento contraditório que tipifica a má-fé na forma do *venire contra factum proprio*.

O mais simples senso de boa-fé que nem o Direito pode contrariar indica que age de má-fé quem previamente assume um comportamento, incutindo em terceiros a ciência segura de que o manterá, para em momento posterior adotar conduta oposta, frustrando a confiança de quem nele acreditou. Como exemplifica Humberto Ávila (2011, 184),

Quem por exemplo, for atingido por um ato administrativo que atinja situação tomada inatingível pelo tempo ou pela existência de direito adquirido, quem for alcançado por lei que inclua em sua

hipótese fato gerador já ocorrido ou exercício irreversível de liberdade induzida ou quem for abrangido por decisão judicial que desconsidere orientação jurisprudencial consolidada anteriormente tem o direito de ver sua situação judicialmente afastada do âmbito dessas normas. Os beneficiários do dever de ação necessária à proteção do princípio de segurança são titulares de direitos capazes de forçar a sua realização.

Por isso, já não é de *lege ferenda* deduzir que a exigência de arquivamento das propostas de campanha (*rectius*: de mandato) no Poder Executivo, no ato de registro de candidatura, traduz o compromisso formal do candidato com o eleitorado, mas principalmente com o próprio Estado brasileiro que, dessa forma, constitui a Justiça Eleitoral como fiel depositária dos parâmetros do controle e também do próprio controle.

Não há como negar que a obrigatoriedade da execução das propostas de campanha no cumprimento do mandato emprestam-lhe um efeito translativo, pois gradativamente passam a se aproximar e também a amoldar o interesse público, fazendo assim que não só o candidato/mandatário seja compelido a atendê-las, mas, de certa forma, toda a coletividade vinculada à opção que fez no voto, mesmo porque, adotando a linha rousseauniana,

compelir um indivíduo a se submeter à vontade geral é consequentemente tão só “forçá-lo a ser livre”. Não há liberdade maior do que a de submeter-se à própria lei. Trata-se da liberdade positiva, definida na lei pela própria lei, como fruto da vontade da maioria dos indivíduos, expressando a vontade imposta ao todo social (Séllos-Knoerr, 2014, 157).

A transgressão de propostas pelo próprio candidato autoriza a conclusão de que nunca as considerou, ao menos não com a seriedade própria da solenidade do ato de registro de candidatura, e por isso, operando eficácia *ex tunc*, torna viciado o próprio registro, autorizando a perda do mandato.

A imposição de boa-fé, principalmente mediante a adoção das propostas de campanha como critério de controle da legitimidade do mandato, também não autorizará a apresentação de propostas inexecutáveis ou descontextualizadas da realizada política e econômica, prestando-se também como bom critério de escolha do candidato pelo eleitorado na medida em que se faz evidente que o candidato

desprovido até mesmo da condição de formular propostas razoáveis não reúne a mínima condição de bem cumprir mandato.

É interessante observar que até mesmo nesse particular o Código de Defesa do Consumidor traz disposição inspiradora, quando faz “proibida toda publicidade enganosa ou abusiva” (Brasil, 1990). E ainda as qualifica, definindo como

enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços (Brasil, 1990, § 1º).

abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (Brasil, 1990, § 2º).

O CDC (Brasil, 1990) também não esquece a propaganda enganosa por omissão “quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço” (§ 3º). O código diz ainda que em quaisquer dessas situações, “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina” (art. 38).

O controle do mandato por esse parâmetro também autoriza a análise de compatibilidade das propostas com o programa do partido político que sustenta a candidatura, sendo palmar que a congruência deve sempre se estabelecer, sob pena de infidelidade partidária.

Não se pode olvidar que

o altruísmo não é característico da criação de um partido político. Sem uma certa dose de interesse pessoal, egoístico na medida em que é excludente dos demais, este jamais existiria. Não há partido voltado exclusivamente ao atendimento do interesse do todo social, com total renúncia do seu ou do interesse pessoal de seus integrantes. Essa hipótese é apenas imaginável como modelo, mas irrealizável (Knoerr, 2008, 172).

Até mesmo por essa razão, muito antes da fidelidade ao partido imposta pela ameaça da perda de mandato se houver mudança de partido, a fidelidade do candidato deve ser tributada às suas próprias propostas que, formuladas de modo coerente à vista do programa partidário, o fazem também fiel ao seu partido.

O candidato, em suma, deve mostrar-se ao eleitorado como candidato por suas propostas, responsavelmente elaboradas em congruência com o programa de seu partido e arquivadas na Justiça Eleitoral como critério de controle da legitimidade da eleição e do mandato.

Referências

- ÁVILA, H. (2011). *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros.
- BOBBIO, N. (1999). *Estado, governo e sociedade*: para uma teoria geral da política. 7ª edição. São Paulo: Paz e Terra.
- BRASIL. (1990). *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm]. Acesso em 29 de fevereiro de 2016.
- _____. (1997). *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm]. Acesso em 29 de fevereiro de 2016.
- GOMES, W. (1994). Propaganda Política: ética e democracia. In: MATOS, H. (Org). *Mídia, eleições e democracia*. São Paulo: Página Aberta.
- KNOERR, F. G. (2008). Bases e perspectivas da reforma política brasileira. Belo Horizonte: Forum.
- MOREIRA, A. (1992). *Ciência política*. Coimbra: Almedina.
- MIRANDA, P. de. (2002) *Democracia, liberdade, igualdade*: os três caminhos. Campinas, SP: Bookseller.
- RÉMOND, R. (1996). *Por uma história política*. Rio de Janeiro: UFRJ/FGV.
- SÉLLOS-KNOERR, V. C. de et al. (2014). *Ciência política e direito*: cidadania em construção. São Paulo: Clássica.
- STRECK, L. L. et al. (2000). *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado.

A espinha dorsal do sistema eleitoral brasileiro

Geórgia Ferreira Martins Nunes

Resumo

Diante do grande número de críticas e propostas de reforma política, em especial de mudança das regras insertas no sistema eleitoral brasileiro, o presente estudo pretende apresentar as principais características do regime em vigor no Brasil, por meio de sua evolução histórica, desde o descobrimento do Brasil até as diretrizes que compõem as regras insertas na Constituição Federal de 1988. Para compreender a realidade brasileira, inicia-se o trabalho com algumas noções fundamentais sobre os sistemas eleitorais, classificados pela doutrina especializada segundo análise das variáveis existentes em todo o mundo. A partir dessa classificação, busca-se conhecer as peculiaridades dos sistemas adotados no Brasil ao longo de sua história, onde foram utilizados os modelos majoritários e proporcionais, até chegar ao sistema misto atualmente fixado pela Carta Magna e pelo Código Eleitoral Brasileiro.

Palavras-chave: sistema eleitoral brasileiro; história dos sistemas eleitorais; classificação dos sistemas eleitorais; sistema eleitoral majoritário; sistema eleitoral proporcional.

Abstract

With the large number of critics and proposals for political reform, especially to change the Brazilian electoral system, this study aims to present its main features, through its historical evolution, since the discovery of Brazil until the guidelines of the Federal Constitution of 1988. To understand the Brazilian reality, this work begins with some fundamental notions about electoral systems, ranked by specialized doctrine analysis of existing variables around the world. Based on this classification, we seek to

Sobre o autora

Mestre em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos – Unisinos/RS. Especialista em Direito Privado, Público e Eleitoral – UFPI. Advogada. Professora e Coordenadora do Curso de Especialização em Advocacia e Direito Eleitoral - ESAPI. Professora e Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Eleitoral (EaD) – ENA/UNISC. Professora da Especialização em Direito Eleitoral da EJE/TRE-PE. Coordenadora Geral Adjunta e Membro fundadora da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político – ABRADep. Membro do corpo editorial da Revista Eleições e Cidadania, do TRE/PI. E-mail: georgianunesadv@hotmail.com. Tel: (86) 99408-2774. Acesso Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9400522907307260>.

understand the peculiarities of the adopted electoral systems in Brazil throughout its history, where majority and proportional models were used, until the mixed system currently secured by the Constitution and by the Brazilian Electoral Code.

Keywords: Brazilian electoral system; electoral system's history; classification of electoral system; majoritarian electoral system; proportional electoral system.

Introdução

O sistema eleitoral brasileiro atualmente em vigor tem sido alvo de recorrentes críticas e propostas de mudança, traduzidas nas diversas sugestões de reforma política em debate no Congresso Nacional. A maioria das propostas fundamenta-se na suposta falência do atual regime, em decorrência da ausência de legitimidade representativa dos parlamentares e na falta de responsividade política do sistema. Os defensores da reforma política buscam uma maior identificação dos representados com os representantes eleitos e, pasmem, até mesmo uma atuação política que se aproxime do historicamente combatido mandato imperativo.

Sem pretensão de analisar, criticar e/ou exaurir as propostas de reforma política em discussão, o presente estudo expõe as peculiaridades do sistema eleitoral utilizado no Brasil que o tornam único no mundo. Além de conjugar o modelo majoritário com o proporcional, a variante deste, aqui adotada, apresenta características diferentes daquelas presentes em outras democracias que seguem sistemas proporcionais de listas abertas. Além disso, é o país que conta há mais tempo com essa forma de representação¹. Não obstante a exclusividade do sistema brasileiro, poucos estudos se dedicaram a encontrar os alicerces de sua criação e o processo legislativo que resultou em sua adoção. Nesta pesquisa, as análises históricas feitas por Jairo Nicolau, Walter Costa Porto, José Antonio Giusti Tavares e na dissertação de mestrado de Juliano Machado Pires (1994) foram fundamentais para compreender as nuances do nosso sistema e como sua moldura foi construída no texto constitucional.

1. Segundo Jairo Nicolau, a Lei nº 48, de 1935, que instituiu o atual sistema proporcional, é muito anterior às adoções de formas semelhantes de representação implantadas na Finlândia, em 1955, e no Chile, em 1958.

De fato, se a Constituição Federal de 1988 destaca, em seu primeiro artigo, a natureza semidireta da democracia brasileira, na qual o poder que emana do povo pode ser exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente, tem-se claramente que a pretensão constitucional é de harmonia entre os órgãos do poder e a vontade popular. Contudo, em que pese o regime brasileiro ser representativo, desde o Código Eleitoral de 1932, a legitimidade dos eleitos vem sendo constantemente questionada em razão do destacado hiato entre os anseios populares e o interesse individual do parlamentar, e muitas críticas são endereçadas ao atual sistema eleitoral.

Contudo, por ser uma matéria bastante específica, de matriz constitucional, é possível perceber, no debate, pouca compreensão, ou mesmo preocupação com a história dos sistemas eleitorais brasileiros e de suas instituições políticas, o que permite perceber, com maior clareza, os motivos para a utilização das regras em vigor, ou pelo menos, o porquê de sua adoção em cada momento histórico.

Assim, tendo em vista que muito pouco ainda se sabe da história das eleições brasileiras, o estudo perpassa, pois, obrigatoriamente, pelas origens das eleições no Brasil, percorrendo, ainda que de forma breve, o caminho aberto pelos legisladores ordinários e constituintes, até chegar às regras que regulamentam as eleições brasileiras a partir da redemocratização do País.

Após historiar e conhecer o funcionamento do sistema eleitoral no Brasil, poder-se-á partir para as discussões acerca de sua legitimidade, responsividade política e adequação à realidade brasileira. Essa avaliação, porém, como já dito, não é objeto desta explanação.

Noções fundamentais sobre sistemas eleitorais

O sistema eleitoral é o conjunto de normas que ordena a forma de representação política, indicando como serão computados os votos dos eleitores e como os cargos eletivos serão distribuídos/ocupados pelas facções políticas e candidatos.

José Antonio Giusti Tavares² apresenta um conceito técnico de sistemas eleitorais, a partir do qual o presente estudo se fundamenta

2. O autor distingue, ainda, representação política de sistemas eleitorais, sendo aquela correspondente à relação entre o conjunto dos cidadãos que integram uma comunidade política nacional e os seus representantes, na qual os primeiros

na busca pela teoria formal e universal da representação política inserta na “medula racional” do ordenamento jurídico brasileiro. Para ele, Sistemas eleitorais são construtos técnico-institucional-legais instrumentalmente subordinados, de um lado, à realização de uma concepção particular da representação política e, de outro, à consecução de propósitos estratégicos específicos concernentes ao sistema partidário, à competição partidária pela representação parlamentar e pelo governo, à constituição, ao funcionamento, à coerência, à coesão, à estabilidade, à continuidade e à alternância dos governos, ao consenso público e à integração do sistema político.

A importância do estudo e da definição dos sistemas eleitorais advêm da necessidade de estabelecimento prévio e conhecimento acerca das regras da disputa, em especial o processo de votação e contagem de votos. Em especial porque a escolha das regras para computar votos e transformá-los em poder pode alterar o resultado de uma eleição, na medida em que cada sistema cria uma rede de incentivos e desestímulos que afeta igualmente os eleitores e aqueles que se aventuram na disputa por um cargo eletivo (Nicolau, 2012). Nesse sentido, também valem as lições dos cientistas políticos Michael Galagher e Paul Mitchel:

Sistemas eleitorais fazem uma grande diferença para configurar o sistema partidário, para a natureza do governo (coalizão ou unipartidário), para o tipo de escolha que os eleitores podem fazer em uma eleição, para como os eleitores podem controlar seus representantes, para o comportamento dos parlamentares, para o grau em que o Parlamento seja composto por pessoas de diversos tipos e origens, para a extensão em que existe democracia e coesão no interior dos partidos e, obviamente, para a qualidade de governo, e, por isso, para a qualidade de vida dos cidadãos governados (2005, 4).

Os países que escolhem os seus representantes por meio de eleições limpas e democráticas e, por isso, classificados como “democracia

autorizam os últimos a tomarem as decisões que obrigam em comum e universalmente a todos; e estes, as construções institucionais política e estrategicamente concebidas, e tecnicamente realizadas, para viabilizar e sancionar a representação política.

eleitoral”³, utilizam sistemas eleitorais com características próprias e singulares, que não se repetem em outras democracias, mas permitem uma classificação global, graças à semelhança na utilização de determinadas características dos sistemas que também variam entre os cientistas políticos⁴.

O cientista político brasileiro Jairo Nicolau, por exemplo, em estudo publicado sobre os sistemas eleitorais, categorizou nove variáveis de sistemas eleitorais de âmbito nacional, utilizados em todo o mundo, distribuídos em três grandes grupos: os majoritários, os proporcionais e os mistos⁵. Essa classificação baseia-se na teoria do norte-americano Douglas Rae, segundo o qual a análise dos sistemas eleitorais deve partir da identificação de três componentes básicos: a magnitude do distrito eleitoral (circunscrição eleitoral), a estrutura do voto e a fórmula eleitoral (2012).

Arendt Lijphart (2003), por sua vez, defende que os sistemas eleitorais devam ser estudados a partir de sete parâmetros que definem as características mais importantes do sistema eleitoral, a saber: (i) a fórmula eleitoral, (ii) a magnitude dos distritos eleitorais, (iii) barreira eleitoral (conhecida no Brasil como “cláusula de desempenho”); (iv)

3. Designação do *Freedom House*, (“Casa da Liberdade”, em inglês), uma organização sem fins lucrativos, fundada em 1941 e sediada em Washington, D.C., capital dos Estados Unidos, cujo trabalho inclui uma série de pesquisas, defesas e publicações para promover os direitos humanos, a democracia, a economia de livre mercado, o estado de direito, meios de comunicação independentes e o comprometimento dos Estados Unidos da América no exterior. Anualmente, avalia o grau de democracia de cada país em uma série de aspectos e os classifica em três grupos: livre, semilivres e não livres.

4. Cada sistema eleitoral particular constitui uma combinação institucional única, concebida não apenas de acordo com princípios teóricos e normativos universais que definem a natureza e os propósitos da representação política, mas segundo preocupações de cálculo estratégico contextual *hic et nunc*.

O caráter composto e, no limite, único, de cada sistema eleitoral resulta de que todo sistema é constituído como produto da combinação de diversos elementos, cada um dos quais varia consideravelmente quanto à sua estrutura e aos efeitos que determina (Tavares, 1994)

5. No grupo dos majoritários encontram-se: o sistema de maioria simples (distrital); o sistema de dois turnos; o voto alternativo; o sistema de voto único não transferível – SNTV (*single non-transferable vote*); e o voto em bloco. A representação proporcional apresenta-se em duas versões: o sistema proporcional de lista e o voto único transferível – STN (*single transferable vote*). Os sistemas mistos adotam o paralelo ou o de correção (combinação).

número total dos membros de uma assembleia eleita, (v) influência das eleições presidenciais sobre as eleições legislativas, (vi) grau de desproporcionalidade e (vii) vínculos eleitorais interpartidários.

Para José Antonio Giusti Tavares (1994), os sistemas eleitorais possuem quatro elementos essenciais e universais: circunscrição, colégio ou distrito eleitoral, o boletim de voto ou cédula eleitoral (estrutura do voto), o procedimento de votação e a fórmula eleitoral; e elementos adicionais, os quais podem até caracterizar essencialmente a natureza e os propósitos de determinado grupo de sistemas eleitorais, viabilizando-lhes as funções. Entre estes, destaca as cláusulas de exclusão; a instituição de fundos de assentos parlamentares complementares e compensatórios; e os prêmios de maioria estabelecidos em alguns países de sistemas majoritários.

A fórmula eleitoral, considerada o elemento determinante para a configuração do sistema eleitoral, diz respeito aos procedimentos de contagem de votos para fins de distribuição das cadeiras. “Com base em critérios mais gerais de legitimidade para um candidato ser eleito, Rae (1967) identificou três formulas eleitorais: (a) maioria simples (pluralidade); (b) maioria absoluta e (c) proporcional” (Nicolau, 2012, 13).

As circunscrições, colégios ou distritos eleitorais correspondem à área geográfica onde os votos são contabilizados, para fins de distribuição dos cargos em disputa e os representantes eleitos. Elas podem ser territorialmente delimitadas coincidindo com as divisões políticas ou administrativas já previamente estabelecidas (estados, municípios, territórios, condados etc.) ou desenhadas conforme critérios objetivos estabelecidos na legislação, exclusivamente para propósitos eleitorais (distritalização). A magnitude do distrito representa o número de cadeiras eleitas em cada distrito/circunscrição (uninominais ou plurinominais).

A estrutura ou natureza do voto diz sobre a forma de expressão pelo eleitor, se é obrigatório ou facultativo; personalizado ou partidário; categórico/nominal (no qual o eleitor vota em um único partido), dual (o eleitor pode votar em mais de um partido) ou ordinal (com a possibilidade de votar em todos os candidatos, relacionando-os em ordem de preferência) (Ibidem).

A cláusula de barreira ou de exclusão, classificada como elemento adicional dos sistemas eleitorais por Tavares (1994), define, em sistemas de representação proporcional, um ou alguns limiares de

votação que excluem, da competição eleitoral, o partido que não os alcançar. O seu objetivo, nos países que a instituem, é evitar a representação de minorias demasiado escassas, sem a mínima expressão do ponto de vista da sua densidade relativa no conjunto da vontade coletiva manifestada eleitoralmente.

O grau de desproporcionalidade diz respeito à análise dos sistemas eleitorais proporcionais sob o aspecto dos benefícios que conferem aos grandes partidos em detrimento dos pequenos, e na relação entre os votos do eleitor, em termos de valor, se cumpre o princípio de sufrágio universal “*one man, one vote*”⁶.

Retomando a classificação dos sistemas eleitorais no mundo em três famílias: majoritária, proporcional e mista, de acordo com a fórmula eleitoral, magnitude dos distritos e estrutura do voto que utilizam, faz-se necessário conceituá-los para compreender o seu funcionamento, de modo a compreender, por fim, a escolha brasileira.

Os sistemas eleitorais majoritários, nas diferentes variedades, têm em comum o princípio da eleição dos partidos ou candidatos que obtiverem maior volume de votos na circunscrição, colégio ou distritos eleitorais. A maioria pode ser simples/relativa (distrital) ou absoluta (em dois turnos), e os distritos podem eleger apenas um ou uma lista de candidatos⁷. Esse é o sistema comumente utilizado no mundo para a eleição de chefes de governo em países presidencialistas, nos quais também é mais frequente o sistema de dois turnos (Nicolau, 2012).

No sistema de maioria simples, conhecido no Brasil como voto distrital, o candidato eleito é aquele que recebe mais votos do que seus concorrentes. Nas eleições para o parlamento, o território é dividido em tantos distritos quanto o número de cadeiras em disputa. O candidato que obtiver mais votos no distrito é eleito. A maior preocupação nesse tipo de sistema decorre da divisão dos distritos, de

6. Cada cabeça/eleitor corresponde a um voto.

7. O estudo feito por Jairo Nicolau (2012) acerca dos sistemas eleitorais adotados por países democráticos destaca ainda a existência de países com reduzida população que adotam a fórmula majoritária em distritos plurinominais, por meio do voto em bloco e do SNTV (*single non-transferable vote*), conhecido no Brasil como “distritão”. No SNTV, em cada distrito, os partidos podem apresentar tantos candidatos quanto o número de cadeiras em disputa, mas o voto é uninominal, e os mais votados são eleitos. O voto em bloco é igual ao SNTV, mas o voto é plurinominal.

modo a garantir que não haja grande discrepância populacional entre eles nem o favorecimento ou detrimento de determinados partidos.

No sistema de maioria absoluta ou em dois turnos, a eleição acontece em dois momentos distintos. O primeiro turno ocorre como no sistema de maioria simples, mas exige-se que o candidato obtenha um percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) do número total de votos para ser considerado eleito. Caso isso não ocorra, realiza-se um segundo turno entre os dois candidatos mais votados no primeiro turno.

Um outro tipo de sistema eleitoral majoritário praticado em distritos uninominais, denominado voto alternativo, garante a maioria absoluta em apenas um turno, mediante um complexo sistema de transferência de votos, garantindo que o candidato obtenha o apoio de mais de 50% (cinquenta por cento) dos eleitores do distrito⁸.

O sistema proporcional surgiu na segunda metade do século XIX como resposta ao desafio dos legisladores em criar um sistema eleitoral que garantisse a representação das minorias⁹.

A representação proporcional é aquela em que o sistema eleitoral assegura, para cada um dos diferentes partidos, uma participação percentual na totalidade da representação parlamentar e, por via de consequência, na constituição do governo (se o sistema de governo for parlamentar) ou pelo menos no controle sobre ele (se o sistema de governo for presidencial), igual à sua participação percentual na distribuição das preferências, materializadas em votos, do corpo eleitoral (Tavares, 1994, 36-46).

8. Nos países que adotam esse sistema, apenas dois no mundo, Austrália e Papua Nova Guiné, o eleitor não vota em apenas um nome, mas ordena suas preferências na lista de convidados, atribuindo-lhes uma sequência preferencial. Na apuração, o candidato menos votado como preferido vai transferindo votos para os segundos mais votados nas listas que encabeça, até que um deles receba mais da metade dos votos. O principal argumento em defesa do voto alternativo é que ele garante que o representante terá amplo apoio dos eleitores do distrito (Nicolau, 2012)
9. De acordo com Nicolau, “sua origem está ligada a propostas formuladas por matemáticos europeus entre as décadas de 1850 e 1890: Tomas Hare (Inglaterra), Carl Andrae (Dinamarca), Victor D’Hondt (Belgica), Eduard Hagenbach-Bischoff (Suíça) e André Saint Lague (França)” (2012, 44).

Os principais métodos de representação proporcional – o modelo de lista e o voto único transferível (STV) – têm como ponto central o cálculo de uma cota. O primeiro objetiva que cada partido obtenha, no Legislativo, representação proporcional a seus votos; o segundo, um sistema bastante complexo, procura assegurar que opiniões relevantes na sociedade estejam garantidas no Legislativo, mesmo que elas não correspondam aos ideais de nenhum partido¹⁰.

No sistema proporcional de lista, que vigora em mais da metade dos países democráticos, o foco está nos partidos políticos, que apresentam, cada um deles, uma lista de candidatos, a ser escolhida pelo eleitor ao votar. Alguns países permitem que o eleitor escolha um ou mais candidatos da lista. As vagas disputadas são distribuídas entre os candidatos/partidos segundo determinada fórmula eleitoral que busca assegurar-lhes um número de cadeiras proporcional à sua votação (Nicolau, 2012). Não existem dois países no mundo que operem igualmente o sistema proporcional de lista, graças à diversidade de elementos relevantes na configuração do sistema eleitoral, tais como a quantidade de distritos/circunscrições em que é dividido o território nacional e quantas cadeiras são ocupadas por cada distrito; a fórmula eleitoral para distribuição de cadeiras; a existência de cláusula de barreira para os partidos; a possibilidade de formação de coligações e a formação e ordem das listas dos candidatos (fechada, aberta, flexível, ordenada).

Sobre o sistema misto, Nicolau esclarece que se caracteriza quando o país utiliza duas fórmulas diferentes para a eleição de representantes para o mesmo cargo.

Uma delas é a proporcional, com o voto dado a uma lista de candidatos; a outra é majoritária, com o voto dado a candidatos específicos. Em quase todos os países a parte majoritária é eleita por maioria simples em distritos uninominais (Ibidem, 79).

10. Adotado apenas na Irlanda (desde 1921) e em Malta, o STV adota distritos plurinominais, e a distribuição de cadeiras é calculada por meio de uma cota (cálculo matemático), mas os votos dos diversos candidatos de um partido não são agregados. Os eleitores podem votar em candidatos de diferentes partidos e ainda ordená-los de acordo com sua predileção. Segundo Nicolau (2012), é o sistema eleitoral com o mais complexo procedimento de apuração de votos.

Existem dois tipos de sistema misto: o paralelo, que separa claramente a parte proporcional da majoritária, ou seja, os votos são dados e contados separadamente; e o de correção, no qual os votos se comunicam, afetando o resultado dos computados segundo o outro sistema.

Uma breve incursão histórica sobre os sistemas eleitorais brasileiros

Ao longo da história das eleições, desde o descobrimento do Brasil, foram utilizados diversos sistemas eleitorais, influenciados, principalmente, pelos sistemas europeus.

Entre 1500 e 1821, quando o Brasil era uma província da monarquia portuguesa, as eleições, indiretas, que só existiam no âmbito municipal, eram regulamentadas pela Ordenação do Reino em dois graus: eram eleitos seis eleitores, que escolhiam os oficiais da Câmara para três anos, ou mais precisamente, escolhiam três conselhos para três anos consecutivos. Os mandatos eram de um ano, e as eleições ocorriam de 3 em 3 anos. Os seis eleitores eram “nomeados secretamente”, dentre as “pessoas mais nobres e da governança da Terra ou que houvessem sido seus pais e avós” (Ferreira, 1976, 19-22).

Existiam, no Estado do Brasil, duas administrações: uma constituída dos governadores, que eram representantes dos soberanos portugueses e por eles nomeados, e seus mandatos tinham duração imprevisível; a outra era constituída das câmaras municipais, cujos conselhos eram eleitos pelo povo, tendo o mandato de um ano, garantido pela Ordenação. Defrontavam-se, pois, representantes dos reis (governadores) e representantes do povo (oficiais das câmaras).

As primeiras eleições gerais no Brasil ocorreram em 1821, para eleger os representantes do povo a um parlamento: as Cortes de Lisboa. Foi adotada a lei eleitoral da Constituição Espanhola de 1812. O Brasil elegeu 72 deputados. A lei não fazia referência a partidos políticos que não existiam a essa época. Também não havia qualificação prévia de eleitores (Ibidem).

As “instruções” de 7 de março de 1821 estabeleciam um sistema de eleições em quatro graus: o povo, em massa, escolhia os compromissários; estes escolhiam os eleitores da paróquia; os quais, por sua

vez, escolhiam os eleitores de comarca; finalmente, estes procediam à eleição dos deputados. Segundo Ferreira, o Código Eleitoral usado era democrático, “pois não requeria qualidades nenhuma quer dos eleitores, quer dos eleitos [...]” entretanto, continuava em execução o código eleitoral da Ordenação do Reino, para as eleições às câmaras municipais” [sic] (Ibidem, 46).

Proclamada a Independência, as instruções para a realização de eleições, de 19 de junho de 1822, constituíram a primeira lei eleitoral brasileira, elaborada especialmente para presidir as eleições no Brasil. Não havia, ainda, partidos políticos. O sistema era indireto, em dois graus: o povo escolhia eleitores, os quais, por sua vez, iriam eleger os deputados (constituintes). Não havia, em primeiro grau (o povo), qualificação ou registro¹¹. A eleição era única e exclusivamente de deputados à Assembleia Geral, não havendo, ainda, assembleias nas províncias.

Em 1824, foi outorgada a primeira Constituição Brasileira, que estabeleceu os componentes do sistema político imperial, com uma estrutura política em três níveis (municípios, províncias e governo central), cujos cargos eram ocupados por meio de eleições nas três esferas, com regras definindo o direito de voto, com o Poder Legislativo bicameral e com a adoção de um sistema de eleições indiretas para Câmaras dos Deputados, Senado e Assembleias Provinciais e diretas para Câmaras Municipais e Juizes de Paz (Nicolau, 2012).

A Câmara dos Deputados era temporária e podia ser dissolvida pelo imperador (poder moderador), ao passo que o Senado era composto de membros vitalícios (art. 35 e 40). Os deputados, escolhidos nas províncias em quantidade proporcional à população do Império (art. 97), conforme estabelecido em lei¹², tinham mandato de quatro anos (art. 17). O número de senadores correspondia à metade do número de deputados por província, assegurado o número mínimo

11. Podia votar todo cidadão casado (homem) ou que, solteiro, tivesse 20 anos ou mais e não fosse filho-família (dependente), além de ter pelo menos um ano de residência na Freguesia onde daria o seu voto. Somente poderiam ser eleitores os assalariados das mais altas categorias e os proprietários de terras ou de outros bens que lhes dessem renda. Também não podiam votar os religiosos regulares, os estrangeiros não naturalizados e os criminosos (Ibidem).

12. Lei Eleitoral de 26 de março de 1924.

de um senador por província (art. 41 e 42). A “Assembleia Geral” era formada pela Câmara de Deputados e pelo Senado (art. 14). As eleições indiretas para esses cargos eram feitas por intermédio do voto dos “eleitores de província”, que, por sua vez, eram eleitos pelos cidadãos ativos (art. 90). Os senadores escolhidos eram colocados em listas tríplices, das quais o imperador escolhia o terço da totalidade (art. 43). Em relação às eleições nas cidades e vilas, a tradição colonial foi mantida ao longo do Império.

Durante o Império, para a eleição de deputados e senadores, foram adotados cinco sistemas diferentes, todos majoritários: maioria simples na província, maioria absoluta (até três turnos sucessivos) em distrito de um representante; maioria simples em distritos plurinominais; maioria simples na província (com voto limitado); maioria absoluta (dois turnos) em distritos de um representante (Nicolau, 2012).

Nesse período, apesar da clara opção pelo princípio majoritário nos sistemas eleitorais, começaram as preocupações em torno da representação das minorias. A chamada Lei dos Círculos (Brasil, 1855), que dividia a província em distritos eleitorais, foi adotada com o fim de diminuir a influência do governo e as fraudes eleitorais e, com isso, ampliar a eleição de “minorias” em alguns distritos, o que de fato acabou acontecendo¹³, apesar do contrassenso na adoção de um sistema majoritário em distritos de votação uninominal.

No ano seguinte, a Lei dos Círculos foi alterada para ampliar os distritos, de modo a eleger três representantes, sem grandes alterações, contudo, no processo de votação. Com essa mudança, os partidos minoritários conseguiram eleger representantes para a Câmara nas quatro eleições em que disputaram o pleito sob a égide daquele regime eleitoral (1860, 1863, 1866 e 1868). Em 1872, em protesto contra a dissolução da Câmara, os liberais não concorreram, e o Partido Conservador elegeu todos os deputados (Ibidem).

A Lei do Terço, de 1875, instituiu, no Brasil, o voto limitado, seguindo o exemplo britânico, com o mesmo argumento em prol da participação das minorias, evitando câmaras unânimes. Segundo aquele sistema, que eliminou os círculos e devolveu à província a

13. O Partido Liberal conseguiu obter 17% das cadeiras da Câmara dos Deputados (Nicolau, 2012).

natureza de circunscrição eleitoral, os eleitores passaram a votar em dois terços do número de vagas, sendo o outro terço destinado ao partido que não obteve representação.

Tantas alterações no sistema eleitoral não teriam resultado na evolução pretendida. Para Jairo Nicolau, “em vinte anos, entre 1855 e 1875, foram introduzidas três mudanças – não atingiram os resultados esperados, particularmente o de garantir a representação do partido minoritário na Câmara dos Deputados”. O principal responsável pelo fracasso teria sido, para os estudiosos e políticos da época, o voto indireto.

A Lei Saraiva, como ficou conhecido o decreto nº 3.029, de 9 de janeiro de 1881, baseada em um projeto de Rui Barbosa, foi considerada, por Ferreira, “da mais alta importância na vida política do País” (1976, 103)¹⁴, justamente por instituir o sistema de eleições diretas. Ela manteve, porém, o princípio majoritário, com um sistema de maioria absoluta (dois turnos) em distritos de um representante cujo delineamento deveria atender “quanto possível à igualdade da população entre os distritos de cada província, e respeitando-se a contiguidade do território e a integridade do município” (art. 17).

Com a Proclamação da República, como ressalta Ferreira, “foi iniciado novo ciclo da legislação eleitoral brasileira. [...] Era o sufrágio universal. Caíam, pois, todos os privilégios eleitorais do Império” (Ibidem, 111). Extinguia-se, pois, o voto por renda da Lei Saraiva na Primeira República (1889-1930), mas as eleições para os legislativos das cidades, dos estados e para o Congresso Nacional continuaram sob a égide do sistema majoritário. Sobre os sistemas eleitorais no período, vale transcrever as conclusões de Jairo Nicolau, para quem

14. Ao findar o império, a 15 de novembro de 1889, o Brasil possuía uma legislação eleitoral perfeita. A “Lei Saraiva”, de 1881, foi culminância de um processo evolutivo que durou 67 anos, desde os primeiros dias da Independência. Durante todo o Império, os partidos, os políticos nas assembleias, os jornais, os publicistas, enfim, a classe dirigente da sociedade, esteve voltada para o aperfeiçoamento do sistema eleitoral. Esse esforço culminou com a “Lei Saraiva”, que colocou o Brasil entre as nações civilizadas, no que tange ao processo eleitoral (Ibidem).

As reformas eleitorais realizadas em 1892 e 1904 procuraram garantir a representação da minoria (tal como especificado na Constituição de 1891), utilizando artifícios (voto limitado e cumulativo em sistemas majoritários) já experimentados em países europeus durante o século XIX, mas abandonados por conta da sua reduzida eficácia. Ao longo do Império, a noção de maioria e minoria passou a estar associada a partidos políticos. E talvez essa fosse a inspiração dos constituintes de 1891, em que pese a indefinição do quadro partidário nos primeiros anos da República. Mas com a consolidação do unipartidarismo estadual nas três décadas seguintes, o conflito entre as elites políticas passou a ocorrer no interior das seções do Partido Republicano. Assim, representar as minorias se tornou uma garantia de que as facções minoritárias desse partido assegurariam representação (2012, 66).

Nas primeiras eleições para a Câmara, em 1890, os distritos foram suprimidos e a circunscrição passou a ser todo o estado, na qual os eleitores votavam em tantos nomes quanto o número de cadeiras na Câmara dos Deputados, sendo eleitos os mais votados (maioria simples). Após a Constituição de 1891, que não especificou o sistema eleitoral a ser utilizado nas eleições legislativas, estabelecendo tão somente que os representantes da Câmara dos Deputados fossem eleitos pelo voto direto, “garantida a representação da minoria”, o Congresso Nacional adotou novamente, em 1892, os distritos eleitorais e o voto limitado. Aquela legislação, utilizada em quatro eleições, previa distritos plurinominais, com a eleição de dois nomes em distritos de três cadeiras e três nomes em distritos de quatro ou cinco cadeiras. As cadeiras restantes eram ocupadas pela minoria.

Em 1904, a Lei Rosa e Silva reduziu o número de distritos, ampliando o número de representantes a serem eleitos em cada distrito, que passou a variar entre cinco e sete; e manteve o voto limitado, mas introduziu o voto cumulativo, com a possibilidade do eleitor votar mais de uma vez no mesmo candidato, como forma de ampliar as chances dos candidatos dos grupos minoritários se elegerem. Essas regras vigoraram por 9 (nove) eleições.

Nesse momento da história, passa-se, então, a analisar os motivos que levaram o Brasil à migração do sistema majoritário para o sistema proporcional. Resta evidenciado, ao longo das reformas sofridas na legislação eleitoral brasileira, desde o Império, o

interesse pela garantia de representação das minorias, que, apesar das várias tentativas, não estava sendo alcançada com o princípio majoritário.

Durante a segunda metade do século XIX, a representação proporcional passou a ser defendida por intelectuais e alguns partidos políticos (particularmente de esquerda) como a melhor opção para garantir a representação das minorias. Jairo Nicolau destaca que

no Brasil, foram poucos os políticos e publicistas que defenderam a adoção da representação proporcional. Durante o Império, o maior entusiasta da ideia era o romancista e deputado José de Alencar¹⁵. [...] durante a Primeira República foi o político gaúcho Assis Brasil (Ibidem, 81).

A representação proporcional foi introduzida no País pelo Código Eleitoral de 1932, com base nos escritos de Joaquim Francisco de Assis Brasil, especialmente nas sugestões do livro: “Democracia Representativa: do voto e modo de votar”¹⁶, de 1893, reeditado em

15. De acordo com as pesquisas de Juliano Pires Machado, “Alencar compartilhava com os europeus da preocupação com a representação de minorias, da qual foi aqui precursor. Em 1859, sugeriu em artigo publicado no *Jornal do Comércio* a votação limitada como forma de ampliar esse tipo de representação. Mais tarde, em 1873, três anos depois de Mendes de Almeida e na mesma época que Corrêa de Oliveira, ele também apresentou um projeto de Reforma Eleitoral, no qual abordou a questão da representação, do voto, do título de eleitor, do registro eleitoral, da incompatibilidade, da verificação de poderes (reconhecimento de diplomas), além da eleição de vereador e juiz de paz. O projeto não virou lei, mas registrou a vanguarda de seu pensamento. Os temas discutidos por ele levarão seis décadas para encontrar solução” (PORTO, 2002, p. 95 e 210; PORTO, 2000, p. 31-33).

No ano seguinte, durante as discussões da futura Lei do Terço (uma forma de voto limitado que só permitiria que cada eleitor votasse em dois terços das vagas a preencher em seu estado), Alencar já considerava a ideia ultrapassada como forma de representação:

“temos experimentado os círculos, os triângulos, diversas formas de manipulação, falta a eleição direta; é o travesseiro para o enfermo que não tem repouso” (Ibidem).

16. Sobre a obra, os estudos de Juliano Pires Machado apontam que: “foi escrito como justificativa para uma emenda convertida em projeto de lei para mais uma reforma da legislação eleitoral brasileira. Mais que um projeto apenas, trata-se de um compêndio de tudo aquilo que Assis acreditava ser necessário para que se obtenha a ‘verdadeira representação’. Na obra, o autor dialoga

1931, que apresentava um sistema eleitoral singular, diferente dos dois modelos já adotados em alguns países, e se tornou a principal referência para a comissão responsável pela reforma da legislação eleitoral. Além de modificar o sistema eleitoral, o Código de 1932 também marcou a história brasileira, por conceder voto às mulheres, criar a Justiça Eleitoral, o voto secreto e exigir o registro prévio dos candidatos.

Assis Brasil integrou a subcomissão de reforma da Lei e processos eleitorais juntamente com João C. da Rocha Cabral¹⁷ e Mario Pinto Serva¹⁸, nomeada por Vargas, que tinha uma dupla missão: analisar e propor alterações nas regras eleitorais vigentes até a eleição de 1930 e estabelecer as regras para a eleição dos participantes da futura Assembleia Constituinte, naquele momento ainda sem data marcada.

com boa parte dos principais pensadores do século XIX, incluindo José de Alencar, Darwin e John Stuart Mill, em diferentes passagens. Assis lançou outras edições com novas observações acrescentadas por ele posteriormente. A segunda e terceira edições foram lançadas já nos anos seguintes, 1894 e 1895. A quarta edição só foi lançada no aniversário de 38 anos do livro e 36 anos após a terceira edição. O lançamento desta versão, em 1931, teve um fim específico, Assis Brasil foi buscar no século anterior sua obra para utilizá-la como a base do anteprojeto do Código Eleitoral” (2009, 29).

17. Piauiense, nascido em Jerumenha, foi professor catedrático da Faculdade de Direito da UFRJ e elegeu-se deputado federal em 1920 pelo seu estado de origem, mas, quatro anos depois, sentiu na prática os efeitos do coronelismo. Nos estudos de Juliano Pires Machado, é possível encontrar um resumo da obra de Cabral, “Sistemas eleitorais do ponto de vista da representação proporcional de minorias”, na parte da conclusão, onde estão elencados os quatro pontos mais importantes abordados no livro:

“1) que o sistema legal das eleições, no Brasil, é dos mais atrasados, virtualmente falho e praticamente corrompido;

2) que sua reforma radical se impõe como necessidade inadiável, precisamente para cumprir-se o dispositivo constitucional a respeito da representação da minoria na Câmara dos Deputados [...];

3) que, para isso, indispensáveis se tornam uma lei geral e uma política vigorosa, de valorização do eleitor e das assembléias legislativas;

4) que são partes essenciais do sistema almejado: alistamento perfeito, reforma radical da distribuição das cadeiras da Câmara, escrutínio de lista, por partidos, com aproveitamento dos votos por circunscrições e, se possível, por todo o País, estabelecido também o direito de substituição (modelo alemão); voto absolutamente secreto; garantia de funcionamento das mesas receptoras, sob a direção de juízes; garantia de apuração dos votos e julgamento de questões eleitorais por um tribunal especial.” (49).

18. Nascido em São Paulo, no ano de 1881, Serva foi promotor público de Tietê e um dos fundadores do Partido Democrático, de São Paulo, que, junto com o Partido Libertador, do Rio Grande do Sul, formou em 1927 o Partido Democrático Nacional (Ibidem).

O Código elaborado pela comissão dedica três dos seus 144 artigos ao sistema eleitoral (art. 56 ao 58). Conforme redação do artigo 56, pela primeira vez no Brasil, “o sistema de eleição é o do sufrágio universal direto (inclusive feminino), voto secreto e representação proporcional”. O artigo 57 tratou das normas para garantir o sigilo do voto.

O terceiro desses artigos, o 58, definiu, em 16 incisos, como se processaria a representação proporcional. Por ele, o Código permitia que partidos, alianças de partidos ou grupos de cem eleitores registrassem, em até cinco dias antes da eleição, seus candidatos, acompanhados de uma legenda. Além desses, poderia ainda haver candidatos avulsos, aqueles que não constassem nas listas registradas. O Código inovou também no inciso 2º, ao estabelecer que a votação se fizesse em dois turnos. O código acrescentava, ainda, que candidatos de listas não eleitos seriam os suplentes dos eleitos que também fossem participantes das mesmas listas. O mesmo artigo estabeleceu, em seus incisos 6º e 7º, como seriam obtidos os chamados “quocientes”. Ainda pelas regras do mesmo artigo, cada votante poderia votar em um nome ou legenda no primeiro turno e, separados por uma linha, o número de candidatos para eleger na circunscrição. Assim, no caso dos estados que elessem quatro parlamentares (a representação mínima), os eleitores poderiam escrever até cinco nomes na cédula: um acima da linha (primeiro turno), e quatro abaixo dela (segundo turno). O inciso 13 do artigo estabelecia também que não se somam os votos dos dois turnos.

Em relação à complexidade do novo sistema, o primeiro de princípio proporcional no Brasil, Jairo Nicolau entende ser “sem sombra de dúvidas o mais ininteligível da história política brasileira”. Segundo ele, “diversos tópicos geraram controvérsias, particularmente no tocante às regras para o cálculo do quociente eleitoral, à forma de apurar os votos dos candidatos avulsos e à diferença entre o primeiro e o segundo turno” (2012, 84).

Juliano Pires Machado, em sua dissertação, também ponderou a complexidade do sistema criado por Assis Brasil, tentando explicar a escolha do político gaúcho.

De fato, como observa Michael Gallagher, fórmulas de representação proporcional são sempre vistas e descritas como complexas

ou complicadas mesmo (GALLAGHER; MITCHELL, 2005, p. 541-542). Assis tentou simplificar as idéias de Hare e companhia, mas sem ter atingido seu objetivo até porque as únicas formas de eleger representantes realmente simples são as originais, que ele não queria mais. Mesmo com essa rejeição, as idéias permaneceram como base para outros trabalhos relacionados a eleições elaborados ao longo da Primeira República (2009, 38-39).

No Código de 1932, havia, ainda, a representação corporativa. De acordo com Jairo Nicolau, a Assembleia Constituinte eleita naquele regime

foi composta de 254 deputados, 214 deles eleitos segundo o sistema eleitoral misto detalhado nos parágrafos anteriores, e por quarenta representantes eleitos por sindicatos legalmente reconhecidos e associações de profissionais liberais e de funcionários públicos (2012, 84-85).

A Constituição de 1934 manteve os dois modelos de escolha de representantes. A Câmara dos Deputados seria composta por deputados eleitos pelo sistema proporcional e por representantes profissionais eleitos por sindicatos e associações. Assim, na verdade, o regime do Código de 1932 e da Constituição de 1934, apesar de nomeado proporcional, correspondia a um sistema misto.

Mas, em 1935, com a Lei nº 48, o Congresso aprovou um novo sistema eleitoral, exclusivamente proporcional, com regras especialmente elaboradas para simplificar o regime constituído pelo Código de 1932. A nova versão consolidou a legislação anterior em termos do sistema proporcional, mas acabou com os dois turnos e reduziu a força do voto avulso, implementando o voto uninominal e fortalecendo os partidos políticos.

Contudo, apesar da relevância dos debates travados na Assembleia Constituinte, do esmero dos congressistas e do tempo despendido na elaboração da Lei nº 48, de 1935, que representa um evidente aprimoramento do sistema eleitoral brasileiro, as inovações trazidas por ela não chegaram a ser aplicadas na prática, tendo em vista que Vargas, em 1937, outorgou a Constituição “polaca”, que previa eleições indiretas para a Câmara, Conselho Federal (Senado) e Presidência da República, instaurando o período da história brasileira denominado Estado Novo.

Em 28 de fevereiro de 1945, foi publicada a Lei Constitucional nº 9, que foi a primeira alteração sofrida pelo modelo eleitoral de eleições indiretas e plebiscitos estabelecidos pela Constituição de 1937. Também chamada de ato adicional, essa lei basicamente anulava os artigos 46, 50 e 77 da “Carta Polaca”, restabelecendo as escolhas diretas para deputados, conselheiros federais e presidente.

Menos de noventa dias depois do retorno das eleições diretas, em maio de 1945, o governo brasileiro, completando o processo de transição para a democracia, editou o Decreto-lei 7.586, instituindo o novo Código Eleitoral que, conhecido como Lei Agamenon¹⁹, iria regular as eleições para a presidência e para o Congresso Constituinte, bem como para os governos e as assembleias legislativas estaduais (Tavares, 1994).

As principais diferenças entre a Lei Agamenon e as regras que a antecederam são atribuídas às alterações feitas pelo próprio Ministro da Justiça de Vargas, após receber o anteprojeto da comissão que incumbira de cuidar da reforma eleitoral.

O anteprojeto da comissão repetia, das leis que o antecederam: o alistamento *ex officio*, a obrigatoriedade de alistamento e voto, a universalidade do sufrágio, a eleição direta e o voto secreto, previstos em ambas, assim como o sistema de representação proporcional para a eleição dos deputados federais também mantido pela comissão. Quanto ao último, apesar de novas propostas de adoção da lista eleitoral pré-ordenada ou fechada, a comissão preferiu manter o modelo inventado pela Lei nº 48, de cada eleitor poder escolher uma opção de legenda ou então um candidato de uma legenda. A

19. Em referência ao Ministro da Justiça Agamenon Sérgio de Godoy Magalhães, nomeado por Vargas na mesma semana em que editava a Lei Constitucional nº 9, com a função de fazer em três meses o que as últimas comissões eleitorais tiveram quase um ano para fazer, entre 1931 e 1932 e entre 1934 e 1935. Agamenon nomeou rapidamente uma comissão para elaborar um anteprojeto, para o qual foram escolhidos o ministro da Justiça José Linhares, o desembargador Antônio Carlos Lafayette de Andrada, o professor Hahnemann Guimarães e o ex-ministro do Superior Tribunal Eleitoral José de Miranda Valverde. As prioridades adotadas pelo grupo foram assegurar que o pleito a ser realizado primasse tanto pela honestidade quanto pela rapidez, ainda que fosse evidente “a dificuldade oposta à perfeita conciliação desses dois requisitos”. Por isso, a comissão decidiu não correr riscos e aproveitar os longos trabalhos de pesquisa realizados pelos grupos anteriores (Machado, 2009).

exemplo do Código de 1932 e da Revisão de 1935, o grupo do anteprojeto de 1945 também manteve a faculdade de registrar candidatos avulsos, mediante requerimento de duzentos eleitores. Nesse ponto, Agamenon realizou a maior mudança: ele decidiu excluir as candidaturas avulsas da versão da lei que seria publicada. Na justificativa, argumentou que a presença desse tipo de candidato provocaria uma pulverização das votações. Com isso, os partidos ganharam o monopólio do lançamento de candidaturas e, conseqüentemente, da representação eleitoral no país. Os partidos tinham que registrar a lista de candidatos quinze dias antes do pleito. A escolha do eleitor era muito simples: votar em um partido ou em um candidato. Após a distribuição (cálculo do quociente eleitoral), as cadeiras obtidas pelo partido (cálculo do quociente partidário) eram ocupadas pelos nomes mais votados de cada lista.

O modelo de escolha de candidatos inventado pela Lei Agamenon passou a ser conhecido como o sistema de lista aberta, e o Brasil foi um dos primeiros países a adotá-lo, depois seguiram-se a Finlândia, em 1954, e o Chile, em 1958.

A fórmula eleitoral da Lei Agamenon foi confirmada pelo art. 134 da Constituição de 1946 e, posteriormente, modificada pelo Código de 1950, que alterou o método de cálculo das cadeiras das sobras. Os parlamentares de 1950 retomaram os princípios da Lei nº 48, pelos quais as vagas a preencher com os restos passaram a ser distribuídas pelo método de maiores médias²⁰.

Quinze anos depois, já no Regime Militar, o Congresso aprovou a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Na parte que trata do sistema de representação, ela estabelece, em seu art. 84, que “a eleição para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, obedecerá ao princípio da representação proporcional na forma desta lei” (Brasil, 1965). A seguir, os art. 105 ao 113 detalham as regras desse proporcionalismo.

20. Segundo Walter Costa Porto, adotava-se novamente o processo D'Hont para os cálculos da representação proporcional. Houve um esforço de alguns parlamentares, liderados pelo sucessor de Assis Brasil, Raul Pilla, no sentido de permitir que os partidos que não conseguissem alcançar o quociente eleitoral também pudessem disputar as vagas das sobras. Para isso, a fórmula de D'Hondt, das maiores médias, deveria ser substituída pela fórmula suíça, dos maiores restos, que seria o sistema, para Porto, “mais simples e justo”. O relator do código, Gustavo Capanema, foi contrário a essa mudança que, como se sabe, não prosperou (Machado, 2009).

Mesmo com muitos dispositivos já revogados, o Código de 1965 ainda se encontra em vigor, e suas regras têm sido usadas desde então nas eleições para Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais (Nicolau, 2012), com apenas duas alterações. A primeira está associada às regras das coligações. Durante o regime militar, os legisladores proibiram qualquer forma de coligação para as eleições legislativas e para cargos do Poder Executivo. Com a redemocratização do país, as coligações voltaram a ser permitidas (Brasil, 1985). Depois, houve uma mudança na fórmula usada para distribuir as cadeiras: a partir das eleições de 1994, os votos em branco deixaram de ser contabilizados no cálculo do quociente eleitoral, diminuindo-o e permitindo maiores oportunidades de eleição de representantes de partidos menores.

O sistema eleitoral genuinamente brasileiro

Consoante a autora Eneida Desiree Salgado, “a escolha do sistema eleitoral a ser aplicado é uma decisão política fundamental de âmbito constitucional e influencia a participação popular na formação da vontade política e a organização partidária” (2012, 139).

Em 1985, o Brasil iniciou seu retorno à democracia, a qual culminou com a aprovação de uma nova constituição em outubro de 1988, que não alterou as normas para registro e acessos dos partidos ao parlamento e seguiu adotando o mesmo sistema eleitoral até então vigente.

Nessa quadra histórica, o País segue utilizando dois sistemas, em separado, realizando eleições seguindo regras de sistemas majoritários e de sistemas proporcionais, dependendo dos cargos em disputa. Na escolha dos prefeitos e vice-prefeitos municipais, governadores e vice-governadores de estados e Distrito Federal, do presidente e vice-presidente da República e dos senadores, o sistema eleitoral é o majoritário por maioria absoluta (em dois turnos) e simples (prefeitos de municípios com menos de 200 mil eleitores). Nas disputas para vereadores e deputados estaduais, distritais e federais, adota-se o sistema proporcional de lista aberta, que usa a cota Hare (quociente eleitoral), combinada com um sistema de divisores para as cadeiras distribuídas nas sobras.

O Sistema Majoritário para escolha dos chefes do Poder Executivo e de senadores

Os chefes do Poder Executivo no Brasil são eleitos por intermédio de duas regras diferentes. O presidente, os governadores e os prefeitos de município com mais de 200 mil eleitores, juntamente com seus vices, são eleitos pelo sistema majoritário de dois turnos. Consoante explicado no tópico anterior, o candidato a esses cargos precisa obter mais de 50% (cinquenta por cento) dos votos, ou metade dos votos válidos mais um voto, para se eleger no primeiro turno. Caso isso não aconteça, realiza-se um segundo turno entre os dois candidatos mais votados.

Nas cidades com população inferior a 200 mil eleitores, a disputa pela chefia do Executivo é decidida em um único turno pelo sistema de maioria simples: o mais votado elege-se independentemente da diferença de votos em relação aos demais candidatos.

A Constituição Federal de 1988 permite, desde a Emenda Constitucional nº 16/1997, a reeleição para as chefias do Poder Executivo uma única vez consecutiva²¹.

Os senadores têm mandato de oito anos e são eleitos segundo a regra de maioria simples. Cada unidade da federação elege três senadores de um total de 81, alternativamente: em uma eleição, é eleito um senador, e na seguinte, dois. Eles podem reeleger-se ilimitadamente.

O sistema proporcional para a escolha dos deputados federais, estaduais, distritais e vereadores

Estabelecido pela primeira vez na década de 1930, o sistema proporcional foi adotado integralmente no Brasil, com a redemocratização pós-Estado Novo, a partir de 1945, nas eleições para a Câmara dos Deputados. A fórmula atualmente adotada é determinada pelo Código Eleitoral (Lei 4737/1965). No sistema que entrou em vigor

21. Por essa regra, os presidentes Fernando Henrique Cardoso e Luis Inácio Lula da Silva foram reeleitos, cumprindo oito anos de mandato, e a presidenta Dilma Rousseff acaba de ser reeleita para o segundo mandato. O fim da reeleição para a Chefia do Executivo também é pauta de discussão nas propostas de reforma política, com sugestão de ampliação dos mandatos para 5 (cinco) anos, consoante redação original da Carta Magna, de 1988.

com a Constituição Federal de 1988, poucas alterações foram feitas ao modelo original.

Nesse sistema, a escolha do eleitor é simples, mediante voto eletrônico, com a digitação na urna do número do candidato ou, alternativamente, do partido de sua preferência. A complexidade está na conversão dos votos em cadeiras parlamentares. Por isso, tem sido objeto de duras críticas.

Para a distribuição das cadeiras, utiliza-se o quociente eleitoral, determinado pela divisão do número de votos válidos apurados pelo de vagas a serem preenchidas em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, e equivalendo a um, se superior (Brasil, 1965, art. 106); e o quociente partidário, resultado da divisão do número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas pelo quociente eleitoral, desprezada a fração (Ibidem, art. 107).

Em relação ao preenchimento das cadeiras que sobram depois de aplicados os quocientes partidários, o Código Eleitoral (1965), em seu art. 109, traz a fórmula para o cálculo das sobras, dispondo que a distribuição desta será feita por meio da divisão do número de votos válidos atribuídos a cada partido ou coligação de partidos pelo número de lugares por ele obtido mais um. Após os cálculos, o partido que apresentar a maior média ocupará a cadeira restante. O processo repete-se até que sejam preenchidas todas as cadeiras parlamentares. Importa observar que, no Brasil, os partidos que não obtiverem votos superiores ao quociente eleitoral não participarão da distribuição das cadeiras “sobrantes”. Tal regra funciona como uma espécie de cláusula de barreira.

Desde 1997, os votos em branco não são considerados válidos para o cômputo do quociente eleitoral, medida que resultou na sua redução e permitiu que mais forças políticas integrassem as casas legislativas, ampliando a representação das minorias, que é o principal significado do princípio proporcional.

Por outro lado, ainda que nenhum dos partidos ou coligações alcancem o quociente eleitoral, o art. 111 do Código Eleitoral apresenta a solução: “considerar-se-ão eleitos, até serem preenchidos todos os lugares, os candidatos mais votados” (Ibidem).

Tendo em vista que o Brasil adota o sistema de lista aberta não hierarquizada, a ordem de ocupação das cadeiras parlamentares é dada pela quantidade de votos pessoais recebidos, consoante art. 108, §1o da Código Eleitoral.

Essa fórmula é aplicada para o preenchimento das cadeiras parlamentares na Câmara dos Deputados, assembleias legislativas, câmara legislativa distrital e câmara de vereadores. A Constituição Federal exige o sistema proporcional para a eleição dos deputados federais e, pelo princípio da simetria, as Constituições Estaduais e as leis orgânicas municipais e do Distrito Federal também o adotaram.

O estado, ou o Distrito Federal, é a circunscrição eleitoral para os deputados federais e estaduais ou distritais, e os municípios correspondem à circunscrição onde são eleitos os vereadores para as câmaras municipais.

O número de representantes é variável, dependendo de regras próprias que definem a quantidade de vagas nos estados, Distrito Federal e municípios a serem preenchidas pelos parlamentares. A Carta Magna estabelece o critério populacional para fixar o número de deputados e vereadores a serem eleitos em cada circunscrição. Para a Câmara dos Deputados, o art. 45, §1º, apenas determina o máximo (70) e o mínimo (8) de parlamentares federais por estado, deixando para a Lei Complementar a definição do número total de deputados e a representação por cada estado e Distrito Federal. A LC 78/1993 fixa o número total de 513 deputados federais e repassa ao Tribunal Superior Eleitoral a atribuição de definir a representação correspondente a cada estado, a partir da atualização estatística demográfica fornecida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

O número de deputados estaduais e distritais também é fixado pela Constituição Federal, correspondendo ao triplo da representação do estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido o número de deputados federais acima de doze, de acordo com os art. 27 e 32, §3º da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Por sua vez, a quantidade de vereadores por município obedece aos 24 (vinte e quatro) parâmetros populacionais fixados pelo art. 29, IV, da Constituição Federal (Ibidem), alterado pela Emenda Constitucional nº 58/2009, variando entre o máximo de cinquenta e cinco e o mínimo de nove vereadores.

O ordenamento jurídico brasileiro não instituiu qualquer limite para a reeleição de deputados e vereadores, razão pela qual eles podem ser eleitos sempre que obtiverem o número de votos necessários.

Considerações finais

Considerando o sistema eleitoral como um conjunto de regras que estabelecem como os eleitores podem fazer suas opções e como os votos por eles manifestados são computados para transformarem-se em mandatos (cadeiras legislativas ou executivas), sua relevância advém do fato de que a escolha dentre os vários tipos de sistemas eleitorais surge a partir de uma decisão política fundamental de âmbito constitucional que influencia a participação popular na formação da vontade política e que define o resultado das eleições.

No Brasil, ao longo da história das eleições, foram utilizados diversos sistemas eleitorais, influenciados, principalmente, pelos europeus. O estudo das regras que nortearam as eleições em cada período da história brasileira é importante para se perceber a evolução e o aprimoramento de suas características, decorrentes de pesquisas e decisões políticas amplamente debatidas.

Atualmente, o País utiliza dois sistemas, em separado, realizando eleições seguindo regras de sistemas majoritários e de sistemas proporcionais, dependendo dos cargos em disputa. Na escolha dos prefeitos e vice-prefeitos municipais, governadores e vice-governadores de estados e Distrito Federal, do presidente e vice-presidente da República e dos senadores, o sistema eleitoral é o majoritário, por maioria absoluta (em dois turnos) e simples (prefeitos de municípios com menos de 200 mil eleitores). Nas disputas para vereadores e deputados estaduais, distritais e federais, adota-se o sistema proporcional de lista aberta, que usa a cota Hare (quociente eleitoral), combinada com um sistema de divisores para as cadeiras distribuídas nas sobras.

Como visto, diante do grande número de críticas e propostas de reforma política, em especial de mudança das regras insertas no sistema eleitoral brasileiro, o presente estudo apresentou as principais características do regime em vigor no Brasil, chamando atenção para alguns de seus efeitos e permitindo um maior conhecimento do que se pretende alterar. Não foi objetivo desta pesquisa a discussão dos projetos e propostas de reforma existentes e os seus reflexos.

Referências

- AMADO, G. (1932). *Curso de direito político: eleição e representação*. Rio de Janeiro: Officina Industrial Graphica.
- AVELAR, L.; CINTRA, A. O. (2007). (org.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2. ed. São Paulo: Unesp.
- BONAVIDES, P. (1996). *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.
- _____. (1970) O sistema representativo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 7, n. 26, p. 69-100, abr./jun. Disponível em: [www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/180895] Acesso em 14 de dezembro de 2013.
- _____; AMARAL, R. (2002). (org.). *Textos políticos da história do Brasil*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial. V. 8. Disponível em: [www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/81927]. Acesso em 14 de dezembro de 2013.
- CANOTILHO, J. J. G. (1999). *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.
- BRASIL. *Código Eleitoral Brasileiro*. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm]. Acesso em 13 de setembro de 2014.
- _____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em 13 de setembro de 2014.
- _____. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm]. Acesso em 13 de setembro de 2014.
- _____. *Decreto nº 842, de 19 de setembro de 1855*. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-842-19-setembro-1855-558297-publicacaooriginal-79444-pl.html]. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.
- _____. *Decreto nº 3.029, de 9 de janeiro de 1881*. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3029-9-janeiro-1881-546079-publicacaooriginal-59786-pl.html]. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.
- _____. *Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc25-85.htm]. Acesso em 26 de fevereiro.
- _____. *Lei nº 1.269, de 15 de novembro de 1904*. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-1269-15-novembro-1904-584304-publicacaooriginal-107057-pl.html]. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.
- FERREIRA, M. R. (1976). *História dos sistemas eleitorais brasileiros*. São Paulo: Nobel.

- GALLAGHER, M.; MITCHEL, P. (2005). (org.). Introduction to electoral systems. In: *The politics of electoral systems*. Oxford: Oxford University Press.
- GRAU, E. R.; GUERRA FILHO, W. S. (2001). (org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros.
- JOBIM, N.; PORTO, W. C. (1996). *Legislação eleitoral no Brasil: do século XVI a nossos dias*. Brasília: Senado Federal. Disponível em: [www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/224494]. Acesso em 14 de dezembro de 2013.
- LIJPHART, A. (2003) *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- LIMA JÚNIOR, O. B. de. (1991). (org.). *Sistema eleitoral brasileiro: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, IUPERJ.
- MACHADO, J. P. (2009) *A invenção da lista aberta: o processo de implantação da lista aberta no Brasil*. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/4026>. Acesso em 12 de abril de 2016.
- MILL, J. S. (1983). *O governo representativo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. 2.ed. São Paulo: IBRASA.
- NICOLAU, J. (2012). *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Zahar.
- _____. (2012). *Sistemas eleitorais*. 6. ed. Rio de Janeiro: FGV.
- PORTO, W. C. (2002). *O voto no Brasil: da colônia à 6ª República*. 2 ed. Rio de Janeiro: Topbooks.
- _____. (2012). *Dicionário do voto*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lexikon.
- SALGADO, E. D. (2010). *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum.
- _____. (2012). (coord.). *Sistemas eleitorais: experiências iberoamericanas e características do modelo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum.
- SILVA, V. A. da. (1999). *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros.
- TAVARES, J. A. G. (1994). *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará.
- VIANNA, O (1987). *Instituições políticas brasileiras: fundamentos sociais do Estado (direito público e cultura)*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo; Niterói: Federal Fluminense.
- _____. (1949). *Instituições políticas brasileiras: metodologia do direito público (os problemas brasileiros da Ciência Política)*. São Paulo: José Olympio.

O novo constitucionalismo latino-americano e o controle de constitucionalidade

Ivo Dantas
Gina Gouveia Pires de Castro
Livia Dias Barros

Resumo

A partir de uma discussão sobre o conceito da América Latina, este texto tem como objetivo suprir uma lacuna que existe em quase todos os textos sobre o principal tema deste artigo: O novo constitucionalismo latino-americano, destacando-se os fenômenos das independências nacionais e da constitucionalização da América Latina. Partimos, portanto, para um levantamento doutrinário referente à época. Dessa forma, são mencionados os documentos da Federação Americana (*The federalist papers*) e a Revolução Francesa (*De La démocratie em Amérique*), e as influências por eles ocorridas. Difícil tema é a marcação dos ciclos constitucionais, para, por último, traçarmos o conteúdo do constitucionalismo latino-americano século XXI, destacando-se a análise do controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: constitucionalismo latino-americano; controle de constitucionalidade.

Abstract

From a discussion about the concept of Latin America, this study aims to fill a gap which exists in almost every text about the main subject of this study: the Latin American constitutionalism is made, highlighting the phenomena of national indepen-

Sobre os autores

Ivo Dantas é doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais, professor titular na Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e livre-docente na área de Direito Constitucional pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e em Teoria do Estado pela UFPE. Professor orientador visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde, na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogado e parecerista.

Gina Gouveia Pires de Castro é professora da Faculdade Maurício de Nassau (UniNassau), da Faculdade Guararapes, da Faculdade Pernambucana e do Instituto Federal de Pernambuco (IFPE). Coordenadora da pós-graduação em Gestão Pública da UniNassau. Advogada.

Livia Dias Barros é doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Advogada.

dences and Latin American constitutionalization. Thus, focusing on a doctrinal survey regarding the period under study, the French Revolution and the American Federation documents (*The federalist papers* e *De la démocratie en Amérique*), and their influences. Issue difficult is the marking of constitutional cycles to finally trace the contents of Latin American constitutionalism in the current century, highlighting the analysis of the constitutional review.

Keywords: Latin American constitutionalism; constitutional review.

Delimitação do objeto de análises neste estudo: conceito de América Latina

Não é fácil traçar-se o quadro do novo constitucionalismo latino-americano sem que o ponto de partida seja o de delimitar alguns conceitos, ou seja, o que se entende por “novo” e até mesmo o que se entende por “América Latina”, isso porque as Ciências Sociais padecem do sério problema da flexibilidade terminológica que obriga o estudioso a fazer definições e delimitações preliminares – que não são totalmente negativas, pois, ao menos, ditas definições darão uma visão mais ou menos satisfatória do que pretende o autor.

Pior, muitas vezes pior, é quando o tema é controverso e o expositor (de forma errônea) pressupõe que o leitor possui um conhecimento previamente adquirido e capaz de partir dele para novas conquistas. O expositor esquece, contudo, que quase sempre o ouvinte e/ou o leitor necessitam dessa delimitação e de conceitos prévios para acompanhar a sequência lógica da exposição. Pois bem, tal é o caso de quando se parte para estudar a América Latina em qualquer de seus aspectos, uma vez que a própria expressão “América Latina” não é de fácil compreensão.

Antes, porém, há outro vocábulo a ser definido, ou seja, o adjetivo “novo”. Segundo Bechara (2008, 909), “novo” é

adj. 1. Que existe há pouco tempo: *Este cinema é novo; foi inaugurado há dias*. 2. Que tem pouca idade: *um filho novo*. 3. Que acresce, outro: *Chegou uma nova cobrança*. 4. Que não existia ainda: *Você já experimentou o novo chocolate dessa fábrica?* 5. Que ainda tem pouco ou nenhum uso: *uma gravata nova; um carro novo*. * s.m. 6. Aquilo que é novidade: *O novo sempre provoca interesse*. * *novos s.m.pl*. 7. A gente nova: os literatos iniciantes: *Os novos querem sempre inovar*.

Considerando o tema deste estudo, cremos que haveria três momentos de aplicação desse vocábulo, a saber: no momento que o constitucionalismo na América Latina se insere no denominado “constitucionalismo social-econômico”, cujo marco inicial é a Constituição mexicana de 1917¹ – embora o Brasil (mesmo com alguns poucos precedentes) tenha aderido ao modelo com a Constituição de 1934; no momento que diversos Estados desta América aderiram ao neoliberalismo como *novo modelo de Estado* diminuído em seus aspectos econômicos e sociais; na década passada, com o início de um novo século.

Como se vê, um simples adjetivo alocado junto a um substantivo que por si já não é, igualmente, de fácil conceituação cria uma realidade controversa que só será explicada com o desenrolar da exposição. Por enquanto, enfrentemos a expressão “América Latina”.

Na pequena mas densa monografia *O Brasil e a América Latina*, Manoel Correia de Andrade responde a pergunta “Que entendemos por América Latina?”:

À primeira vista, se levarmos em consideração apenas a etimologia, a origem da palavra, é muito fácil caracterizar o que é América Latina. Na realidade, a América Latina seria a porção do território americano que foi colonizada pelos europeus, a partir do século XVI. Como três povos latinos colonizaram porções da América, concluiríamos que haveria uma América Latina de origem espanhola, uma de origem portuguesa – o Brasil – e outra de origem francesa. Ocorre, porém que nem sempre uma área foi colonizada por uma nação europeia e permaneceu durante todo o período colonial em poder desta nação. Muitas foram inicialmente colonizadas por um povo e, posteriormente, passaram para o poder de outro, em consequência de tratados feitos na Europa ou do próprio dinamismo da ocupação territorial no continente americano. Se levássemos em conta apenas o processo de povoamento poderíamos considerar o Canadá francês, província de Quebec, ou alguns estados dos Estados Unidos que foram conquistados por este país ao México, onde ainda hoje se fala largamente o espanhol – a Califórnia, o Novo México e a Flórida –, como parte da América Latina. Foram os franceses que iniciaram a conquista do Canadá, no século XVI e fundaram

1. Sugerimos a leitura de *La primera Constitución político-social del mundo: teoría y proyeccion*, de Alberto Trueba Urbina.

Quebec. [...] Nos Estados Unidos a situação é bem diversa. Só após a independência, já no século XIX, é que o país se sentiu bastante forte para empreender uma política de expansão territorial, desapropriando as nações indígenas, comprando territórios à Espanha – Flórida – e à França – Luisiana – e conquistando terras ao México. [...] Na América Central, por exemplo, Belize foi, durante séculos, área de colonização espanhola, tendo sido conquistada, no século XIX, pela Inglaterra. Nas Antilhas temos os casos de Trinidad e Tobago e Porto Rico que foram inicialmente colonizados pela Espanha e depois conquistados pela Inglaterra e pelos Estados Unidos, respectivamente, provocando uma influência diversa, latina e anglo-saxônica (Andrade, 1990, 9-11).

Para concluir sua lição, o geógrafo-historiador pernambucano afirma:

É comum se identificar América Latina com atraso tecnológico, com pobreza e com dominação estrangeira, mesmo após a independência política de alguns países. Por isto se considera como tal todo o território da América colonizado por espanhóis, portugueses e franceses, que não integram os países ditos saxônicos – os Estados Unidos e o Canadá. *Assim, a fronteira entre os Estados Unidos e o México, simbolizada pelo rio Grande, seria o limite da América Latina. Todos os territórios situados ao sul desta fronteira formariam a América Latina, tanto a sua porção continental como as ilhas* (Op. cit., 11, grifos do autor).

A questão, pelo visto, não é de fácil resposta, havendo até autores, como Luis Alberto Sánchez e Leopoldo Zea, que “questionam a própria existência da América Latina, sem fornecer, entretanto, uma resposta definitiva” (apud Bruit, 2000, 2).

DILMA CASTELO BRANCO DINIZ observa em *O Conceito de América Latina: uma perspectiva francesa* e no item intitulado “A difícil definição”:

Como já nos alertou Alain Rouquié, o próprio conceito de “América Latina” é problemático. Do ponto de vista geográfico, o que se entende por América Latina? O conjunto dos países da América do Sul e da América Central? O México ficaria, portanto, de fora, já que segundo os geógrafos, pertence à América do Norte. Para simplificar poderíamos englobar, nessa denominação, os países localizados do sul do rio

Bravo^[2]. Seria preciso então, admitir que a Guiana Inglesa e Belize, países de língua inglesa, e o Suriname, onde se fala o neerlandês, fazem parte da América Latina. Entretanto, se considerarmos que se trata de um conceito cultural, a definição reuniria exclusivamente as nações de cultura latina da América. Mesmo assim, haveria problemas. Com esse raciocínio, a província canadense do Quebec e Porto Rico – Estado livre de associado aos Estados Unidos – seriam incluídos no bloco latino-americano, o que normalmente não é aceito.

Depois de outras considerações, inclusive a de afirmar que “não houve o surgimento de uma consciência unitária entre eles” (países da América Latina), arremata a autora:

Essas considerações são importantes para destacar que o conceito de América Latina não é totalmente cultural nem somente geográfico. E dessa maneira, o termo mostra seus limites e ambiguidades: a América Latina existe, mas somente por oposição à América Anglo-saxônica (DINIZ, 2007, 2)³

Olic e Canepa (2004), no capítulo “Esta é a Nossa América”, afirmam que

Considera-se América Latina os territórios do continente americano que se estendem desde a fronteira do México com os Estados Unidos até as regiões do Chile e da Argentina, localizadas no extremo sul do Atlântico. Por sua grande extensão, costuma-se dividir a América Latina nas seguintes partes: a) – América do Sul, que engloba doze países (Argentina, Chile, Uruguai, Brasil, Paraguai, Bolívia, Peru, Equador, Colômbia, Venezuela, Guiana e Suriname e uma colônia da França Guiana Francesa); b) – América Central, que compreende duas regiões distintas: os países do istmo ou continentais, que são Panamá, Costa Rica, Nicarágua, Honduras, El Salvador, Guatemala e Belize; As Antilhas ou Caribe, grupo de ilhas (entre as quais está Cuba), de variados tamanhos, que separa o Mar do Caribe do Oceano Atlântico; c) – México, que por suas particularidades histórico-geográficas é considerado um país à parte (Olic e Canepa, 2004, 11-12).

2. Rio considerado fronteira entre os Estados Unidos e o México.

3. A expressão América Latina nasceu na segunda metade do século XIX.

Ato contínuo, os autores prosseguem fazendo duas observações da maior relevância para uma perfeita visão de conjunto da realidade:

Existem 34 países independentes na América Latina, dos quais vinte são continentais e os demais estão localizados na região das Antilhas. Além desses Estados soberanos, existem inúmeros territórios que ainda hoje estão sob a tutela dos Estados Unidos, Grã-Bretanha, França e Holanda. Excetuam-se a Guiana Francesa, os territórios não independentes da América Latina situam-se nas Antilhas.

E finalizam,

Os países da América Latina diferenciam-se dos demais países do continente americano, ou seja, Canadá e Estados Unidos (que fazem parte da chamada “América Anglo-Saxônica”), pelo baixo grau de desenvolvimento econômico-social. Esses dois países são considerados capitalistas avançados, de economia altamente desenvolvida, enquanto os países latino-americanos apresentam acentuada dependência econômica externa e grandes desigualdades sociais, características típicas dos países tradicionalmente classificados como do Terceiro Mundo ou do “sul subdesenvolvido”.

Se sairmos do âmbito da Historiografia e da Geopolítica e partirmos para os trabalhos específicos do Direito Constitucional Comparado, a compreensão do que seja *América Latina* não é pacífica, razão pela qual é válida esta introdução. Nesse sentido, Sáez (1999, 14)⁴ afirma:

Otro problema metodológico al que debemos referirnos es la propia concepción de América Latina. Si bien numerosos autores han extrapolado diferentes tipologías así como teorías explicativas de su realidad política como un todo, preferimos de momento dejar de lado éstas para abordar su comprensión desde la individualización de cada caso nacional. Es cierto que en un primer momento, sobre todo hasta el último tercio del siglo XIX, habríamos tenido problemas para realizar identificaciones individuales; sin embargo, en la actualidad las

4. Sugerimos a leitura de *Realidad social latinoamericana y derecho*, de Flavio Colina.

identidades nacionales se encuentran perfectamente desarrolladas en cada caso, permitiéndonos realizar cómodamente su definición. Sin duda, es evidente, que en muchos casos los comportamientos nacionales han tenido lugar siguiendo una lógica armónica, supuestamente científica, con los de las unidades del entorno; de momento, dejamos esta línea de investigaciones para posteriores trabajos.

Já Carpizo (2009, 4), analisando a América Latina como ideia e como realidade, observa que

Es común escuchar y emplear la expresión América Latina o Latino americana para singularizar los territorios y Estados ubicados desde el Rio Bravo, al Norte, hasta el Cabo de Hornos al final de la Patagonia. Se le emplea, también, en contraste con la región angloamericana que comprende a Estados Unidos de América, Canadá y las islas y territorios anglófonos del Caribe. Esta última región presenta similitudes entre sí, aunque en ese inmenso espacio se encuentren otras superficies como las islas holandesas de la provincia de Quebec, que ostentan características propias. En principio, se habla de América Latina como se puede hacer referencia a la actual Unión Europea, al África negra o al mundo árabe-musulmán. Es decir, en el universo semántico existen expresiones que representan conceptos de realidades no homogéneas, pero que guardan algunas o múltiples similitudes entre si. América Latina posee rasgos comunes y diversidades, aspectos que unen e identifican a los Estados de la región, y aspectos que los distancian, aunque son más los primeros que los segundos.

No livro *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Antonio Colomer Viadel analisa de forma muito detalhada a indagação “*es posible establecer caracteres generales?*”, utilizando elementos econômicos e de natureza histórica, geográfica⁵. E adiante afirma:

Aunque su influencia fue irregular – más intensa en unos países que en otros – no podemos dejar de citar la Constitución política de 1812

5. Não se pode esquecer o ano em que o texto foi escrito (1990) e que, de lá até hoje (2011) são decorridos muitos anos, o que, com certeza, modificou a realidade em muitos dos aspectos trazidos à colação.

– la Constitución de Cádiz⁶ – origen del liberalismo español. Un vector de integración, para señalar un formalismo constitucional genérico en Iberoamérica sería la determinación no ya de influencias, sino de algún modelo o fuente institucional idêntica y general. En este sentido resulta ya tópica la referencia al paradigma cuasi-exclusivo de la Constitución norteamericana de 1787 (Viadel, 1990, 67-70).

Sobre os “elementos que se aglutinam na América Latina”, Carpizo adverte que

Deben distinguirse los que pueden denominarse tradicionales, en virtud de que se fueron forjando a través de los siglos, especialmente, durante la época colonial y en los decénios posteriores a la independencia⁷ de aquellos que son primordialmente resultado de la evolución alcanzada en el siglo XX, aunque de estos últimos, varios ya se encuentran en los Estados independientes que luchan por formar o consolidar su identidad nacional (2009, 4).

Ciente de que a análise de uma realidade sócio-histórica não se identifica ou explica apenas por determinado fator ou aspecto, Carpizo (2009, 4-8), de forma objetiva e didática, aponta os “elementos aglutinadores tradicionais en América Latina”. Tais elementos são:

- a) *História com aspectos comuns*. A existência de povos indígenas que foram colônias, durante séculos, da Espanha e de Portugal, fez que as metrópoles impusessem sua visão política, jurídica, cultural, religiosa e social. Ao contrário, as relações

6. Sugerimos a leitura de nossos trabalhos *O pensamento constitucional brasileiro de 1808 a 1822*, *Conteúdo sociológico-jurídico da história constitucional* e *Conteúdo político do liberalismo*. Atualmente, preparamos o *História constitucional do Brasil, à luz das ideias Políticas e Jurídicas e da interpretação sociológica*.

Especificamente sobre Cádiz, sugerimos *Las cortes de Cádiz*, de Artola; *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración*, de Junco e Luzón; *Las cortes de Cádiz, la Constitución de 1812 y las independencias nacionales en América*, livro comemorativo do bicentenário da Constituição de 1812 coordenado por Viadel.

7. Recomendamos *História da América Latina*, o vol. III: *da independência a 1870*, livro organizado por Bethell, no qual são analisados os processos de independência dos países dessa região.

entre as próprias colônias não foi abundante visto que aquelas ocorriam diretamente com a metrópole.

- b) *Herança cultural*. Durante séculos foram criadas correntes políticas, filosóficas, gastronômicas, musicais, literárias⁸ etc. com traços comuns. A religião católica foi, evidentemente, o elemento aglutinador.
- c) *Idioma*. Mesmo com a independência, a questão dos idiomas nos países latino-americanos nunca foi posta em debate. Assim, o espanhol e o português são traços comuns entre os países da América Latina.
- d) *Ideia de unidade ou coesão*. Tal como nas 13 colônias norte-americanas (EUA), entre nós, desde a independência se pensou numa unidade da América Latina.
- e) *Tradição política e política similar*. Em nossa região a tradição tem como tronco comum os direitos espanhol e português. Vale não olvidar que nas ideias políticas, as matrizes inspiradoras foram muitas, tais como a Ilustração Francesa, a Constituição dos EUA, os pensadores ingleses e o liberalismo espanhol da Constituição de Cádiz (1812), assim como concepções de autores locais formaram o ambiente político na América Latina, sempre calcados nos alicerces da soberania popular, independência, direitos e garantias individuais e limitação do poder.⁹
- f) *A raça mestiça*. Na América Latina não existe uma uniformidade racial. Em alguns países a quantidade de indígenas é bem considerável – como na Bolívia, Guatemala, México e Peru. Em outros, predomina a ascendência europeia, como Argentina, Chile e Uruguai, enquanto no Brasil, Cuba e República Dominicana predomina a raça mulata. Dessa forma, quando se fala de “raça latino-americana”, estamos diante de um termo *ideal*, nunca *real*.

8. Sobre esse aspecto, recomendamos o livro organizado por Eduardo F. Coutinho, *Literatura Comparada na América Latina – Ensaios*.

9. Sugerimos a leitura de nossos trabalhos (já citados anteriormente) *O pensamento constitucional brasileiro de 1808 a 1822*; *Conteúdo sociológico-jurídico da história constitucional*; *Conteúdo político do liberalismo*; *História constitucional do Brasil, à luz das ideias políticas e jurídicas e da interpretação sociológica*.

Possíveis perspectivas para se estudar o Constitucionalismo Latino-Americano, as independências nacionais e a constitucionalização da América Latina: breves notas

Apesar de falarmos anteriormente de aspectos que não se limitam ao âmbito jurídico, podemos lembrar que o nosso objeto de estudos já foi alvo de interessantes análises, dentre as quais vale citarmos: *La Filosofía del Constitucionalismo latinoamericano*, de Roberto Gargarella; *Se puede hablar de un nuevo Constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?*, de Roberto Pastor e Rubén Dalmau; *Realidad social latinoamericana y derecho*, de Flavio Colina; *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Allan Brewer-Carías; *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo en América Latina*, de Roberto Pastor e Rubén Dalmau; *El Constitucionalismo latinoamericano y sus influencias*, de Domingo Belaunde; *Constitucionalismo latinoamericano en el siglo XXI*, de Marta L. Alonso; além de livros e/ou capítulos sobre alguns modelos ou sistemas constitucionais.

Por outro lado, vale registrar que nos últimos anos tem se difundido um bom número de pós-graduações voltadas para o tema, ou seja, para os *Modelos de jurisdicción constitucional na América Latina*, citando como exemplo concreto a disciplina Constitucionalismo Democrático e Justiça Constitucional, sob nossa responsabilidade com os cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

Embora não seja nosso objetivo neste instante apresentar uma *História do Constitucionalismo Latino americano*, não podemos omitir dois fatos que são deveras importantes:

- a) O primeiro já foi levantado por Pastor e Dalmau no estudo *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano*:

Si existe una disciplina en las ciencias jurídicas que parece contar, como cualidad intrínseca, con problemas para la innovación es, desde luego, el derecho constitucional. Se trata de un ámbito donde es difícil la innovación y la experimentación, más propias – en muchos casos relativamente fácil – de otras disciplinas jurídicas. Seguramente la razón se encuentra en la íntima relación entre democracia, gobierno y

derecho, fundamentos del constitucionalismo en general, y del derecho constitucional, entendido como la dimensión jurídica del constitucionalismo, en particular (2010, 13).

Concordamos com os autores citados quando eles afirmam que é impossível estudar o Direito Constitucional sem os elementos da Ciência Política, da História, da Economia e da Sociologia, isto para não mencionarmos as demais ciências sociais. Ademais, é a partir desses dados que se verifica se o que é denominado de “Constituição” possui uma *ideologia constitucional* compatível com a realidade social, pois, se a resposta for negativa, evidentemente o caminho para o *hiato constitucional* se encontra aberto.

- b) O segundo fato a que queremos nos referir é para lembrarmos que os países integrantes da região conhecida como América Latina foram colônias dos impérios espanhol e português, que, embora grandes, possuíam características bem distintas.

Apesar dessa diversidade, um fato histórico ocorrido na Europa – a invasão napoleônica à península ibérica em 1808 – foi determinante para as independências *políticas* de várias colônias, o que ocorreu principalmente entre o período compreendido de 1810 a 1824. Desse novo quadro apenas escaparam as ilhas de Cuba e Porto Rico, enquanto no Brasil, cuja independência datou de 1822, configurou-se um processo ímpar, a saber: mesmo depois de sua independência, a ex-colônia estruturou-se sob a forma de Império, assim permanecendo até 1889, enquanto as demais, de logo, assumiram a forma de República.

Vale destacar que nesse período duas grandes influências se irradiaram sobre as colônias: a francesa¹⁰, especialmente com referência aos Direitos do Homem, e a norte-americana, uma vez que os Estados Unidos, por se libertarem do grande império inglês, se apresentavam como um exemplo a ser seguido. Vale recordar que em termos doutrinários, neste lado do Atlântico, tinham livre trânsito os livros *The federalist papers* e *De la Démocratie en Amérique*, enquanto a *Declaração de Direitos da Revolução Francesa* determinava que a

10. Indispensável leitura do clássico livro de Octacilio Alecrim, *Ideias e instituições no Império: influências francesas*.

inexistência de Divisão de Poderes e a não enumeração de Direitos Individuais implicava na inexistência de Constituição. Tais ideias espalharam-se pelo mundo, enquanto entre nós elas se fizeram presentes até mesmo (de forma expressa) na Carta Política de 1824, ao enunciá-las como portadoras de um procedimento ímpar para o processo de alteração constitucional. O art. 178 determinava que o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos do Estado, e aos Direitos Políticos (individuais dos cidadãos), é constitucional. E tudo que pode ser alterado o sem as referidas formalidades pelas legislaturas ordinárias, não é constitucional.

No tocante às ideias americanas, estas se fizeram presentes por meio da Forma Presidencial de Governo (Presidencialismo) e da Forma de Estado Composto (Federação), que antes de se tornarem realidade no Brasil motivaram vários movimentos de natureza política e social.

No item intitulado “Las dos grandes influencias del siglo XIX”, Belaunde ensina que

Si dejamos de lado algunos temas puntuales, podemos señalar que las dos grandes influencias que sufre el constitucionalismo latinoamericano, son la norteamericana y la francesa. Esto concretado al siglo XIX y sin contar con el Imperio del Brasil, que mientras fue monarquía, tuvo la influencia europea y lusitana de las casas reales, si bien con algunas influencias francesas, en lo relacionado con las limitaciones a la monarquía (en lo que coincidía con la experiencia inglesa). Y la de ciertos pensadores, en especial, Comte y su religión del progreso (como se nota en el escudo del país). Y Benjamin Constant, con su tesis del Poder Moderador. Pues bien, cuando las jóvenes naciones hispanoamericanas luchan por su independencia, tenían ante sí el cuadro europeo que era esencialmente el mismo que existía en España, y por tanto, rompiendo con ésta, no podía servir de ejemplo. Lo fueron más bien, quienes habían representado una ruptura con el viejo orden, y lo fue, en primer lugar, la más joven de las naciones modernas, los Estados Unidos, y también la revolución francesa, en lo que apostó contra el pasado. Cómo se reflejó todo esto? En cuanto a los Estados Unidos, fueron importantes, sobre todo, el federalismo y el sistema presidencial de gobierno. [...] No todos, por cierto, adoptaron el sistema federal, pero el tópico fue un referente obligado. Federales lo son todavía los países con mayor población en Latinoamérica, como

son la Argentina, el Brasil, Venezuela y México. Y hasta 1886 lo fue Colombia, que ese año¹¹ pasó a ser régimen unitário, con um paulatino proceso de descentralización, que llega a nuestro días. Y en cuanto al Brasil, cabe anotar que el Imperio fue unitário, y la federación solo se implanto con la República en 1891. Y así lo es hasta el presente¹². En cuanto al sistema presidencial de gobierno, lo adoptaron todos, y así se mantiene hasta ahora, si dejamos de lado algunas modalidades, matices y mixturas existentes, pero que en sustância siguen siendo presidenciales. Y esta postura se adoto por una sencilla razón: porque calzaba perfectamente con la tradición hispánica, y porque resultó necesaria para afianzar el poder en naciones jóvenes, sin experiencia de autogobierno – como si lo tuvieron las colonias norteamericanas – y porque además era la única forma de gobierno definida que existía en aquel entonces (Belaunde, 2003, 4).

Brewer-Carías (2001), referindo-se a este tema, faz um elo de ligação entre o momento do século XIX e o atual momento do constitucionalismo, ao escrever que

La Revolución de Independencia Hispanoamericana de principios del siglo XIX, puede decirse que fue el primer campo de ensayo del constitucionalismo moderno que tuvo sus raíces en las Revoluciones Norteamericana y Francesa de fines del Siglo XVIII. Há sido este constitucionalismo el que há enmarcado durante los últimos 200 años, el régime político de todos los Estados del mundo y, particularmente, el de los Estados Latinoamericanos, caracterizado por los siguientes siete principios esenciales: la Idea de Constitución y su supremacía; la soberanía del pueblo, el republicanismo y la democracia representativa como régimen político; la distribución vertical del Poder Público, el federalismo, el regionalismo político y el municipalismo; la separación orgánica de poderes y los sistemas presidencial y parlamentario de gobierno; la declaración constitucional de los derechos del hombre y sus garantías; el rol del Poder Judicial como garante del Estado de Derecho y del principio de legalidad; y el control de La constitucionalidad de las leyes (Brewer-Carías, 2001, 13).

11. Março de 2003.

12. Não esquecer que, com a Constituição Federal de 1988, o federalismo brasileiro inovou ao incluir o município como *ente federativo* (art. 1º).

O autor passa, então, a fazer um breve paralelo entre esses princípios e sua existência na Europa e na América Latina. Ele nos ensina que:

Sin embargo, la verdad es que realmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando esos principios llegaron efectivamente a afianzarse en el mundo contemporáneo. No olvidemos que en Europa, con anterioridad, la Constitución no siempre se considero como norma suprema de efectos directos; El centralismo signó la configuración de los Estados, impidiendo en gran medida el desarrollo de la democracia; la soberanía parlamentaria atentó contra los derechos humanos, cuyo reconocimiento y garantía no constituían un valor esencial; y el control judicial de la constitucionalidad de las leyes constituía una rareza inaceptable, propia del derecho americano. En consecuencia, fue durante la segunda mitad del siglo pasado que la Constitución, efectivamente, se convirtió en norma suprema; que la democracia representativa comenzó a funcionar realmente; que la descentralización política se convirtió en instrumento de democratización; que los sistemas de gobierno comenzaron a desarrollar sus mecanismos de balance; que los derechos humanos adquirieron real efectividad y protección; que el Poder Judicial encontró mecanismos de garantía de su independencia y autonomía, y que se desarrolló mundialmente um verdadero sistema de control constitucional de la constitucionalidad de las leyes. En las ultimas décadas todos los países de América Latina han reformado sus Constituciones y en todas ellas se puede encontrar la consolidación de todos esos principios. Hemos llegado, así, al Siglo XXI, con un conjunto de Constituciones que contienen un arsenal de instituciones que recogen lo mejor de dos siglos de constitucionalismo (Brewer-Carías, 2001, 14).

Campinho (2010), referindo-se à virada do século XIX e ao século XX, escreve:

O século XX acompanhou o fortalecimento do constitucionalismo latino-americano e dos Textos Constitucionais de seus países, perdendo em parte seu caráter de pacto jurídico-político consagrador de arranjos aristocráticos de poder e se convertendo em objeto de disputa entre as aristocracias nacionais e as camadas médias e populares em ascensão, as quais buscavam afirmar

o papel do Estado como garantidor de direitos civis e também sociais, bem como procuravam radicalizar o processo político representativo, com o fortalecimento das instituições representativas e a construção de sistemas democráticos mais amplos, como forma de limitação dos personalismos e do próprio poder das elites locais (2010, 7787).

Logo em seguida, ele lembra que

Em certos casos, a Constituição foi produto de um processo constituinte decorrente de uma revolução política e social, acentuando as transformações institucionais e consagrando uma ampliação dos direitos fundamentais dos cidadãos como foi o caso do México e de sua Constituição de 1917 (2010, 7788).

Abramos um parêntese para algumas palavras sobre a situação do Brasil naquele tempo, o que se justifica pela estrutura que assumiu o Estado Brasileiro, fugindo ao modelo republicano-federalista para se estruturar sob a forma de Monarquia-Unitária.

Em estudo ainda não concluído, mas denominado de *Prelúdios do sentimento constitucional: 1808-1822*, afirmamos que a origem das ideias constitucionalistas entre nós deveria ser estudada desde as primeiras manifestações com a chegada de D. João VI, até a *Independência* formal, em 7 de setembro de 1822, dois anos antes, portanto, da Constituinte e do texto outorgado em 1824, objetivando-se traçar os caminhos rumo a um Estado Brasileiro.

Nesse período, as *Revoluções Brasileiras*, sobretudo a *Revolução Pernambucana de 1817*; a *Revolução Constitucionalista de 1820*, no Porto; a *Constituição Francesa de 1791*; a *Constituição Espanhola de 1812* (*Constitución de Cádiz*) destacaram-se como fontes do Pensamento Constitucional Brasileiro que compõem o quadro do período.

Andrade (2000, 23-24), ao estudar a *Transição do período colonial para a Independência*, e recuando à Inconfidência Mineira e à Inconfidência Baiana, afirma:

A situação do Brasil, nos fins do século XVIII, era de impasse entre a permanência da dominação direta portuguesa, com a crise do Antigo Sistema Colonial, e a sua transformação em um país independente, separado

de Portugal. Naquele momento, as idéias dominantes, influenciadas pela Revolução Norte-Americana (1775/83) e a Revolução Francesa (1789), iriam ter repercussões no Brasil, dando lugar a duas importantes conspirações, a chamada Inconfidência Mineira (1789) e a Inconfidência Baiana (1798); a primeira tinha forte participação da elite cultural e econômica da colônia, voltava-se para os ideais da Revolução Francesa; a outra, de caráter popular, composta predominantemente de artífices, negros, mulatos e ex-escravos era mais influenciada pelos ideais da Revolução Americana. Ambas identificavam o desejo de reformas e de independência, em escala regional.

Mais adiante, é o autor é incisivo:

Com a volta do Rei para Portugal, intensificou-se a luta pela ocupação de um espaço que parecia desocupado; em Pernambuco, houve uma forte luta anti-lusitana que resultou na expulsão das tropas portuguesas em 26 de outubro de 1821, e na formação de uma Junta de Governo, sob a chefia de Gervásio Pires Ferreira. Passava-se a travar, no Brasil, uma dupla luta, dos brasileiros contra o domínio português e de vários grupos brasileiros que desejavam o estabelecimento de diferentes tipos de governo e de estado. Nesta segunda luta, observa-se que o grupo republicano era muito forte em Pernambuco e no Rio de Janeiro, enquanto o monarquista era liderado pelos paulistas de José Bonifácio. O Rio de Janeiro foi logo dominado com a perseguição ao republicano José Gonçalves Ledo, enquanto em Pernambuco houve uma cisão entre os revolucionários de 1817, que formavam dois grupos: os republicanos de Manoel Carvalho Paes de Andrade e os monarquistas de Francisco Paes Barreto (Andrade, 2000, 26).

Nesse período, dois homens merecem especial atenção dos estudiosos: José Bonifácio e Frei Caneca. O primeiro pelo papel decisivo que desempenhou no comportamento do Príncipe Regente no sentido da Independência, enquanto o segundo se destaca, principalmente, pela influência exercida na Revolução Pernambucana de 1817, e, posteriormente, na Confederação do Equador (1824).

A opção pela adoção de um Estado Monárquico e Unitário, em vez de um Estado Republicano e Federado é tema que não poderá faltar à análise do período. A esse respeito, Andrade (2000, 27-28):

Na comparação das ideias expostas pelos pensadores do período, observam-se diferenças básicas quanto à estrutura do Estado e a forma

de governo. A estrutura do Estado – unitário ou federativo – continuou sendo tema de estudos, discussões, ora com maior ora com menor intensidade até os dias atuais, mas a forma de governo, implantada em 1822 e consolidada com a abdicação de D. Pedro I em 1831, prevaleceu por quase sete décadas, até 1889. Não se deve esquecer que em toda a América, onde dominou o sistema republicano, apenas o México, o Haiti e o Brasil tiveram governos monárquicos; houve sempre certa indecisão entre a adoção da forma republicana ou monárquica de governo. Mesmo nos Estados Unidos, Hamilton tinha sentimentos monarquistas, e na América Espanhola, Bolívar e Rivadavia pensaram na implantação de monarquias. Talvez as monarquias tenham sido menos numerosas no continente americano pela falta de um príncipe presente e disponível em cada colônia a se libertar, ao contrário do que ocorreu no Brasil. A legislação eleitoral de 19 de junho de 1822 é um dos documentos mais importantes, e ainda hoje, carecendo de uma análise profunda, principalmente, sob o ponto de vista de uma interpretação sociológica.

Fechemos os parênteses das análises voltadas para o Brasil, e devolvamos a palavra a Brewer-Carías (2001, 14), que conclui, sob a forma de perguntas, o raciocínio anteriormente mencionado:

La pregunta que ahora debemos formularnos, sin embargo, es si las mismas satisfacen efectivamente las exigencias constitucionales del nuevo Siglo; es decir, la Constitucion del Siglo XXI está ya elaborada? Y si no, cuales son los retos de América Latina para, constitucionalmente enfrentar el nuevo milênio?

Os ciclos constitucionais na América Latina

Temos ensinado em diversas oportunidades, inclusive neste texto, que o conhecimento histórico é necessário para o conhecimento do conteúdo das Constituições.

Em outras palavras, o Direito (processo ou ordenamento, sistema¹³) está condicionado e relacionado à História (processo) do tempo em que é legislado.

13. Nos livros *Direito constitucional e instituições políticas* e *Constituição Federal: teoria e prática vol. I*, de Ivo Dantas, um dos autores deste artigo, está constatada

Neste sentido é que se justifica o avanço, cada vez maior, dos estudos de História e/ou Sociologia do Direito, dos quais, evidentemente, não poderia fugir o Direito Constitucional, sem dúvida, o ramo da ciência jurídica em que de forma intensa sente-se de perto esses condicionamentos, em consequência do fato de que, como norma essencialmente de natureza política, nela se manifesta – mais do que em qualquer outra – o conteúdo ideológico do momento histórico-político, dando origem ao estudo da denominada “Ideologia Constitucional”¹⁴.

Como se não bastasse essa constatação, hoje verificável e comprovável empiricamente, o conhecimento da evolução histórica de determinado ramo do Direito (= processo) oferece condições e elementos para que se possa conhecer e compreender o sistema jurídico vigente, o qual sempre recebe influências dos modelos anteriores, disto não escapando as Constituições, mesmo em sua versão originária, quando produto de uma Assembleia Constituinte¹⁵.

Oportunas são, nessa direção, as palavras de Sabater (1996, 16), quando doutrina que

Adoptar una perspectiva histórica es imprescindible a la hora de precisar el significado normativo de la Constitución; o lo que es lo mismo, nos parece que sin acudir a la enseñanza de la historia no se puede explicar adecuadamente las transformaciones que han afectado al movimiento constitucional, a esa herencia a que nos hemos referido, hasta llegar a consagrarse los principios de la constitución democrática.

O raciocínio aqui desenvolvido, apesar de ser mais sociológico do que propriamente jurídico no sentido estrito, é profundamente indispensável para uma correta compreensão do conteúdo do Direito Constitucional em suas diversas fases de evolução histórica. Em outras palavras: só por meio de tais análises, poder-se-á identificar

a ideia de “direito como processo e como conhecimento”. Recentemente, José Antonio Estévez Araujo publicou o livro *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*, no qual a expressão é utilizada no mesmo sentido.

14. Sugerimos o livro de Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*.

15. Um vício na Teoria do Direito Constitucional é pensar-se que o Poder Constituinte produz a Constituição, quando na verdade, aquele se instala após um Hiato Constitucional e é exercido pela Assembleia Constituinte.

a ideologia constitucional e sua presença no conceito material de Constituição, já que este deve representar a ordem social como um todo, incluindo-se neste conceito os princípios econômicos, culturais, políticos etc., consagrados pela sociedade, evidentemente não em sua *unanimidade*, mas por meio do consenso daqueles encarregados de elaborar o texto, quando do exercício da representação na Assembleia Constituinte.

Em consequência, cada período ou ciclo em que se possa dividir a *História do Constitucionalismo Ocidental* (e ficamos adstritos a este por ser mais acessível) representa o predomínio de determinada forma de idealizar a realidade, sem que com isto pretendamos afirmar que o constitucional seja algo passivo na relação bipolar existente entre o jurídico e o social, na qual se enquadram o econômico, cultural, histórico e geográfico. Existe, isso sim, uma inter-relação, com predominância destes sobre aqueles e conforme o posicionamento quase unânime da Sociologia Jurídica Contemporânea.

Nessa linha de pensamento, podemos fazer nossas as palavras de Espiell (1988, 106):

Es imposible comprender la história de Iberoamérica, sin estudiar el proceso constitucional y legislativo que siguió, en el siglo XIX, a la Revolución y a la Independencia. De igual modo no es posible captar el sentido y la naturaleza de la história iberoamericana en el siglo XX y la situación actual, sin analizar los grandes cambios constitucionales producidos en el período posterior a la primera postguerra – muchas veces bajo la influencia de la evolución constitucional europea del momento –, en los años que siguieron al fin de la Segunda Guerra Mundial y en las últimas décadas, con la consideración del constitucionalismo africano y de los países descolonizados y la proyección de nuevos problemas y cuestiones, como por ejemplo, la protección internacional de los derechos humanos, la cuestión de las poblaciones indígenas, la aplicación interna del Derecho Internacional, la integración económica y la defensa del medio ambiente y el concepto actual de soberanía.

Apesar de a divisão histórica, sob qualquer perspectiva ou setor da cultura, ser algo apenas indicativo, serão aqui apresentados os seis ciclos indicados por Espiell (1988), com alguns acréscimos nossos.

1º ciclo: desde a Independência até meados do século

- “Cobre o processo de adoção das primeiras constituições que se seguiram, em cada país, à Independência, à afirmação das identidades e dos Estados nacionais e que inclui a difícil e inconclusa luta para estabelecer Estados de Direito” (109-110).
- “As relações civis e comerciais, o Direito Privado em geral e o Direito Penal, seguiram sendo em geral, o mesmo que regia o país antes de revolução” (110).
- “A maioria das novas constituições deste primeiro período fazia referência à abolição da escravatura e à liberdade dos escravos” (111)¹⁶.
- “Algumas Constituições falavam em liberdade de pensamento e de cultos, porém, dogmaticamente se afirmava que a Religião Católica era Oficial e consagravam a união da Igreja e do Estado” (111).
- “O primeiro constitucionalismo ibero americano foi, com algumas exceções, *republicano*”. Igualmente, consagravam o Poder Executivo de tipo *unipessoal*, de tipo presidencialista, inspirado no modelo americano. O tipo *parlamentarista* não era reconhecido no período, na região ibero-americana. Não o foram: Brasil (1822-1889) e o Império Mexicano de Iturbide (1822-1823).
- Consagrava o princípio da Declaração de 1789, segundo a qual eram indispensáveis a *Declaração de Direitos* e a *Divisão de Poder* para caracterizar-se a existência de Constituição.

2º ciclo: desde meados do século, quando os Estados da Ibero-América já eram independentes, com exceção de Cuba

- “É um período caracterizado pela crescente presença dos ideais liberais, iniciando-se aí a *laicização* do Estado e por uma tímida utilização do qualificativo ‘democrático’ para caracterizar o governo” (Espiel, 1988, PÁGINA).
- São citados os exemplos da Carta Política Imperial de 1824, a Constituição Argentina de 1853 e a Constituição Mexicana de 1857.

16. Lembre-se de que o texto se passa em Pernambuco, em 1817.

- Tendência de desequilíbrio de poderes e predomínio do Executivo. No Brasil, a consagração do *Poder Moderador*.
- Iniciam-se as codificações nacionais, como forma de afirmação da soberania nacional.
- “O fim do século e as primeiras décadas do século XX trouxeram inumeráveis intervenções militares norte-americanas. A política da *Boa Vizinhança* e a aceitação pelos Estados Unidos do *princípio da não intervenção* em 1936, terminaram com inúmeras intervenções militares norte-americanas”. (116.GRIFOS NOSSOS)

3º ciclo: desde as três décadas anteriores ao fim do século, até depois da Revolução Mexicana (1870-1919)

- Forte influência das novas realidades sociais e políticas que surgiram na América Ibérica, bem como presença de ideias e constituições europeias no primeiro pós-guerra.
- Exemplos: Constituição dos Estados Unidos de Colômbia de 1863, substituída pela de 1886; Constituição do Brasil de 1891; Constituição de Cuba, 1901.
- A Constituição Mexicana de 1917 é o primeiro modelo de constitucionalismo econômico-social, de acordo com Urbina, 1971. Além disto, influenciou os demais Estados com o instituto do “amparo”.
- Constituição Uruguaia, 1918 e Constituição Chilena, 1925.
- A Constituição Brasileira de 1934.

4º ciclo: cobriria décadas de 30, 40 e 50

- Os direitos econômicos, sociais e culturais, oriundos da Constituição Mexicana de 1917, dos modelos europeus do primeiro pós-guerra e da Constituição Espanhola de 1931 passam a ser adotados na América Latina.
- “A Constituição do Estado Novo no Brasil de 1937¹⁷ (que não existiu! ¹⁸) é um exemplo desta ‘insinuada’ tendência

17. O autor cita o ano de 1934, em vez de 1937.

18. O art. 187 do texto determinava que “Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do

autoritária européia e da crítica à Democracia Liberal, crítica que não se reduziu às influências alemãs, italianas e espanholas, mas sim, de alguns doutrinadores franceses” (ESPIELL, 1988, p.120). O autor citar o ano de 1934, ao invés de 1937).

- A Constituição Brasileira de 1946 devolve o Brasil ao constitucionalismo social de 1934.
- Constitucionalizam-se os partidos políticos (BR, CF 1946, art. 141 § 13).
- Jamais a realidade parlamentarista conseguiu ser implantada na América Latina. No Peru existiu tradicionalmente um Presidente do Conselho de Ministros, porém, isto jamais modificou em nada o predomínio e a concentração real de poderes no Presidente da República.
- De forma expressa iniciam-se as previsões de controle de constitucionalidade.
- As constituições Italiana (de 1946-1947) e Francesa (de 1958) influenciaram, em muito, o constitucionalismo nessa parte da América.

5º ciclo: inicio um pouco antes da década de 60

- “Este é um período no qual o fenômeno do comunismo aparece na política ibero-americana. Unido aos fenômenos de luta anti-imperialista e aos esforços para lograr a independência econômica e a justiça social, vinculada necessariamente a todas as projeções da guerra fria, o tema é essencial para compreender a vida política interna e a realidade internacional da Ibero América” (ESPIELL, 1988, p.122).
- A Constituição da Guatemala, de 1954, é um modelo vivo da presença desses fatos em seu conteúdo, enquanto a Revolução Cubana de 1959 deu expansão às ideias socialistas.
- “O conceito de soberania mudou muito nestes anos. Da soberania irrestrita e absoluta, agressiva e excludente, passou-se a um conceito mais racional e moderno. Soberania como

Presidente da República”. Esse plebiscito nunca foi realizado e sua convocação foi retirada do texto constitucional pelo art. 2º da Lei Constitucional nº 9, de 28.2.1945.

competência estatal suprema, sob a Constituição subordinada e limitada pelo Direito Internacional” (123).

6º ciclo: o período que vivemos: fins dos anos 70 e os primeiros de 80

- Começa com a decadência e o desaparecimento dos regimes militares que caracterizaram a década de 70 na Argentina, no Brasil, Chile e Uruguai. Em alguns casos, mesmo com a substituição formal, o poder militar continuou sendo uma realidade.
- (ID): Surgem importantes Constituições: Chile (1980), Guatemala (1985), Brasil (1988), Colômbia (1991), Peru (1993), Argentina (1994 reformando seu texto de 1853). Influências dos textos europeus.
- Crescente conceito material de Constituição com novas matérias. O Controle de Constitucionalidade sofre algumas modificações

Vistos os *ciclos* com a observação que fizemos anteriormente (ou seja, o caráter individual das propostas existentes, e, portanto, discricionárias), deixemos a palavra, outra vez, com Espiell (1988, 127-128), quando faz e arremata a interpretação desses períodos.

Este intento de aproximación a una posible evolución cíclica, con período individualizantes de la história constitucional de Iberoamerica, tiene como único objeto dar elementos de clarificación y explicación de un proceso continental, como el nuestro, rico e ilustrativo, que representa prácticamente un reflexo normativo constitucional de todos los grandes problemas políticos, ideológicos, económicos, sociales e culturales, que desde la Independencia hasta hoy, han existido o se han mostrado en nuestra América. Existe una continuidad esencial en este proceso. Las rupturas no son cortes que alteran definitivamente esta continuidad, sino consecuencias de cambios odeológicos, políticos o sociales, que necesariamente deben reflejarse en el Derecho Constitucional, pero que no quieren ser, en general y salvo algunos pocos ejemplos notables, una quiebra total con la tradición constitucional de cada país, ni con las comunes ideas americanas que presidieron el proceso constitucional.

A seguir, prossegue o autor:

La concepción republicana, en su evolución havia la Democracia y el Estado de Derecho es, como principio, constante. Pero interrumpida por la realidad de revoluciones, gobiernos de facto, golpes de Estados, el predominio real Poder Ejecutivo y manifestaciones, a veces brutales del caudilhismo y de militarismo. Pero es interesante señalar que casi siempre la ruptura del orden constitucional, la expresión de la fuerza y del poder sin base de legitimación constitucional, expresión de hecho de un fenómeno temporalmente limitado, no significó abdicar de la teoría constitucional. La Constitución, mil veces violada, siguió siendo un ideal respetado y su vigencia un objetivo, a veces lejano y vago, pero que se pensaba como posible y deseable alcanzar. Y la vigencia de la Constitución, generalmente solo formal y teórica, cumplió, sin embargo un efecto docente y permitió el lento aprendizaje de una cultura constitucional y la progresiva aceptación más o menos generalizada de los principios republicanos y democráticos. El corte, el abismo, entre Derecho y la realidad ha sido una constante en la historia de Iberoamérica. Una verdad que, en gran parte, aún subsiste. Negar u olvidar este extremo, con un criterio nutrido de un formalismo constitucional absoluto, es una actitud inaceptable (Espíell, 1988, 128).

Não há dúvidas de que o constitucionalismo latino-americano teve, nos últimos 20 anos do século XX, uma evolução no sentido, sobretudo, de enfrentar os ideais defendidos pelo hoje falido *Neoliberalismo*, desejando extinguir os direitos individuais, coletivos, sociais, trabalhistas, econômicos, e, sobretudo trabalhistas. Por outro lado, tem se firmado uma abertura maior para o controle de constitucionalidade, do que prova a legitimação enumerada no art. 103 de nossa Constituição para o Controle Concentrado.

Finalmente, cumpre lembrar a presença de Princípios Fundamentais nos textos constitucionais, como *Constitución Política de Colombia* (1991, Título I, arts. 1 a 10) e a *Constituição do Brasil* (1998, arts. 1 a 4), enquanto as demais trouxeram para a abertura do texto os Direitos Individuais, do que é exemplo a *Constitución Política del Peru*, (1993, arts. 1 a 42). É bom destacar que esses princípios não têm apenas um papel decorativo, mas sim, prescritivos.

O Constitucionalismo latino-americano no atual século XXI: o controle de constitucionalidade

Ensina a Teoria do Direito Comparado que o primeiro ponto a ser trazido à colação em qualquer estudo é delimitar o universo a ser pesquisado e o objeto da pesquisa.

Nesse sentido, fica evidente que não poderíamos pretender em uma conferência abarcar o Direito Constitucional em sua totalidade e em toda a área conhecida como América Latina, especialmente, América do Sul, visto que por mais que tenha aspectos comuns, existem aqueles que são individuais, próprios de um (ou poucos) modelo(s) em particular. Essa é a principal razão pela qual o estudioso – ainda na fase preliminar da pesquisa – terá que delimitar suas análises a um universo bem definido.

Nesse sentido, considerando o conteúdo até aqui trazido à colação, cumpre-nos dizer que nossas análises recairão sobre quatro dos principais Estados da Região, a saber, Peru, Chile, Argentina e Brasil, enquanto o objeto de estudos será o Controle de Constitucionalidade, tema que vem despertando a atenção dos estudiosos latino-americanos.

Antes, porém, uma constatação é merecedora de destaque, a saber, o desenvolvimento em nossa região, dos estudos de Direito Processual Constitucional e Jurisdição Constitucional na América Latina, a ponto de já se ter afirmado que a ciência do DCP tem um desenvolvimento especialmente latino-americano. Nesse quadro cabe, então, uma indagação inicial: a que se deve a eclosão desses estudos?

Antes de enfrentarmos essa questão (que em última análise é uma questão política com reflexos constitucionais) entendemos que dois fatores são decisivos à compreensão deste fenômeno: o *desenvolvimento de um sentimento constitucional* que, mesmo incipiente, já começa a ser sentido no cenário da maioria dos Estados Latino americanos, e a *amplitude da matéria constitucional*, com a inclusão nos textos de matérias que vão além do conteúdo apenas político, como defendido nos tempos do Liberalismo.

Retratando a realidade atual, pode ser lembrada a lição de Ferreira (2010, 43-49):

Uma das peculiaridades mais interessantes do momento atual é a “guinada à esquerda”, experimentada por um número crescente de governos

latino-americanos nos últimos dez anos. Tal fenômeno, conceituado por alguns comentaristas internacionais como uma “onda vermelha” (*sic* no original), se configuraria como uma tentativa assumida por seus próprios protagonistas, de efetivar uma orientação econômica e social alternativa aos modelos de reforma neoliberal implementados na maioria dos nos (*sic*) em questão, ao longo da década e meia. Ao mesmo tempo, tratar-se-ia também de iniciativas destinadas a iniciar a superação do legado secular de subdesenvolvimento, dependência e atraso nas esferas econômica, social e tecnológica. Tais experiências têm se verificado em um leque amplo e diversificado de países que inclui Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Equador, Paraguai, Uruguai e Venezuela na América do Sul; Nicarágua e El Salvador na América Central¹⁹.

Sagües (2004), em seu estudo *El desarrollo del derecho procesal constitucional: logros y obstáculos*, apresenta diversos elementos que explicam esse desenvolvimento do interesse pelo *Direito Processual Constitucional* e *Jurisdição Constitucional na América Latina*, tudo amparado nos seguintes fatores:

a) – la restauración de la democracia. “En los años ochenta, América Latina transforma muchos de sus regímenes *de facto* en gobiernos constitucionales y democráticos”; b) – el lanzamiento de Cortes y Salas constitucionales. “Sin perjuicio del serio antecedente inicial que significó el “Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales” de la Corte Suprema de Justicia, según la Constitución de Cuba de 1940, lo cierto es que a partir da constitución peruana de 1979 se afianza en el subcontinente latinoamericano el propósito de instituir Cortes, Tribunales o Salas constitucionales, de distinta factura, pero que a menudo concentran el control de constitucionalidad con mayor o menor fuerza centrípeta”; c) – la motorización de la Constitución como norma jurídica. “Otro fenómeno

19. No caso do Brasil, os períodos dos governos de Fernando Collor (4 anos) e Fernando Henrique Cardoso (8 anos) indiscutivelmente assumiram a feição neoliberal, inclusive, com tentativas de exclusão de Direitos Sociais, propostas rejeitas pelo Supremo Tribunal Federal. Embora nos mandatos de Luiz Inácio Lula da Silva houvesse uma grande expectativa de adesão à “onda vermelha”, esta só aconteceu com referência à cor do principal partido da coligação (PT). Em relação ao plano de governo, tal não aconteceu, tendo sido seu mandato marcado por inúmeros casos de corrupção e quebra de *direitos adquiridos de servidores públicos aposentados*.

coadyuvante ha sido la potenciación jurídica de la Constitución, traducida por un lado, en la concepción de la Constitución como ‘norma jurídica’, esto es, como regla de derecho imperativa, directamente obligatoria para todos, en vez de la imagen decimonónica de la Constitución, imperante en algunas naciones, como *simple poesia o discurso constitucional*²⁰ d) – reducción de la superficie de las cuestiones políticas no justiciables (*political questions*). “Estos asuntos, en verdad, resultan extentos del control jurisdiccional de constitucionalidad. Sin embargo, últimamente, vários de ellos (como la constitucionalidad de los arrestos dispuestos por el Poder Ejecutivo durante el estado de sitio, e incluso, en algunos casos, la adopción misma de este; la revisión de las sentencias del Senado distadas durante el juicio político, la expulsión de un legislador de su Cámara, o la negativa de ésta a incorporarlo, el juicio de razonabilidad de las sanciones disciplinarias administrativas, la constitucionalidad de amnistías e indultos, etc), pasaron a ser ‘judicializados’ a través del planteo de recursos y procesos constitucionales (amparo, recurso extraordinário federal etc.) lo que ha implicado un crecimiento del derecho procesal constitucional para diligenciar útilmente toda esta temática”; e) – mayores exigencias sociales para reclamar a jueces y tribunales el cumplimiento de la Constitución. Com o fim de uma sociedade resignada ou fatalista, “importantes sectores de la sociedad, otrora pacientes y habituados a soportar políticas o decisiones del Congreso o del Poder Ejecutivo que se reputaban privativas de estos poderes, golpean hoy las puertas de los tribunales peticionando (cuando no exigiendo) a los jueces ordinários y a los órganos de la jurisdicción constitucional que funcionen en ciertos momentos como poderes legislativo y ejecutivo suplentes, si tales poderes políticos no actuaron, o que trabajen como correctores y fiscalizadores de éstos, mediante el control de constitucionalidad, si es que decidieron algo. [...] Esa búsqueda de soluciones em el Poder Judicial corre pareja, em algunos lugares (el problema asume situaciones dissimiles en diversos países) com uma seria crisis de legitimidad política y de representatividad por parte del Parlamento y de la Jefatura de Estado). [...] En términos muy generales, podría decirse que a mayor desprestigio de los poderes políticos ‘clásicos’, mayor presión a la judicatura constitucional para que ejerza su papel de poder de control sobre aquéllos, e incluso, que ingrese

20. É de se lembrar que, na doutrina hodierna, alguns constitucionalistas estão defendendo o fim das denominadas “cláusulas programáticas”. Ver art. 5º § 1º da CF.

en áreas que años atrás se entendían como exclusivas de los mismos” (Sagües, 2004, grifos nossos).

Chamemos, de logo, a atenção para o fato de que ambos os modelos (concentrado e difuso) conhecidos no Direito Constitucional Estrangeiro coexistem na América Latina. Vale observar que, inclusive, em alguns casos, ambos estão presentes no mesmo ordenamento jurídico.

Em afirmativa que resume o quadro, e baseado no já citado Brewer-Carías, Jayme (2000, 47) afirma que

Não se pode falar em um modelo de justiça constitucional latino-americano, por inexistir uma estrutura uniforme de controle de constitucionalidade das leis nos países da América Latina. Ao contrário, o que se pode ver é uma pluralidade de modelos, ora identificados com o sistema americano, ora com o europeu, com o predomínio do misto, que incorpora ambos os modelos de controle de constitucionalidade, o difuso e o concentrado²¹.

Amparados nas circunstâncias anteriormente mencionadas, seguiremos passo a passo o quadro traçado por Belaunde (2009, 164-165), que atribui a presença do modelo norte-americano de controle às influências por nós recebidas na época das independências no século XIX, o que

Fue el factor determinante para que el típico modelo de control de constitucionalidad de las leyes, surgido del célebre caso *Marbury v. Madison* de 1803, se hiciese conocido y tuviese gran influencia. Fue así cómo los grandes lineamentos del llamado modelo americano o *judicial review* fueron incorporados, es cierto que con matices, en la América Latina desde mediados del siglo XIX. El primer país que lo hizo fue

21. Sobre o Constitucionalismo na América Latina, além de capítulos dedicados em livros de Direito Constitucional Comparado, dentre outros, sugerimos os livros: *Las Constituciones de Iberoamérica*, de Luis Guerra e Luis Aguiar; *Sistemas políticos de América Latina*, vol. I: *América del Sur*, de Manuel Sáez; *Introducción al Constitucionalismo Iberoamericano*, de Antonio Viadel; *Cursillo de Derecho Constitucional Americano Comparado*, de Gordon Ireland; *Bases Esenciales del Constitucionalismo Iberoamericano*, de Carlos Viamonte; *Constitucionalismo Latino y Liberalismo*, de VVAA; *Derecho Constitucional y Control de Constitucionalidad en Latinoamérica*, de Régis Frota.

México em 1841, y luego lo seguieron otros, en especial la Argentina en 1863, lo que se generalizo a fines del siglo XIX y principios del siglo XX. A mediados del siglo XX, prácticamente todos los países de la América Latina habían incorporados el modelo norteamericano de control de constitucionalidad en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Apesar do prestígio internacional do modelo norte-americano, em 1919 Hans Kelsen concebeu a existência do Tribunal Constitucional da Áustria, institucionalizado na Constituição daquele país em 1920, e influenciando os modelos constitucionais da Checoslováquia (1920) e Espanha (1931).

Só na década de 1930 se fizeram presentes na América Latina as influências do controle concentrado de constitucionalidade.

Mascarenhas (2010), baseando-se em *O Direito como esperança: constituição, judiciário e mudança social na América Latina*, de Maurício García-Villegas e em seu levantamento cronológico das Constituições entre o período de 1988 até hoje²², escreve que

Todas (com exceção da peruana), ainda que a colombiana em menor medida resultaran de movimientos políticos com forte base popular que prometiam *alterações sociais significativas, incluindo casos de rupturas marcantes com o passado*. Há, portanto, uma evidente superação de uma vinculação, tradicionalmente existente, entre constitucionalismo e liberalismo, em especial o liberalismo econômico (aqui, a exceção peruana é efetivamente notável). A característica acima traduz-se em outra que é a *existência de constituições prescritas, ou prospectivas* no sentido de que – desafiando os fatores reais de poder de Ferdinand Lassalle – a constituição é vista como um meio, uma forma de mudança da realidade social, projetando um futuro melhor, ao invés de ser uma constituição meramente descritiva, no sentido de meramente outorgar poder jurídica a quem já o detinha de fato, ainda que garanta alguns direitos mínimos, em geral individuais. Por esta razão, estas novas constituições latino-americanas têm extensas listas de direitos fundamentais das mais variadas “gerações” (Mascarenhas, 2010, 131, grifos nossos).

22. Brasil, 1998; Colômbia, 1991 (350 artigos); Peru, 1993; Venezuela, 1999 (350 artigos); Equador, 2008 (444 artigos); Bolívia, 2009 (411 artigos).

Ato contínuo, o autor ainda aponta mais duas características dessas constituições, a saber: a) passam elas, juntamente com o poder constituinte, a ocupar o centro do debate político; b) decorrente de todos esses fatores, essas Constituições são extremamente analíticas.

Ao longo do texto, Mascarenhas traz a lume as características das Constituições Protetivas e das Constituições de Expectativa, com base nas quais as sintetizamos da seguinte forma:

Constituições Prescritivas ou Protetivas

- São portadoras de objetivos moderados ou minimalistas.
- Visam a preservar o presente, com o melhor exemplo anglo-saxônico.
- Cláusulas Pétreas.

Constituições Prospectivas ou de Expectativas

- São extensas, não se limitando às matérias do Estado Liberal.
- São maximalistas em seus objetivos. Exemplos: Constituição do Brasil, art. 3º, III; Constituição do Equador, art. 3º, 5 (estabelece como dever primordial do Estado o de erradicar a pobreza).
- Direitos sociais positivados na Constituição e na consequente promoção do ativismo judicial.
- A solução judicial leva a conflitos interinstitucionais, de um lado, aqueles que definem e executam o orçamento e os “juízes constitucionais”.
- Prestações positivas do Poder Público.

Antes de concluirmos esta exposição, convocamos novamente Pastor e Dalmau (2010, 15), os quais, no texto já mencionado, depois de falarem de “grandes modelos de constitucionalismo”, afirmam que

Pero, desde hace unas décadas, ante el progresivo debilitamiento de un concepto fuerte de Constitución, el neoconstitucionalismo ha insistido en la diferenciación entre el concepto formal y material de Estado constitucional. La distinción estriba en entender que no es un Estado constitucional aquél que cuenta con un texto que se autodenomina Constitución (concepto formal), sino el que cuenta con una

Constitución en sentido próprio (concepto material), es decir, fruto de la legitimidade democrática y que cuenta com instrumentos que garantizan la limitación del poder y la efectividad de los derechos contemplados en el texto constitucional.

Adiante, chama a atenção para aquela característica do constitucionalismo hoje, a qual temos denominado de “abertura material das Constituições”, que ocorre com a elevação de diversas matérias, dando-lhes a característica de *supremacia* – todas elas necessárias à realização dos objetivos prometidos pelos textos constitucionais, como é exemplo a Constituição Brasileira de 1988. Nesse ponto, de fundamental importância – como já foi ventilado – são os Princípios, elementos necessários à passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito.

Finalizando, baseado nos sistemas constitucionais existentes, podemos apresentar o seguinte quadro com relação ao Controle de Constitucionalidade na América Latina:

- a) *Controle de constitucionalidade concentrado de leis exercido exclusivamente pela Corte Suprema de Justiça ou por um de seus órgãos, a Sala Constitucional*: Uruguai, Honduras e Panamá.
- b) *Controle judicial concentrado de constitucionalidade das leis exercido pela Corte Suprema ou pelo Tribunal Constitucional em um sistema misto ou integral de controle (concentrado e difuso)*: México, Venezuela, Peru, Equador e Colômbia.
- c) *Controle judicial concentrado de constitucionalidade de leis exercido de forma exclusiva e paralela pela Corte Suprema de Justiça e um Tribunal Constitucional*: Chile.
- d) *Controle preventivo combinado com o controle sucessivo ou a posteriori*: Colômbia, Venezuela, Equador, Panamá, Costa Rica e Bolívia.
- e) *Controle preventivo como único método de controle concentrado*: Chile.

No caso específico do Brasil, vale lembrar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade estão reguladas pela Lei 9868/1999 enquanto a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é tratada na Lei 9882/1999.

Conclusões

Encerrando, vale insistir em uma constatação: o constitucionalismo latino-americano se encontra inserido no modelo de constitucionalismo contemporâneo que, sem dúvidas, tem um conteúdo bem diferente daquele que era próprio da época das Independências – século XIX, constitucionalismo liberal – ou mesmo daquele nascido no século passado, mais precisamente em 1917 (México) e 1919 (Weimar) – constitucionalismo social. É importante lembrar que alguns autores chegam a afirmar que a América Latina (quase em todos os Estados que a compõem) não conheceu o Estado Social.

Referências

- ALECRIM, O. (1953). *Idéias e instituições no Império: influências francesas*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Políticos.
- ANDRADE, M. C. de. (1990). *O Brasil e a América Latina*. 2. ed. São Paulo: Contexto.
- _____. (2000). *Brasil: realidade e utopia*. Recife: UFPE.
- ARAUJO, J. A. E. (1994). *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Editorial Trotta.
- ARTOLA, M. (1991). *Las cortes de Cádiz*. Madrid: Marcial Pons.
- BECHARA, E. (2008). *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 1. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional.
- BELAUNDE, D. G. (2003). *El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias*. Lima. Disponível em: [<http://www.garciabelaunde.com/articulos/Elconstitucionalismolatinoamericanoyinfluencias.pdf>]. Acesso em: 19.09.2011.
- BELAUNDE, D. G. (2009) *El derecho procesal constitucional em perspectiva*. Lima: IDEMSA.
- BELAUNDE, D. G.; SEGADO, F. (1997). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson.
- BETHELL, L. (2001). *História da América Latina, vol. III: da Independência a 1870*. São Paulo: Edusp/Imprensa Oficial/Funag.
- BONAVIDES, P.; ANDRADE, P. de. (1988). *História constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra.

- BREWER-CARÍAS, A. R. (2001). *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América*. Caracas: Jurídica Venezolana.
- BRUIT, H. H. (2000). Invenção da América Latina? In: ENCONTRO DA ANPHLAC, 5., Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: ANPHLAC. Disponível em: [http://anphlac.fflch.usp.br/sites/anphlac.fflch.usp.br/files/hector_bruit.pdf]. Acesso em 14 de março de 2016.
- CAMPINHO, B. B. (2010). A jurisdição constitucional e o processo democrático na experiência latino-americana contemporânea. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: Fundação Boiteux.
- CARPIZO, J. (2009). *Concepto de Democracia y sistema de gobierno en América Latina*. México: Universidad Autónoma de México.
- COLINA, F. C. A. (2011). *Manual de derecho y realidad social latinoamericana*. Buenos Aires: La Ley.
- COUTINHO, E. F. (2003). *Literatura comparada na América Latina: ensaios*. Rio de Janeiro: UERJ.
- DANTAS, I. (1978). Conteúdo político do liberalismo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte.
- _____. (1979). Conteúdo sociológico-jurídico da história constitucional. *Revista de Jurisprudência – Arquivos do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro*, vol. 21. Rio de Janeiro: Lex Editora S/A.
- _____. (1981-82). O pensamento constitucional brasileiro de 1808 a 1822. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Norte*, Natal, vol. LXXIII-LXXIV.
- _____. (1986). *Direito Constitucional e instituições políticas*. São Paulo: Jolovi.
- _____. (1994). *Constituição Federal: teoria e prática*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar.
- DINIZ, D. C. B. (2007). O conceito de América Latina: uma perspectiva francesa. In: XI Encontro Regional da ABRALIC, 2007, São Paulo. *Anais do XI Encontro Regional da ABRALIC*. USP: São Paulo.
- ESPIELL, H. G. (1988). *Intento preliminar de una determinación de ciclos en la evolución constitucional iberoamericano*. Bogotá: Instituto IberoAmericano de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia.
- FERREIRA, M. (2010). América Latina hoje: elementos para uma interpretação. *Dialética*, vol. 1, n. 1, p. 43-49.
- FREITAS, E. de. (s.d.). México. Disponível em: [<http://www.brasilecola.com/geografia/mexico.htm>]. Acesso em 29 de agosto de 2011.
- FROTA, R. (2000). *Derecho Constitucional y control de constitucionalidad en Latinoamérica*. Fortaleza: UFC.
- GUERRA, L. L.; LUQUE, L. A. de. (1998). *Las Constituciones de Iberoamérica*. Madrid: Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

- IRELAND, G. (1941). *Cursillo de Derecho Constitucional americano comparado*. Trujillo: Imprenta Montalvo.
- JAYME, F. G. (2000) *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey.
- JUNCO, J. A.; LUZÓN, J. M. (Eds.). (2006). *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- MASCARENHAS, R. T. de A. (2010). A Constituição entre a esperança e a frustração: a busca de um novo constitucionalismo Latino-Americano. *Revista da EMARF*, Rio de Janeiro, p. 129-141. Disponível em: [<http://www.trf2.gov.br/emarf/documents/revistaemarfseminario.pdf>]. Acesso em 15 de março de 2016.
- OLIC, N. B.; CANEPA, B. (2004). *Geopolítica da América Latina*. São Paulo: Moderna.
- PASTOR, R. V.; DALMAU, R. M. (2010). *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- SABATER, J. A. (1996). *Constitucionalismo y derecho constitucional: materiales para una introducción*. Valencia: Tirant lo Blanch Livros.
- SÁEZ, M. A. (1999). *Sistemas políticos de América Latina, vol. 1: América del Sur*. Madrid: Tecnos.
- SAGÜES, N. P. (2004). El desarrollo del derecho procesal constitucional: logros y obstáculos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional – Proceso & Constitución*. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/28249395_El_desarrollo_del_Derecho_Procesal_Constitucional_logros_y_obstaculos]. Acesso em 14 de março de 2016.
- URBINA, A. T. (1971). *La primera Constitución político-social del mundo: teoría y proyección*. México: Porrúa S/A.
- VIADÉL, A. C. (1990). *Introducción al constitucionalismo ibero-americano*. Madrid: Ediciones de Cultura Hispánica.
- _____. (2011). *Las Cortes de Cádiz, la Constitución de 1812 y las independencias nacionales en América*. Valencia: UGARIT/Universidad Politécnica de Valencia.
- VIAMONTE, C. S. (1959). *Bases esenciales del constitucionalismo iberoamericano*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- VVAA. (1990). *Constitucionalismo latino y liberalismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Noções elementares do reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia: um subsídio à mudança do paradigma nacional trazido pelo novo CPC

Jean Carlo Leeck

Resumo

O Código de Processo Civil de 2015 rompe¹ o tradicional paradigma da *infallibilidade da lei* e traz uma visão de estabilidade por meio da certeza da atuação do Poder Judiciário em decisões capazes de *moldar o ordenamento jurídico*, concepção que alcança o Judiciário Eleitoral. O tema escolhido é o modelo processual de *reenvio prejudicial* enquanto instrumento paradigma capaz de assegurar a prestação jurisdicional em uma roupagem única na União Europeia.

Palavras-chave: Reenvio prejudicial. Decisões judiciais uniformes. Estabilidade. União Europeia.

Abstract

The Civil Procedure Code of 2015 breaks the traditional paradigm of the *infallibility of the law* and brings a vision of stability through the certainty of the Judiciary, acting in decisions that are *capable of shaping the legal system*, concept that achieves the Electoral Judiciary. The theme chosen is the procedural model for *the reference for a preliminary ruling* paradigm as an instrument capable of ensuring adjudication in a single garment in European Union.

Keywords: Preliminary ruling. Standard judicial decisions. Stability. European Union.

Sobre o autor

Jean Carlo Leeck é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba e Administração de Empresas pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná. Especialista em Direito Empresarial e habilitado para docência em ensino superior pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Estudos Europeus pela Associação de Estudos Europeus da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrando em Ciências Jurídico-Empresariais, menção em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado e juiz-membro do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná na Classe dos Advogados-Substitutos (Biênios 2012/2014 e 2015/2017), tendo ocupado a titularidade no Processo Eleitoral de 2012

1. Artigo 1045 (Brasil, 2015).

Considerações preliminares

Na ocasião da Quarta Edição do Café Cultural da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, evento presidido pelo Desembargador Luiz Fernando Tomasi Keppen, o professor doutor Luiz Guilherme Marinoni trouxe-nos discurso sobre a Estabilidade das Decisões no Novo Código de Processo Civil.

O catedrático da UFPR referiu em balizada exposição que vivemos, com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015, uma mudança do paradigma: o rompimento da tradicional visão de segurança jurídica versada pela *infallibilidade da lei* para uma ótica da estabilidade por meio da certeza da atuação do Poder Judiciário em uma determinada circunstância concreta.

Defendeu, s.m.j., como acertada a ideia trazida pelo novel *Codex* na qual os Tribunais Superiores proferem decisões capazes de *moldar o ordenamento jurídico*² como forma assecuratória plena dos princípios da legalidade e isonomia, assim como ocorre de forma bem-sucedida na *common law*.

Não pretendemos aqui ombrear ou refutar a brilhante exposição pretérita, mas considerando, assim como a aplicação no âmbito da Justiça Eleitoral³, apresentá-la de forma sucinta diante da efervescência do tema, o modelo processual adotado pela União Europeia: *O reenvio prejudicial*.

Previsto no art. 267^{o4} do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), o *reenvio prejudicial é mecanismo clássico*

2. “Art. 926. Os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (Brasil, 2015).

3. “Art. 15. Na ausência de normas que regulem os *processos eleitorais*, trabalhistas ou administrativos, as disposições desse Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente” (Brasil, 2015, grifo meu).

4. “Art. 267^o. O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título de prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma das questões desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão dessa natureza seja suscitada em processos pendentes perante um órgão jurisdicional cujas decisões não sejam susceptíveis de um recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal” (Jornal Oficial

de cooperação judicial, um instrumento do *constitucionalismo federalista* (Machado, 2014, 623) articulador da integração entre direito nacional e direito da União Europeia, que destituído de caráter contencioso, pretende assegurar a uniformização e primazia na aplicabilidade do direito comunitário.

É quase intuitiva uma leitura do ideário perseguido pelo Tratado da União Europeia calcado na perspectiva clássica de Bobbio (1999, 170), ao conceber diante da diversidade de sistemas nacionais e as culturas “resultantes de uma estratificação secular de ordenamentos diversos, a princípio independentes uns dos outros e depois, pouco a pouco, absorvidos e amalgamados no ordenamento estático único vigente” (Bobbio, 1999, 161).

Nesse contexto, “o modelo de estado mundial, implicando a dissolução da soberania estatal e concentração federal das unidades políticas numa república universal que constitua um sistema unificado de autoridade” deu ensejo a uma “evolução ‘ativista’ do papel do Tribunal de Justiça da União Europeia na definição e proteção da supremacia e do efeito direto das normas comunitárias” é característica demarcada por Marques e Barcelos (2014, 14 e 16).

Sobre esse prisma, ao Tribunal de Justiça Europeu cabe interpretar e apreciar a validade da norma da União Europeia⁵. O *reenvio prejudicial* foi concebido como o instrumento hábil de controle concreto da lei, para o Excelso Pretório conformar uma *boa administração da justiça*, notadamente em cooperação com os Tribunais Nacionais, assegurando *aplicação única e isonômica do direito comunitário* (legalidade, igualdade, uniformidade e segurança jurídica) entremeado que está pelas distintas ordens jurídicas nacionais que exigem harmonização.

Trazemos aqui noções elementares de compreensão do rito processual, sem a pretensão de esgotar o tema, identificando a aplicação, as hipóteses em que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) pode e deve ser provocado, os sujeitos de direito capazes de manejar o *reenvio prejudicial*.

da União Europeia, 2012, 164). Se uma questão dessa natureza for suscitada em processo perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.

5. Arts. 275º/276º do TFUE c/c Art. 10º do Protocolo (nº 36) Disposições Transitórias do Tratado de Lisboa.

Reenvio prejudicial

É sabido que ao direito da União Europeia foram atribuídos forma e contornos próprios. Os Estados membros *mitigaram* a sua soberania nacional em *prol* de um *ideário constitucionalista federativo* sem a menor sombra de dissuasão, ainda que diante da rejeição plebiscitária da Constituição Europeia, estabeleceram um *poder regulatório da União*.

Como lembra Marques e Barcelos (2014, 17), *a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia parece ter emergido como uma solução para dotar a UE desse momento constitucional, incitado neste caso pela definição do conjunto de princípios e proteções da liberdade individual dos cidadãos que comporiam o ethos europeu [...] Desde seu mandato de redação que a Carta foi encarada como veículo de aprofundamento do constitucionalismo europeu*.

No cenário em que coabitam, Direito da União e Ordenamentos Nacionais dos Estados membros, foi consagrado *reenvio prejudicial* como um *incidente processual* que estabelece uma forma de *diálogo judicial* entre os juízos nacionais e a jurisdição da União Europeia (UE) acarretando a suspensão de instância, para uniformizar a aplicação do direito comunitário por meio do TJUE⁶.

Em uma noção primeira, o reenvio prejudicial é um instrumento processual de dualidade fundamental de objetivos: a) estabelecer um mecanismo de cooperação judiciária; b) assegurar a uniformidade da aplicação do direito comunitário.

Visando primordialmente a garantir que a prestação jurisdicional ocorra em uma roupagem única para cada um dos processos que tramitam perante os órgãos jurisdicionais nacionais, os quais desenvolvam circunstâncias de interesse da unidade sistemática europeia, foi idealizado o mecanismo para proteger a cidadania e os direitos e interesses dos particulares – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e atos nacionais de execução.

No específico diapasão processual, consolidado o entendimento⁷ que cabe ao autor *solicitar a tutela jurisdicional* do Estado e, “a partir da proposição (ou propositura) da ação, cabe ao juiz providenciar

6. Embora tecnicamente não exclusivo (Art. 256º, nº 1, TFUE), na prática desprovida de efeito ao Tribunal Geral em matéria de reenvio prejudicial.

7. Sem desconhecer e descuidar das exceções.

pelo andamento do processo” (Freitas, 2014, 157), permanece gestão e autonomia do processo atribuída ao julgador nacional originário para realização da justiça, acrescida, porém, de um *poder/dever* de *pronunciar incidentalmente* o TJUE quando em voga está a *norma comunitária que dependa de interpretação* uníssona.

Estabelece nessa ótica uma “comunicação sistémica com os vários meios processuais europeus e nacionais” (Machado, 2014, 626), sendo “recomendável que o tribunal nacional justifique a necessidade objectiva de uma pronúncia do Tribunal de Justiça para a resolução do litígio concreto” (Gorjão-Henriques, 2014a, 470).

Nesse compasso, embora o TJUE não detenha competência para *aplicar as normas do direito comunitário ao caso concreto* sob a jurisdição do nacional (entendimento consolidado no caso *Lucchini*⁸), pode a Corte Europeia interpretar o direito da União e reconhecer normas não referidas no quadro da questão prejudicial, quando existentes elementos de convicção em indicação *suficientemente clara* do *quadro geral e factual* em que está incerto esse *reenvio*.

A essa noção prefacial cabe acrescer que a decisão final enquanto *subsunção do fato a norma* permanecerá integralmente com a jurisdição nacional que detém “plena liberdade de interpretação e aplicação do Direito Comunitário” (Quadros, 2006, 29), porém acrescido do que podemos entender como uma *contribuição* do TJUE quando a lide, em todo ou em parte, depender da correta interpretação de pelo menos uma normativa comunitária.

Objeto do reenvio prejudicial

Estabelece o artigo 19º, nº 3, alínea “b”:

O Tribunal de Justiça da União Europeia decide, nos termos do disposto nos Tratados: [...] b) *A título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais*, sobre a *interpretação* do direito da União ou sobre a *validade dos actos adoptados* pelas instituições; (Jornal Oficial da União Europeia, 2012, 27).

8. Acórdão *Verband Sozialer Wettbewerb*, de 2/2/1994, proc.-C-315/92, Colect., I-317, nº 7, reverberada na opinião do Acórdão *Diego Cali*, de 18/3/1997, proc.-C-343/95.

Portanto, o objeto da questão prejudicial é a resposta a pelo menos uma de duas questões: a) a interpretação de uma disposição do direito comunitário; b) a apreciação da validade de um ato emanado das instituições da União Europeia.

Reenvio de interpretação

O *reenvio de interpretação* abarca o *direito primário*, enquanto função típica de *jurisdição constitucional*, aferindo a legalidade de atuação e interpretação da UE e de seus Estados Membros em relação ao TUE, TFUE, CDFUE, atos de adesão e protocolos.

Também, a *função interpretativa* de classificação *hermenêutica* abrangendo os direitos secundários e terciários contidos nos atos, normativos e não normativos, realizando a unidade, racionalidade coesão e aplicação uniforme de todas as autoridades da UE em todos os Estados membros. Abrange, pois, o reenvio prejudicial, tanto as normas de direito originário quanto as normas de direito derivado.

Por meio dele o órgão jurisdicional nacional insta o TJUE, fornecendo os dados factuais, elementos concretos, assim como definindo expressamente o *tema interpretandi*, sendo indispensável que para o desfecho da circunstância jurídica posta em análise, a questão interpretativa assuma relevância nevrálgica.

Em resposta a provocação, o TJUE deverá observar o tema *in abstracto* não adentrando na aplicação da norma interpretada ao acaso concreto (subsunção). Essa modalidade de reenvio recebe o viés de garantir a *interpretação do direito nacional* nortear-se em conformidade com as normas comunitárias.

Reenvio de validade

O *reenvio de validade*, a seu turno, caminha para além da discussão de validade de um ato, o parâmetro de controle aqui é o direito primário e secundário. Objetiva assegurar o respeito ao “princípio da legalidade dos actos da UE” examinando-a “em sua dimensão negativa de proibição da contradição” (Machado, 2014, 628). O reenvio de apreciação de validade apenas pode incidir, pois, sobre as normas de direito derivado.

Portanto, o *reenvio de validade* poderá comportar tanto a legalidade material, quanto a legalidade formal. As causas de invalidade

suscitadas estão previstas como fundamento de um recurso direto de anulação no artigo 263º: a) violação da legalidade comunitária (violação dos Tratados e dos princípios gerais de direito integrados no direito comunitário e reconhecidos como tal pelo Tribunal de Justiça; b) incompetência da autoridade comunitária que praticou o ato; c) vício da forma; d) desvio de poder.

Reenvio pelos Estados membros

O reenvio integra uma competência exclusiva de natureza jurisdicional. A modalidade não é um recurso propriamente dito, tampouco uma faculdade *das partes* do processo principal. Trata-se de uma circunstância *envolvendo unicamente juízes nacionais e europeus* naquilo que o professor Jónatas Machado (2014, 628) chama de *diálogo transjudicial*, sem retirar das partes, contudo, o direito de suscitar incidentalmente as questões de interpretação e validade da norma.

Impõe-se, na hipótese, a *natureza jurisdicional* do processo, para que o Tribunal *a quo* seja comum ou constitucional (autonomia dogmática do TJUE, órgão independente, estabelecido por lei, em caráter permanente e de competência obrigatória que proclame decisões vinculativas que expressem caráter soberano) mas a competência exclusiva é definida pelo TJUE, enquanto juízo *ad quem*.

Recebimento do reenvio pelo TJUE

Como vimos, o *reenvio prejudicial* é um instrumento de cooperação judicial entre os Tribunais Nacionais e a jurisdição da UE estando adstrita a matéria à *validade* ou *interpretação* do direito da União, quando em regra, o TJUE é obrigado a se pronunciar.

O reenvio prejudicial é uma decisão *discricionária* do Tribunal Nacional, todavia existem casos em que sua remessa é obrigatória. Há pressupostos: a) a relevância da questão, competindo ao juiz mensurar a necessidade de uma decisão do TJUE; b) avaliação da necessidade material e pertinência processual da questão.

Não entrou em vigor delimitação estatutária das matérias pertinentes ao TJUE, assim cabe ao juízo *ad quem* a qualidade subjetiva de processar o reenvio prejudicial, bem como recusar-se a responder à questão que não preencha ou se afaste das diretrizes e requisitos

anteriormente mencionados. Segundo Castro (1997, 111), “o critério da decisão sobre o momento mais oportuno para suscitar o reenvio é apenas o da economia do processo pendente perante o juiz nacional”.

Tipos de reenvio

O *reenvio prejudicial* é classificado como facultativo ou obrigatório. Atuam em favor do princípio judicial *self-restraint* e na utilização do *writ* pelos Tribunais Nacionais, como veremos.

Reenvio facultativo

É a decisão discricionária do reenvio que está insculpida no artigo 267º do TFUE, deverá sopesar *múltiplos fatores*, desde a morosidade que causará ao feito, a vontade das partes, os custos envolvidos, a relevância e pertinência processual da matéria e até mesmo a sobrecarga ao TJUE.

Observemos o parágrafo segundo do artigo 267º do TFUE ao estabelecer:

Sempre que a questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados *membros*, esse órgão *pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária* ao julgamento da causa, *pedir* ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie (Jornal Oficial da União Europeia, 2012, 164, grifos meus).

Cristalino está na literalidade normativa que a provocação pelo órgão jurisdicional nacional positivada no § 2º do artigo 267º do TFUE confere uma faculdade, não sendo norma imperativa como na circunstância exposta no § 3º seguinte.

Até porque, quando está em causa um *ato claro* (*acte claire*), quando a norma em si mesma é suficientemente *clara* ou quando o ato foi clarificado por jurisprudência uniforme do TJUE (*acte éclairé*), os Tribunais Nacionais *não devem proceder o reenvio*, vez que inexistirá *dúvida razoável* capaz de ensejar o recebimento do remédio processual.

Como lembra com propriedade o professor Jónatas Machado (2014, 635):

Não existe um sistema rigoroso de medição da clareza do ato para sustentar o reenvio, quando ele seja facultativo, ou para dispensar, quando ele seja obrigatório. Na prática, muito pode ficar dependente do juízo do tribunal nacional acerca da sua própria competência em direito da UE.

Muito embora o Tribunal Nacional possa quedar-se silente em relação ao processamento do incidente, quando entender que a matéria não suscita o *prejudicial*, tecnicamente não é dele o *monopólio de rejeição*. Esse pertence ao TJUE, em relação à circunstância que o *reenvio* merece ou não merece apreciação.

Reenvio obrigatório

Já o parágrafo terceiro do artigo 267º do TFUE estabelece uma espécie de remessa *ex officio*⁹, quando há decisão terminativa de feito no direito interno, *verbis*:

Sempre que a questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante órgão de jurisdição nacional cujas *decisões não sejam suscetíveis de recurso* judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter *a questão ao Tribunal* (Jornal Oficial da União Europeia, 2012, 164, grifos meus).

Nesta leitura, dois são os sentidos possíveis: a) somente estariam sujeitos ao imperativo os tribunais nacionais do *topo* da hierarquia legal nacional (em Portugal: Supremo Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Administrativo e Tribunal de Contas); b) quaisquer órgãos, de quaisquer instâncias, cujas decisões nas *hipóteses concretas* não se submetam ao grau recursal.

Tribunal de Justiça vem, ao nosso sentir corretamente, adotando a *teoria concreta* para o *reenvio obrigatório* estampado na segunda vertente, baseado na interpretação do Acórdão¹⁰, *Da Costa em*

9. *By own motion*: diz-se quando o órgão jurisdicional toma iniciativa de um ato devido ao seu ofício.

10. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C=28-62/&language-pt>>. Acesso em: 6 abr. 2016.

Schaake NV e o.c. Administração Fiscal Neerlandesa, de 27/3/1963 procs. 28 a 30/62 Rec., 1963, I, pp. 59.

Valorizando o caso concreto, o TJUE afasta, pois, qualquer possibilidade de restrição da devida uniformização da norma da União, quando o ordenamento interno do Estado membro está dissociado de alguma forma do princípio do duplo grau de jurisdição, ainda que tal hipótese redunde em maior número de feitos postos a sua apreciação.

Vale anotar ainda que os Tribunais arbitrais não vêm sendo reconhecidos pelo TJUE como órgão jurisdicional nacional, sob a ótica de que esses não preenchem os requisitos legais (*ex vi* Acórdãos¹¹ *Nordsee e Syfait*).

Procedimento do reenvio prejudicial

Não restou prescrito no TUE, quer de forma explícita quer implícita como o juiz nacional deve submeter a questão prejudicial ao TJUE, sendo irrelevante, em princípio, uma decisão interlocutória, uma resolução ou um acórdão servirão igualmente ao fim, desde que haja suficiente motivação.

O próprio TJUE (Tribunal de Justiça, 2009) recomenda a suficiência de dez (10) laudas para descrever adequadamente e de forma completa à decisão do *reenvio prejudicial*, com exposição sucinta do objeto do litígio, o conteúdo das disposições nacionais, as disposições do direito da União, as razões que levaram o órgão jurisdicional a questionar pelo reenvio a validade de certas disposições, finalizando com um resumo das razões de parte a parte, indicando o órgão judicial motivado, se julgar pertinente, o seu ponto de vista.

É compreensão já sedimentada até aqui que compete à instância de jurisdição nacional o *reenvio (iudex a quo)*, fornecendo ao TJUE (*iudex ad quem*) um quadro fático-normativo completo e detalhado capaz de nortear sua apreciação sobre a norma de direito da UE em voga.

É fácil entender que as questões fático-probatórias e as matérias pertinentes a lide estão postas de forma clara após a delimitação da controvérsia com a formação tripartite (Requerente – Estado Juiz

11. Respectivamente TJUE 23/03/1982, Processo n° 102/81 e 31/03/2005, Processo n° 53/03.

– Requerido), mas podem ser percebidas mais adiante, por exemplo, quando da instrução processual, ou mesmo quando da conclusão antecedente à sentença de mérito.

Sabidamente, o reenvio prejudicial tem sido admitido pelo TJUE em *qualquer fase do processo*¹², pois a controvérsia direta ou transversa em matéria de direito europeu pode saltar aos olhos no curso da demanda.

Também foi dito na exposição que antecedeu, mas cabe firmar definitivamente, a noção de que a *legitimidade ativa* para provocar o incidental pertence ao órgão julgador do Estado *membro*, devendo após o pedido de pronúncia, de iniciativa exclusiva do juiz nacional, determinar a *ciência das partes*, informando que *questões de direito comunitário* foram suscitadas ao TJUE.

Embora não detenham às partes legitimidade ativa, podem deduzir suas razões em petitório fundamentado e alegações orais ou escritas em audiência (respeitado sempre o *due process of law*), assim como, fundamentando ausência dos pressupostos, recorrer ao Tribunal Nacional opondo-se ao reenvio prejudicial provocado pela autoridade judiciária.

Há quem defenda que estar-se-ia por encetar “uma possibilidade, ainda que indirecta, de contrariar comportamentos dos Estados membros que violem a disciplina e primazia dos tratados” (Castro, 1997, 111), oportunizando a manifestação do particular.

Por derradeiro, cumpre repisar que compete ao Tribunal de Justiça da União Europeia, em caráter exclusivo, o recebimento e processamento do reenvio prejudicial.

Tutela de urgência

Restou deduzido anteriormente que, a partir do momento em que o juiz ou Tribunal Nacional pronuncia o *reenvio prejudicial*, o feito fica sobrestado (suspensão de instância), aguardando a diretriz do TJUE, ocasionando um prolongamento do processo.

Há, contudo, matérias de urgência e relevância que podem incorrer no perigo da demora (*periculum in mora*) diante da suspensão

12. Processos 36 e 71/80, *Irish Creamery Milk Suppliers*, Col. 1981, p. 735. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-36/80&language=pt>>. Acesso em: 6 abr. 2016.

do curso processual que tiveram tratamento excepcional, como veremos a seguir.

Tutela cautelar

Adotando a dupla acepção da “efetividade das normas e efetividade dos direitos” a tutela cautelar “envolve diretamente o princípio da proporcionalidade no sentido amplo, em suas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e a garantia de conteúdo essencial dos direitos e interesses” (Machado, 2014, 641).

A via incidental transparece como sendo de mão dupla, tanto capaz de garantir precariamente a supremacia da norma da UE que porventura destoa da interna, quanto para conceber a validade da norma nacional afastando, em juízo perfunctório, a pretensa incongruência ao sistema do direito da União.

A importante tutela provisória cautelar deve ter como condicionante ao juízo os seguintes requisitos: a) efetivado o *reenvio prejudicial* ao TJUE; b) demonstrado o *fumus boni iuris* fundamentado na dúvida sobre a validade do ato; c) demonstrado o *periculum in mora* fundado na necessidade de evitar prejuízos graves, irreparáveis ou de difícil reparação à parte que suscita a medida; d) comprovada a prestação de garantias suficientes pela parte requerente; e) sope-sado o impacto no ordenamento jurídico da UE; f) observadas as decisões pretéritas do TJUE em relação à aplicabilidade de medidas precárias de natureza cautelar.

Tramitação acelerada

Em outra via de tutela de urgência caminha o pedido de tramitação acelerada em casos que envolvam pessoas aprisionadas. Enquanto a medida cautelar incidental pretendia a parte *fazer valer* ou *afastar* a validade, de forma precária de uma norma questionada pela via *reenvio prejudicial*, a *tramitação acelerada* almeja, diante da via estreita, que o *próprio reenvio* seja apreciado pelo TJUE em *pronúncia com maior brevidade*, à luz do § 4º do artigo 267º do TFUE¹³.

13. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tri-

Segundo Machado (2014, 643), isso ocorre “por meio do encurtamento de prazos para apresentação de alegações e a dispensa de conclusão ao advogado-geral” com esteio no artigo 23º, A, § 2º, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia (ETJUE).

Tramitação urgente

A seu turno, a tramitação urgente prevista na letra A do artigo 23º do citado ETJUE, a bem da verdade é uma espécie do gênero *tramitação acelerada*, anteriormente referido, porém, em uma ordem mais restrita, tratam exclusivamente da *liberdade, segurança e justiça*.

Na modalidade pretende-se um trâmite ultrarrápido, para além da tramitação acelerada, porém, padecendo da redução de direitos, como das partes apresentarem alegações e observações, bem como da dispensa de fase escrita do processo.

A decisão do TJUE

É singela a percepção que não restou expresso no artigo 267º do TFUE qualquer referência à forma e ao conteúdo da *sentença de reenvio prejudicial*. Segundo a melhor doutrina, esses efeitos devem ser deduzidos da norma.

Como assenta Gorjão-Henriques (2014a, 481) o “acórdão do Tribunal de Justiça apresenta-se, de certa forma, a meio caminho entre a apreciação abstrata típica do assento e a concentração do precedente”.

A decisão do Tribunal de Justiça faz coisa julgada no processo e *deve* (forma imperativa), *ser* aplicada ao caso concreto pelo Tribunal Nacional ainda, que, em regra, o TJUE não possa interferir imediatamente na solução do caso concreto, embora existam referência doutrinária de que, em determinadas hipóteses a Corte vereda *aos próprios factos*.

A bem da verdade o Tribunal de Justiça deve indicar ao juízo originário elementos que lhe permitam apreciar a compatibilidade das normas nacionais com o direito da União no exercício da

bunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível (Jornal Oficial da União Europeia, 2012, 164).

“autoridade da interpretação” (Gorjão-Henriques, 2014a, 480) (*ex vi* Acórdão *Cilfit*¹⁴).

Lembremos que a decisão do TJUE é declarativa (declaratória no Brasil) e não constitutiva, hipótese última aplicável a sentença de mérito na jurisdição nacional que provocou o *reenvio*.

Decisão de interpretação

Na interpretação do direito primário, é determinado o sentido das normas do bloco de constitucionalidade da UE, que serve como parâmetro de controlo dos actos de direito secundário e terciário [...]. Na interpretação dos actos das instituições [...] deve observar-se o princípio da interpretação em conformidade com o direito primário [...], desde que não seja contra legem a declaração de invalidade do acto (Machado, 2014, 645).

Nesses termos, o conteúdo hermenêutico da decisão declarativa¹⁵ proferida pelo TJUE vincula o Tribunal Nacional na prestação jurisdicional constitutiva.

A decisão, tratando-se de interpretação de uma norma de direito da EU, tem eficácia retroativa (*ex tunc*), portanto, seu o alcance remonta ao início da vigência e não após a sentença (*ex nunc*). Todavia, está consolidado o entendimento no TJUE e, segundo aponta a doutrina nos tribunais nacionais, o *decisum* deve fixar os contornos temporais de aplicação, consoante alicerces assim definidos: a) boa-fé dos meios interessados; b) risco de perturbações graves; c) incerteza objetiva sobre o direito aplicável.

Tomemos como exemplo o anteriormente referido caso *Cilfit*, fazendo uma análise superficial sobre a controvérsia: de um lado, as empresas entendiam que o n° 2 do artigo 2° do Regulamento n° 827/1968 – relativo à organização de mercado comum para produtos arrolados no Anexo II do Tratado, a elas mais favorável – vedava a *importação* de *encargos aduaneiros* sobre produtos de *origem animal*, acrescentando valores ao custo da matéria-prima lã. Do outro, o Ministério da Saúde entendia que as lãs não se enquadravam na

14. Processo 283/81, Colet. 1982, p. 3415, de 6/10/1982. Disponível em: <<http://bit.ly/1SZprMV>>. Acesso em: 6 abr. 2016.

15. Decisão declaratória é o termo mais utilizado no Brasil.

hipótese legal mencionada, mas sim submetidas à organização comum do mercado agrícola.

O *reenvio prejudicial* de interpretação foi colocado pela *Corte Suprema di Cassazione*, diante da competência do Tribunal de Justiça para tratar, entre outros assuntos, os atos adotados pelas instituições da Comunidade, nos seguintes termos:

O terceiro parágrafo do artigo 267º, o qual dispõe que, quando uma questão do tipo das que são enumeradas no parágrafo primeiro do mesmo artigo, é suscitada em processo pendente perante um órgão judicial nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça, estabelece uma obrigação de reenvio que não permite ao juiz nacional levar a cabo qualquer apreciação sobre o fundamento da questão suscitada ou subordinada – e com que limites – essa obrigação à existência prévia de uma dúvida razoável de interpretação?

Conclui a Corte Europeia que na aplicação correta do direito comunitário que o órgão jurisdicional nacional, antes de suscitar o reenvio prejudicial, deve *estar convencido* de que a mesma *obrigação*, ou aquilo que ousamos denominar *poder/dever*, caberia igualmente a outros tribunais de outros Estados membros.

Conclui também que, para o caso vertente, assim como para quaisquer que o sigam, há *obrigatoriedade da remessa* na aplicação do vernáculo *sempre que uma questão dessa natureza seja suscitada*, ainda que *não se verifique identidade estrita entre as questões do litígio*. No entanto, a existência dessa possibilidade deve ser aferida de acordo com as características do direito comunitário e das dificuldades e peculiaridades da interpretação colocada.

Consagrou assim o Tribunal de Justiça, a *Teoria do Acto Claro*.

Decisão de invalidade

Anote-se inicialmente que o TJUE, segundo Machado (2014, 646-7) “profere decisão de invalidade de um ato [nulo] de direito secundário ou terciário da UE quando não for possível sua conformidade com o direito primário” da UE

A noticiada declaração sentencial poderá considerar o ato integral ou parcialmente inválido, resguardando sempre a suficiência da normativa capaz de restaurar a legalidade. Pronunciando-se pela invalidade do ato, os efeitos são *erga omnes*, segundo o decidido no precedente *International Chemical Corp*¹⁶.

Vale lembrar que parte da doutrina, diante dos efeitos vinculativos de profusão *erga omnes* da declaração de invalidade, tem sustentado que a decisão do TJUE acaba por *extravasar ao caso concreto por força de uma espécie de stare decisis*, na medida em que a questão de invalidade deixa de ser abordada em outros processos.

O paradigma a ser aqui mencionado é o caso *Foto-Frost*¹⁷. Teve como objeto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177º do Tratado CEE, pelo *Finanzgericht Hamburg* (República Federal da Alemanha), destinado a obter no processo vertente uma *decisão prejudicial* sobre a interpretação do artigo 177º do Tratado CEE.

Na hipótese em apreço, observamos a primeira vez que o Tribunal de Justiça foi confrontado com a necessidade de responder uma delicada questão: Os Tribunais dos Estados membros, que não decidem em última instância, eram competentes para se pronunciarem acerca da invalidade de atos comunitários?

Estava sob sua apreciação o problema colocado no âmbito de uma decisão nacional susceptível de recurso de direito interno e, portanto, a remessa à interpelação do Tribunal de Justiça *não é um dever*, mas, como mencionamos anteriormente, *uma faculdade do juiz*. As partes intervenientes e o então advogado-geral Mancini solicitaram ao Tribunal de Justiça que este se pronunciasse *negativamente ao problema colocado*.

Estabeleceu, todavia expressamente a competência única dele, Tribunal de Justiça, para *declarar a invalidade de ato comunitário*, pois a invalidade de uma norma comunitária declarada por um juiz nacional acarretaria a violação do princípio maior: *coesão jurídica comunitária*, tais normas poderiam ficar isentas de fiscalização quanto à sua validade.

16. Processo 066/1980, Acórdão de 13/5/1981. Disponível em: <<http://bit.ly/1Viw-Zyc>>. Acesso: 6 abr. 2016.

17. Processo 314/1985, Acórdão de 22/10/1987, Colet., p.4199.

Também aqui a decisão trouxe um novo paradigma jurisprudencial, seguido por todos os Estados membros.

Considerações finais

O contexto sociopolítico que é percebido no horizonte tanto do legislador quanto do jurista, repercutem na concepção fundamental do direito, quer no contorno pragmático, quanto no dogmático, gerando métodos capazes de estabilizar o sistema normativo criado.

As normas, em pedagógica análise de Morcada (2014, 254),

carecem tanto de interpretação, alargamento e aplicação e ajustamento à vida, em vista de fins [...] que às imperfeições, lacunas e deficiências do direito positivo estão sempre sujeitas, para sua interpretação e integração, a certos critérios mais ou menos rígidos [...].

No Brasil, as mudanças introduzidas pela Lei 13.105/2015, buscam a segurança jurídica por meio da estreita via da *vinculação da decisão* dos Tribunais (Superiores, Regionais e Estaduais).

O modelo da vinculação das decisões dos Tribunais hierarquicamente superiores pelos hierarquicamente inferiores não é novo, a bem da verdade pode se dizer que reinventamos um sistema vigente no Século XIX, quando sobre o manto da Lei da Boa Razão¹⁸, os *Assentos da Casa da Suplicação constituíam jurisprudência a observar em casos idênticos*¹⁹, mas que de outro lado, guarda simetria ao sistema Europeu apresentado nesse trabalho.

A pretensão da uniformização dos julgados pelos Tribunais vem sendo ensaiada pelo legislador desde a Emenda Constitucional nº 45 – regulamentada pela Lei 11.417/2006, com a expressa adoção da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal – agregando, além do viés da segurança jurídica referido, igualmente a potencial solução à endêmica morosidade do processo judicial.

É visível que os introduzidos artigos 926 e seguintes do *Codex* traduzem uma normativa ainda mais ampla, estabelecendo de forma imperativa: que os *Tribunais* devem *uniformizar, manter estáveis e integrar* seus julgados, segundo pressupostos de seu *regimento*

18. Lei Portuguesa de 18 de agosto de 1769, introduzida pelas Reformas Pombalinas.

19. Almeida Costa, in *História do Direito Português*, p. 403.

*interno*²⁰, e que os juízes e tribunais hierarquicamente inferiores devem *observância vinculativa* do editado em Súmulas, Enunciados e Prejulgados, outro imperativo obrigatório.

Sobre viés analógico, o *reenvio prejudicial*, trazido em noção elementar no trabalho em tela, foi apresentado como um *instrumento processual de cooperação jurisdicional* utilizado pela União Europeia que visa assegurar a mesma *aplicação unitária do direito comunitário*, diante do cenário em que coabitam *direito da União* e distintos *ordenamentos nacionais*.

Nesse sistema, o TJUE exerce o papel fundamental, por meio do mecanismo apresentado, pois detém um determinado *poder decisório concentrado* em relação aos *pronunciamentos judiciais dos pretórios dos Estados membros* em matéria de direito da União, contando com a estreita colaboração da jurisdição nacional (*pronúncia*) e concretizando a *competência* dos pretórios originários em relação a *subsunção do fato a norma*.

Não importa o objetivo do *reenvio prejudicial* (quer *facultativo* ou *imperativo*), dependerá sempre do *impulso pretoriano nacional*, assegurando a *participação* efetiva das partes que compõem a lide principal (*due process of law*), embora alijadas da legitimidade ativa para promover a incidental.

Em regra, o legado jurisprudencial do TJUE e a referência doutrinária que crismam o *reenvio prejudicial* como *joia da coroa* demonstram o sucesso, força e vigor com que esse *interlocutório* vem sendo operado na União Europeia. Pode ser considerado, sem sombra de dúvida, um instrumento eficaz – ainda que alguns doutrinadores portugueses mitiguem sua eficiência.

Por derradeiro, resta enfatizar que o trabalho tem um condão de apresentar ao jurista o modelo processual europeu como uma fonte supletiva ao seu cabedal, diante da ruptura de paradigma assinalada que traz reflexos múltiplos, inclusive na esfera do Direito Eleitoral.

20. Autorregulação, observados os limites da lei.

Referências

- ANDRADE, M. de A. (1991). *Guia prático de reenvio prejudicial*. Lisboa: Gabinete de Documentação de Direito Comparado. 161p.
- BENTO, M. C.; ALVES, D. R. (2015). A noção de jurisdição para efeitos de inter-pelação de recurso prejudicial: a questão dos tribunais arbitrais. *Revista Jurídica Portucalense/Portucalense Law Journal*, vol. 1, n. 17, p. 89-118.
- BOBBIO, N. (1999). *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília, DF: UNB. 184p.
- BRASIL. (2015). *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm]. Acesso em 2 de março de 2016.
- CARMELHO GOMES, J. L. (2003). *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário: o exercício da Autoridade Jurisdicional Nacional na Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia*. Coimbra: Almedina. 196p.
- CASTRO, P. J. C. de. (1997). O Reenvio Prejudicial: um mecanismo de integração através da cooperação dos juízes. Apontamentos de uma história (ainda?) de sucesso. *Revista Temas de Integração*, Coimbra, vol. 2, jan-jun.
- COSTA, M. J. de A. (2014). *História do Direito Português*. Coimbra: Almedina, 5. ed. rev. atual. 608 p.
- FERNANDES, F. S. S. F. da S. (2011). *Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça Kempter, de 12 de Fevereiro de 2008, proc. C-2/06*. Dissertação (Mestrado em Direito da União Europeia) – Universidade do Minho. Disponível em: [<http://www.cedu.direito.uminho.pt/uploads/Filipa%20Fernandes%20%20Coment%C3%A1rio%20Ac.%20Kempter.pdf>]. Acesso em 3 de agosto de 2015.
- FREITAS, J. L. de. (2014). *Introdução ao Processo Civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código*. 3. ed. Coimbra: Coimbra. 246p.
- GORJÃO-HENRIQUES, M. (2014a). *Direito da União. História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 746p.
- _____. (2014b). *Tratado de Lisboa*. 5. ed. Coimbra: Almedina. 509p.
- JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. (2012). *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2012/c 326/01)*. Disponível em: [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:FULL:PT:PDF>]. Acesso em 2 de março de 2016.
- MACHADO, J. E. M. (2014). *Direito da União Europeia*. 2. ed. Coimbra: Coimbra. 676p.
- MARQUES, A.; BARCELOS, P. (org.). (2014). *Direitos fundamentais e soberania na Europa: história e atualidade*. Disponível em: [<http://www.eplab.iflnova.pt/file/>]

uploads/33020297a305657bd4bbec465217dd71.pdf]. Acesso em 20 de agosto de 2015.

- MELLO, M. C. de. (2008). *Dicionário Jurídico*. 4. ed. Lisboa: Dinalivro. 832p.
- MORCADA, L. C. de. (2014). *Filosofia do Direito e do Estado*: doutrina e crítica. 1. ed. Vol. 1 e 2. Coimbra: Coimbra. 402p e 359p.
- QUADROS, I. (2006). *A função subjetiva da competência prejudicial do Tribunal de Justiça das comunidades europeias*. Coimbra: Almedina. 226p.
- SÁ, M. N. (2012). *Artigo 267º TFUE: Lex Imperfecta?: Das Consequências da Omissão do Reenvio Prejudicial à Luz da Lei Civil Portuguesa*. 60f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica Portuguesa.
- SALDANHA, J. M. L. (2007). Mecanismos processuais da União Européia: um paradigma para o Mercosul. *Revista Jurídica*, Brasília, DF, vol. 9, n. 84, p.161-170.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (2009). Informações oriundas das instituições e dos órgãos da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, ano 52, de 5 de dezembro de 2009. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2009:297:TOC]. Acesso em 2 de março de 2016.

A importância do artigo 105-A da Lei das Eleições no asseguração da paridade de armas

Leandro Souza Rosa

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de apresentar uma análise crítica sobre a (in) constitucionalidade do art. 105-A da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, perpassando pelas correntes doutrinárias e jurisprudenciais favoráveis à declaração de sua inconstitucionalidade mediante uma síntese dos principais argumentos, bem como a exposição dos posicionamentos, em âmbito da doutrina e da jurisprudência pátrias, contrários ao reconhecimento de inconstitucionalidade, sob o prisma do princípio da isonomia na relação jurisdicional eleitoral.

Palavras-chave: artigo 105-A; Lei 9504/1997; constitucionalidade; isonomia; processo.

Abstract

This article aims to present a critical analysis of the constitutionality issue regarding section 105-A of the Law no. 9504, issued on September 30th, 1997, looking through the doctrinal and jurisprudential currents favorable to the declaration of its unconstitutionality, summarizing the main arguments presented by them, as well as displaying the positions, in doctrinal and jurisprudential aspects, of those against the recognition of said unconstitutionality, especially in the light of the principle of equality in the electoral jurisdictional relations.

Keywords: section 105-A; Law 9504/1997; constitutionality; equality; legal process.

Introdução

Originalmente, a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, não continha o art. 105-A, que foi posteriormente incluído pela

Sobre o autor

Leandro Souza Rosa é advogado, membro da Comissão de Direito Eleitoral da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná (OAB/PR). Membro fundador do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral (IPRADE). Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP).

minirreforma eleitoral efetuada pela Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009.

Na realidade, o aludido art. 105-A nem mesmo estava contemplado no projeto original que resultou na Lei 12.034/2009, porém, foi inserido pela Emenda de Plenário nº 57, da Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Bonifácio Andrada.

Referido art. 105-A apresenta a seguinte redação: “Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”¹ (Brasil, 2009).

A inserção dessa vedação pontual foi empreendida consoante à exposição de motivos do Deputado Bonifácio Andrada, nos seguintes termos:

O processo eleitoral é específico e precisa ser devidamente regulamentado e não pode ser alterado na prática do dia a dia, quer por parte do Juiz Eleitoral, quer por parte do Membro do Ministério Público. São comuns ocorrências em que o Ministério Público instala sindicâncias seguindo os procedimentos que se prevê a Lei da Ação Civil Pública ou certos tipos de inquéritos que na realidade representam providências [sic] ilegais e com graves repercussões no processo político eleitoral, mesmo que estes inquéritos não resultem em apuração de qualquer infração. Só o fato de se instalar uma sindicância contra um candidato já constitui uma providência [sic] que atinge [sic] de uma forma muito expressiva sua campanha eleitoral (Brasil, 2009).

Logo, o escopo do legislador foi obstar a utilização arbitrária e abusiva de procedimentos preparatórios genéricos sem o correlato lastro de materialidade infracional mínimo que, sem levar em conta as peculiaridades do período eleitoral, concomitantemente, atinge de forma substancial a imagem do candidato perante seu eleitorado.

Não obstante a intenção do legislador, a mencionada disposição normativa suscitou acirrada controvérsia nos âmbitos doutrinário e jurisdicional sobre sua cogitada (in)constitucionalidade, sendo imprescindível promover uma análise crítica dos posicionamentos

1. A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, também conhecida como Lei da Ação Civil Pública, disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

favoráveis e contrários à constitucionalidade da aludida regra, mediante uma ampla revisão bibliográfica e pesquisa dos principais julgados dos Tribunais Superiores, com escopo de verificar a (in) constitucionalidade, sob o prisma da isonomia entre os litigantes no processo jurisdicional eleitoral.

Posições doutrinárias e jurisprudenciais que abordam o art. 105-A da Lei das Eleições

O art. 105-A da Lei 9.504/1997, de forma expressa, veda a utilização de procedimentos previstos na Lei 7.347/1985 para a matéria eleitoral.

Isso evidencia a decisão do legislador em afastar qualquer possibilidade de se aplicar os procedimentos contidos na Lei da Ação Civil Pública, incompatibilizando todas as questões de eleitoral com os comandos inseridos naquela norma jurídica (Agra e Cavalcanti, 2010, 136), o que inviabiliza o uso de instrumentos processuais como a ação civil pública, o inquérito civil público e o termo de ajustamento de conduta.

Por isso, houve estridente insurgência do *Parquet*, sob o argumento de que tal disposição legal é inconstitucional, porquanto vulnera os arts. 127 e 129, incisos I e III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Tal manifestação está consignada no parecer do Procurador Geral da República, em sua manifestação na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.352, ainda sem julgamento, cujo objeto é a declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos alterados pelas Leis nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, e nº 11.300, de 19 de outubro de 2006².

Especificamente sobre o art. 105-A da Lei 9504/1997, a suscitada inconstitucionalidade estaria consubstanciada na restrição às prerrogativas constitucionalmente asseguradas ao Ministério Público para sua escorreita atuação institucional, além de violar os princípios da moralidade, da probidade e do abuso do poder político e econômico (Santos, 2013).

2. A ação foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), em 03 de dezembro de 2009.

Confluindo com o entendimento pela inconstitucionalidade tem-se significativa parcela da doutrina que, a exemplo de Flávio Cheim Jorge (2014, 15), defende ter sido a dita norma criada por políticos para proteção de seus próprios interesses, mesmo em desacordo com a defesa do interesse público; contudo, não é possível impedir abusos mediante a supressão do instrumento constitucional vocacionado para a reunião de provas destinadas à propositura de uma demanda coletiva, por meio da qual se alcançará a defesa do interesse público.

Nesse sentido, ao obstar a utilização dos instrumentos elencados na Lei 7.347/1985, especialmente o manejo de Inquérito Civil para colheita de informações e dados destinados a subsidiar futuras ações de natureza coletiva em matéria eleitoral, aconteceria inegável limitação dos instrumentos investigatórios do Ministério Público, maculando de inconstitucionalidade o art. 105-A da Lei 9.504/1997.

Perfilhando esse mesmo posicionamento, Antônio Veloso Peleja Júnior (2010) assevera que o Inquérito Civil é instrumento necessário à investigação e coleta de provas pelo *Parquet*, para o posterior ajuizamento da ação, de modo que o impedimento de seu uso provoca restrição ao manejo da respectiva ação, o que constitui óbice no acesso ao Poder Judiciário.

E, no âmbito jurisprudencial, é importante mencionar a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 593727, de 14 de maio de 2015, com repercussão geral, por meio da qual foi consolidado o entendimento de que o Ministério Público pode também desempenhar diligências investigatórias de natureza penal (Brasil, 2015).

Destarte, quer pela ofensa ao texto literal do art. 129 da Constituição Federal, quer pelo vilipêndio aos princípios da moralidade, de abuso do poder político econômico, de probidade e da inafastabilidade do Poder Judiciário, o art. 105-A da Lei 9504/1997 seria inconstitucional.

Mas, em sentido inverso, outra relevante parcela da doutrina e jurisprudência pátrias milita na defesa da constitucionalidade da norma ora debatida.

Nessa senda, o Tribunal Superior Eleitoral, quando fez análise específica dessa temática no Recurso Ordinário nº 4746-42.2010.604.0000 (Brasil, 2014), em 26 de novembro de 2013, por maioria decidiu acolher a posição divergente do Ministro

Marco Aurélio Mello para julgar constitucional o art. 105-A da Lei 9504/1997³.

Durante o aludido julgamento, o Ministro Marco Aurélio (que também integra o STF) foi enfático em ressaltar que não vê inconstitucionalidade no art. 105-A da Lei 9.504/1997, além do que “o inquérito, tal como o previsto na Constituição, é para a ação civil pública e não para a ação eleitoral, como a representação” (Brasil, 2014).

E, desde então, o posicionamento de constitucionalidade do mencionado art. 105-A vinha prevalecendo nas decisões exaradas naquela corte superior a partir do aludido *leading case*, até que sobreveio reformulação de entendimento, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 545-88.2012.6.13.0225 (Brasil, 2015), ocorrido em 08 de setembro de 2015, ocasião em que se fixaram três correntes de pensamento quanto ao uso de inquérito civil público no âmbito da Justiça Eleitoral: duas interpretaram o dispositivo conforme a Constituição Federal e a terceira declarou-o inconstitucional, nos termos das posições dos Ministros João Otávio de Noronha, Henrique Neves e Luiz Fux, respectivamente, que foram acompanhados pelos demais membros da Corte. De toda sorte, não houve pronunciamento de inconstitucionalidade.

Na mesma diretriz, o integrante do Ministério Público Thales Tácito Cerqueira reconhece a constitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997, já que os instrumentos processuais existentes na legislação especializada eleitoral, apesar de terem prazos exíguos e decadenciais, permitem a atuação do Ministério Público Eleitoral (Cerqueira, 2010, 665-6).

A esses aludidos argumentos soma-se a presunção de constitucionalidade de que gozam as normas expedidas, a qual somente pode ser elidida mediante a declaração de inconstitucionalidade pelos mecanismos de controle descritos na Constituição Federal (Silva, 2013, 55).

Diante disso, o mencionado art. 105-A da Lei 9504/1997 é reconhecido como constitucional, prevalecendo a presunção de conformidade aos preceitos constitucionais.

Estabelecidas as vertentes existentes sobre o tema, verifica-se que a alegada inconstitucionalidade do art. 105-A da Lei 9504/1997, não tem o vigor necessário para prosperar.

3. Ocasião em que ficaram vencidos o relator originário, Ministro Dias Toffoli, e a Ministra Laurita Vaz.

A inconstitucionalidade acontece

a partir da criação de atos legislativos ou administrativos que se contraponham às normas ou princípios da Constituição, sob duas formas possíveis: a) formalmente, quando as normas são criadas por autoridades incompetentes, ou então, mediante descumprimento das formalidades ou procedimentos fixados no texto constitucional; b) materialmente, quando o conteúdo de tais normas infringe princípio ou regras consignadas na Constituição (Silva, 2013, 49).

Logo, uma norma pode ser formal e/ou materialmente contrária à Constituição.

Sob o aspecto formal, não existe qualquer inconstitucionalidade porque a Lei 12.034/2009 percorreu toda a tramitação legislativa necessária para sua criação e sanção, cumprindo os requisitos que lhe eram exigíveis.

O projeto de lei inicialmente apresentado tramitou no Congresso Nacional – recebendo as emendas que lhe foram postas –, foi aprovado e transformado em lei, ultimando-se com a sanção presidencial e posterior publicação na imprensa oficial.

Ressalte-se que a matéria foi tratada em lei ordinária, que é a espécie legislativa adequada para dispor a respeito das matérias abrangidas pela minirreforma da Lei 9.504/1997.

Por outro lado, no plano material, também não é crível a existência de inconstitucionalidade a macular o art. 105-A da Lei 9.504/1997, na exata medida em que suas disposições não menoscabam as funções e atuação do Ministério Público.

No ponto, merece realce o fato de que o multicitado dispositivo legal trata especificamente de matéria de natureza processual, que é regulamentada por meio de lei ordinária, como acertadamente ocorreu com a Lei 12.034/2009.

A limitação do uso dos institutos da Lei 7347/1985 deu-se especificamente na seara da matéria cível-eleitoral, e não avançou contra as prerrogativas constitucionais do Ministério Público. Ou seja, a restrição deu-se com relação à matéria (eleitoral), e não com relação à instituição Ministério Público ou suas atribuições e prerrogativas.

Ilustrativamente, é importante ressaltar que a Lei 7.347/1985 objetiva reger o instrumento processual de ação civil pública para responsabilização dos agentes causadores de danos ao ambiente,

ao consumidor, ao patrimônio histórico-cultural, abarcando bens e direitos, outrossim, de valores estéticos, artísticos, turísticos e paisagísticos, porém, sem fazer qualquer menção à sua aplicação na seara da justiça especializada eleitoral.

Portanto, inexistente expressa remissão à aplicação dos preceitos e diretrizes da Lei 7.347/1985 em matéria estritamente eleitoral, e, nesse contexto, sendo o Ministério Público uma espécie de órgão público, não pode atuar sem respaldo autorizador legal (Nogueira, 2011).

Em verdade, o próprio art. 1º da Lei 7.347/1985 estabelece restrição à sua utilização, de modo que não subsiste qualquer alegação de vício no fato de outra lei, igualmente ordinária, também fazê-lo.

Noutro enfoque, o art. 105-A não apresenta absolutamente nenhum impedimento para que o Ministério Público cumpra com sua missão constitucional, pelo só fato de inviabilizar, especificamente no âmbito eleitoral, o uso de instrumentos decorrentes da Lei 7.347/1985, v.g., como a ação civil pública, a ação cautelar, o inquérito civil público e o termo de ajustamento de conduta.

Inclusive, é eloquente a constatação de que o Tribunal Superior Eleitoral tem reiterado entendimento de que o Ministério Público não pode utilizar o termo de ajustamento de conduta para limitar o comportamento dos candidatos em campanha eleitoral.

É que a atuação do *Parquet* se consuma por meio de diversas medidas, judiciais e extrajudiciais, atuando como defensor dos direitos coletivos e sociais, como controlador externo da atividade policial e garantidor de que os direitos previstos no ordenamento sejam respeitados e observados pelo poder público (Silva, 2013, 605).

Acresce dizer que a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, no seu art. 72, ao prever a atuação do Ministério Público Eleitoral, não traz a expressa possibilidade de instauração de inquérito civil, embora tenha assim agido ao fixar as atribuições do Ministério Público do Trabalho (art. 84, II), por exemplo. Além disso, a redação do art. 6º, VII da mencionada lei complementar, é clara em dotar de competência o Ministério Público da União para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa das matérias que especifica em suas alíneas, onde não se encontra contemplada a vertente eleitoral.

Logo, a exclusão de procedimentos específicos, como aqueles previstos na Lei 7.347/1985, não ofende as prerrogativas do *Parquet*, até

porque este dispõe de vários outros meios processuais para exercer suas atribuições funcionais na defesa do regime democrático e da ordem jurídica.

Efetivamente, o Ministério Público continua com uma gama de prerrogativas e de meios para exercer seu mister, não havendo sequer prejuízo para essa instituição.

Nesse sentido, tem-se a manifestação feita pela Advocacia Geral da União na Ação Direita/Lei 4.352; Lei 4.3747:

ao excluir a incidência de um tipo específico de procedimento em relação à matéria eleitoral, a norma atacada não ofende as funções institucionais do Ministério Público, cujas atribuições podem ser adequadamente desempenhadas por diversos procedimentos existentes no ordenamento jurídico pátrio. A título de exemplo, pode-se fazer referência à ação de improbidade, à impugnação ao pedido de registro de candidatura, à investigação judicial eleitoral por abuso de poder econômico e/ou político, à ação de captação ilícita de sufrágio, à impugnação ao mandato eletivo, bem como à reclamação e à ação penal pública, dentre outras espécies de procedimentos aplicáveis (Brasil, 2013).

Seguramente, o *Parquet* Eleitoral pode servir-se de outros instrumentos processuais mais adequados à paridade de armas para se desincumbir de seu mister, fazendo uso, por exemplo, da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), prevista no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, para reunir as provas que desejar, diante do Poder Judiciário, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Inclusive, a esse respeito, fazendo suas anotações à reforma eleitoral aqui examinada, o Procurador da República Juraci Guimarães Júnior enfatizou que nas demandas de natureza eleitoral existem procedimentos específicos, de características diferentes daquelas contidas na Lei de Ação Civil Pública, tais como a legitimidade, o prazo de duração, a possibilidade de transação etc. (Leite Filho e Guimarães Júnior, 2011, 187).

De acordo com o Ministro Henrique Neves da Silva, a declaração da inconstitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997 poderia resultar na compreensão equivocada de que, além do inquérito civil público, os demais procedimentos decorrentes da Lei 7347/1985

podem ser utilizados, não só pelo Ministério Público Eleitoral, mas também por todas as outras pessoas legitimadas pelo art. 5º da Lei 7.347/1985, assim ampliando a legitimidade que está prevista em diversas normas da legislação eleitoral, como os arts. 3º e 22 da LC 64/1990 (Brasil, 2015).

Aliás, o Ministro Henrique Neves também destacou que, por imposição constitucional (CF/1988, art. 14, §10), as ações eleitorais não se amoldam à possibilidade de ser imposto o cumprimento coercitivo da atividade devida, “sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”, como se tem nas ações civis públicas (Lei 7.347/1985, art. 11); além do que, as multas eleitorais e as sanções pecuniárias impostas aos partidos políticos revertem ao Fundo Partidário (Lei 9.096/1995, art. 38, I), enquanto que as condenações em dinheiro que acontecem nas ações civis públicas, por força do art. 13 da Lei 7.347/1985, tem rumo diverso (Brasil, 2015).

Até a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 593727, em 15 de maio de 2015, ainda que tenha contado com repercussão geral, não tem o condão de tornar regular a atuação ministerial em sede de Inquérito Civil Público.

Isso porque a questão tratada no aludido Recurso é especificamente ligada ao processo penal comum, e não pode ser aplicada diretamente nos processos eleitorais de natureza cível.

Mesmo no caso dos procedimentos investigatórios criminais, o Supremo Tribunal Federal foi expresso em restringir a atuação ministerial por meio da imposição de vários requisitos, dentre os quais tem-se o respeito aos direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou pessoa sob investigação do Estado.

Nesse sentido, é de bom alvitre lembrar que na matéria especializada eleitoral, de natureza não penal, a aplicação subsidiária que se tem é a do Código de Processo Civil.

Destarte, são processos efetivamente distintos, orientados por vetores principiológicos diferentes, que não guardam inteiração alguma.

E, em arremate, é importante salientar que a matéria eleitoral tem campo próprio, que pelo princípio da especialidade deve prevalecer sobre o regramento mais genérico, como é o caso da Lei 7.347/1985.

Portanto, conjugando as premissas delineadas anteriormente, é possível concluir que o art. 105-A da Lei 9.504/1997 é, sim, constitucional, além do que é absolutamente necessário para assegurar a isonomia entre os litigantes em demandas de natureza eleitoral.

A importância do art. 105-A da Lei 9.504/1997 para a manutenção da paridade de armas

O substrato argumentativo que respalda a constitucionalidade da regra em exame consiste em dois eixos centrais: (i) inexistência de cerceamento aos instrumentos assegurados ao Ministério Público, com arrimo constitucional; e (ii) aplicação do princípio da isonomia em plano processual, garantindo aos litigantes em lide eleitoral um mesmo patamar de condições.

A esse respeito, merece registro o fato de que, apesar do conteúdo do art. 105-A da Lei nº 9.504/1997, após o julgamento do Recurso Ordinário nº 4746-42.2010.604.0000, pelo Tribunal Superior Eleitoral, o Procurador Geral da República expediu a Portaria nº 499, de 21 de agosto de 2014, por meio da qual elidiu o mencionado dispositivo legal mediante a criação do instrumento denominado “Procedimento Preparatório Eleitoral” (PPE), no âmbito do Ministério Público Eleitoral, para a investigação de ilícitos cíveis eleitorais.

Na essência, por meio de instrumento normativo interno, o Ministério Público passou a servir-se do PPE para o mesmo objetivo do Inquérito Civil Público na seara eleitoral, inclusive dotando-o de variadas semelhanças procedimentais.

Logo, na prática, o PPE nada mais é que um Inquérito Civil Público com outro nome, o que atrai a incidência da proibição contida no art. 105-A da Lei 9.504/1997.

De toda sorte, por meio de Inquérito Civil Público ou de PPE, é preciso salientar que a atuação investigatória do Ministério Público é irregular, porque unilateral e, portanto, ofensiva ao princípio da paridade de armas.

O Direito Eleitoral é área especializada, específica, que passa por um grande número de acontecimentos, intensamente acompanhados e divulgados pelos veículos de comunicação, durante o breve período de tempo que o calendário eleitoral estabelece para a realização das eleições.

Por conta das peculiaridades do Direito Eleitoral, não é possível levar um primeiro fundamento até as últimas consequências. Não raras vezes, os princípios constitucionais podem ser relativizados diante das peculiaridades do caso concreto. Não há princípios absolutos e ilimitáveis. É, pois, incumbência do intérprete, em face dos fatos e das normas potencialmente incidentes, escolher o melhor princípio a ser empregado ante o problema que deve ser resolvido (Agra e Cavalcanti, 2010, 87).

Tal ressalva é importantíssima porque a notória instabilidade da regulamentação do processo eleitoral brasileiro acabou por impor ao Poder Judiciário o pesado ônus de sistematizar, integrar espaços, assim como compatibilizar procedimentos e institutos aparentemente conflitantes ou sobrepostos (Pereira, 2008, 104).

Em matéria eleitoral, não raras vezes, a escolha interpretativa entre o “um certo” e o “outro certo” se mostra inevitável, já que todas as opções têm lastro constitucional, sendo essenciais para a defesa dos interesses em conflito, até porque “os atores tradicionais do contencioso eleitoral participam no controle sempre de modo parcial, com motivações, recursos, lógicas e estratégias diferentes” (Pereira, 2010, 151).

Não existem apenas requerentes neutros, sem condicionamentos prévios, razão pela qual a trilha que vai da constatação de uma suposta irregularidade até o seu processamento e julgamento em juízo passa por trechos sinuosos, que nem sempre estão orientados pela proteção da verdade eleitoral (Pereira, 2010, 151).

É, pois, no campo pragmático que se pode justificar a finalidade do Direito Eleitoral, posto que não se deve simplesmente impressionar com dogmas ou paradigmas trazidos da vivência jurídica comum (Agra e Cavalcanti, 2010, 200); as normas jurídicas de aplicação geral demandam aplicação relativizada.

E precipuamente sob essa orientação é que foi redigido o art. 105-A da Lei nº 9.504/1997, para impedir o uso desproporcional e abusivo de instauração de procedimentos preparatórios, por parte do Ministério Público, com a consequente coleta de elementos probatórios, em procedimentos alongados e sob cobertura midiática, destituídos do exercício do devido contraditório pela parte investigada.

O escopo dessa proibição é evitar a utilização de procedimentos inquisitoriais e unilaterais para a produção de provas não submetidas

ao contraditório. Os Inquéritos Cíveis Públicos foram vedados porque, em razão do potencial lesivo ao próprio certame eleitoral, assim como do uso indevido dos instrumentos unilaterais de investigação, até a própria investigação precisa ser justificada e realizada sob o controle do Poder Judiciário (Nogueira, 2011).

Consoante ao bem observado por Luiz Silvio Moreira Salata (2015), antes da Lei 12.034/2009 o Ministério Público usualmente instaurava procedimentos preparatórios variados, sob diferentes denominações, com o objetivo de promover a colheita das provas necessárias à instrução de ações eleitorais sem facultar a intervenção dos envolvidos e seus advogados na conduta eleitoral reputada ilícita, o que resultava em ofensa às garantias constitucionais, com graves prejuízos à parte acusada. A introdução do art. 105-A na Lei 9504/1997 restaurou o equilíbrio entre as partes litigantes no campo processual, afastando a possibilidade de o *Parquet* Eleitoral proceder à montagem de conjunto probatório por meio de procedimentos preparatórios previstos na lei da ação civil pública visando a propositura de ações eleitorais.

A preocupação em fazer que a atividade fiscalizatória do Ministério Público na matéria eleitoral seja exercida de maneira adequada, sem comprometer a igualdade de oportunidade entre os candidatos, assim como a normalidade e a legitimidade do pleito, é de tamanha monta que, de maneira muito leal e autêntica, o Promotor de Justiça Rodrigo López Zilio (2014, 47) ressaltou a existência de um “vácuo legislativo” a esse respeito, o que realça a necessidade de definição e delimitação dos procedimentos que viabilizem o exercício da atividade investigatória cível e penal em matéria eleitoral como forma de garantir segurança jurídica para todos os envolvidos, bem como transparência para os atos colhidos extrajudicialmente.

Efetivamente, o Inquérito Civil Público (ainda que sob a nomenclatura estratégica de PPE) não é o meio processual adequado para a apuração de ilícitos eleitorais, vez que é incompatível com as regras de preclusão e celeridade estabelecidas no Direito Eleitoral. Não é plausível a aplicação do rito judicial da Lei da Ação Civil Pública nos feitos eleitorais, devido às peculiaridades existentes entre a matéria especializada eleitoral e os respectivos procedimentos coletivos (Zilio, 2014, 47-8).

O Inquérito Civil Público, tal como concebido pela Lei 7347/1985, não se presta para investigação de assuntos vinculados à seara eleitoral porque sua marcha processual é excessivamente demorada e claramente unilateral, sem a transparência necessária para as partes envolvidas, mas nitidamente ao alcance amplo do noticiário de imprensa, inclusive durante o período crítico das eleições.

A título de exemplo, registre-se que nos limites da atividade investigatória ministerial, dentro do campo do Inquérito Civil Público, é possível ao Ministério Público: (i) a oitiva de testemunhas sem a presença dos advogados de defesa das pessoas investigadas; (ii) a requisição de diligências da Polícia Federal; (iii) a realização de provas periciais diversas, sem acompanhamento de qualquer assistente técnico de defesa.

E tudo isso pode, passo a passo, ser acompanhado e divulgado pela imprensa, mesmo durante o curto período das campanhas eleitorais. Aliás, já se tornou comum ver nos veículos de imprensa da atualidade, diuturnamente, cobertura jornalística ampla a respeito de supostas irregularidades perpetradas por pessoas ligadas ao setor público, permeadas das versões acusatórias e imagens daqueles que são objeto de investigação.

Por consectário lógico e comum, tais matérias que circulam na mídia repercutem no juízo que os eleitores fazem a respeito dos candidatos inscritos para a disputa do certame eleitoral, desencadeando um julgamento moral que naturalmente tende a fomentar a desestima e a reprovação social daqueles que compõem o cerne das práticas investigadas.

Essas práticas, portanto, são suficientes para comprometer a igualdade de condições entre os candidatos, assim como a legitimidade do pleito, em detrimento do candidato envolvido em práticas investigadas e da própria preservação da Democracia – que podem acabar influenciadas artificialmente pelas balizas das investigações unilaterais do Ministério Público.

Nesse contexto, uma vez passado o dia das eleições, ainda que ao final de um Inquérito Civil Público a conclusão do *Parquet* seja direcionada para a inexistência de ilícito, ou então para a ausência de participação de eventual candidato investigado em alguma irregularidade, a verdade insofismável que se tem é a de que o prejuízo eleitoral já restará consolidado, e de nada adiantará recorrer a pretensões indenizatórias ou ao Conselho Superior do Ministério

Público, porque resta impossível desfazer o resultado contaminado que tenha emergido do exercício do sufrágio universal viciado.

Na Portaria nº 499, de 21 de agosto de 2014, o Ministério Público perdeu a oportunidade de introduzir avanços reais, para superar as dificuldades que resultaram na criação do art. 105-A da Lei 9.504/1997. Em atenção à brevidade e sensibilidade do período eleitoral, com respeito às garantias de contraditório e ampla defesa, o *Parquet* poderia ter estabelecido balizas para a defesa das partes que compõem o objeto em investigação, permitindo a atuação, ainda que não obrigatória, de advogados para examinar autos, acompanhar seus constituintes, oferecer manifestações, apresentar quesitos em perícias etc.

Vale dizer que essa participação dos envolvidos na investigação, desde o seu princípio, é importante também porque os órgãos oficiais do Estado têm maior autoridade e alcance que um investigado para requisitar informações e encontrar provas.

Nesse sentido, sobre a paridade de armas, o procedimento processual deve proporcionar às partes as mesmas armas para a luta. Os litigantes devem receber tratamento processual idêntico, de modo que possam se enfrentar em condição de igualdade (Didier Júnior, 2004, 23).

Ou seja, para fins de assegurar materialmente o princípio da isonomia, devem ser oportunizadas as mesmas condições para litigantes, sem qualquer privilégio e/ou benesse em favor de um com prejuízo ao outro. Com isso, garante-se o tratamento isonômico às partes, viabilizando a participação com igualdade de armas processuais (Marinoni, 2012).

Acerca da temática, é relevante destacar que o cânone da isonomia impõe um tratamento igualitário aos litigantes, tanto no plano formal quanto material, sempre almejando extinguir e/ou dirimir as eventuais disparidades iniciais (Hertel, 2005).

Afinal,

Em cada auto processual, mais do que um número, existem pessoas humanas que debatem muitas vezes direitos sociais relevantíssimos, como a moradia, a alimentação, o trabalho e a saúde. Esses litigantes, para alcançarem os objetivos constitucionais, a efetiva participação, a efetividade e os escopos do processo, não podem litigar em desequilíbrio de forças. A decisão judicial, em face da carga política que representa e em razão da responsabilidade social que lhe é imanente, só pode

vir após absoluta garantia de que as partes litigaram em igualdade de condições. Só assim se terá a razoável certeza de que a decisão da justiça não foi fruto de esperteza de uma das partes, mas fruto de um debate jurídico igual (Portanova, 1999, 42-3 apud Hertel, 2005, s.n.).

Considerando o próprio objeto do Direito Eleitoral (tutela de direitos políticos), deve-se assegurar o tratamento isonômico aos litigantes, notadamente para viabilizar uma participação efetiva na construção da decisão judicial para que esta corresponda à realidade existente, e ainda, para propiciar que o julgamento de valor a que estão sujeitos todos os candidatos aconteça de forma equilibrada.

Com efeito, o asseguramento de um contraditório (ainda que mínimo) na fase pré-processual faria com que tudo o quanto fosse apurado em investigação emergisse desde logo com os posicionamentos adotados pelos respectivos interessados, proporcionando um quadro mais amplo e completo dos fatos que, não raras vezes, ganha importante espaço na mídia, que não se veria limitada apenas à divulgação de informações vinculadas à acusação.

Já que o esperado avanço não aconteceu, é inarredável a conclusão de que regra do art. 105-A da Lei 9.504/1997 constitui meio importante de defesa da higidez do processo eleitoral, que preserva a democracia, assegurando que eventual investigado por irregularidade de cunho eleitoral venha a ser responsabilizado através de rito processual adequado, transparente, que lhe assegure pelo menos a possibilidade de exercitar suas garantias constitucionais de contraditório e ampla defesa, em posição isonômica de enfrentamento das acusações que forem direcionadas.

Apesar da relevância e da estatura constitucional do Ministério Público, é certo que num Estado Democrático de Direito suas prerrogativas não podem se sobrepor a outras garantias igualmente constitucionais, como o princípio da legalidade (CF/1988, art. 37, *caput*) e o princípio da reserva legal (CF/1988, art. 22, I).

Assim, tem-se que a LC 64/1990, em seu art. 22, assentou expressamente a legitimidade do Ministério Público Eleitoral, dentre outros, para oferecer representação à Justiça Eleitoral, pedindo a abertura de Investigação Judicial Eleitoral.

Por conseguinte, afronta o senso de justiça, ofende a garantia de igualdade processual, impõe a qualquer demandado que responda a uma ação eleitoral proposta pelo Ministério Público com lastro em conjunto probatório formado unilateralmente, à custa de requisições

de documentos variadas e seguidas, reforçadas por oitivas de testemunhos colhidos em gabinete e sem a presença de advogado, e até com apoio de equipes de auditoria técnica interna e parcial.

E nesse contexto processual de vigoroso trabalho na colheita de provas não se deve olvidar que o Ministério Público pode, comumente, propor uma AIJE, na qual os réus terão o prazo máximo de cinco dias (LC 64/1990, art. 22, I, “a”) para oferecer “ampla defesa”, fazendo juntada de documentos e rol de testemunhas que conseguir em período tão exíguo.

Flagrante, portanto, a desigualdade processual que o *Parquet* pretende preservar.

É inconcebível garantir a uma das partes na relação jurídica eleitoral a utilização de instrumentos de coleta de elementos probatórios de forma unilateral e sem a devida manifestação do interessado, principalmente porque no âmbito eleitoral já existem os meios processuais adequados, inclusive com a participação do interessado, sendo, portanto, mais condizente às peculiaridades que o próprio direito eleitoral tem como pressupostos fundantes.

Diante do exposto, é preciso ter presente que a paridade de armas entre as partes do processo ganha ainda maior relevância no âmbito da justiça especializada eleitoral, que prestigia a celeridade processual, mas carrega a obrigação insofismável de preservar o Estado Democrático de Direito, resguardando fundamentalmente o princípio da soberania popular, manifestado pelo sufrágio universal, que é o real legitimador do poder estatal.

Conclusão

A controvérsia sobre a (in)constitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997 representa um tema polêmico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacional, sendo, portanto, imprescindível promover uma análise sobre o assunto sob o prisma científico e específico do Direito Eleitoral.

E justamente sob esse enfoque é que o presente estudo ocupou-se de expor, sucintamente, as correntes de pensamento sobre o assunto, para então concluir que a norma em exame não restringiu o âmbito de prerrogativas inerentes ao Ministério Público, bem como não ostenta qualquer violação aos princípios da probidade, moralidade e combate ao abuso do poder econômico.

De fato, referida norma está em consonância com os preceitos constitucionais, convergindo para a concretização do princípio da isonomia (paridade de armas) no plano processual ao proibir a utilização de instrumentos investigatórios inadequados, abusivos e unilaterais, para a matéria eleitoral.

Assim, ao obstar o uso desses expedientes, foi assegurado exercício do contraditório e ampla defesa em um ramo de direito que, pelas características próprias, impõe um tratamento isonômico entre os litigantes, de forma peculiar.

A propósito, vale dizer que o processo eleitoral é regido por legislação especializada que se sobrepõe às regras comuns da hermenêutica cotidiana, já que concebida para preservar a igualdade entre os candidatos, assim como a normalidade e lisura das eleições.

Foi nesse contexto que o legislador criou o art. 105-A da Lei 9.504/1997, para estabelecer concretamente a óbvia incompatibilidade entre os institutos da Lei 7.347/1985 e a matéria eleitoral.

Tal restrição não é inconstitucional, porquanto não desrespeita os arts. 127 e 129, incisos I e III, da Constituição Federal, na medida em que a atuação do *Parquet* permanece assegurada pelos meios processuais adequados e já existentes na seara eleitoral, como é o caso da AIJE, tratada no art. 22, da LC 64/1990.

A investigação dos ilícitos eleitorais deve transcorrer de maneira transparente, célere, em ambiente processual de igualdade entre as partes e plena garantia de contraditório, sob pena de influir no resultado democrático das eleições, por meio da provocação de desequilíbrio entre os candidatos e/ou quebra da normalidade do certame eleitoral.

Compromete a garantia de tratamento processual igualitário a tolerância a privilégios processuais para aparelhar o *Parquet*, que podem desencadear julgamento moral apressado e nocivo à preservação da Democracia sem que o acusado tenha a oportunidade de apresentar seus argumentos de resposta à acusação.

Por isso, a preservação e aplicação efetiva do art. 105-A da Lei 9.504/1997 é providência relevante para o asseguramento da normalidade e da lisura das eleições, além de concretizar materialmente o cânone da isonomia, sob o prisma da paridade de armas em âmbito processual.

Referências

- AGRA, W. de M.; CAVALCANTI, F. Q. (2010). *Comentários à nova lei eleitoral*: lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009. Rio de Janeiro: Forense.
- BRASIL. (1985). *Lei nº 7.347, de 14 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7347orig.htm]. Acesso em 29 de agosto de 2015.
- _____. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm]. Acesso em 31 de agosto de 2015.
- _____. (1997). *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para eleições. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm]. Acesso em 30 de agosto de 2015.
- _____. (1997). *Emenda de Plenário nº 57, de 08 de julho de 1997*. Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos) e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que “estabelece normas para as eleições”. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: [<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=441616>]. Acesso em 30 de agosto de 2015.
- _____. (2009). *Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009*. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm]. Acesso em 30 de agosto de 2015.
- _____. (2013). Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4352*. Ministro Luiz Fux. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico, tomo 27, dia 08 de fevereiro de 2013. Disponível em: [<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3806925>]. Acesso em 28 de agosto de 2015.
- _____. (2013). Advocacia Geral Da União. *Manifestação na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4352*. Advogado-Geral Da União Luís Inácio Lucena Adams. Disponível em: [www.agu.gov.br/page/download/index/id/14124544]. Acesso em 28 de agosto de 2015.

- _____. (2014). *Portaria nº 499, de 21 de agosto de 2014*. Institui e regulamenta, no âmbito do Ministério Público Eleitoral, o Procedimento Preparatório Eleitoral (PPE). Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://bibliotecadigital.mpf.br/bdmpf/bitstream/handle/123456789/53342/PORTARIA%20PGR-MPF%20N%C2%BA%20499-2014.pdf?sequence=2&i-sAllowed=y]. Acesso em 29 de agosto de 2015.
- _____. (2014). Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Ordinário nº 4746-42.2010.604.0000*. Ministro Relator José Antônio dos Santos Dias Toffoli. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico, tomo 44, dia 06 de março de 2014, p. 37. Disponível em: [http://www.tse.jus.br/sadJudSadpPush/ExibirPartesProcessoJud.do;jsessionid=1C69C35641CFB5921F79E29E573BED6B]. Acesso em 31 de agosto de 2015.
- _____. (2015). Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 593727*. Ministro Relator Gilmar Mendes. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico, tomo 97, dia 22 de maio de 2015. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184]. Acesso em 31 de agosto de 2015.
- _____. (2015). Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral nº 545-88.2012.6.13.0225*. Ministro Relator João Otávio de Noronha. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico, dia 04 de novembro de 2015, p. 15. Disponível em: [http://inter03.tse.jus.br/sadpPush/ExibirPartesProcessoJud.do;jsessionid=A6TJV7PsL-5NaGRIDRNBUBkpV]. Acesso em 22 de março de 2016.
- CERQUEIRA, T. T. P. de P. (2010). *Reformas eleitorais comentadas: Lei 12.034/2009*. São Paulo: Saraiva.
- DIDIER JÚNIOR, F. (2004). *Direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm. vol. 1.
- HERTEL, D. R. (2005). *Reflexos do princípio da isonomia no direito processual*. Disponível em: [http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18223-18224-1-PB.pdf]. Acesso em 31 de agosto de 2015.
- JORGE, F. C.; RODRIGUES, M. A. (2014). A limitação à utilização do inquérito civil no direito eleitoral: a inconstitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 39, n. 235, p. 13-18.
- LEITE FILHO, J.; GUIMARÃES JÚNIOR, J. (2011). *Reforma Eleitoral*. Leme: Imperium.
- MARINONI, L. G. (2012). *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em: [http://www.marinoni.adv.br/artigos.php]. Acesso em 31 de agosto de 2015.
- NOGUEIRA, D. F. J. (2011). *E quando o Fiscal da Lei ignora a lei?* Disponível em: [http://blex.com.br/index.php/2011/eleitoral/1533]. Acesso em 30 de agosto de 2015.

- PELEJA JÚNIOR, A. V. (2010). *A proibição de procedimentos de ação civil pública no Direito Eleitoral*. Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/17545>]. Acesso em 01 de setembro 2015.
- PEREIRA, E. W. (2010). *Direito Eleitoral: Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais-Eleitorais*. São Paulo: Saraiva.
- PEREIRA, R. V. (2008). *Tutela coletiva no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- PIAUÍ. Tribunal Regional Eleitoral. *Representação nº 23-14.2015.6.18.000*. Juiz José Wilson Ferreira de Araújo Júnior. Teresina: Diário de Justiça Eletrônico, tomo 132, dia 22 de julho de 2015. Disponível em: [<http://www.tre-pi.jus.br/servicos-judiciais/acompanhamento-processual-e-push>]. Acesso em 26 de agosto de 2015.
- SALATA, L. S. M. *A inaplicabilidade da Lei nº 7.347/85 (lei da ação civil pública) nas representações eleitorais*. Ballot. Rio de Janeiro: UERJ. Volume 1 Número 1 Junho 2015. pp. 261-269. Disponível em: [<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot>].
- SANTOS, R. M. G. (2013). *Parecer na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4352*. Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130706-03.pdf]. Acesso em 01 de setembro de 2015.
- SILVA, J. A. de. (2013). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros.
- ZILIO, R. L. (2014). *Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à diplomação)*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico.

Ações eleitorais: atualidades sobre conexão, continência, litispendência e coisa julgada

Luiz Fernando Casagrande Pereira

Resumo

O artigo dedica-se a analisar as mudanças trazidas pela Lei 13.165/15, principalmente a introdução do art. 96-B na Lei Eleitoral, sobretudo no que tange à conexão, continência, litispendência e coisa julgada nas ações eleitorais típicas. Tal dispositivo adota técnicas próprias do microsistema dos processos coletivos, além de diversas mudanças impactantes, como a obrigatoriedade de reunião dos processos quando não houver ofensa ao princípio da efetividade, ainda que estejam em instâncias diferentes. Outro ponto trata da análise ao *status* constitucional da AIME, concluindo que este não subverte as regras de mudança de competência. O ponto final do estudo trata da coisa julgada segundo o resultado da prova. O art. 96-B, com a adoção do *secundum eventum probationis*, dispõe que é possível corrigir a improcedência por insuficiência de provas por ação idêntica, com novas provas, bastando apenas que não tenham sido apreciadas no processo anterior.

Palavras-chave: eleitoral, ações coletivas, AIME, AIJE, prova, coisa julgada, conexão, continência, litispendência.

Abstract

The article is dedicated to analyzing the changes introduced by Law 13.165 / 15, mainly the introduction of art. 96-B in the electoral law, especially regarding the connection, continence, pendency and res judicata in the typical election actions. Art. 96-B adopts microsystem own techniques of collective processes; brings several impactful changes, for example, the requirement of meeting the process when there is no breach of the principle of effectiveness, although they are in different instances. Another point is the analysis of the constitutional status of AIME, concluding that this does not subvert the racing rules change. The end point is approached thing judged according to the result of the test. Art. 96-B, with the adoption of *eventum probationis secundum* provides

Sobre o autor

Luiz Fernando Casagrande Pereira é Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Professor de Direito Processual Civil e Direito Eleitoral em diversas instituições. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. É palestrante e autor de inúmeros livros e artigos na área de Direito Processual Civil e Direito Eleitoral.

that it is possible to correct the dismissal for lack of evidence by the same action, with new evidence, one just has not been appreciated in the previous process.

Keywords: election, collective actions, AIME, AIJE, proof, res judicata, connection, continence, lis pendens.

Introdução

Com algum açodamento, o Congresso promoveu mais uma reforma na legislação eleitoral. É a Lei 13.165/2015, com impactos importantes – muitos negativos – no ambiente do contencioso eleitoral.

Aqui, a ideia é abordar o impacto da reforma eleitoral e do NCPC no ambiente das *ações eleitorais típicas* para cassação de mandato, especialmente em relação aos institutos da conexão, continência, litispendência e coisa julgada.

Intencionalmente ou não, a reforma (como já sustentava parcela da doutrina) também aproximou a tutela jurisdicional eleitoral do microsistema dos processos coletivos, com importantes repercussões. Somada à vigência do Novo Código de Processo Civil, cresce a importância de aferir o espaço de aplicação subsidiária (ora do NCPC; ora dos processos coletivos) para definir a correta interpretação do novo art. 96-B da Lei Eleitoral. É a ideia deste texto.

Importante consignar uma ressalva importante sobre o escopo deste artigo. O art. 96-B tem aplicação não apenas para as ações que têm por objeto a cassação de mandato. As ações eleitorais com distintos objetos (multa por propaganda irregular; inibitória; direito de resposta) também são contempladas com a nova lógica do art. 96-B, não há dúvida. O presente estudo põe mais atenção nas ações que indicam cassação apenas para facilitar a exposição teórica.

As demandas eleitorais para cassação de mandato: avanços e retrocessos

Há reconhecida *balbúrdia legislativa* no direito processual eleitoral (Rodrigues e Jorge, 2014, 275). A carência de homogeneidade se dá em razão de a disciplina de processo do Direito Eleitoral estar distribuída em leis esparsas, concebidas em tempos diferentes, sem o compromisso com um sistema organizado. E é possível dizer que já foi pior. Alguns avanços importantes deram mais *racionalidade*

às técnicas processuais do contencioso eleitoral, especialmente em relação às demandas que têm por objeto a cassação de mandato.

O maior problema – que persiste em alguma medida – é a sobreposição de *ações eleitorais* típicas com o mesmo objetivo. Aquilo que Rodolfo Viana Pereira foi feliz em batizar de “bizarra existência simultânea de mecanismos de impugnação pós-eleitoral” (2008, 106), como a ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), art. 22 da Lei 64/1990; a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), art. 14, § 10º, da Constituição Federal; o recurso contra expedição de diploma (RCDE), art. 262 do Código Eleitoral e as representações eleitorais da Lei 9504/1997¹. Todas essas *ações* poderiam conduzir à *cassação*, com um espaço coincidente nas causas de pedir abstratamente consideradas².

Algumas alterações legislativas melhoraram a *organicidade*. A começar pela supressão do inciso XV da Lei 64/1990, em mudança patrocinada pela LC 135/2010.³ Até então, a AIJE tinha a aptidão de produzir a cassação do mandato apenas se fosse julgada até a eleição (ou diplomação, em alguns julgados)⁴. Se o julgamento ocorresse

1. O Ministro Dias Toffoli, no RCED nº 884, reconheceu o problema: “há que se considerar as dificuldades decorrentes da admissibilidade de mais de uma ação eleitoral fundamentada em idênticos fatos e com o mesmo objetivo, qual seja, a desconstituição do diploma. Essa circunstância, além de proporcionar um número crescente de ações nesta Justiça Especializada, comprometendo a eficiência da prestação jurisdicional, traz o risco imane de decisões conflitantes” (2013). No mesmo sentido, o Ministro Henrique Neves diz: “Realmente, para a Justiça Eleitoral não é interessante a existência de múltiplos processos, cada um julgado num momento” (REspe nº 1-67, Rel. Min. Luciana Lóssio, red. p/ acórdão Min. Henrique Neves, DJe 29.09.2014).
2. Muitas vezes, a expressão “cassação”, no presente artigo, será utilizada para designar, indistintamente, cassação de registro, de diploma ou do próprio mandato. Também equivalente à cassação se considerada a inelegibilidade cominada simples para a eleição, na classificação de Adriano Soares da Costa – cassação como pedido mediato, enfim. Didaticamente, para o objetivo do estudo, quase sempre a distinção não tem especial relevância. Em necessidade de se distinguir, o artigo põe em destaque as diferenças.
3. Era assim a redação do dispositivo revogado: “Art. 22, [...] XV - se a Representação for julgada procedente após a eleição do candidato serão remetidas cópias de todo o processo ao Ministério Público Eleitoral, para os fins previstos no art. 14, §§ 10 e 11 da Constituição Federal, e art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral” (2010).
4. “A cassação de registro de candidatura, em sede de investigação judicial, somente é possível caso seja esse feito julgado antes das eleições, conforme interpretação

depois da eleição/diplomação – o que era regra –, a desconstituição do diploma ou do mandato só era possível com a propositura de uma nova ação (RCED ou AIME). A AIJE, quase sempre, funcionava como um mero procedimento prévio de instrução de futura AIME ou RCED⁵.

A função meramente instrumental da AIJE tinha relação com a original ausência de caráter jurisdicional da *medida*, tal como estava na redação original do art. 237, § 2º, do Código Eleitoral. Trata-se de mero *procedimento administrativo* para *investigar*. Foi a LC 64/1990 que entregou natureza de *ação* (jurisdicional) para a AIJE (Castro, 2014, 351). A entrega de natureza jurisdicional, entretanto, não veio acompanhada de *autonomia funcional*.

Foi, enfim, a supressão do art. XV da LC 64/1990 que ofereceu *autonomia funcional* para a AIJE, passando a ter uma sentença efetiva para cassações independente do momento do julgamento de mérito. Por outro lado, a ampliação da *eficiência processual* da AIJE agravou o problema da sobreposição de *ações* com o mesmo objetivo: AIJE, AIME, Representações e RCDE – que não era recurso, mas ação desconstitutiva de diploma.

Com a Lei 0112891/2013, art. 262, o RCED foi *amputado* e teve seu *escopo* reduzido apenas para *inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade*. A alteração legislativa foi precedida de decisão do TSE, em controle de constitucionalidade, com idêntica consequência.⁶ Reconheceu-se a não recepção do RCED para tratar de causas de pedir que tinham sido alocadas, pela Constituição de 1988, no escopo da AIME (Brasil, 2013). Os abusos ficaram apenas para serem veiculados em AIJE ou AIME (ou representações nos abusos típicos). A verdade é que as reformas patrocinaram um *enxugamento* das *ações eleitorais típicas*.

do art. 22, XIV e XV, da Lei Complementar nº 64/90” (REsp nº 25673, Rel. Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS, 05/05/2006).

5. Sobre o tema, antes da mudança, conferir: SILVA, Luis Gustavo Motta Severo da. A inefetividade da ação de investigação judicial eleitoral. In: GONÇALVES Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande (org.). Direito Eleitoral Contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
6. O TSE já tinha decidido ser “incabível o recurso contra expedição de diploma com fundamento no art. 262, IV, do Código Eleitoral, uma vez que tal dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal” (AgR-RCED 305-92, Rel. Min. Laurita Vaz, 20/6/2014).

Bem analisada a questão, sequer haveria a necessidade de *ações típicas* para veicular pretensão de cassações de mandatos (Dinamarco, 2010, 484-485). Todas as causas de pedir possíveis poderiam ser deduzidas em uma *ação eleitoral atípica*, de cognição exauriente. Importante notar que não há procedimentos especiais. Todas as hipóteses que podem conduzir à cassação (inclusive as Representações da Lei Eleitoral) seguem o rito do art. 22 da LC 64/1990. Os procedimentos especiais só se justificariam se houvesse um *ganho de eficiência* (Sica, 2012). A ausência de particularidades relevantes no âmbito do direito material e a celeridade própria do direito eleitoral dispensam os procedimentos especiais.

De qualquer forma, a verdade é que, apesar das reformas, ainda há espaço para a sobreposição entre Representações, AIJE e AIME na *zona de intersecção* das causas de pedir comuns, abstratamente consideradas (abuso do poder econômico e político)⁷. Apesar disso, o TSE (e toda a jurisprudência eleitoral) se recusava a reconhecer a possibilidade de litispendência, coisa julgada ou conexão nessas ações sobrepostas – gerando *perplexidade processual*⁸.

É claro que o espaço de incidência dessa *perplexidade processual* diminuiu muito desde a vigência das mudanças comentadas, mas ainda restou um ambiente remanescente nos casos de tramitação simultânea e sobreposta de AIJE, AIME e, em alguns casos, Representações da Lei Eleitoral⁹ ou das mesmas *ações eleitorais*

7. “o abuso de poder econômico entrelaçado com o abuso de poder político pode ser objeto de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), porquanto abusa do poder econômico o candidato que despende recursos patrimoniais, públicos ou privados, dos quais detém o controle ou a gestão em contexto revelador de desbordamento ou excesso no emprego desses recursos em seu favorecimento eleitoral” (AgR-AI nº 11.708/MG, Rel. Min. Felix Fischer, DJE de 15/4/2010). A expressão “zona de intersecção” é de Felipe Lopes Soares, ao tratar da “Litispendência entre ação civil pública e ação popular” (2009, 151).

8. “O recurso contra expedição de diploma (RCED) é instrumento processual adequado à proteção do interesse público na lisura do pleito, assim como o são a ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) e a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME). Todavia, cada uma dessas ações constitui processo autônomo, dado possuírem causas de pedir próprias e consequências distintas, o que impede que o julgamento favorável ou desfavorável de alguma delas tenha influência no trâmite das outras” (ED em RCED nº 698, Rel. Min. Felix Fischer, Data 05/10/2009).

9. “O anterior ajuizamento de ações de investigação judicial eleitoral não torna o autor da ação de impugnação de mandato eletivo carecedor da demanda, por falta

típicas com objeto comum, mas autores distintos, incluindo as ações de impugnação de registro de candidatura. A Lei 13.165/2015 teve a pretensão de estabelecer um *convívio processualmente harmônico* entre essas demandas, com a adoção de técnicas próprias do microsistema do processo coletivo. É imperioso compreender muito bem essa mudança de paradigma, especialmente pela vigência imediata (art. 14 da lei) e aplicação aos processos em curso¹⁰.

Conexão e riscos de decisões conflitantes no processo eleitoral: um avanço da reforma

A última reforma eleitoral introduziu o novo art. 96-B na Lei Eleitoral (Lei 9.504/1997) para definir, no *caput*, que: “Serão reunidas para julgamento comum as ações eleitorais propostas por partes diversas sobre o mesmo fato [...] sendo competente para apreciá-las o juiz ou relator que tiver recebido a primeira” (Brasil, 1997). Cria-se regra expressa para reconhecimento de conexão e reunião de processos. Conexão enseja determinação e prorrogação de competência, pela reunião de processos, a evitar *incompatibilidade lógica e prática entre julgados* (Ladeira, 2014). É o que está, na essência, definido no novo dispositivo: reconhecendo-se a existência de conexão, os processos devem ser reunidos.

Há múltiplas questões controvertidas em torno da inovação, a começar pelo próprio conceito de conexão. O CPC/1973, art. 103, reputa conexas duas ações que tenham o mesmo *objeto* ou *causa de pedir*. Há, no CPC/1973, um espaço demasiadamente amplo para aferir *conexidade* (Moreira, 1979, 74, 78). Aliás, sequer há coesão da doutrina em torno do conceito de conexão¹¹. Já o NCPC deu um tratamento mais flexível, como será visto adiante. Importante, em um primeiro momento, relembrar os conceitos elementares na

de interesse de agir, dada a independência desses feitos e considerada a tipicidade dos meios de impugnação da Justiça Eleitoral” (Agravo Regimental em REsp nº 25683326, Rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, 12.08.2011).

10. É o que já reconheceu o TSE: “Com efeito, por tratar o art. 96-13, § 2º, introduzido na Lei das Eleições pela Lei 13.165, de 29 de setembro de 2015, de norma eminentemente processual, tem aplicação imediata” (RESPe nº 3-48 – Rel. Min. Henrique Neves, 12.11.2015).
11. Para as teorias em torno da conexão, conferir: OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 62.

identificação de pontos de contato entre demandas que apontam para a necessidade de reunião. A Lei Eleitoral agora fala em *identidade de fatos*; o CPC/1973 e o NCPC em *objeto* e *causa de pedir*.

Para o que interessa ao artigo, por *objeto mediato* sempre se entendeu que se tratava do pedido¹². E o pedido é, na expressão *chiovendiana*, o *bem da vida*. O pedido imediato (eficácia preponderante) é um elemento estranho para aferir conexão. Em relação à causa de pedir, só interessa para fins de conexão a remota (narrativa fática)¹³. A causa de pedir próxima (fundamentação jurídica) também é algo indiferente para aferir *conexidade*. De lado os aspectos terminológicos (um tanto controvertidos em doutrina), importante perceber que a conexão pode ser flagrada pela identidade do *bem da vida* (objeto) ou pelos *fatos*¹⁴.

Na linha da melhor doutrina,¹⁵ a jurisprudência já reconhecia uma boa dose de flexibilidade para considerar presentes os requisitos para o reconhecimento de conexão – bastava o risco de decisões conflitantes.¹⁶ Com o NCPC, o risco de decisões conflitantes (conexão por prejudicialidade), expressamente, é *requisito autônomo* para reunião de demandas para julgamento conjunto (art. 55, § 3º, NCPC)¹⁷.

O importante é que a reforma da Lei Eleitoral, com o art. 96-B, põe o *processo eleitoral* em sintonia com regras inteligentes sobre reunião de processos para julgamento conjunto, privilegiando os

12. “o objeto do processo consiste exclusivamente no pedido formulado pelo demandante. É ali que reside a pretensão cujo reconhecimento e satisfação o demandante quer” (Dinamarco, 2003, 143).

13. “basta a identidade da causa de pedir remota, isto é, dos fatos, para justificar a conexão que possibilita a reunião de duas causas” (Greco Filho, 2007, 218).

14. Um bom texto sobre esses conceitos e a conexão está em: ARAGÃO, Égas Dirceu Moniz de. Conexão e tríple identidade. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 28, p. 72, 1983.

15. “leva à conclusão de que basta a identidade da causa de pedir remota, isto é, dos fatos, para justificar a conexão que possibilita a reunião de duas causas. A identidade absoluta da causa de pedir, englobando a causa de pedir próxima e a remota, levaria quase sempre a uma inaplicabilidade do dispositivo.” (Greco filho, 2007, 218).

16. “A avaliação da conveniência do julgamento simultâneo será feita caso a caso, à luz da matéria controvertida nas ações conexas, sempre em atenção aos objetivos almejados pela norma de regência (evitar decisões conflitantes e privilegiar a economia processual)” (REsp 1366921/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª t., 13.03.2015).

17. Há quem identifique também, nesse dispositivo, *conexidade* (Oliveira, 2015).

princípios da celeridade, da economia processual e, especialmente, da segurança jurídica. Trata-se de um importante passo para superar uma jurisprudência eleitoral de reduzido teor de racionalidade.

Antes da vigência do novo art. 96-B, com alguns poucos julgados dissonantes, o TSE sustentava a ausência (definida em abstrato) de relação (ou ausência de influência) entre as diversas *ações eleitorais típicas* que podiam conduzir à cassação.¹⁸ Para sustentar essa ausência de relação, o TSE entendia que as ações típicas (AIJE, AIME e RCED) tinham sempre – abstratamente avaliadas – *causas de pedir próprias e consequências jurídicas distintas*. A orientação tinha premissas jurídicas equivocadas.

A identidade de causas de pedir (substrato factual) só é aferível a partir do cotejo entre casos concretos. Uma AIJE e uma AIME podem ou não ter identidade de causas de pedir. Em abstrato, há *molduras* de causas de pedir *dedutíveis*, mas as causas de pedir efetivamente *deduzidas* só podem ser identificadas à luz de casos concretos. É uma impropriedade processual defender, em abstrato (em desprezo ao critério casuístico), a ausência de identidade entre essas ações.

Idêntica conclusão em relação à existência de *consequências jurídicas distintas*. O *pedido mediato* (relevante para configurar conexão) nas ações de cassação, correndo o risco de dizer o óbvio, é a *cassação*.¹⁹ E só pode ser essa a *consequência jurídica* da qual trata a orientação do TSE.

18. “O recurso contra expedição de diploma (RCED), a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) e a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) possuem causas de pedir própria e consequência jurídica distinta. Assim, o julgamento favorável ou desfavorável de cada uma dessas ações não influencia no trâmite uma das outras” (TSE, REsp 26.276/CE, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, 7.8.2008; REspe 28.015/RJ, Rel. Min. José Delgado, 30.4.2008).

19. O pedido da AIJE é de cessação e inelegibilidade (art. 22, XIV, LC 64/1990). As representações também cassam, e a inelegibilidade decorre de efeito secundário da sentença (art. 1º, § 1º, “j”, LC 64/1990). Não há, pois, discrepância de *objetos* nas ações que podem conduzir à cassação do mandato. Todas redundam em cassação e inelegibilidade por oito anos. É necessário considerar que, nessas ações, há uma tipicidade de sanções que condicionam a formulação dos pedidos. Consequência dessa natureza *ope legis* dessas sanções, sequer há necessidade de pedido expresso (Jorge; Rodrigues, 2014). As representações do art. 41-A e do art. 73 contêm ainda pedido de imposição de multa – o que pode indicar continência.

A aferição em torno da conexão, portanto, só pode ser adequadamente realizada à luz dos casos concretos²⁰. O *critério apriorístico e abstrato* do TSE (nunca há conexão entre as diversas *ações* típicas) é, para insistir, processualmente inadequado²¹. Recentemente o TSE promoveu uma virada de entendimento em relação ao tema.²²

Além da nova orientação do TSE, agora o art. 96-B determina a reunião, por conexão (ou litispendência/continência), das ações eleitorais que tratam dos mesmos fatos. Resolve o problema gerado pela orientação anterior. Embora o dispositivo fale em *identidade de fatos*, o correto é fazer uma leitura da pertinência da reunião à luz da jurisprudência do STJ, agora incorporada pelo NCPC (art. 55, § 3º): basta o *risco de decisões conflitantes*. É o caso de usar o dispositivo do NCPC para *enriquecer* a regra de conexão da Lei Eleitoral, por aplicação subsidiária (e não supletiva; válida apenas para colmatar lacunas), como manda o NCPC (art. 15 do NCPC)²³.

20. Há bons julgados com esse reconhecimento, ainda que isolados: “Sabe-se que o Tribunal Superior Eleitoral tem reiteradamente afastado a litispendência entre os feitos eleitorais, por considerá-los autônomos, com causas de pedir próprias e consequências distintas. Esse entendimento, todavia, não pode ser aplicado de forma generalizada e abstrata, sob pena de fugir do real significado da litispendência, que somente pode ser apurada no caso concreto, tudo a depender da delimitação feita pelo autor da ação, pois, embora tenham causas de pedir próprias, há certa identidade entre seus fundamentos jurídicos” (TRE-ES – AIME: 2247 ES, Rel. Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, 15.05.2013).
21. Como está neste julgado, entre tantos: “As ações eleitorais são autônomas, com causas de pedir diversas, sendo inviável o reconhecimento, seja de conexão, seja de continência entre elas” (Agravio Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 36277, Rel. Min. Enrique Ricardo Lewandowski, 10.05.2010).
22. A virada de entendimento pode ser identificada nesta decisão relatada pelo Ministro Henrique Neves: “a litispendência entre feitos eleitorais pode ser reconhecida quando há identidade da relação jurídica-base das demandas, não sendo possível afirmar aprioristicamente e de forma generalizada a impossibilidade de sua ocorrência”, devendo o seu reconhecimento ser feito “à luz do caso concreto” (RESPe nº 3-48 – Rel. Min. Henrique Neves, 12.11.2015). O julgado aponta uma série de recentes precedentes de TRE’s no mesmo sentido (nota 07 do acórdão).
23. Sobre aplicação supletiva e subsidiária do NCPC ao processo eleitoral, vale conferir o que escreveram Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello: “O legislador disse menos do que queria. Não se trata somente de aplicar as normas processuais aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais quando não houver normas, nestes ramos do direito, que resolvam a situação. A aplicação subsidiária ocorre também em situações nas quais não há omissão. Trata-se, como sugere a expressão

De uma forma ou de outra, o art. 96-B é, sem dúvida, instrumento útil de viragem da orientação prevalente atual.

Para registrar um detalhe relevante, no antigo CPC, a competência era deslocada para o juiz que primeiro despachou a demanda conexa (art. 106)²⁴. Para o NCPC, vale o primeiro registro ou distribuição inicial para prevenir o juízo (art. 59). A propósito, essa regra do NCPC (prevenção pela distribuição; não pelo despacho) está de acordo com o sistema das ações coletivas (art. 5º, § 3º, Lei da Ação Popular e art. 17º, § 5º da Lei da Ação Civil Pública). Não obstante, o art. 96-B definiu que a competência será fixada pelo recebimento (despacho). Não há espaço para aplicação subsidiária ou supletiva.

A reunião de processos em instâncias diferentes: a conexão ineficiente da reforma – suspensão por prejudicialidade

Outro ponto importante do novo art. 96-B é a obrigatoriedade de reunião dos processos. O dispositivo fixa que os processos *serão reunidos*. O Novo CPC, na mesma medida, eliminou a dúvida em torno da discricionariedade na reunião de processos conexos. O CPC/1973, art. 105, consignava que o juiz *poderia* reunir os processos conexos. O STJ reconhecia o caráter facultativo (Brasil, 2012)²⁵. Agora está que os processos *serão* reunidos (art. 55, § 1º). Há

‘subsidiária’, de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos princípios fundamentais do processo civil. A aplicação supletiva é que supõe omissão. Aliás, o legislador, deixando de lado a preocupação com a própria expressão, precisão da linguagem, serve-se das duas expressões. Não deve ter suposto que significam a mesma coisa, se não, não teria usado as duas. Mas como empregou também a mais rica, mais abrangente, deve o intérprete entender que é disso que se trata” (Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 75).

24. O art. 286 do NCPC (art. 253 do CPC) define que serão distribuídas por dependência as ações de qualquer natureza quando se relacionarem por conexão, continência ou prejudicialidade com outra já ajuizada (incisos I e III).

25. EDcl no AgRg no REsp 1193525/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª t., 04/12/2012.

obrigatoriedade de julgamento simultâneo (*simultaneus processus*)²⁶. A matéria, inclusive, é cognoscível de ofício²⁷.

Esta obrigatoriedade, no entanto, deve ser ponderada, especialmente no Direito Eleitoral, à luz dos princípios da efetividade e da celeridade. Os processos não podem ser reunidos quando houver ofensa aos princípios da efetividade e da duração razoável do processo. Cabe esclarecer que esta necessária ponderação não equivale à facultatividade. A síntese é: a reunião dos processos se impõe sempre nos casos de conexão, mas desde que não haja ofensa ao princípio da efetividade e da celeridade.

Com estas considerações deve ser lido o § 2º do art. 96-B. O dispositivo determina a reunião dos processos, ainda que estejam em instâncias diferentes. É dizer: se a AIJE já estiver julgada, a AIME será remetida para a instância superior para julgamento simultâneo. Trata-se de um equívoco que a interpretação do dispositivo terá de corrigir.

A súmula 235 do STJ define que “a conexão não determina a reunião de processos, se um deles já foi julgado”²⁸. É assim também no NCPC (art. 55, § 1º). Parece óbvio. O próprio TSE (nos poucos e recentes casos em que reconhecia conexão) vedava a reunião quando um dos processos já tivesse sido julgado (ou mesmo em fases processuais distintas)²⁹.

26. “A nova dicção legal [...] consigna claramente tratar de um dever judicial (diz, peremptoriamente, que os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta)” (Oliveira, 2015, 222). No mesmo sentido: Amaral, 2015, 112-113. Defendendo a obrigatoriedade da reunião já no ambiente do CPC/1973: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2008, p. 170.

27. “A conexão é causa de modificação de competência, não um critério de fixação de competência. Envolve, pois, matéria de ordem pública, examinável de ofício, nos moldes da autorização legal contida no art. 301, § 4º” (STJ, CC nº 25.735/SP, 1ª seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, 7.4.2000).

28. E basta o julgamento; não é necessário o trânsito em julgado: “O fato de ainda não ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença proferida na ação ordinária não afasta a aplicação do entendimento já sumulado pelo STJ de que a possível existência de conexão ou continência não determina a reunião dos processos, quando já proferida a sentença num deles” (TRF4, AI nº 0013979 0.2012.404.0000, 3ª t., Rel. Des. Fernando Quadros da Silva, 14.3.2013).

29. Importante reconhecer que, desde 2013, flagrava-se um movimento do TSE em favor do reconhecimento de conexão, como no exemplo: “Na hipótese, não há conveniência, porquanto os autos supostamente conexos encontram-se em fases

Não se deve deixar de considerar que o efeito jurídico da conexão atende também a um pressuposto de economia processual (Wambier, 2010, 212). É como está na lógica que autoriza a prorrogação de competência. Assim, é necessário separar a *conexão* de seu *efeito jurídico* (reunião de processos). Mesmo constatada a *conexão*, o *efeito jurídico* não se justifica se já tiver havido, em relação a qualquer um, julgamento na instância de origem. Isso significa que não se pode reunir processos se um já estiver pronto para julgamento e o conexo estiver ainda no início. Haveria violação à efetividade e à celeridade. (Oliveira, 2008, 167-171).

A jurisprudência terá de conformar um entendimento que tempere uma regra que tem orientação confrontante com a própria lógica fundante do dispositivo.

Conexão e reunião dos processos com o Corregedor competente para julgamento da AIJE

Nas eleições municipais, a competência para julgamento das AIJE's é dos juízes eleitorais de 1º grau de jurisdição. Nas eleições estaduais e presidenciais, a competência é do Corregedor – dos TREs e do TSE, respectivamente. Há sérias dúvidas em torno da constitucionalidade da regra que entrega competência exclusiva para Corregedor para todas as AIJEs. Há quem identifique ofensa ao princípio do juiz natural (Jorge; Rodrigues, 2014, 321-322).

É importante lembrar que a competência do Corregedor nas eleições estaduais e presidenciais não é propriamente para julgar, mas apenas para instruir a AIJE; funciona como relator (art. 22, I, LC 64/1990). A competência para julgamento do mérito da AIJE é sempre do plenário da corte (art. 22, XII, LC 64/1990).

De qualquer forma, a prevenção é regra de distribuição de ações e recursos. O Corregedor, *relator da ação* (AIJE), é prevento para todas as demais *ações* que tratem dos mesmos fatos (art. 96-B). O problema é que a competência do Corregedor é absoluta, e apenas

processuais distintas” (Recurso Ordinário nº 151449, Rel. Min. Laurita Hilário Vaz, 07/08/2013). No mesmo sentido: “Não é possível determinar-se a conexão de feitos, em casos em que um deles já tenha sido julgado pelo Tribunal” (TRE-MG, RCED nº 71109, Rel. Alberto Diniz Júnior, 9.7.2013).

as competências relativas autorizam modificação de competência por prevenção nos casos de conexão e continência³⁰.

Ainda assim, a conexão impõe o julgamento simultâneo, mas a prevenção teria de ser ignorada com a reunião sempre no Corregedor. É dizer: mesmo que a AIJE tenha sido distribuída depois, representações e a AIME que já tenham sido distribuídas devem ser reunidas para julgamento conjunto perante o Corregedor³¹. A concentração de todas as ações no Corregedor reforça a necessidade do TSE sindicar a constitucionalidade da regra de distribuição em face do princípio do juiz natural.

Também não se pode desconsiderar que uma AIJE possa ser utilizada para burlar o princípio do juiz natural. Proposta uma Representação que possa conduzir à cassação (art. 30-A). Por exemplo, a propositura posterior de uma AIJE (conexa ou continente) atrairia ao Corregedor a competência e, com isso, suprimiria competência do juiz auxiliar a quem havia sido distribuído o processo original.

De qualquer forma, as regras de conexão sempre atendem a um postulado de efetividade. Se a reunião de processos estiver em desacordo com o vetor da efetividade e da duração razoável do processo, a conveniência deve ser avaliada em atenção ao critério casuístico (conferir tópico 3.1). Não se deve perder de vista que os processos de cassação de mandato devem estar julgados, em todas as instâncias, no máximo em um ano³². O mesmo raciocínio vale quando houver tentativa de burla ao princípio do juiz natural. O *princípio da adequação* autoriza um juízo de conveniência da reunião, orientado

30. STJ. MS 9.299/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª seção, 20.09.2004. É como está no art. 54 NCPC: “A competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência, observado o disposto nesta Seção”.

31. Assim é a orientação da jurisprudência: “A competência para processamento e julgamento de mandado de segurança é [...] insuscetível de sofrer modificação. Verificada a existência de conexão do mandamus com ações ordinárias de distribuição mais antiga, os efeitos da conexão laborarão em sentido inverso, produzindo a modificação da competência para apreciar as ações ordinárias” (TRF-4 – CC: 441 PR 2009.04.00.000441-0, Rel. Valdemar Capeletti, 2ª seção, 08.05.2009).

32. Lei 9504/1997. Art. 97-A. Nos termos do inciso LXXVIII do art. 5ª da Constituição Federal, considera-se duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo o período máximo de 1 (um) ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral. § 1º: A duração do processo de que trata o *caput* abrange a tramitação em todas as instâncias da Justiça Eleitoral.

pelo respeito aos princípios da efetividade e da celeridade (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2009, 170).

Uma solução alvitrada pela doutrina e por parcela da jurisprudência é a suspensão do processo de prejudicialidade (art. 265, IV, CPC; 313, V, NCPC) (Ibidem, 175). Não parece a melhor solução. É o caso de deixar que avancem os dois processos. Um dos principais traços distintivos do Direito Eleitoral é o princípio da celeridade (Jardim, 1998, 151)³³.

A AIME se submete às regras de prevenção. O status constitucional não subverte as regras de mudança de competência

Não há nenhuma particularidade juridicamente relevante que exclua a AIME das regras de *prevenção* indicadas neste texto. Não obstante, no TSE, já se decidiu que “não há como extinguir a AIME, ação de índole constitucional, pela mera circunstância da existência de ações anteriores”³⁴. Não é possível concordar. Os fenômenos da litispendência e da coisa julgada (e da conexão) não excluem de seus campos de abrangência as *ações de índole constitucional*.

As *ações de índole constitucional* estão previstas na Constituição Federal especialmente para dificultar a supressão do *remédio processual* pelo legislador ordinário, como já explicava Buzaid³⁵. O bem jurídico tutelado pela AIME (normalidade e legitimidade das eleições; sem abusos) pode ser tutelado em uma AIJE, em uma Representação ou em qualquer outra ação eleitoral típica (ou atípica). Basta que essas *ações* contenham abuso (fato que configure abuso *lato sensu*) como causa de pedir remota e uma *sanção típica* de cassação. Nesse aspecto, não há qualquer relevância em relação à sede de previsão (constitucional ou infraconstitucional) dos instrumentos processuais

33. No TSE, o prazo certo do mandato é reconhecido como fator determinante na conformação da tutela jurisdicional: “As peculiaridades do processo eleitoral – em especial o prazo certo do mandato – exigem a adoção dos procedimentos céleres próprios do Direito Eleitoral, respeitadas, sempre, as garantias do contraditório e da ampla defesa” (TSE – Res. nº 21.634, de 19.2.2004, Rel. Min. Fernando Neves).

34. Trecho do voto no REspe nº 254, Rel. Min. Henrique Neves, 20.11.2014.

35. “qualquer outra espécie de proteção conferida por lei ordinária poderia desaparecer ou ser diminuída ao fluxo das deliberações do Congresso, sujeito às vicissitudes das maiorias eventuais” (1989, 193).

aptos a concretizar direitos materiais (inclusive os direitos materiais fundamentais).

No referido julgamento do TSE, consignou-se que “na AIME – muito mais do que em outras ações eleitorais – sobressai a tutela da legitimidade do pleito”. Ora, a tutela de legitimidade do pleito pode estar adequadamente veiculada em qualquer outra ação eleitoral (ação processual abstrata), indistintamente. A previsão constitucional da AIME não altera essa conclusão. Não há nada na AIME que não haja em uma AIJE ou em uma Representação que possa conduzir à cassação.

A Constituição Federal (1988) assegura a normalidade e legitimidade das eleições, impedindo o abuso (art. 14, § 9º). Assim, o fundamento processual da *tutela de legitimidade do pleito* está na própria Constituição Federal (art. 5º, XXXV), a prescindir de qualquer outra expressa previsão constitucional ou infraconstitucional³⁶. Todos os direitos materiais são *acionáveis em juízo* por garantia constitucional à adequada tutela jurisdicional. Há um direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional (Marinoni, 2003). Não fosse a AIME, seria uma AIJE³⁷ ou qualquer outra *técnica de tutela* que fosse a “expressão realizadora da ação de direito material”, para usar uma expressão de Ovídio Baptista da Silva. (1993, 321).

O mandado de segurança também tem índole constitucional. Atualmente, no entanto, não oferece nada que já não esteja contemplado pela tutela das obrigações de fazer e não fazer. E parece evidente que a *sede constitucional* não outorga ao MS nenhuma técnica processual que o CPC (*sede infraconstitucional*) não pudesse outorgar³⁸. O abuso de poder não ficaria imune ao controle jurisdicional

36. Ao tratar da AIME, Adriano Soares da Costa diz: “Se se cria uma ação, é porque há algum interesse anterior a merecer proteção” (2013, 396). Esse interesse anterior (direito material) pode ser *protegido* por *ação* com sede constitucional ou infraconstitucional. A resposta que Adriano oferece à tese de Konder Comparato sobre a “inexistência” da AIME elucida muito bem o tema.

37. Em alguma medida, a AIJE também tem status constitucional: “É evidente, portanto, que a ação de investigação judicial eleitoral tem assento cativo no art. 14, § 9º, da CF/1998, pois é a técnica que o legislador encontrou de criar situações de inelegibilidade que visem a proteção da legitimidade e da normalidade contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função” (Jorge; Rodrigues, 2014, 319).

38. Eduardo Talamini explica que não se pode admitir que, por exemplo, a força mandamental “a dada ação fosse algo que só a Constituição pudesse atribuir” (2002, 312).

se houvesse a supressão do inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal. E o mandado de segurança, abstratamente considerado, não é *mais* (nada mais) em relação a uma demanda contra a administração que tenha um pedido (imediato) mandamental.

Para insistir, se não houvesse previsão alguma de natureza processual (constitucional ou infraconstitucional), todos os direitos materiais tutelados hoje pela AIME (ou pela AIJE) estariam assegurados pelo direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. Caberia ao judiciário conceber técnicas adequadas³⁹. Supor o contrário é imaginar que poderia haver a garantia constitucional da legitimidade das eleições sem instrumentos processuais aptos à proteção, à tutela desse direito – o que é inconcebível.

Por tais razões, não é possível concordar com o raciocínio jurídico do precedente do TSE. Não é porque a AIME está na Constituição que deve ser reconhecida como o “principal meio processual para se buscar a desconstituição do mandato” (REsp 254). A AIME é apenas mais um *meio processual*. O meio processual principal para desconstituir mandatos (leia-se aqui: técnicas processuais adequadas) poderia estar na legislação infraconstitucional. A sede constitucional, portanto, só tem a relevância apontada por BUZAID (dificultar a supressão pelo legislador infraconstitucional). Aliás, também para reiterar, como há *meios processuais* hábeis na legislação infraconstitucional (AIJE e Representações), a *desconstituição do mandato* prescinde da AIME em sede constitucional.

Tanto é assim mesmo que o *status* constitucional do mandado de segurança nunca foi tal a provocar a derrogação da regra de litispendência. O Superior Tribunal de Justiça (2014) reconhece a necessidade de extinguir mandado de segurança proposto em litispendência com ação ordinária anteriormente ajuizada⁴⁰. É o

39. “Se o dever do legislador editar o procedimento idôneo pode ser reputado descumprido diante de determinado caso concreto, o juiz, diante disso, obviamente não perde o seu dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Por tal razão, o juiz tem o dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima potencialidade”. (Marinoni, 2003, 313).

40. “Constatada a identidade de partes, causa de pedir e pedidos entre o presente mandamus e a ação ordinária [ajuizada anteriormente], resta configurada a litispendência nos termos do art. 301, § 2.º, do Código de Processo Civil. Processo

entendimento que deve prevalecer no TSE quando houver AIME em litispendência com a AIJE. Idêntica conclusão em relação à conexão.

Há outro problema em torno dessa *vis attractiva* universal em torno da AIME (apenas porque em sede constitucional), tal qual como cogitada pelo TSE. As Representações e a AIJE comportam um *pedido inibitório* cumulado (art. 73, § 4º, Lei Eleitoral; art. 22, I, “b”, Lei de Inelegibilidades)⁴¹. Imaginar que tudo deva ser reunido no juízo competente para a AIME cria a transferência da demanda para quem não apreciou a tutela inibitória sumária (antecipada). Os juízes das inibitórias seriam, depois, substituídos pelo juiz da AIME (havendo *conexidade*).

Ainda tratando de pedido de cassação cumulado com uma inibitória, o NCPC admite expressamente a sentença parcial de mérito (art. 356). Se a inibitória cumulado prescindir de instrução (o que é regra, por ausência de manifestação sobre dano e culpa) e, por isso, estiver em condições de imediato julgamento, a decisão parcial de mérito se impõe (art. 356, II)⁴². A valer o entendimento do TSE, pendente a parcela do pedido da AIJE que diz com a cassação, a propositura posterior de AIME (ainda que contida na AIJE) modificaria a competência.

O último argumento está no próprio art. 96-B. O § 3º define que se a ação (e pode ser uma AIME) sobre o mesmo fato apreciado em outra (uma AIJE, por exemplo) cuja decisão já tenha transitado em julgado, não será ela conhecida pelo juiz. Transitada em julgado a AIJE, a AIME que repetir os fatos não será conhecida. O status constitucional não altera esta conclusão.

Por inúmeros motivos, não é possível sustentar que a AIME se submete a qualquer regra de modificação de competência ou de litispendência diversa em razão do singelo motivo de ter *sede constitucional*.

extinto sem julgamento de mérito” (STJ - MS: 12640 DF 2007/0034634-5, Rel. Min. Marilza Maynard, 3ª seção 04.12.2014).

41. Não se diga que a cumulação na AIJE seria impossível, por força do art. 292, § 1º, II, CPC (art. 327, § 1º, II, NCP). É que a inibitória, quando relacionada aos mesmos fatos do pedido de cassação/inelegibilidade, também é de competência do Corregedor – que tem a competência de suspender o ilícito (art. 22, I, “b”, LC 64/1990).

42. Para muitos, já é assim com o CPC vigente (Mitidiero, 2007).

Continência, litispendência e coisa julgada: o microssistema das ações coletivas para as ações eleitorais

Tal qual no direito comparado, nunca deixou de se reconhecer que o bem visado nas ações eleitorais de cassação (verdade eleitoral, lisura do processo) é de caráter supraindividual (tutela da normalidade das eleições)⁴³. Exatamente por isso é inegável a relação entre Direito Eleitoral e o microssistema do processo coletivo⁴⁴.

A supraindividualidade orientou o Código Eleitoral de 1965 a reconhecer a qualquer eleitor legitimidade ativa para impugnar o registro de candidatura, a partir da racionalidade própria das ações populares (art. 97, § 3º). Essa *legitimidade ativa extraordinária* foi suprimida com a LC 05/1970⁴⁵. Idêntica discussão houve em torno da delimitação dos legitimados à propositura de AIME. A Constituição Federal não enunciou quem estaria autorizado a figurar no polo ativo. Muitos eram, no pós-88, os que defendiam aplicação das regras de legitimação ativa da ação popular para a AIME (Francisco, 2002, 179; Mendes, 1996, 337). Conformou-se, no entanto, uma jurisprudência restritiva, fazendo coincidir na AIME o mesmo rol de legitimados definidos para a AIJE na LC 64/1990 (partidos políticos e coligações, candidatos e Ministério Público)⁴⁶.

43. Como está muito bem defendido, a partir de ricas referências do direito comparado, por Pereira, (2008, 129), Fichtner (1998, 32) e Ramayana (2008, 491).

44. É importante ressaltar aqui que essa relação com o microssistema dos processos coletivos não abrange todas as ações eleitorais. Não é possível, por exemplo, falar supraindividualidade em um pedido de direito de resposta.

45. Para um panorama em torno desse debate: PEREIRA, Luiz Fernando C. O reconhecimento de ofício da inelegibilidade. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 157-197, jul./dez.2009. Para conferir as críticas à restrição do rol de legitimados: PINTO, Djalma. *Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 169.

46. Sobre o tema, conferir: LEMBO, Cláudio. *Participação política e assistência simples no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1991; FICHTNER, José Antônio. *Impugnação de mandato eletivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 39-44 e ainda RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Cheim. *Manual de direito eleitoral*. São Paulo: RT, 2014, p. 453. Importante lembrar que o art. 237 do Código Eleitoral outorga legitimidade ao eleitor para *impugnar* abusos nas eleições. Disso trata COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 393-397.

A orientação que predominou não negava propriamente a supraindividualidade dos direitos subjacentes às ações eleitorais (de controle de registrabilidade e lisura do processo eleitoral). A preocupação estava (na AIRC e na AIME) com o “ajuizamento de ações temerárias, políticas e sem fundamento” (Cândido, 1990, 200). É o argumento central na supressão da legitimidade ativa aos eleitores para a propositura de AIRC e AIME. Necessário reconhecer que, a partir de um critério de conveniência do legislador, a supraindividualidade pode conviver com limitação de legitimados (ADI, ADPF, por exemplo).

Não obstante, a supressão de legitimidade ativa nas ações eleitorais acabou afastando, consciente ou inconscientemente, o Direito Eleitoral do microssistema dos processos coletivos. Tratou-se de um equívoco. A escolha do legislador/julgador em limitar a legitimidade ativa (na AIRC e na AIJE) deu-se a partir de outras (e questionáveis) premissas, sem desconsiderar o pressuposto lógico-jurídico de aproximação entre as ações eleitorais e as ações coletivas⁴⁷. Inegável, enfim, que “o direito ao devido processo eleitoral é um direito de natureza coletiva” (Jorge e Santos, 2012; Ramayana, 2008). Era o que já vinha sendo reconhecido em alguns precedentes mais recentes dos tribunais regionais eleitorais⁴⁸.

O dever do Ministério Público assumir a titularidade de ações eleitorais em caso de desistência pelos autores originais, inclusive em fase recursal, revela o grau de aderência com o microssistema de ações coletivas⁴⁹. Trata-se de técnica própria dos processos coletivos, com previsão expressa na Lei da Ação Popular (art. 9º, Lei 4717/1965), aplicada subsidiariamente ao contencioso eleitoral⁵⁰.

47. “a lisura do processo eleitoral é um bem jurídico-constitucional que ultrapassa o círculo de interesses dos atores que participam diretamente no pleito” (Pereira, 2008, 161).

48. “as partes no processo eleitoral não defendem apenas interesse particular, mas sim metaindividuais, de ordem pública, assemelhando-se às ações coletivas de defesa de interesses difusos” (TRE-MS, MS nº 10110, Rel. Elton Luís Nasser de Mello, 09.07.2014).

49. Agravo regimental em REsp nº 35740, Rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho, 06.08.2010.

50. “Embora não haja previsão expressa para que o Ministério Público assuma o polo ativo da demanda, tal medida é justificada pela relevância do interesse público ínsito na demanda e por analogia, nos art. 9º da Lei 4.717/65” (Gomes, 2008, 341).

A partir da congruência de pressupostos e inúmeros pontos de contato, impunha-se que as questões atinentes à litispendência (total ou parcial – continência) e à coisa julgada fossem mesmo tratadas à luz da lógica própria do microssistema dos processos coletivos⁵¹. É agora o que está nos novos parágrafos 1º e 3º do art. 96-B, concebidos a partir de uma racionalidade processual típica do microssistema dos processos coletivos. Trata-se de correto pressuposto segundo o qual a *coletivização da tutela jurisdicional eleitoral* é instrumento inteligente de pacificação pelo processo⁵².

A aplicação desses novos dispositivos da Lei Eleitoral deve ser realizada no contexto hermenêutico dos processos coletivos, congruente com a lógica dos processos coletivos⁵³. Aqui cabe aplicação subsidiária do microssistema dos processos coletivos para *enriquecer* os parágrafos 1º e 3º do art. 96-B; para ler os dispositivos *sob o viés das ações coletivas, iluminados pelos princípios processuais* próprios dos direitos metaindividuais⁵⁴.

51. Era o que já havia sido reconhecido por Jorge e Santos: “sendo o objeto da ação eleitoral de natureza coletiva, há que se aventar sobre a aplicação subsidiária às disposições legais existentes, o microssistema processual coletivo, para resolver questões tais como reunião de processos (litispendência e a existência de coisa julgada)” (2012, 76). O artigo menciona alguns julgados da jurisprudência eleitoral que aplicaram a lógica do microssistema coletivo no Direito Eleitoral. No mesmo sentido: “A moralidade eleitoral, consistente no interesse de se preservar a lisura das eleições, tem a natureza de interesse difuso, que se confunde com o próprio interesse público. Assim, as ações de investigação judicial eleitoral (AIJE) e de impugnação de mandato eletivo (AIME), enquanto meios de controle da moralidade eleitoral, têm a natureza de ação popular. E, diante da natureza do interesse protegido, o regime da coisa julgada aplicável à AIJE e à AIME é o regime próprio da coisa julgada nas ações coletivas para a defesa de interesses difusos, regulado pelo art. 103, I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), pelo art. 16 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85) c/c os seus arts. 1º, IV, e 21, e pelo art. 18 da Lei de Ação Popular (Lei nº 4717/65), aplicando-se supletivamente no que couber o regime do CPC” (Mussi, 2012, 76).

52. Sobre a tendência de coletivização para a pacificação pelo processo: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*: Tomo II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 755.

53. Antes mesmo da reforma, Rodrigues e Jorge (2014) já chamavam a atenção para a “necessidade de se enxergar as técnicas processuais eleitorais sob a perspectiva da tutela jurisdicional coletiva” (283).

54. Sobre essa visão da aplicação subsidiária: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 75. Para compreender os princípios do microssistema,

O reconhecimento de continência e litispendência nas ações eleitorais

Nunca se reconheceu litispendência e continência (litispendência parcial) entre ações eleitorais que tinham por objetivo a cassação de mandato. A análise da litispendência na jurisprudência eleitoral sempre foi realizada em abstrato, a partir dos mesmos critérios utilizados para afastar conexão (conferir tópico “*A continência não subverte a regra da reunião pela prevenção*”)⁵⁵. Dito de outra forma, reconhecia-se também aqui um *critério apriorístico e abstrato* para afastar a litispendência/continência, indiferente ao *critério casuístico*. Pelas razões já expostas ao tratar de conexão, a litispendência/continência só pode ser flagrada no cotejo entre duas demandas concretas, a partir da análise dos elementos próprios de identificação.

É evidente que uma AIJE – o que só se identifica a partir de elementos do caso concreto – pode reproduzir idêntica *situação jurídico-substancial* de uma AIME (ou de outra AIJE) proposta em momento seguinte. Em processos distintos, *repete-se ação em curso*, para usar a expressão do CPC (art. 301, § 3º; art. 337, § 3º, NCPC).

Na hipótese de continência, flagra-se identidade de partes e causa de pedir, “mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais” (art. 104, CPC; art. 56, NCPC). Trata-se sempre de litispendência parcial (Wladeck, 2015, 95). Em verdade, a relação de continência não se afere apenas em relação ao pedido. A *ação continente*, explica Dinamarco (2010, 709), também pode ter “razões mais amplas” em relação à ação contida⁵⁶.

conferir: GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos*. São Paulo: RT, 2007, p. 11-15.

55. “O entendimento predominante nesta Corte Superior é no sentido de que não há litispendência entre a ação de impugnação de mandato eletivo e a ação de investigação judicial eleitoral, por se tratarem de demandas com causas de pedir e objetos distintos”. (Recurso Especial Eleitoral nº 254, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, 20.11.2014).
56. Há que se considerar a questão da continência não apenas a partir do pedido, mas também da causa de pedir. Demandas eleitorais podem ter o mesmo pedido de cassação, mas podem ter causas de pedir coincidentes (sendo que uma das ações tem mais causas de pedir autônomas). Fredie Didier Junior parece chegar à conclusão idêntica por outro caminho. Tratando de continência, sustenta que se a causa de pedir é distinta, distinto também é o pedido que se deduz a partir dessa

A reorientação operada pelo art. 96-B em relação à conexão (que manda observar os *factos*; o caso concreto, portanto) e a aproximação ao microsistema dos processos coletivos (§§ 1º e 3º) devem consolidar o recente entendimento do TSE sobre o tema. Noutras palavras, não há mais espaço para a utilização do antigo método *apriorístico* e *abstracto* para refutar litispendência e continência entre ações eleitorais.

Para o reconhecimento de litispendência, o CPC (e o NCPC) exige tríplice identidade (mesmas partes, causa de pedir e pedido) (art. 301, § 2º, CPC; art. 337, § 2º, NCPC). Boa parte da doutrina, no entanto, sempre reconheceu a insuficiência da tríplice identidade para flagrar hipóteses de litispendência. A ideia é adotar um critério mais flexível, com a diretriz de evitar que dois processos com o mesmo objetivo tenham resultados diferentes⁵⁷. Assim também para parcela da jurisprudência⁵⁸.

Independentemente dessa controvérsia, nas ações coletivas a litispendência/continência sempre mereceu outra leitura. Sempre bastou a identidade de causa de pedir e pedido (Gidi, 1995, 219)⁵⁹. Isso porque as partes atuam como “substitutos processuais da coletividade”, para usar uma expressão de Ada Pellegrini Grinover (1995, 24-25). Assim também nas ações eleitorais. O fato de candidatos e partidos políticos terem interesses próprios, beneficiados

causa de pedir: “Não se pode considerar igual aquilo que é diferente (princípio lógico da não-contradição): se os atos impugnados são distintos, distintos também são os pedidos” (Didier Jr, 2014). Além de reconhecer que a continência pode se dar pela discrepância de extensão das causas de pedir, Wladeck (2015, 95) também adverte que a continência pode ser reconhecida por uma dimensão mais ampla dos elementos subjetivos de uma demanda em relação a outra.

57. A chamada teoria dos três eadem (mesmas partes, mesma causa de pedir, mesmo pedido), conquanto muito prestigiosa e realmente útil, não é suficiente em si mesma para delimitar com precisão o âmbito de incidência do impedimento causado pela litispendência. Considerando o objetivo do instituto (evitar o *bis in idem*), o que importa é evitar dois processos instaurados com o fim de produzir o mesmo resultado prático (Dinamarco, 2002, 62-63).
58. “A teoria dos três eadem na caracterização da litispendência/coisa julgada deve transcender a identidade dos elementos da ação para entender que o impedimento se destina a evitar processos que tenham o mesmo resultado prático” (AgRg no AREsp 188.343/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª t, 11.09.2012).
59. Também assim para o STJ (AGRMC - 14216. STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 3ª seção, 23.10.2008).

por eventual decisão de cassação do adversário, não desnatura essa “legitimidade processual coletiva”⁶⁰.

A litispendência e a continência são fenômenos *reconhecíveis através da análise do direito material subjacente*. Deve haver *identidade entre as pretensões de direito material*. E assim, o conceito de partes, para identificação da litispendência (e da continência), deve levar em consideração a titularidade do direito material⁶¹. Nas ações eleitorais, a titularidade do direito material é do eleitor; da coletividade. Apenas no plano processual é que aparecem os *substitutos processuais coletivos* (candidatos, partidos e o Ministério Público, em legitimidade ativa *concorrente e disjuntiva*) (Almeida, 2003, 134).

Com o novo art. 96-B, não há dúvida de que a litispendência e a continência devem ser reconhecidas independentemente dos *substitutos processuais coletivos*. A controvérsia está em definir a consequência do reconhecimento da litispendência e da continência entre demandas eleitorais.

Consequência do reconhecimento da litispendência e da continência nas ações eleitorais

A litispendência é um *requisito processual negativo* para o julgamento de mérito (art. 267, V, CPC; art. 485, V, NCPC)⁶². Assim,

60. “A nosso ver, nas Ações Coletivas estará sempre uma legitimação processual coletiva que é, justamente, a possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos *lato sensu* (difuso, coletivo e individuais homogêneos), ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em tese, beneficiados com a decisão a ser prolatada” (Gomes Jr, 2008, 85).

61. A construção, citando Pontes de Miranda, é de Felipe Lopes Soares (2009, 151): “Para fins de configuração de continência entre ações coletivas, a identidade de partes deve ser interpretada sob a ótica dos beneficiários atingidos pelos efeitos da decisão, de modo que, ainda que não sejam necessariamente as mesmas partes “físicas”, se as partes “jurídicas” são as mesmas, impõe-se seja reconhecida a continência” (TRF-4 – AC: 50098615920134047100 RS 5009861-59.2013.404.7100, Rel. Candido Alfredo Silva Leal Junior, 4ª t., 21.05.2014).

62. “Diz-se que a litispendência de um primeiro processo é um pressuposto negativo para um segundo, com conteúdo idêntico, porque o segundo, mesmo preenchendo todas as condições de prosperar, em virtude de um elemento que lhe é extrínseco, isto é, pelo mero fato da existência de um primeiro processo igual, será trancado. Então, a litispendência anterior é um pressuposto processual negativo, impedindo a validade de uma segunda relação jurídica processual idêntica” (Alvim, 523).

flagrada a litispendência, a partir dos critérios indicados no tópico anterior, a segunda demanda idêntica-repetida deve ser extinta.

A continência – litispendência parcial – enseja a mesma consequência, mas apenas em relação à *zona de intersecção*, quando a continente precede a contida. A extinção da *contida* proposta depois da *continente* já era defendida por parcela relevante da doutrina e está em alguns precedentes⁶³. Agora é como está no art. 57 do NCPC: na hipótese de continência, se a *continente* (mais ampla) já estiver tramitando quando for proposta a *contida*, a segunda (menos ampla) deverá ser extinta sem julgamento de mérito.⁶⁴

A simples reunião (por conexão) só se verifica se a cronologia foi inversa (contida proposta antes da continente)⁶⁵. De qualquer forma, esta reunião é apenas da parte remanescente. Isso porque ainda que a continente seja a subsequente, a parcela coincidente também merece extinção. É como explica José Medina, já comentando o

63. “Se a causa continente (a maior) for proposta antes da menor, não há que se falar em junção, pois sendo ajuizada a causa contida (a menor), sucessivamente à causa continente (a maior), segue-se que toda causa menor já está pendente na anterior, desde que haja identidade ‘integral’, entre a menor e a parte da maior que lhe corresponde. Se assim é, o tratamento jurídico a ser emprestado à hipótese não será o de junção, mas sim o de argüir objeção de litispendência e o de, conseqüentemente, extinguir-se a segunda ação sem julgamento de mérito” [sic] (Idem, 1996, 307). No mesmo sentido: “A continência encerra, na verdade, litispendência parcial, já que haverá identidade parcial entre os pedidos formulados nos dois processos. Quando os pedidos realizados no segundo processo são menos abrangentes, haverá simplesmente litispendência, devendo este processo ser extinto sem julgamento do mérito” (Alvim Wambier, 2006, 264). Ainda: MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2009. p. 105, 110-111. No STJ, a orientação estava para determinar a reunião de processos (EDcl no REsp 1394617/SC, Rel. Min. Ari Pargendler, 1ª t., 20.05.2014). Mas havia julgados reconhecendo a necessidade de extinção. Entre outros: “Se a causa *continente* (a maior) for proposta antes da ação com pedido menor, tem-se que o pedido menor já está *contido* no primeiro pedido maior. A solução jurídica no caso é a *extinção* do segundo processo em razão da *litispendência*” (TRF1, AC 1999.36.00.008262-0/MT, Rel. Des. Federal Selene Maria De Almeida, 5ª t., 22.05.2009).

64. Conferir: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 226-227.

65. “a continência costuma ser apontada como uma litispendência parcial. Em parte a demanda de maior extensão coincide com a demanda menos ampla, e na parte que a excede ela é somente conexa a esta” (Dinamarco, 2010, 710).

dispositivo do NCPC: “sendo o segundo pedido mais abrangente, devem-se reunir as causas, havendo que ser parcialmente extinta a segunda ação” (Medina, 2015, p.131).

Para as ações eleitorais estas soluções do *processo civil ordinário* de extinção só valem quando os legitimados ativos forem idênticos. O mesmo partido (ou candidato) não pode repetir ações em curso. Outra é a orientação nas ações eleitorais com *partes diversas*. Neste caso o art. 96-B operou uma conexão com o microsistema dos processos coletivos, a considerar a *legitimidade extraordinária*⁶⁶.

É nesse sentido que o § 1º do art. 96-B fixa que o “ajuizamento de ação eleitoral por candidato ou partido político não impede ação do Ministério Público no mesmo sentido” (1997). O novo dispositivo da Lei Eleitoral quer evitar que o reconhecimento de litispendência impeça o Ministério Público de intentar ação idêntica – o que é correto à luz do microsistema dos processos coletivos. Basta imaginar a hipótese de extinção de uma AIJE proposta pelo Ministério Público repleta de provas colhidas em procedimento administrativo em razão de uma demanda proposta alguns dias antes por um partido político com escasso material probatório⁶⁷.

O problema é que a *contrario sensu* o dispositivo está a dizer que o ajuizamento por um determinado partido político impede o ajuizamento por outro partido (ou candidato) da mesma ação (ou de uma *contida*). E a regra extraída da leitura a *contrario sensu* está em dissonância com a melhor leitura do microsistema dos processos coletivos. E, sobretudo, com a leitura que o microsistema merece no ambiente do Direito Eleitoral. O impedimento para repetição de ação está apenas para os casos de repositura pelo mesmo autor (partido ou candidato).

Para as ações coletivas – e agora também para as ações eleitorais –, *diversas as partes*, a litispendência e a continência não devem apontar para a extinção, mas apenas para a reunião dos processos.⁶⁸

66. Apontando para a solução da reunião nos casos de *duplicidade de lides* coletivas: RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). *Procedimentos Especiais Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 385-386.

67. O exemplo, aqui adaptado para o Direito Eleitoral, é de ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 360-361.

68. Correndo o risco de dizer o óbvio, é claro que essa assertiva pressupõe diferentes legitimados extraordinários nas ações coletivas. Se um mesmo partido propõe duas ações idênticas, a segunda merece extinção por litispendência.

Idêntica orientação deve pautar as ações eleitorais, incompatíveis que são – tais quais as ações coletivas – com a “aplicabilidade fria e rígida” da extinção, admissível apenas quando idênticas as partes (Almeida, 2003, 360-361)⁶⁹.

O art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Popular – que manda reunir; não extinguir – deve ser subsidiariamente aplicado para *enriquecer* o § 1º do art. 96-B da Lei Eleitoral, porque a “extinção pura e simples com base da litispendência” ou da continência de uma ação eleitoral, diversas as partes, “poderá causar risco à efetiva tutela jurisdicional” da lisura das eleições (Loc. Cit.). E esse risco não está apenas para os casos de posterior propositura pelo Ministério Público.

Não é, por isso, apenas o Ministério Público pode propor ação eleitoral no mesmo sentido de ação anteriormente proposta por candidato ou partido político, como está no § 1º do art. 96-B. Todos os *litisconsortes facultativos* podem propor ações em litispendência ou continência. A consequência é a reunião dos processos⁷⁰,

Esta é melhor opção para o Direito Eleitoral. Evita-se um possível conluio entre candidatos e partidos. Uma determinada AIJE (mal formulada; mal instruída) pode ser proposta *sob encomenda* apenas para vetar a propositura de outra AIJE⁷¹. A regra é que não haja prejuízo na reunião. Em verdade, nos casos de continência e litispendência, o que ocorre é uma *fusão* das demandas (Oliveira, 2015, 216), e a fusão transforma as partes das ações originais em litisconsortes da demanda única, simplesmente porque se trata de *litisconsórcio facultativo unitário*, a exigir *soluções convergentes*. Se os autores poderiam ser litisconsortes desde a propositura, podem ser também na reunião dos processos (Grinover, 2005, 17). Aliás, é

69. Há julgados nos dois sentidos, pela reunião: TJ-MG-AI: 10024120921705001 MG, Rel. Cabral da Silva, 10ª Câmara Cível, 02.04.2014. Contra a reunião (pela extinção): TRF-2-AG: 201202010165317, Rel. Des. Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, 5ª t., 24.05.2013.

70. “quando ocorre litispendência com partes diversas, a solução não pode ser a extinção de um dos processos, mas a reunião deles para processamento simultâneo. É que de nada adiantaria extinguir um dos processos, pois a parte autora, como co-legitimada, poderia intervir no processo supérstite, na qualidade de assistente litisconsorcial. Por uma medida de economia, se isso for possível (se houver compatibilidade do procedimento e respeito às regras de competência absoluta), os feitos devem ser reunidos” (Didier Júnior; Zaneti Júnior, 2009, 163).

71. Conferir: GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 133-134.

o que está expresso no § 2º do art. 96-B, mencionado para os casos de conexão.

Exceções à regra de reunião das demandas eleitorais propostas em litispendência ou continência

A conveniência da reunião, no entanto, pressupõe atenção aos princípios da efetividade, especialmente, da celeridade. Como nos casos de conexão, a reunião é inviável se houver o julgamento de uma ação eleitoral. Para esses casos, o STJ aponta a extinção da ação idêntica posteriormente proposta⁷². No caso de continência, impõe-se aqui (se a *contida* vier depois da *continente*) a aplicação da extinção parcial, como agora está no art. 57 do NCPC

Depois, se essa ação anterior (idêntica ou *contida*) for julgada procedente ou improcedente com trânsito em julgado, o interesse coletivo, reconhece-se, foi eficientemente tutelado. Caso a improcedência seja por insuficiência de prova, autoriza-se, por qualquer dos legitimados, a repropositura a partir de *outras* ou *novas* provas (art. 96-B, § 3º – coisa julgada *secundum eventum probationis* – tópico 06).

Uma hipótese intermediária é a propositura de uma ação idêntica ou contida quando já tiver sido julgada a anterior – e esse julgamento tiver sido de improcedência por falta de prova, mas ainda sem trânsito em julgado. Aqui, os princípios da efetividade e da celeridade devem conformar uma orientação que autorize a propositura/tramitação das ações eleitorais posteriores. Nesse caso, é necessária a cronológica solução do art. 96-C, evitando que a nova ação aguarde o trânsito em julgado da anterior. Para tal, a nova demanda, para não merecer extinção, deverá estar aparelhada com *outras* ou *novas* provas em relação à anterior – o que deverá ser demonstrado pelo autor para um *juízo de admissibilidade* (tópico 6.1). Se a *coisa julgada não se forma* quando o pedido é julgado improcedente por ausência de prova, é possível dizer que a *litispendência também não se revela* nesse caso.

Também aqui, a alternativa alvitrada por parcela da doutrina é uma suspensão do processo de prejudicialidade (art. 265, IV, CPC;

72. RMS: 24196 ES 2006/0101994-6, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª t., 18.02.2008.

313, V, NCPC) (Didier Jr.; Zaneti Jr., 2009, 175). A suspensão por prejudicialidade – tal como a espera pelo trânsito em julgado – viola o princípio da celeridade, tão caro ao Direito Eleitoral (Jardim, 1998, 151). Importante reiterar aqui que os processos de cassação de mandato devem estar julgados, em todas as instâncias, no máximo em um ano⁷³. A solução deve passar por essa referência de duração razoável do processo no Direito Eleitoral.

Outra hipótese em que a reunião é desaconselhada está para os casos de continência em que a demanda *contida* tenha instrução concluída ou avançada. Não é possível paralisar uma ação eleitoral de cassação pronta para julgamento para reunir com a continente que demanda prova na *parcela não coincidente*. Aqui, se a contida estiver avançada, a instrução produzida pode ser aproveitada pela continente, sem reunião (Oliveira, 2015, 227).

Por fim, pelas razões já mencionadas ao tratar de conexão, é impossível cogitar a aplicação do art. 96-B, § 2º reunindo processos em instâncias diferentes (conferir tópico 3.1).

A continência não subverte a regra da reunião pela prevenção

Define o art. 96-B que serão reunidas para julgamento comum as ações eleitorais propostas por partes diversas sobre o *mesmo fato*. Os mesmos fatos podem ensejar o reconhecimento de identidade em diferentes níveis: conexão ou continência. A competência para julgar os processos reunidos, como também está no art. 96-B, se dá no juiz que tiver “recebido a primeira [demanda sobre os mesmos fatos]” (1997). A regra de prevenção da Lei Eleitoral não distingue conexão de continência.

O STJ tem decisões definindo que a prevenção é instrumento apto para modificar a competência apenas em caso de conexão – e não de

73. Lei 9504/1997, art. 97-A. Nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, considera-se duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo o período máximo de 1 (um) ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral. § 1º: A duração do processo de que trata o *caput* abrange a tramitação em todas as instâncias da Justiça Eleitoral.

continência.⁷⁴ O tema é controvertido em jurisprudência⁷⁵. Pontes de Miranda, citado no acórdão do STJ, sustenta que o art. 106 do CPC (que trata da prevenção) refere-se apenas à conexão (e não à continência). Para Barbosa Moreira, a “continência está contida na conexão” (1979, 133). Sendo assim, o art. 106 abrangeria casos de conexão e continência, contrariando a orientação predominante e determinando, sempre, a reunião no juízo preventivo⁷⁶.

Agora, o art. 58 do NCPC, responsável por tratar da prevenção, não faz distinção entre conexão e continência – o que levou a doutrina a concluir pela submissão da continência a regra de prevenção⁷⁷. Da mesma forma, o art. 96-B não se refere especificamente à conexão; trata de *ações sobre o mesmo fato* – a englobar conexão e continência (os dois institutos pressupõem a coincidência em torno dos fatos, é claro). Portanto, a continência no Direito Eleitoral – nos casos em que provoca fixação/modificação de competência – orienta-se, tal qual a conexão, pela prevenção.

74. “Se reconhecida a continência entre as ações, realmente não se pode adotar o critério da prevenção para determinar a reunião dos processos. O juízo em que tramite a causa continente é que deverá julgar a causa contida” (STJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª t., 27.09.2011). Ainda há ampla controvérsia na jurisprudência.

75. Em sentido contrário à posição do STJ, entre outros: “No caso, o instituto da continência desloca a competência por prevenção ao Juízo que exarou o primeiro despacho. Inteligência dos artigos 104, 105 e 106 do CPC” (Conflito de Competência nº 70050479252, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Eduardo Delgado, Julgado em 29/05/2014).

76. Assim também para parcela da doutrina: “No cenário inverso, isto é, proposta em um segundo momento a demanda mais extensa, deverá esta ser reunida à menos extensa, perante o juízo preventivo” (Oliveira, 2015, 226). No mesmo sentido: “A noção de prevenção ganha importância quando se está diante de ações que devem ser reunidas. Essas ações são as conexas, as continentes e aquelas entre as quais existe a relação de acessoriedade” (Wambier *et al*, 2005, 101-102).

77. Quem já comentou o novo dispositivo defende que agora há uma indistinção de tratamento que submete a continência ao critério de prevenção: “O art. 58 do CPC/2015 não limita o seu comando aos casos de ações conexas. Seu caráter genérico e sua própria posição no texto do Código evidenciam que, também quando se tratar de reunir ações entre as quais haja relação de continência ou prejudicialidade, aplicar-se-á o critério da prevenção – observado o disposto no art. 54” (Wladeck, 2015, 100).

Essas considerações, no entanto, devem ser lidas em consonância com as demais regras tratadas neste texto (conferir este e os dois tópicos anteriores).

A coisa julgada *secundum eventum probationis* (segundo o resultado da prova) no Direito Eleitoral

A regra geral da coisa julgada material determina que, flagrada a *identidade de ações*, a demanda proposta em momento seguinte mereça extinção (art. 267, V, CPC; art. 485, V, NCPC). Trata-se de garantia constitucional (art. 5º, XXXVI, CF)⁷⁸. A ofensa à coisa julgada, inclusive, é hipótese de rescindibilidade do julgado (art. 485, IV, CPC; art. 966, IV), ou até mesmo, valendo-se da designação latina, *querela nullitatis*⁷⁹. Também como regra, a ação julgada improcedente, ainda que por insuficiência de prova, é decisão de mérito e produz coisa julgada material⁸⁰.

Agora o § 3º do art. 96-B estipula que ao articular uma solução jurídica típica de ações coletivas: a coisa julgada *secundum eventum probationis*. Julgada improcedente uma ação de cassação de mandato (ou outra ação eleitoral que trata de direitos transindividuais) por insuficiência de provas, outra idêntica pode ser apresentada, desde que a partir de *outras* ou *novas* provas e, por óbvio, se houver prazo para tal.

78. “a coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário” (Marinoni, 2004, 162).

79. Sobre as consequências da ofensa à coisa julgada, nos diferentes momentos em que é flagrada: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades no processo e da sentença*. São Paulo: RT, 7. ed., 2014. p. 382-386.

80. “Dúvida não há, portanto, de que a insuficiência ou falta de provas acarreta a improcedência do pedido, não a extinção do processo sem julgamento do mérito. Se o autor não consegue provar o fato constitutivo de seu direito, deverá sofrer as consequências da ausência ou insuficiência de provas, que invariavelmente será a improcedência de seu pedido, nos termos do art. 269, I, CPC. Em outras palavras, não provado o direito postulado, o julgador deve negar a pretensão, que ocorrerá com o julgamento de mérito do pedido” (REsp 873.884/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª t., 29.03.2010). Há quem faça, registre-se, uma leitura crítica do reconhecimento de julgamento de mérito em caso de insuficiência de provas, admitindo a repropositura mesmo em ações individuais (Rodrigues; Souza, 2015, 299-313).

Antes de tratar da coisa julgada *secundum eventum probationis*, é importante relembrar que o TSE sempre entendeu que, os *mesmos fatos*, julgados em AIJE, AIME ou RCED, não autorizavam exceção de coisa julgada – a partir dos mesmos argumentos já mencionados. Abstratamente consideradas, as ações teriam *causas de pedir próprias e consequências jurídicas distintas*⁸¹. Agora o § 3º do art. 96-B explicita que a coisa julgada impede a análise de ação posterior. Se a *ação coletiva-eleitoral* anterior, proposta por qualquer dos legitimados, tiver apreciado o *mesmo fato*, o conhecimento da subsequente está vedado. Não importa que a mesma *situação jurídico-substancial* tenha sido inicialmente veiculado em uma AIJE e depois em uma AIME.

Parece óbvio, mas é uma correção importante na orientação jurisprudencial que prevalecia até aqui. A coisa julgada formada em demanda sobre os *mesmos fatos* induz à extinção da demanda subsequente. Independentemente da discrepância no polo ativo (reconhecendo, mais uma vez, a *legitimação extraordinária* nas ações eleitorais). Trata-se de importante instrumento de aperfeiçoamento da garantia da segurança jurídica no Direito Eleitoral (Talamini, 2005, 50-51).

A coisa julgada nas ações eleitorais é agora *erga omnes*, própria das ações coletivas. Há uma ampliação dos limites subjetivos. Não apenas quem foi parte é atingido, mas toda a coletividade – precisamente em atenção à transindividualidade. Essa transindividualidade da tutela da lisura do processo eleitoral é o vetor de ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada. Determinada a cassação de um mandato e a consequente realização de novas eleições, todos os titulares desse *direito difuso à lisura das eleições* estão *tutelados*⁸².

81. “O recurso contra expedição de diploma (RCED), a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) e a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) possuem causas de pedir própria e consequência jurídica distinta. Assim, o julgamento favorável ou desfavorável de cada uma dessas ações não influencia no trâmite umas das outras” (AREspe 26.276/CE, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ de 7.8.2008; REspe 28.015/RJ, Rel. Min. José Delgado, DJ de 30.4.2008).

82. É verdade que essa questão já poderia ser resolvida, para os casos de procedência das ações de cassação, em carência de ação por falta de interesse de agir. Não haveria interesse de agir em propor uma ação de cassação contra um candidato já cassado. Mas a questão deve ser avaliada à luz da coisa julgada nos casos de

E a coisa julgada opera nos dois sentidos. Eventual decisão de improcedência com trânsito em julgado *imuniza a situação jurídico-substancial*. A imutabilidade própria da coisa julgada impede novas investidas dos legitimados ativos para essas ações de cassação. A coisa julgada nas ações eleitorais atua, enfim, *pro et contra*. Admitir uma série de ações eleitorais idênticas, depois de uma decisão definitiva sobre os fatos, violaria a percepção de segurança jurídica, tão importante para disputa eleitoral. É inadmissível a *contraposição de coisas julgadas conflitantes* (Moreira, 1977, 122).

A exceção está para os casos de improcedência por insuficiência de provas. Aqui entra em cena o instituto da coisa julgada *secundum eventum probationis* – adotada expressamente pelo novo § 3º do art. 96-B da Lei Eleitoral.

A técnica da coisa julgada *secundum eventum probationis* é utilizada para duas situações jurídicas. Primeiro para os casos de procedimentos que limitam a cognição (e por isso autorizam nova discussão em cognição exauriente); segundo para os casos nos quais o sistema não se conforma com a coisa julgada a partir de uma improcedência por insuficiência de provas, em razão dos direitos indisponíveis envolvidos (Watanabe, 1987, 89-90). Por opção do legislador, *a coisa julgada não se forma* quando o pedido é julgado improcedente por ausência de prova (Almeida, 2003, 352). É o caso das ações coletivas. Adota-se a *primazia da tutela de mérito*. Por idêntico pressuposto, é o caso das ações eleitorais.

A partir da mudança, se a ação de cassação for julgada procedente ou improcedente, a imutabilidade é “consequência natural da transindividualidade” (Zavascki, 2007, 80). No entanto, se a improcedência se der por insuficiência de prova, é possível a propositura de nova e idêntica ação – com *outras* ou *novas* provas. A solução é análoga à adotada na ação popular (art. 18), na ação civil pública (art. 16) e também no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (art. 13)⁸³. A construção jurídica que ampara as hipóteses

improcedência, com a imunização do candidato em relação a novas ações sobre os *mesmos fatos* – à exceção da insuficiência de provas.

83. Conferir, entre outros: DECOMAIN, Pedro Roberto. Conexão entre Ações Populares e entre Ação Popular e ações Coletivas correlatas. *Revista Dialética de Direito Processual*, Brasília, n. 71, 2009, p. 112-115.

é a mesma: *primazia da tutela de mérito* diante da dimensão dos direitos envolvidos.

Não interessa à tutela da lisura do processo eleitoral que eventual quebra do *princípio da autenticidade eleitoral* torne-se inquestionável (imutável) a partir de uma decisão sem julgamento de mérito por insuficiência de provas. Até porque “a qualidade da democracia representativa está relacionada com a normalidade e lisura das eleições” (Salgado, 2010, 54). Assim sendo, se um legitimado para uma ação eleitoral não se desincumbiu adequadamente do ônus da prova, a improcedência *não forma coisa julgada*. Interessa à *tutela da lisura* oferecer outra chance a quem dispuser de *novas* ou *outras* provas.

Como os mesmos argumentos já apresentados ao tratar da necessidade de reunião de processos em continência e litispendência (tópico “*Consequência do reconhecimento da litispendência e da continência nas ações eleitorais*”), a solução evita eventual conluio entre *candidatos próximos*, falsos adversários (não raro, infelizmente). Impede-se que a intencional propositura de uma demanda eleitoral mal concebida, com prova escondida, apenas para formar uma coisa julgada a partir da improcedência (Gidi, 1995, 133-134). O objetivo de imunizar o candidato que violou a lisura do processo eleitoral está vedado com a adoção da coisa julgada *secundum eventum probationis* pela legislação eleitoral.

Os regionais eleitorais, antes do novo art. 96-B, negavam a aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis*⁸⁴. Apesar dessa orientação, ao mesmo tempo o TSE ressaltava que “se não forem produzidas novas provas [...], não há como se distanciar das conclusões proferidas nos julgados anteriores” (2010). Havia uma construção jurisprudencial que *flertava* com o instituto. Agora o § 3º do art. 96-B consolida a coisa julgada *secundum eventum probationis* para as ações eleitorais.

É evidente que tudo isso resta com escassa aplicação prática em uma eleição de duração de apenas 45 dias, como está com a nova Lei 13.165/2015. Difícil imaginar trânsito em julgado de ações

84. “O ordenamento jurídico vigente veda, em regra, a formação da coisa julgada *secundum eventum probationis*. Com isso, o exaurimento ou não das vias probatórias é irrelevante para que se opere a estabilização dos efeitos de decisão de mérito contra qual não caiba mais recurso” (TRE-BA. RE nº 29582, Rel. Carlos D’Ávila Teixeira, 27.01.2015).

eleitorais no interregno de tempo entre o início do período eleitoral (desde quando as ações de cassação podem ser propostas) e o prazo decadencial limite para a propositura de uma AIME.

O que se entende por outras ou novas provas que autorizam a propositura de ação proposta sobre o mesmo fato – juízo de admissibilidade

A repropositura pressupõe improcedência anterior por insuficiência de prova. Não importa propriamente a escassez de provas. Podem ser muitas as provas, mas *insuficientes* para a formação do juízo de mérito (Rodrigues, 2004, 246).

O § 3º do art. 96-B subordina o conhecimento de nova ação à apresentação de *outras* ou *novas* provas. A conjunção “ou” sugere alternativa: *outras* ou *novas*. Não há sentido. Se as provas forem *outras*, serão *novas*. As provas são *outras* em relação àquelas produzidas no processo anterior (julgado improcedente por insuficiência de prova). Se são *outras*, também são *novas* (inéditas) em relação àquelas, por óbvio.

Outras ou *novas* não querem dizer *supervenientes*. É dizer: as provas podem ser pré-existentes ou contemporâneas à instrução do processo julgado improcedente por insuficiência de prova. Se essas provas não tiverem sido apresentadas, serão *novas* para fins de admissibilidade do processo subsequente (Neves, 2013, 557).

A apresentação de novas provas é uma condição para o conhecimento da *ação repetida*. Há, portanto, um juízo prévio de admissibilidade. Essa admissibilidade da *ação reproposta* está condicionada a uma análise *in limine litis* que aponte para a possibilidade de superação da insuficiência a partir das *novas* provas apresentadas. É claro que a suficiência só será aferida mesmo ao momento do julgamento de mérito, com o final da instrução. Entretanto, as *novas provas* apresentadas devem autorizar uma *perspectiva de superação da insuficiência*. Essa é a condição de admissibilidade sem a qual a coisa julgada se apresenta como um *requisito processual negativo* (art. 267, V, CPC; art. 485, V, NCPC).

Conclusões

O art. 96-B adota técnicas próprias do microsistema dos processos coletivos. Além da inclusão de dispositivos específicos, atrai a aplicação subsidiária da lógica jurídica das ações coletivas para

ações eleitorais que digam com os direitos transindividuais. A partir daí é possível extrair as seguintes conclusões:

- i) Não obstante alguns avanços nos últimos anos, ainda há uma indesejável sobreposição de ações que, a partir de causas de pedir coincidentes, podem conduzir à inelegibilidade/cassação (ou aplicação de multas por ilícitos eleitorais);
- ii) O tema da conexão, continência, litispendência e coisa julgada, à exceção da recente reorientação do TSE, sempre mereceu um tratamento inadequado da jurisprudência eleitoral. As ações eleitorais típicas eram abstratamente cotejadas para apontar, em tese, a inexistência de conexão, assim como continência, litispendência e coisa julgada;
- iii) O art. 96-B, §§ 1º, 2º e 3º, é instrumento apto a alterar a jurisprudência eleitoral em relação aos casos de conexão, continência, litispendência e coisa julgada. Agora, para flagrar pontos de contato entre ações eleitorais, é necessário adotar o critério casuístico, avaliando concretamente as ações eleitorais típicas para aferir, por exemplo, *conexidade*.
- iv) A nova regra determina de forma expressa que as ações eleitorais sejam reunidas a partir do critério da prevenção.
- v) Não é possível reunir ações eleitorais conexas se uma delas já tiver sido julgada ou estiver em fase avançada de instrução. A regra de reunião para julgamento simultâneo deve ser ponderada a partir do princípio da efetividade e da celeridade no Direito Eleitoral.
- vi) A competência absoluta do corregedor para julgamento de AIJEs (de constitucionalidade duvidosa) não pode ser instrumento de burla ao princípio do juiz natural.
- vii) O *status* constitucional da AIME não é motivo para derrogação da regra de prevenção. Havendo conexão, a AIME deve ser reunida ao processo antes distribuído.
- viii) As ações eleitorais estão submetidas às regras do microsistema de processos coletivos que não colidam com regras próprias do Direito Eleitoral.
- ix) A continência, a litispendência e a coisa julgada são aferidas independentemente de quem figura no polo ativo, pois a legitimidade nas ações eleitorais é sempre extraordinária.

- x) O reconhecimento da litispendência não induz à extinção, mas à reunião dos processos idênticos. Mesma conclusão em relação à continência, nos casos da ação *contida* ter sido proposta depois da *continente*.
- xi) As exceções à reunião de processos em litispendência e continência verificam-se em atenção aos princípios da efetividade e da celeridade.
- xii) A continência não subverte a regra da reunião dos processos pela prevenção. Proposta depois a *continente*, a reunião se dá na *contida* distribuída antes – no juízo prevento.
- xiii) O § 3º do art. 96-B adota para as ações eleitorais o instituto da coisa julgada *secundum eventum probationis*, típico das ações coletivas. A improcedência por insuficiência de provas pode ser *corrigida* por ação idêntica com novas provas.
- xiv) As novas provas não devem ser necessariamente supervenientes. Basta que não tenham sido apreciadas no processo anterior. Se houver perspectiva de alterar o julgamento anterior, a ação idêntica é admitida.

Referências

- ALMEIDA, G. A. de (2003). *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva.
- ALVIM, T. A W. (1996) *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: RT.
- _____. (1997). *Manual de direito processual civil*: vol. 1: Parte Geral. 7. ed. São Paulo: RT.
- _____. (2006). Litispendência em ações coletivas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos: 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas.
- AMARAL, G. R. (2015). *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: RT.
- ARAGÃO, E. D. M. de. (1983). Conexão e ‘tríplice identidade’. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 10, n. 28, p. 76, jul.
- BRASIL. (1940). Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Artigo 327, § 1*. Disponível em: [<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10597835/>]

paragrafo-1-artigo-327-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940]. Acesso em 4 de março de 2016.

_____. (1965). Lei nº 4.737, de 15 de julho, *Artigo 262*. Disponível em: [http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91631/codigo-eleitoral-lei-4737-65#art-262]. Acesso em 4 de março de 2015.

_____. (1973). Código de Processo Civil. *Artigo 253*, Inciso II. Disponível em: [http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ARTIGO+253+%2C+INCISO+II+%2C+DO+CPC]. Acesso em 4 de março de 2016.

_____. (1973). Decreto-Lei nº 5.869, de 11 de janeiro. *Artigo 103*. Disponível em: [http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10729630/artigo-103-da-lei-n-5869-de-11-de-janeiro-de-1973]. Acesso em 4 de março de 2016.

_____. (1990). AIJE. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. *Artigo 22*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm]. Acesso em 4 de março de 2016.

_____. (1997). *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm]. Acesso em 4 de março de 2016.

_____. (2000). CC nº 25.735/SP, 1ª seção. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. *Superior Tribunal de Justiça*, 7 abr.

_____. (2004). MS 9.299/DF. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª seção. *Superior Tribunal de Justiça*, 20 set.

_____. (2004). Res. nº 21.634. Relator: Ministro Fernando Neves. *Tribunal Superior Eleitoral*, 19 fev.

_____. (2006). REsp nº 25673. Relator: Ministro Carlos Eduardo Caputo Bastos. *Superior Tribunal de Justiça*, 05 maio.

_____. (2008). AGRMC - 14216. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª seção. *Superior Tribunal de Justiça*, 23 out.

_____. (2008). AREspe nº 26.276/CE. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro. *Diário Jurídico Eletrônico*, 7 ago.

_____. (2008). AREspe nº 26.276/CE. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro. *Tribunal Superior Eleitoral*, 7 ago.

_____. (2008). REspe nº 28.015/RJ. Relator: Ministro José Delgado. *Tribunal Superior Eleitoral*, 30 abr.

_____. (2008). RMS: 24196 ES 2006/0101994-6. Relator: Ministro Felix Fischer, 5ª t. *Tribunal Regional do Trabalho*, 18 fev.

_____. (2009). AC: 1999.36.00.008262-0/MT. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, 5ª t. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, 22 maio.

_____. (2009). CC: 441 PR 2009.04.00.000441-0. Relator: Valdemar Capeletti, 2ª seção. *Tribunal Regional Eleitoral da 4ª Região*, 8 maio.

- _____. (2009). ED em RCED nº 698. Relator: Ministro Felix Fischer. *Tribunal Superior Eleitoral*, 5 maio.
- _____. (2009). REsp nº 953.034/PR. Relator: Ministro Luiz Fux, 1ª t, *Superior Tribunal de Justiça*, 29 jun.
- _____. (2010). AgR-AI nº. 11.708/MG. Relator: Ministro Felix Fischer. *Diário de Justiça Eletrônico*, 15 abr.
- _____. (2010). Agravo regimental nº 36277. Relator: Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. *Recurso Especial Eleitoral*, 10 maio.
- _____. (2010). Recurso Ordinário nº 2.233/RR. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. *Diário de Justiça Eletrônico*, 10 mar.
- _____. (2010). REsp nº 873.884/SP. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª t. *Superior Tribunal de Justiça*, 29 mar.
- _____. (2011) Agravo regimental nº 25683326. Relator: Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares. *Recurso Especial Eleitoral*, 12 ago.
- _____. (2012). AgRg nº 188.343/SC. Relator: Ministro Herman Benjamin, 2ª t. *Recurso Especial Eleitoral*. 11 set.
- _____. (2012). EDcl no AgRg no REsp nº 1193525/RJ. Relator: Ministro Humberto Martins, 2ª t. *Superior Tribunal de Justiça*. 4 dez.
- _____. (2012). REsp nº 188.343/SC. Relator: Ministro Herman Benjamin, 2ª t. *Diário de Justiça Eletrônico*, 11 set.
- _____. (2013). AG: 201202010165317. Relator: Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, 5ª t. *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*, 24 maio.
- _____. (2013). AI nº 0013979 0.2012.404.0000, 3ª t. Relator: Desembargador Fernando Quadros da Silva. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, 14 mar.
- _____. (2013). AIME: 2247 ES. Relator: Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha. *Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo*, 15 maio.
- _____. (2013). RCED nº 71109. Relator: Alberto Diniz Júnior. *Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais*, 9 jul.
- _____. (2014). AC: 50098615920134047100 RS 5009861-59.2013.404.7100. Relator: Cândido Alfredo Silva Leal Junior, 4ª t. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, 21 maio.
- _____. (2014). AgRg no REsp nº 1277644/SP. Relatora: Ministra Regina Helena Costa, 5ª t, julgado em 18 de março de 2014. *Diário de Justiça Eletrônico*, 21 mar.
- _____. (2014). AgR-RCED nº 305-92. Relatora: Ministra Laurita Vaz. *Tribunal Superior Eleitoral*, 20 jun.
- _____. (2014). AI: 10024120921705001/MG, Rel. Cabral da Silva, 10ª Câmara Cível. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, 02 abr.

- _____. (2014). EDcl no REsp 1394617/SC. Relator: Ministro Ari Pargendler, 1ª t. *Supremo Tribunal de Justiça*, 20 maio.
- _____. (2014). MS nº 10110. Relator: Elton Luís Nasser de Mello. *Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul*, 9 jul.
- _____. (2014). MS: 12640 DF 2007/0034634-5. Relatora: Ministra Marilza Maynard, 3ª seção. *Superior Tribunal de Justiça*, 4 dez.
- _____. (2014). REsp nº 422.477/MG. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. *Diário de Justiça Eletrônico*, 30 out.
- _____. (2014). RESpe nº 1-67. Relatora: Ministra Luciana Lóssio; redator para acórdão: Ministro Henrique Neves. *Diário de Justiça Eletrônico*, 29 set.
- _____. (2014). RESpe nº 254. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. *Tribunal Superior Eleitoral*, 20 nov.
- _____. (2014). RESpe nº 254. Relator: Ministro Henrique Neves. *Tribunal Superior Eleitoral*, 20 nov.
- _____. (2015). *Lei nº 13.165*, de 29 de setembro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm]. Acesso em 4 de março de 2016.
- _____. (2015). RE nº 29582. Relator: Carlos D'ávila Teixeira. *Tribunal Regional Eleitoral da Bahia*, 27 jan.
- _____. (2015). REsp nº 1366921/PR. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª t. *Superior Tribunal de Justiça*, 13 mar.
- _____. (2015). RESpe nº 28.015/RJ, Relator: Ministro José Delgado. *Diário Jurídico Eletrônico*, 30 abr.
- _____. Constituição de 1988. *Artigo 14*, § 10. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm] Acesso em 4 de março de 2016.
- BUZAID, A. (1989). *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva.
- CÂNDIDO, J. J. (1990). A ação de impugnação de mandato eletivo. *Anais do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*. Porto Alegre: TRE-RS.
- CASTRO, E. R. (2014). *Curso de direito eleitoral*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey.
- COSTA, A. S. da. (2013). *Instituições de direito eleitoral*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum.
- CRUZ e TUCCI, J. R. et al. (2015). Código de processo civil anotado. Curitiba: AASP-OAB/PR.
- DECOMAIN, P. R. (2009). Conexão entre ações populares e entre ação popular e ações coletivas correlatas. *Revista Dialética de Direito Processual*, Brasília, n. 71, p. 112-115.
- DIDIER JR., F et al. (2015). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT.

- _____.; LADEIRA, A. C. V. (2014). Identificação da conexão e da correta aplicação de seus efeitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 238, ano 39, RT, p. 67, dez.
- _____.; ZANETI JR., H. (2009). *Curso de direito processual civil*, v. 4, 2. ed. Salvador: JusPodivm.
- DINAMARCO, C. R. (2000). *Instituições de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros.
- _____. (2001). *Fundamentos do processo civil moderno*: tomo II. 4. ed. São Paulo: Malheiros.
- _____. (2003). *Instituições de direito processual civil*: volume 2. 3. ed. São Paulo: Malheiros.
- _____. (2010). *Fundamentos do processo civil moderno*: tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros.
- FICHTNER, J. A. (1998). *Impugnação de mandato eletivo*. Rio de Janeiro: Renovar.
- FRANCISCO, C. A. (2002). *Dos abusos das eleições*. São Paulo: Juarez de Freitas.
- GIDI, A. (1995). *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva.
- GOMES, J. J. (2008). *Direito eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey.
- GRECO FILHO, V. (2007). *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva.
- GRINOVER, A. P. (1995). Uma nova modalidade de legitimação à ação popular: possibilidade de conexão, continência e litispendência. In: Milaré, É. (coord.). *Ação civil pública*. São Paulo: RT.
- _____. (2005). Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, ano 30. RT, p. 17, ago.
- JARDIM, T. (1998). *Direito eleitoral positivo*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica.
- JORGE, F. C.; RODRIGUES, M. A. (2014). *Manual de direito eleitoral*. São Paulo: RT.
- _____.; SANTOS, L. F. L dos. (2012). As ações eleitorais e os mecanismos processuais correlatos: aplicação subsidiária do CPC ou do CDC c/c LAC. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, jan./jun., p. 63-81.
- LADEIRA, A. C. V. (2014). Identificação da conexão e da correta aplicação de seus efeitos. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 238, ano 39. RT, p. 68-xx, dez.
- LEMBO, C. (1991). *Participação política e assistência simples no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense.
- MARINONI, L. G. (2003). O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Processual*, Belo Horizonte: Gênesis, n. 28, abr./jun., p. 298-338.

- MEDINA, J. M. G.; WAMBIER, T. A. A. (2009). *Parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: RT.
- _____. (2015). *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT.
- MENDES, A. C. (1996). Aspectos da ação de impugnação de mandato eletivo. In: VELLOSO, C. M. S.; ROCHA, C. L. A. (coord.). *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey.
- MITIDIERO, D. F. (2007). Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa: uma proposta de compreensão do art. 273, § 6º, do CPC, na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 149, jul.
- MOREIRA, J. C. B. (1977). A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva.
- MOREIRA, J. C. B. (1979). *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva.
- MUSSI, F. P. (2009). O regime da coisa julgada nas ações de investigação judicial eleitoral e de impugnação de mandato eletivo. *Revista Paraná Eleitoral*, Curitiba, v. 56, p. 29-63.
- NEVES, D. A. A. (2013). *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva.
- OLIVEIRA NETO, O. de. (1994). *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT.
- OLIVEIRA, B. S. de. (2008). *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT.
- PEREIRA, L. F. C. (2009). O reconhecimento de ofício da inelegibilidade. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 157-197, jul./dez.
- _____. (org.). (2008). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum.
- PEREIRA, R. V. (2008). *Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- PINTO, D. (2006). *Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal: noções gerais*. 3. ed. São Paulo: Atlas.
- RAMAYANA, M. (2008). *Direito Eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus.
- RODRIGUES, D. C.; SOUZA, G. A. de. (2015). Ausência de provas e falsa improcedência no processo civil brasileiro. In: MOUZALAS, R.; SILVA, B. O.; MARINHO, R. S. (Coord.). *Improcedência*. Salvador: PODIVM, 2015, p. 299-313.
- RODRIGUES, M. A. (2003). Ação civil pública. In: FARIAS, C. C. de; DIDIER JR., F. (coord.). *Procedimentos especiais cíveis*. São Paulo: Saraiva, p. 385-386.
- _____. (2004). *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- SALGADO, E. D. (2010). *Princípios constitucionais eleitorais*. São Paulo: Fórum.
- SICA, H. V. M. (2012). Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 208, ano 37, jun. 2012.

- SILVA, L. G. M. S. da. (2008). A inefetividade da ação de investigação judicial eleitoral. In: GONÇALVES, G. S.; PEREIRA, L. F. C. (org.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum.
- SILVA, O. B. da. (1993). *Curso de Processo Civil*: vol. 1. Porto Alegre: Fabris.
- SOARES, F. L. Litispendência entre ação civil pública e ação popular. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 171, ano 34, p. 151.
- TALAMINI, E. (2002). As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira. In: BUENO, C. S., ALVIM, E. A.; ALVIM, T. A. A. (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*. São Paulo: RT, p. 312.
- WAMBIER, L. R. et al. (2005). *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*. 7 ed. São Paulo: RT.
- _____.; TALAMINI, E. (2010). *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. São Paulo: RT.
- WAMBIER, T. A. A. (2014). *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: RT.
- _____. et al. (2015). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: RT.
- WATANABE, K. (1987). *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT.
- ZAVASCKI, T. A. (2007). *Processo coletivo*, 2. ed. São Paulo: RT.

O precedente interpretativo como resposta à transformação do *civil law*¹

Luiz Guilherme Marinoni

Resumo

Este trabalho, levando em conta o papel das Cortes Supremas, é norteado pelas ideias de Taruffo e pretende mostrar que é enganoso pensar que as cortes de correção garantem a unidade do direito e viabilizam a tutela da igualdade e da segurança jurídica. Afinal, pensar que a lei tem apenas um sentido dá a ilusão de que a Corte Suprema tem de revelar a ordem exata contida no texto legal, garantindo sua aplicação em todo e qualquer caso concreto. Assim, demonstrar-se-á que a mutação do *civil law* e a evolução da teoria da interpretação exigem a correspondente alteração do perfil da Corte Suprema e que os precedentes obrigatórios nada mais são do que uma consequência da natureza da sua nova função.

Palavras-chave: *civil law*; Cortes Supremas; Corte de Precedentes.

Abstract

This work, considering the role of the Supreme Courts, is guided by the concepts of Taruffo and intends to demonstrate that it is misleading to consider that the correction courts assure the unity of law and enable the guardianship of equality and legal certainty. To consider that the law has only one meaning gives the illusion that the Supreme Court needs to reveal the exact order contained in the legal text, ensuring its applicability in every concrete case. Thus, it will demonstrate that the mutation of civil law and the evolution of the interpretation theory demand a corresponding adjustment of the profile of the Supreme Court and that the mandatory precedents are no more than a consequence of the nature of its new function.

Keywords: civil law; Supreme Courts; Precedent Court.

Sobre o autor

Professor titular da Universidade Federal do Paraná. Pós-doutorado na Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University.

1. Conferência proferida no Congresso em Homenagem a Michele Taruffo, Girona, Espanha, em janeiro de 2015.

Introdução

Discute-se muito, atualmente, sobre o papel que deve ser desenvolvido pelas Cortes Supremas. Compara-se as Cortes Supremas de *civil law* com as Cortes de Precedentes, de que é exemplo notável a Suprema Corte estadunidense. Mediante essa comparação, chega-se a afirmar que ambas as cortes almejam garantir a uniformidade da interpretação mediante modelos opostos. Admite-se até mesmo, diante do *civil law*, que o acesso de todo e qualquer litigante à Corte Suprema é essencial para que a uniformidade da interpretação seja tutelada. Ou seja, ainda se defende, no *civil law*, um modelo de Corte Suprema, apta a receber qualquer caso, destinada a corrigir as decisões dos tribunais de apelação.

Esse texto, tomando em consideração as ideias de Taruffo (1991a, 1991b, 1991c, 1994, 1997, 2007, 2011), magistralmente desenvolvidas em seus escritos sobre a Corte de Cassação e a respeito do tema dos precedentes, objetiva demonstrar que **é um equívoco supor que as cortes instituídas para a correção de decisões podem garantir a unidade do direito e viabilizar a tutela da igualdade e da segurança jurídica.**

As Cortes de Cassação foram pensadas a partir de valores e pressupostos teóricos que foram superados com o passar do tempo. O principal deles é o de que a lei, em si, seria suficiente para garantir a igualdade, devendo a Corte de Cassação apenas proclamar o seu exato sentido e garantir a sua observância em todas as decisões. Pensar que a lei tem um sentido exato cria a ilusão de que a Corte Suprema tem a função de revelar a norma contida no texto legal, garantindo a sua aplicação em todo e qualquer caso concreto. Se a norma contida na lei preexiste à atividade interpretativa e sempre pode ser revelada pela Corte sem qualquer apelo a juízos de valor, há racionalidade num sistema de correção das decisões. Nesse caso não se pode sequer pensar em precedente ou *ratio decidendi*, ou melhor, num direito determinado a partir da interpretação do texto. Ora, quando não se cogita a respeito desse direito, não há como falar em Corte de Precedentes. O sistema de precedentes obrigatórios é uma consequência **lógica da existência de regras determinadas a partir da atividade da Corte Suprema.**

O presente escrito demonstrará que a **mutação do *civil law*** e a evolução da teoria da interpretação exigem a correspondente alteração

do perfil da Corte Suprema, e que os precedentes obrigatórios nada mais são do que uma consequência da natureza da sua nova função. Na verdade, uma Corte de Precedentes não é, como se costuma supor, uma simples opção técnico-jurídica para a implementação da garantia da unidade do direito. Bem vistas as coisas, o Estado contemporâneo não pode se privar de uma Corte de Precedentes se não quer abrir mão da coerência do direito e do seu dever de tutela da igualdade e da segurança jurídica.

Taruffo e a ideologia da Corte de Cassação

Taruffo, ao tratar da “questão” da Corte de Cassação, aborda o art. 65 da Lei sobre o ordenamento judiciário italiano. De acordo com esse artigo, “la corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale” (1991a, 67).

Taruffo analisa a expressão “esatta osservanza [...] della legge” (1991a, 71), advertindo que “exatidão” remete à ideia de que a norma é objeto de “cálculo”, e que, de acordo com uma visão comprometida com essa ideia, o instrumento seguro para tanto seria o método sistemático/dedutivo, que teria a dupla vantagem de garantir soluções certas e objetivas e excluir as opções subjetivas do juiz. Anota Taruffo que outra decorrência da ideia de “exatidão” é a de que, não obstante uma norma possa abrir oportunidade para diversas interpretações, sempre existe uma interpretação “exata”, cabendo ao procedimento interpretativo descartar as interpretações erradas para, ao final, descobrir o “verdadeiro” significado da norma: esse significado existe e é objetivamente dado, de modo que interpretar a norma nada mais é do que descobri-lo e declará-lo. Nessa linha, Taruffo (1991a, 71) adverte que o art. 65 pressupõe que a Cassação poderia esclarecer a confusão interpretativa criada pela jurisprudência, ou seja, eliminar as interpretações erradas e indicar a interpretação “exata” da norma.

Ao lado da “exatidão”, o art. 65 faz referência a mais dois critérios destinados a orientar a atividade da Corte de Cassação: a “uniforme interpretazione della legge” e a “unità del diritto”. Ao se referir à “unidade do direito”, a norma deseja aludir à unidade do direito *objetivo*, na suposição de que a Corte realizaria uma interpretação quase autêntica e, assim, ditaria os critérios seguros para

os tribunais inferiores decidirem. Taruffo (1991a, 72) lembra que o critério da “unidade do direito objetivo nacional” está vinculado à ideia de que a Cassação

é um órgão de interpretação quase-autêntica da lei, desde o qual ‘se irradia sobre a administração da justiça uma luz intensa e perene’, ou seja, uma interpretação unitária e ‘subtraída por uma requintada sensibilidade jurídica e política em conformidade com o espírito substancialmente inovador das leis fascistas’.

Porém, é da observação sobre a estreita conexão entre a *exata* interpretação e a *uniforme* interpretação da lei que se pode extrair dados mais promissores. Frisa Taruffo (1991a, 73) que a uniforme interpretação da lei está prevista em estrita conexão com sua exata observância, e de onde deriva que o que deve ser uniforme é a interpretação *exata* da lei: “Em substância, uma vez que toda norma tem um significado verdadeiro e objetivamente dado, que cabe à Cassação descobrir, é esse significado que deve repetir-se de modo uniforme em todos os casos em que a norma encontre aplicação”.

Quer dizer que a interpretação exata e a garantia da uniforme interpretação são dois aspectos da mesma função da Corte: a de descobrir e declarar, objetivamente, a norma ou o significado contido no texto legal. A pretensão à uniformidade da interpretação decorre da suposição de que há uma interpretação exata, ou melhor, de que existe uma norma preexistente à atividade interpretativa que é descoberta e declarada pela Corte.

O pressuposto teórico da Corte que tem a uniformidade como meio de controle da exata interpretação da lei

A função das Cortes de Cassação de *civil law* foram definidas, como não poderia deixar de ser, a partir de valores e pressupostos teóricos de um determinado momento histórico. A formação positivista e cognitivista de Calamandrei (1965, 1976) tem íntima ligação com a ideia de “uniformidade” como meio de controle da exata interpretação da lei.

Ocorre que o pressuposto teórico que determinou a ideia de que a Corte Suprema se destina a controlar a exata interpretação da lei foi completamente desgastado com o passar do tempo. Tal pressuposto

está assentado na teoria formalista ou cognitiva da interpretação, que por sua vez é informada pelos valores do Estado legislativo (Taruffo, 1991c, 46).

Para essa teoria, a interpretação enquanto atividade tem natureza cognitiva; investiga-se para descrever. O juiz, ao interpretar, investiga o significado do texto legal e então o descreve. Segundo Guastini (2011, 409), “Secondo la teoria che converremo di chiamare ‘cognitivistica’ – ma talora della ‘formalistica’ – la quale risale alle dottrine giuridiche dell’Illuminismo, l’interpretazione (ivi inclusa quella giudiziale) è atto di scoperta o conoscenza del significato”. Entende-se que a “norma jurídica”, sentido ou conteúdo da lei está implícito no texto legal. O juiz interpreta para afirmar o que está gravado implicitamente no texto. Esse tipo de interpretação tem ao seu lado as ideias de completude e coerência do direito. Portanto, o juiz não atua com qualquer subjetividade. Ao decidir, sempre está preso a uma norma preexistente, de modo que a interpretação enquanto produto é um mero enunciado descritivo, sujeito ao teste da verdade e falsidade; há apenas uma interpretação correta (Guastini, 2011, 409).

Tudo isso era muito bem-vindo pelo Estado liberal clássico. Como diz Wróblewski (1973-1974, p. 322), os valores jurídicos que orientam a decisão pautada no formalismo interpretativo são certeza, segurança jurídica, estabilidade etc., uma vez que se a decisão está inteira e estritamente determinada pela lei, as decisões são tão estáveis e seguras quanto ela, podendo-se dizer até mesmo que a lei é quem decide o caso concreto.

Não obstante, a teoria formalista, embora ainda presente no pensamento jurídico comum e no estilo da fundamentação das Cortes, hoje é absolutamente rejeitada pela cultura jurídica; o que significa dizer que não pode mais ser levada a sério quando se pensa em individualizar a função das Cortes Supremas no Estado contemporâneo. Como se verá a seguir, tal teoria, assim como a ideia de que a lei bastaria para garantir a igualdade, foram naturalmente vencidas pelo impacto do constitucionalismo e pela evolução da teoria da interpretação.

O impacto do constitucionalismo, o uso crescente das cláusulas gerais e a evolução da teoria da interpretação

Não há dúvida que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição (Stürmer, 1979;

Häberle, 1972; Pierlingieri, 1991). Como o direito passou a depender da conformação da lei à Constituição, a jurisdição passou a ter a incumbência de controlar a validade da lei a partir dos direitos fundamentais (Scheuner, 1971) e, mais ainda, de buscar a interpretação conforme a Constituição, numa atividade de preservação da lei mediante o afastamento das interpretações inconstitucionais (Ascarelli, 1957; Crisafulli, 1964; Tarello, 1966, 1980; Guastini, 1989, 2011; Chiassoni, 2007, 2011).

No Brasil, onde há controle difuso de constitucionalidade, o juiz do caso concreto passou a ter poder para conferir significado aos direitos fundamentais. Não é preciso dizer que essa tarefa interpretativa está muito longe do raciocínio judicial moldado pelos esquemas do positivismo clássico – interpretação cognitivista de uma norma pré-existente dada pelo legislador –, pois revela a necessidade de consideração de fatores que devem ser observados e compreendidos em outras perspectivas, como a moral e a econômica (Wieacker, 1996; Larenz, 2012; Chiassoni, 2009).

Ao se subordinar a lei aos direitos fundamentais, impôs-se ao juiz, além do dever de raciocinar a partir de normas-princípio que projetam figuras não precisas, a necessidade de considerar questões de ordem moral, política e econômica que estão inseridas no tecido aberto das disposições constitucionais, o que amplificou a latitude do espaço judicial para expressar o direito e resolver o caso litigioso. Como é óbvio, isso fez ruir a crença de que o juiz poderia decidir mediante mero raciocínio lógico, subsumindo as situações concretas às hipóteses abstratas contidas no sistema jurídico. Eliminou-se, portanto, a pretensão de se obter certeza jurídica e previsibilidade mediante o esquema positivista próprio ao *civil law* do final do século XIX e início do século XX, marcado pela sistematicidade e pela plenitude. Como diz Wieacker (1996, 339), “a função original do positivismo científico, em virtude das mudanças sociais e políticas dos últimos cem anos e da crítica ideológica que a acompanhou, está hoje descaracterizada a ponto de se ter tornado irreconhecível. Uma aplicação do direito que excluía as ‘considerações políticas, sociais ou econômicas’ já não pode ser considerada correta numa época de lutas ideológicas e sociais”.

Um sistema que dá ao juiz de primeiro grau de jurisdição o poder de controlar a constitucionalidade da lei e de interpretar a lei conforme a Constituição não pode deixar de operar mediante um

sistema de precedentes obrigatórios, na medida em que cabe à Corte Suprema ou à Corte Constitucional dar a última palavra a respeito do significado das normas constitucionais (Cappelletti, 1968).

Por outro lado, é exato que a técnica das cláusulas abertas tenha dado ao juiz um espaço que ele não tinha, e por conta disso deve merecer atenção da teoria jurídica para se evitar a multiplicação de normas jurídicas para casos iguais, a traduzir perda de previsibilidade e violação da igualdade. Aliás, adverte John Henry Merryman em um estudo de direito comparado acerca da tradição do *civil law*, que não se exige muita imaginação para se perceber que cláusulas como a da boa-fé dão ao juiz grande porção de poder equitativo indefinido, deixando-o quase sem responsabilidade diante da formulação legislativa e distante do modelo de juiz concebido pela tradição do *civil law*. Segundo o autor,

it is true that the legislature has acted and that its action is expressed as a substantive rule of law, but the terms are so broad ('good faith', which is not defined in the code, has an almost unlimited area of potential application) that the judge is hardly constrained by the legislative formulation. What that statute means depends on what judges do with it in concrete cases. What they do with it in concrete cases becomes the law in fact, although not in theory (Merryman, 2007, 53).

Só o respeito aos precedentes da Corte Suprema pode deixar claro que a cláusula geral se destina a dar ao Judiciário poder de elaborar norma de aplicação geral, ainda que atenta a uma circunstância específica insuscetível de ser definida à época da edição do texto legal. Ou seja, a norma judicial derivada da técnica legislativa das cláusulas gerais, não obstante considere uma circunstância que surge no caso concreto, deve ter caráter universalizante, na medida em que não terá racionalidade caso não possa ser aplicada a casos futuros marcados pela mesma circunstância¹.

Os doutrinadores do *common law* percebem, quando analisam o *civil law*, que nas decisões sobre matéria constitucional e naquelas em que se aplicam cláusulas gerais não há sequer como admitir a

1. Na verdade, em uma perspectiva lógico-argumentativa, toda e qualquer decisão deve ser universalizável, sob pena de não ser justificada do ponto de vista do sistema jurídico (Marinoni, 2014, 106-109; Mitidiero, 2013, 82-86).

distinção entre precedentes interpretativos e precedentes de solução. Nesses casos, argumenta-se que a interpretação tem tamanho alcance e é guiada por argumentos tão frágeis e vagos da lei escrita que a decisão poderia ser explicada tanto pela teoria interpretativista quanto pela teoria positivista da criação judicial do direito (Bankowski et al., 1997, 485).

Isso quer dizer, em outras palavras, que as decisões dos juízes de *civil law*, no mínimo quando abordam matéria constitucional ou se valem de cláusula geral, relacionam-se com a previsibilidade em termos semelhantes às decisões de *common law*, o que significa que a nossa realidade, que convive com a correção da legislação a partir dos direitos fundamentais e com o emprego cada vez mais difundido de cláusulas abertas, não pode adiar a teorização de um sistema de precedentes obrigatórios, capaz de dar a devida autoridade às decisões das Cortes Supremas.

Por fim, ao contrário do que sustenta o formalismo teórico, inexistente significado unívoco intrínseco ao texto legal. A norma não está no texto legal; não há uma relação de sinonímia entre o texto e o resultado obtido com a atividade interpretativa (Tarello, 1980). Por isso, descabe pensar em averiguar para descrever a norma.

Se a lei ou o texto legal não tem significado em si, o juiz sempre atribui-lhe determinado sentido. O sentido, portanto, não pode ser confundido com o texto (Jori; Pintore, 1995; Dicioti, 1999; Sacco, 1998). O sentido, e não o texto, constitui a norma, compreendida como o significado que é tomado em conta pelo juiz ao decidir. Segundo Guastini (2011, 63-64),

l'operazione intellettuale che conduce dall'enunciato al significato – o, se si preferisce, l'operazione di identificazione del significato – altro non è che l'interpretazione. La *disposizione* è dunque l'oggetto dell'interpretazione, la *norma* è il suo *risultato*. O, detto altrimenti, 'la disposizione è fonte della norma attraverso l'interpretazione.

Não é correto entender que essa dissociação exista apenas na zona de penumbra² ou diante de um caso difícil. Na zona de luz

2. A ideia de zona de penumbra, ou melhor, de *open texture*, é ligada à teoria de Hart. Basicamente, entende-se que, em virtude da textura aberta dos textos legais, neles há sempre um núcleo iluminado ou uma zona de luz circundada por uma

ou diante de um caso fácil a atribuição de sentido é mais fácil ou requer menos meditação e esforço. Porém, é óbvio que o juiz, ao se deparar com um enunciado das fontes, inevitavelmente lhe atribui significado ou sentido, independentemente de sua clareza. Na verdade, a atribuição de sentido é consequência imediata, natural e inevitável do contato de alguém com o enunciado. A clareza só facilita a transposição da linguagem das fontes para a linguagem do emissor. Assim, a distinção que deve ser feita não está na clareza ou dubiedade do texto, revelando mera descrição e atribuição de sentido, mas na própria linguagem, ou melhor, na distinção entre linguagem das fontes e linguagem do emissor ou do intérprete. A linguagem da fonte, ainda que seja clara, nunca será a linguagem do intérprete (Guastini, 2011).

Como explica Guastini, a disposição e a norma nada mais são do que enunciados; a disposição é um enunciado do discurso das fontes e a norma é um enunciado do discurso do intérprete, de modo que a distinção entre disposição e norma não é uma distinção ontológica entre enunciado e outra coisa, mas uma mera distinção entre duas espécies de enunciados. Segundo ele, “la norma non è cosa ontologicamente diversa dalla disposizione: è semplicemente la disposizione *interpretata* e pertanto riformulata, o, da un altro punto di vista, un enunciato (interpretante) di cui l’interprete assume la sinonímia con l’enunciato interpretato (la disposizione)” (Ibidem, 65). O autor demonstra claramente que a crença difusa, no sentido da correspondência biunívoca entre disposição e formulação de norma, é uma crença falaz, uma vez que toda disposição é vaga e ambígua, de modo que tolera diversas e conflitantes atribuições de significado. “Neste sentido, a uma única disposição – a cada disposição – corresponde não apenas uma só norma, mas uma multiplicidade de normas dissociadas. Uma única disposição exprime mais

zona de penumbra. Ou melhor, em todo texto legal há enunciados que estão na zona de luz e enunciados que estão na zona de penumbra. Somente os enunciados que estão na zona de penumbra reclamariam valoração e decisão, ou melhor, uma atividade discricionária do intérprete. Aqueles que estão na zona de luz, ao contrário, seriam normas pré-definidas, que poderiam ser simplesmente descritas (Hart, 1993).

normas dissociadamente: uma ou outra norma, de acordo com as diversas interpretações possíveis” (Ibidem, 65-66)³.

Numa visão interpretativista que tem contato com a realidade, e não apenas com as formas, há clara separação entre texto legal ou lei e sentido ou norma jurídica. O direito é sempre reconstruído pelo juiz a partir do texto, de elementos extratextuais da ordem jurídica e por meio de diretivas interpretativas e valorações (Wróblewski, 2008). Por outro lado, quando se diz que o juiz, além do texto legal, toma em conta os princípios e fundamentos que estão por trás dele, a decisão não deixa de ser construção e passa a ser mera declaração, pois a solução do caso não deriva objetivamente daqueles, mas é construída, de forma mais ou menos discricionária, com o auxílio deles (Queiroz, 2002).

Segundo Wróblewski, para se chegar ao sentido da lei é necessária uma atividade regida por diretivas, que quando eleitas ou utilizadas, *dependem* de juízos de valor. Na justificação das decisões interpretativas os juízos de valor desempenham o papel mais importante, uma vez que a fórmula normal das decisões interpretativas justificadas emprega diretivas interpretativas e juízos de valor, mas esses determinam a escolha e o uso das diretivas (Wróblewski, 2001)⁴. Wróblewski demonstra que, por haver valoração na eleição

3. No original: “molte disposizioni – quase tutte le disposizioni, in verità – hanno un contenuto di significato complesso: esprimono non già una sola norma, bensì una molteplicità di norme congiunte. Ad un’unica disposizione possono dunque corrispondere più norme *congiuntamente*”.

4. Note-se que a elaboração de uma norma (interpretação-resultado) que exija a consideração do significado de disposições constitucionais requer, mais do que em outro lugar, que o intérprete opte entre uma ideologia da interpretação jurídica que pode ser definida como estática e outra ligada à adaptação do direito às necessidades presentes e futuras da sociedade. A adoção de uma ou outra postura tem relação de causa e efeito com a eleição das diretivas de primeiro grau – linguísticas, sistêmicas e funcionais – e com a utilização das diretivas de segundo grau – procedimentais e de preferência –, voltadas para a definição do modo de aplicação e da prevalência das diretivas de primeiro grau. É claro que o intérprete que adere à ideologia estática da interpretação dá ênfase às diretivas linguísticas e sistêmicas em detrimento das funcionais e, quando aplica uma diretiva funcional, apega-se à vontade do “legislador histórico”. Por outro lado, se o intérprete é adepto da ideologia da interpretação, que procura adaptar o texto à realidade social que lhe é contemporânea, prefere as diretivas funcionais em relação às linguísticas e sistêmicas e, quando aplica as funcionais, elege a diretiva que frisa a vontade ou as valorações do intérprete. Há aí um nítido e claro emprego de

e aplicação das diretivas interpretativas, não há como falar em interpretação verdadeira ou mesmo como admitir a tese da interpretação correta. Diz que qualificar como verdadeira uma decisão interpretativa conduz a consequências desconcertantes, sendo por isso preferível falar de decisões interpretativas justificadas por argumentos concretos e perguntar sobre as razões para aceitá-los, apresentando a cadeia de raciocínios justificativos até onde seja pragmaticamente necessário e possível dentro de um marco do discurso jurídico concreto (Ibidem).

A partir de uma perspectiva semelhante, Taruffo (1991a) adverte que o resultado-interpretação deve se fundar no emprego correto de critérios de eleição aceitáveis, revelando um significado fundado nas “melhores razões”. A interpretação fundada nas melhores razões tem a ver com a correção do procedimento de eleição e com a aceitabilidade dos critérios em que ela se funda, não se ligando à correção do resultado interpretativo. Há, então, “exatidão do método” de interpretação da lei; o método é correto quando a decisão é racionalmente justificada sob o perfil interno – de coerência entre as premissas e conclusões – e sob o perfil externo – de fundabilidade e aceitabilidade das premissas (Taruffo, 1991a).

Quando se substitui a ideia de “interpretação exata” pela de “interpretação dotada de razões apropriadas”⁵, a Corte Suprema naturalmente é investida do poder de definir a interpretação adequada ou de atribuir sentido ao direito, surgindo, como consequência, seu correlato poder de garantir a unidade do direito que proclama.

juízo de valor para a eleição das diretivas de interpretação, tanto de primeiro quanto de segundo grau. Ademais, quando o intérprete elege diretiva funcional que reclama a sua “vontade”, lhe é aberta a possibilidade de valorar os elementos da vida em sociedade em várias perspectivas – moral, política, econômica etc. –, tendo suas escolhas, mais uma vez, natureza que confere à interpretação-resultado um caráter “criativo”, ou seja, um conteúdo que não é descoberto ou meramente extraído do direito.

5. De acordo com Taruffo (1991a), a função da cassação não pode mais ser vista como a de assegurar a exatidão formal da interpretação, uma vez que isso equivaleria a fazer prevalecer a interpretação formalista, fundada apenas sobre critérios formais. Cabe à cassação, isso sim, estabelecer qual é a interpretação justa – ou mais justa – da norma com base nas diretivas e eleições interpretativas mais corretas, ou seja, aceitáveis a partir das “melhores razões”.

A função de definição do sentido do direito e de garantia da sua unidade. A obrigatoriedade do precedente como consequência

Quando há consciência de que a norma não pode ser extraída da lei, resta claro que a interpretação dos textos legais pode variar. A lei, portanto, não é suficiente para garantir a igualdade perante o direito nem muito menos para garantir a segurança e a igualdade. Assim, deixa de ser possível pensar que a Suprema Corte pode controlar as decisões com base no sentido exato da lei, mas torna-se viável admitir que lhe é autorizado atribuir sentido ao direito mediante a definição da interpretação adequada.

A interpretação capaz de atribuir sentido ao direito não é uma operação meramente lógica. As diretivas interpretativas não constituem regras lógicas, mas critérios que são eleitos e preenchidos mediante juízos de valor e opções do juiz, que conduzem a um resultado-interpretação que expressa a sua vontade. A decisão da Suprema Corte, não só em virtude das regras legais que convidam o intérprete à sua concretização segundo as circunstâncias do caso e da imprescindibilidade de a lei ser conformada aos ditados da Constituição, mas também pela circunstância de que resulta de uma atividade interpretativa que contém juízos de valor e decisões sobre conteúdos externos ao texto da lei, certamente agrega sentido ou substância à ordem legislativa. Essa, em outras palavras, não é suficiente para orientar a sociedade ou, bem vistas as coisas, para sozinha espelhar o direito que regula a vida social. O direito precisa de algo mais: necessita da colaboração do Judiciário e, nesse contexto, em especial da “última palavra” das Cortes Supremas.

A decisão da Suprema Corte, ao atribuir sentido ao direito a partir de valorações devidamente racionalizadas, revela uma “criação” não apenas por fazer surgir algo que não preexiste à interpretação ou que não decorre logicamente da lei, mas também por ser expressão de uma vontade do Judiciário⁶. Segundo Vidal Gil e García Pascual (1992, 145-146),

6. Ver Carriò (1979) e Tarello (1966).

Sin adoptar posturas extremas, reconocemos con Carrió, que afirmar que los jueces crean derecho es una expresión ambigua; quizá sea esa ambigüedad la que posibilite el amplio consenso existente hoy en día al respecto. Pensamos, sin embargo, que se trata sólo de un consenso aparente, pues el significante ‘los jueces crean derecho’ encierra múltiples significados que dan lugar a las más diversas concepciones de la actividad judicial. Desde quienes pretenden asimilar la actividad de los jueces a la de los legisladores hasta aquellos que hablan de creatividad judicial en su sentido más débil como una dimensión necesaria en la tarea de decidir. Como ni uno ni otro extremo nos ofrecen un modelo de actividad judicial que resista a su comparación con la realidad, creemos por el contrario *que cierto grado de creación del derecho es inevitable y que en instancias tales como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo la creatividad judicial se asimila a la función del legislador en lo que se ha venido llamando legislación negativa.*

Aliás, a discussão sobre se o juiz “cria direito” perde sentido quando se supõe que uma decisão é criativa se a sua formulação não está determinada pela lei, mas exige a participação da vontade do intérprete (Wróblewski, 2001).

É possível dizer, seguindo Wróblewski (2001) e Shapiro (1977), que a criatividade própria à interpretação judicial que se ampara na lei muda o direito apenas “incrementadamente” (*incrementally*). Na verdade, a decisão que interpreta a lei agrega algo de novo à ordem jurídica legislada, mas não a invalida ou a integra. Isso porque dá conteúdo a uma ordem jurídica de maior amplitude, preenchida pela legislação e pelas decisões judiciais das Cortes Supremas.

A observação de que a decisão interpretativa passa a preencher uma ordem jurídica de maior amplitude supõe, como não poderia deixar de ser, que a decisão não se limita aos litigantes envolvidos no caso, mas se estende a toda a coletividade com o caráter de direito. Segundo a Constituição brasileira, cabe ao Superior Tribunal de Justiça definir a interpretação da lei federal e garantir a sua unidade, evitando decisões divergentes dos tribunais ordinários. Isso quer dizer que a decisão do Superior Tribunal de Justiça institui o sentido do direito que deve orientar a vida em sociedade e pautar as decisões judiciais.

Se as decisões da Suprema Corte não se limitam a revelar a lei, mas representam regras determinadas pela interpretação, evidentemente

não há como pensar em correção das decisões a partir do significado exato da lei. Pelo mesmo motivo, o sistema de correção é certamente incapaz de garantir a uniformidade da interpretação. Como as regras resultam da interpretação, os precedentes da Suprema Corte obrigam os juízes e tribunais para que a segurança jurídica e a igualdade não sejam violadas. Note-se que a eficácia obrigatória do precedente, circunscrita à sua *ratio decidendi*, é mera consequência da função da Corte Suprema de atribuir sentido ao direito e garantir a sua unidade ou, em outras palavras, de criar algo de novo na ordem jurídica vinculante.

Perceba-se que antes se falava em uma mítica unidade do direito objetivo, quando o também ilusório sistema de correção das decisões em nome da garantia da uniformidade da interpretação era apresentado como válido. Hoje cabe à Suprema Corte atribuir sentido ao direito mediante precedentes, os quais devem guiar a resolução dos casos similares em nome da tutela da igualdade. Melhor explicando: o sistema de precedentes é meio de tutela da igualdade, na medida em que a interpretação não mais é método para a revelação da norma contida na lei, porém meio para a elaboração do seu significado. Portanto, atualmente uma corte de vértice só pode ser vista como Corte de Precedentes que, ao atribuir significado ao direito, por mera consequência deve garantir a igualdade e a segurança jurídica.

O argumento de que o sistema de precedentes obrigatórios obstaculiza a evolução do direito

Lembre-se de que Calamandrei (1976, 92), ao tratar de mecanismos relacionados à garantia da uniformidade da interpretação, referiu-se ao sistema de precedentes obrigatórios. Porém, fez questão de argumentar que esse sistema é incompatível com o *civil law*, alegando, basicamente, que ele obstaculiza a “diversidade sucessiva da interpretação judicial”, que nele o juiz é um “verdadeiro criador do direito positivo” e que em tal sistema a decisão judicial assume a natureza de lei.

Calamandrei obviamente não podia, ao olhar para a realidade da sua época, perceber que os precedentes, mesmo no *common law*, podem e devem ser revogados em nome do desenvolvimento judicial do direito. É preciso ter em consideração que, na época em

que Calamandrei escreveu – primeiras décadas do século passado –, o sistema de *stare decisis* inglês ainda era absolutamente rígido. Aliás, o momento em que Calamandrei escreveu é mais próximo ao do julgamento do célebre caso *London Tramways v. London County Council*, realizado em 1898, do que do também célebre Practice Statement da Câmara dos Lordes de 1966.

Por largo período de tempo, exatamente entre 1898 e 1966, a Câmara dos Lordes entendeu estar irremediavelmente obrigada a respeitar suas decisões passadas. Em 1898, quando do julgamento de *London Tramways v. London County Council*, a Câmara dos Lordes decidiu que jamais poderia deixar de observar os seus precedentes, firmando-se aí precedente que passou a ser visto como espécie de imunidade contra o *ouerruling*. Esse caso constitui o ponto culminante de uma evolução em direção à vinculação da Câmara dos Lordes as suas decisões, definindo-se que a Corte não poderia tomar em conta quaisquer fundamentos para reconsiderar os seus precedentes⁷. Mais da metade do século passado foi necessário para a Câmara dos Lordes poder afirmar o contrário. Em 1966, ela declarou que, diante de certas circunstâncias, poderia revogar (realizar o *ouerruling*) as suas próprias decisões. Mediante o Practice Statement de 1966, a Câmara dos Lordes assumiu poder para “decidir de forma diferente das suas anteriores manifestações quando isto lhe parecesse correto” (no original, “depart from a previous decision when it appears right to do so”) (England, 1966)⁸.

Assim, a Câmara dos Lordes (atualmente Suprema Corte do Reino Unido) – na linha das cortes de vértice de várias outras jurisdições de *common law* – passou a ter poder para revogar os próprios precedentes.

7. “When, in 1898, in *London Tramways Co. v. London County Council*, the issue was squarely put whether the House could hear argument asking it to reconsider a previous decision, it had no hesitation in ruling that it could not” (Evans, 1987, 58).

8. Eis o que foi anotado na justificativa do Practice Statement: “os *Lordships* consideram o uso do precedente uma base indispensável para decidir o que é o direito e para aplicá-lo aos casos concretos. Fornece um grau mínimo de certeza perante o qual os indivíduos podem pautar suas condutas, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado de regras jurídicas. Os *Lordships*, não obstante, reconhecem que uma aderência muito rígida aos precedentes pode levar à injustiça em um caso concreto e também restringir excessivamente o devido desenvolvimento do direito. Eles propõem, portanto, modificar a presente prática e, embora tratando as antigas decisões como normalmente vinculantes, deixar de lado uma decisão anterior quando parecer correto fazê-lo” (England, 1966).

Poder similar sempre foi exercido nos Estados Unidos, seja pela Suprema Corte, seja pelas suas cortes inferiores. A Suprema Corte estadunidense entende que a revogação de um precedente requer justificação especial, mas nunca se sentiu proibida de assim agir⁹. Evita-se perpetuar precedentes que se mostrem distantes das novas tecnologias, da nova realidade social ou mesmo que, em razão de uma experiência posterior, revelem-se evidentemente equivocados (Summers, 1997).

Não se admite exceções injustificadas à aplicação de um precedente. Uma interpretação elaborada com caráter geral só pode ser revogada mediante a superação de um ônus argumentativo destinado a evidenciar a impossibilidade da sua manutenção em virtude do surgimento de novas condições gerais. Nessa situação, ainda que o caso concreto funcione como estímulo para o cancelamento da validade do significado atribuído à norma legal, a revogação do precedente ainda depende da demonstração da adequação da nova interpretação e da sua capacidade de universalização às mais variadas situações concretas¹⁰.

O argumento de que os precedentes obrigatórios são típicos de um sistema em que o juiz cria o direito

Também não há razão para dizer que os precedentes obrigatórios são decorrência de um sistema em que o juiz cria o direito. Nunca houve unanimidade no *common law* acerca da natureza da jurisdição, se é criadora de direitos ou não. Basta lembrar a velha disputa entre as teorias declaratória e constitutiva, capitaneadas por Blackstone (1979) de um lado, e Bentham (1843) e Austin (1911)¹¹ de outro.

9. Nos Estados Unidos, há muito tempo são enfatizadas as possibilidades de mudança e desenvolvimento no direito que são oferecidas pela revogação de precedentes em situações apropriadas (Kniffin, 1982).

10. No *common law*, um precedente que não tem mais congruência social pode ser excepcionalmente preservado em nome de critérios que ditam razões para a estabilidade, basicamente a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta. Ver Eisenberg (1998).

11. Jeremy Bentham e John Austin condenaram de maneira ácida e impiedosa a teoria declaratória. Bentham chegou a qualificá-la de *dog-law*, ao passo que Austin acusou-a de ficção infantil. Para esse autor, os juízes teriam a noção ingênua de que o *common law* não seria produzido por eles, mas se constituiria em algo milagroso feito por ninguém, existente desde sempre e para a eternidade, meramente declarado de tempo em tempo. O *common law*, na concepção da teoria positivista, existia por

Recentemente, a questão de se os juízes criam direito foi um dos focos principais do debate travado entre Hart (1961) – que sustenta o papel criativo da jurisdição – e Dworkin (1978) – que o nega. Enquanto Hart (1961) afirma que o juiz cria o direito na falta de regra a permitir solução ao caso, Dworkin (1978, 12), ao tratar dos “*hard cases*” na conhecida obra *Taking Rights Seriously*, argumenta que “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa”, e “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de *descobrir* quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”. É interessante perceber que a doutrina de Dworkin (1978) de certo modo revive a teoria declaratória, sustentando que o juiz, na falta de regra específica a regular o caso, “descobre” o direito a partir de princípios e fundamentos.

A ideia de criação do direito, caso compreendida como elaboração de decisão judicial destituída de base na lei ou em precedente, mas amparada nos princípios contidos no direito, é plenamente compatível com o cotidiano do juiz brasileiro que, inclusive, aplica os direitos fundamentais diretamente ao caso, independentemente de lei (Canaris, 1989; Alexy, 2002; Sarlet, 2009; Afonso da Silva, 2005; Novais, 2006).

Na verdade, argumentar a partir da ideia de “criação do direito” não tem muito significado na atualidade, uma vez que também não há acordo sobre o que é “criação do direito”. Se o juiz, quando não tem lei ou precedente para resolver o litígio, cria o direito ao decidir com base na Constituição, os sistemas em que o juiz pode suprir a insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais convivem há muito tempo com a criação judicial do direito. Do mesmo modo, se criar o direito tem relação com juízos de valor ou com a vontade do juiz, o juiz cria o direito desde o momento em que o sistema judicial se desfez do mito de que a lei poderia, sem qualquer colaboração do juiz, regular os casos conflitivos.

Um sistema de precedentes obrigatórios, em vez de ser visto como corolário da criação judicial do direito, deve ser pensado como técnica imprescindível para garantir a unidade do direito proclamado

ser estabelecido por juízes que possuíam *law-making authority*, sendo o direito, então, produto da vontade dos magistrados, não algo meramente descoberto, porém, criado (Marinoni, 2013b).

pelas Cortes Supremas e, assim, para tutelar a igualdade e a segurança jurídica dos litigantes.

Note-se que o direito das Cortes Supremas deve adquirir autoridade capaz de obrigar os tribunais inferiores exatamente por ter autonomia em relação à lei. Se o texto da lei não garante a igualdade, o sistema de precedentes nada mais é do que corolário da função contemporânea das Supremas Cortes de atribuir sentido ao direito.

Por fim, é fácil perceber que dar a uma decisão judicial caráter obrigatório nada tem a ver com função legislativa. A decisão está a interpretar a norma a partir de um caso concreto, realizando, portanto, função nitidamente judicial. O problema, realmente, é o de não se compreender que a *ratio decidendi* de uma decisão judicial que define o sentido do direito deve ser obrigatoriamente adotada pelos tribunais inferiores e pela Corte Suprema que a editou – até que essa Corte entenda ter chegado o momento para revogá-la. Trata-se, simplesmente, de uma consequência lógica da função judicial de dar unidade ao direito. Isso ocorre para permitir ao Judiciário, em sua tarefa de colaboração com o legislativo na construção do direito, preservar o respeito à segurança jurídica e à igualdade.

A estabilidade do direito como fundamento de uma Corte de Precedentes

A aproximação entre os sistemas de *common law* e de *civil law* permite ver que no *common law* existem incontáveis precedentes interpretativos, cuja importância é conferir estabilidade às decisões judiciais que afirmam o sentido do direito. Se no direito inglês primitivo havia baixa produção de leis, isso certamente não ocorre no *common law* contemporâneo (Gluck, 2013). A suposição de que a produção legislativa é baixa nos Estados Unidos, o que impõe a criação do direito pelos juízes, não só é falsa como gera enganos em termos de direito comparado (Merryman; Pérez-Perdomo, 2007). É provável que um Estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano, a qual obviamente deve ser interpretada e aplicada pelos juízes e, bem por isso, contar com precedentes interpretativos de caráter obrigatório¹².

12. Como adverte Gambaro (2009), a experiência continental europeia concedeu, no século passado, grande espaço ao direito jurisprudencial, enquanto do outro

Isso demonstra que o sistema de precedentes é uma técnica destinada a promover a estabilidade do direito produzido pelos tribunais. Ora, nessas condições não há como supor que o direito brasileiro possa rejeitar tal técnica. Isso apenas seria possível se as decisões dos tribunais não guardassem autonomia em relação à lei ou se não houvesse qualquer preocupação com a segurança jurídica e com a igualdade.

Aliás, a sociologia demonstra que a formação cultural brasileira é marcada pela aversão à impessoalidade e à racionalidade legal (Holanda, 1995). A ideia de que o homem, mediante suas relações pessoais, poderia deixar de se submeter à lei, mantém-se presente quando se pensa nas estratégias voltadas à obtenção de decisões particulares para casos que deveriam ser tutelados mediante uma mesma regra ou interpretação. Significa dizer que ainda hoje existem posições sociais que não desejam uma ordem jurídica coerente e um sistema racional de distribuição de justiça¹³.

O problema das peculiaridades do caso concreto

A eleição de uma Corte de Precedentes, voltada a produzir normas de caráter universalizante, poderia ser vista como uma opção que eliminaria a possibilidade de se considerar as particularidades dos casos concretos.

Como demonstrado, uma Corte de Interpretação, de que defluem precedentes, é imprescindível para a definição da interpretação adequada, de modo a se estabelecer o significado do direito e a sua aplicação uniforme, evitando-se decisões desiguais para casos iguais. Portanto, o problema relacionado à necessidade de uma Corte de Interpretação ou de Precedentes não desaparece com a admissão da

lado uma “orgia di legiferazone” deu forma e veste legislativa a grande parte das regras do *common law* clássico. Ver também Calabresi (1982).

13. “Não é difícil estabelecer uma ligação bastante clara entre uma cultura que sustenta, sem qualquer constrangimento, a possibilidade de o homem resistir à lei que o prejudica mediante o uso das suas relações e um sistema que ressoa a falta de unidade na solução de casos iguais, vendo o tratamento diferenciado das pessoas como algo natural. De modo que a ausência de reação a um sistema judicial que nega a igualdade e a previsibilidade pode revelar um interesse de várias posições sociais, inclusive de grupos de juízes e de parcela dos advogados” (Marinoni, 2014, 14).

importância da consideração das particularidades dos casos concretos. Ao contrário, a percepção de que tais particularidades merecem atenção não exclui a necessidade de as Cortes Supremas desempenharem função de Corte de Interpretação nem tem maior importância do que a realização dessa função. A coerência da ordem jurídica, ou melhor, decisões iguais para casos similares, é imprescindível a um Estado de Direito. Como adverte MacCormick (2005), fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro, de modo que num Estado moderno, com muitos juízes e muitas cortes e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão independentemente do juiz do caso.

Ademais, a necessidade de consideração das particularidades do caso concreto não é incompatível com um sistema que detém Corte de Precedentes. Basta perceber que a função de resolver os casos concretos é do juiz de primeiro grau de jurisdição e dos tribunais de apelação, e não das Supremas Cortes. Estas analisam e solucionam os casos para poderem desempenhar a função de atribuição de sentido ao direito.

Ademais, isso não quer dizer que a própria Suprema Corte não possa tomar em conta determinadas particularidades frisadas perante o tribunal de apelação para afastar a aplicação do precedente ao caso sob julgamento. Embora os precedentes devam ter caráter universalizante, um caso dotado de particularidades pode receber tratamento específico.

A técnica do *distinguishing*, empregada no *common law*, consiste na distinção do caso sob julgamento em face daquele que deu origem ao precedente¹⁴. Essa técnica permite o desenvolvimento do direito por meio da elaboração de precedentes que abarcam particularidades distintas, ou mesmo mediante a simples extensão do precedente a outras situações. Uma decisão pode demonstrar que o primitivo precedente, não obstante o seu caráter generalizante, não pode ser aplicado à situação concreta sob julgamento, ou mesmo que a tese de direito fixada no primitivo precedente, muito embora a sua feição restritiva, também se aplica à situação em análise. A técnica do *distinguishing* confere à Corte Suprema a possibilidade de desenvolver

14. “*Distinguishing* is what judges do when they make a distinction between one case and another.” (Duxbury, 2008, 113).

o direito que começou a ser escrito com o precedente, esclarecendo que a tese de direito não se aplica a outra situação concreta, ou que, não obstante elaborada sem se mostrar claramente adequada à situação sob julgamento, em verdade também a contempla.

Note-se que a adoção de um precedente não pode ser incongruente com as razões que justificaram a sua instituição. Em vista dessas razões, o precedente deve regular todos os casos com elas compatíveis. Essa potencialidade, inerente ao precedente, torna possível a sua adoção para a solução de casos particularizados por circunstâncias inicialmente não consideradas. Mas, se as razões do precedente não estão presentes diante de uma outra situação, não há como aplicá-lo. Assim, justifica-se a extensão ou a limitação do precedente conforme o novo caso seja singularizado por razões compatíveis ou incompatíveis com as que levaram à instituição do precedente¹⁵

A extensão de um precedente, a partir da consideração de outros casos, revigora a sua força e autoridade, tornando-o adequado à solução de novas realidades. O precedente tem o seu significado ampliado, adaptando-se, sem rupturas, às situações que vão surgindo à medida que o tempo passa (Schauer, 2009). Do mesmo modo, a elaboração de novo precedente não agride a estabilidade e desenvolve o direito. Perceba-se, portanto, que a técnica da distinção permite o desenvolvimento do direito sem que com isso seja pago o preço da estabilidade, pois o primitivo precedente, nesses casos, mantém-se intacto. Significa dizer que o *distinguishing* milita, a um só tempo, em favor da estabilidade e do desenvolvimento do direito¹⁶.

15. “That judges have the power to distinguish does not mean they can flout precedent whenever it suits them”. (Ibidem, 114).

16. A técnica da distinção é utilizada nas perspectivas das partes e do Poder Judiciário. A primeira perspectiva faz ver o próprio impulso prático para a distinção, uma vez que, partindo-se da premissa de que um precedente sempre beneficia dada posição ou pode beneficiá-la, a restrição da sua aplicabilidade é sempre favorável a uma parte e prejudicial à outra. O que significa dizer que, no processo, são desenvolvidos argumentos a favor e contra a adoção do precedente. Nesse sentido, há verdadeira tensão no interior do sistema, quase constituindo uma luta entre a contenção e a extensão do precedente. Na outra perspectiva do Poder Judiciário, são contrapostos os valores do sistema – ou seja, unidade do direito, segurança, previsibilidade e igualdade – com as razões substanciais do precedente. A limitação e a extensão do precedente sempre configuram correção ou acomodação de sua *ratio decidendi*. Essa acomodação, não obstante, prioriza as razões do próprio precedente, já que tanto a sua extensão quanto a sua limitação apenas são possíveis

A contradição inerente a uma “Corte Suprema de correção”

Uma Corte Suprema de correção tem razão de ser quando se acredita que há parâmetro externo para a realização do controle das decisões dos tribunais estaduais ou regionais. É por isso que, quando se supunha que a decisão declarava a norma contida no texto legal, aceitava-se a ideia de uma Corte Suprema voltada à correção das decisões.

Entretanto, quando se tem consciência que a norma é produzida mediante a interpretação da lei e que a Suprema Corte tem a função de atribuir sentido ao direito, deixa de haver parâmetro externo para a Suprema Corte controlar as decisões dos tribunais inferiores. Como o sentido do direito está nos precedentes da Corte Suprema, deixa de haver função de controle para a afirmação da norma contida na lei. O sentido do direito, consolidado nos precedentes, vincula as decisões dos juízes e tribunais inferiores.

Não se pense que, com a evolução da teoria da interpretação, basta substituir o critério da “norma contida na lei” pelo do “sentido do direito” para se continuar admitindo que a função da Corte Suprema é de correção. Há diferença entre corrigir para tutelar o legislativo e corrigir para tutelar o direito delineado pela Corte Suprema. Quando se corrige para tutelar o legislativo, o direito não está nas decisões da Corte Suprema. Contudo, quando se pensa em “corrigir” em razão de a decisão do tribunal inferior ter divergido de precedente da Corte Suprema, a situação é obviamente outra. Nesse caso, o tribunal estadual ou regional nega o direito que a Corte Suprema delineou.

Quando o direito está na Corte Suprema, os precedentes têm força obrigatória perante os demais tribunais. Note-se que, como os precedentes consolidam o direito que deve ser obrigatoriamente observado pelos tribunais, a atividade de “correção” das decisões

quando são compatíveis com elas. Quando, porém, são preservados os valores do sistema em face das razões do precedente? Certamente quando o precedente é contido, sem extensão ou limitação. Entretanto, não só nesses casos. No *common law*, admite-se que, para se evitar a revogação do precedente, proceda-se uma distinção inconsistente (“*the drawing of inconsistent distinctions*”), ou seja, uma distinção incompatível com as razões do precedente. Nessas situações, embora a razão imediata da distinção inconsistente seja a não revogação (total) do precedente, a sua justificativa está na segurança jurídica (Marinoni, 2013b).

que negam precedentes se destina a reafirmar a função de interpretação e de desenvolvimento do direito. Essa atividade de “correção”, que é meramente supletiva, subordina-se à função de atribuição de sentido ao direito e de garantia da sua unidade.

Assim, não se pode pensar que uma Corte Suprema, na atualidade, deva ter função (principal) de correção. Como é óbvio, é completamente contraditório atribuir a uma Corte Suprema que delinea o direito a função de corrigir as decisões (Taruffo, 2007, 2011).

Olhando por outro ângulo, constata-se que se a Corte que atribui sentido ao direito não formula precedentes obrigatórios a sua existência se torna desnecessária. Realmente, não há motivo para se ter uma Corte Suprema, cuja função é definir a interpretação adequada, quando os tribunais inferiores podem dela livremente divergir. Nesse caso, na verdade, não apenas bastariam os tribunais de apelação, como a Suprema Corte não teria motivo algum para atribuir sentido ao direito e, portanto, para estar presente no sistema judicial.

Fechar os olhos para a verdadeira função que deve ser desempenhada por uma Corte de vértice é tê-la como um grande tribunal de apelação, como uma espécie de mágica tábua de salvação posta à disposição de qualquer litigante, com a grande desvantagem de se abrir às portas para a irracionalidade da distribuição da justiça e para a negação da segurança jurídica e da igualdade.

A inevitabilidade da Corte de Precedentes no Estado contemporâneo: a coerência da ordem jurídica e a tutela da segurança jurídica e da igualdade

Não há como finalizar este texto sem a conclusão de que uma Corte Suprema de Precedentes é *imprescindível* no Estado contemporâneo. Não se trata de uma simples questão de opção dogmática, como se tanto uma Corte de Correção (de revisão ou de cassação) quanto uma Corte de Precedentes fossem compatíveis com os valores do Estado constitucional.

Não há Estado de direito sem ordem jurídica coerente. A uniformidade das decisões judiciais, aspecto fundamental da coerência do direito, concorre para que o Estado se apresente como garante da unidade do direito. Um Estado que produz decisões variadas para

casos que exigem o mesmo tratamento falha diante do seu compromisso de garantir um sistema jurídico único¹⁷.

O Estado constitucional tem dever de tutelar a segurança jurídica, garantindo a estabilidade do direito e a sua previsibilidade. Num Estado constitucional, além da estabilidade da ordem jurídica, espera-se univocidade da qualificação das situações jurídicas, sem a qual não há previsibilidade em relação às consequências jurídicas das condutas, algo que é indispensável para que o cidadão possa se desenvolver num Estado de Direito¹⁸. O sistema jurídico e, portanto, inclusive a estruturação e o funcionamento dos órgãos judiciais, deve ser capaz de outorgar previsibilidade¹⁹.

Não há como assegurar igualdade perante o direito sem atribuir força obrigatória aos precedentes das Cortes Supremas²⁰. Um sistema que convive com decisões diferentes para casos que não têm qualquer motivo racional para serem tratados de forma distinta é um sistema que não só espelha a desigualdade, como ainda a estimula, fazendo o cidadão acreditar que sempre tem a possibilidade de “manipular o caso” para receber decisão que lhe beneficia.

Tudo isso quer dizer que, se o Estado constitucional tem o dever normativo e fático de tutelar os direitos fundamentais, ele não pode conviver com uma Corte Suprema incapaz – em virtude de ausência

17. “Legal coherence, together with uniformity of decision, is indeed an everywhere acknowledged value served by respect for the force of argument from precedent, and one which it is the particular function of courts in their interpretative role to achieve. The value of uniformity can be deemed a technical-legal desideratum, just as coherence may be considered an aspect of *elegantia juris*; but both also go to overall integrity of the state as guarantor of a single legal system” (Bankowski et al., 1997).

18. De acordo com MacCormick (2005), a previsibilidade das decisões constitui valor moral imprescindível para o homem, de forma livre e autônoma, poder se desenvolver e, portanto, estar em um Estado de Direito. Ver também MacCormick (1989).

19. Como diz Corsale (1979), um ordenamento jurídico destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas, e de gerar, assim, um sentido de segurança nos cidadãos, não pode sobreviver enquanto tal.

20. “This would be a sham if the law were subject to varying interpretation from case to case, for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves. Thus uniformity of law is an essential part of equality of treatment of essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law” (Bankowski et al, 1997, 488).

de normas ou de eficiência fático-administrativa – de garantir a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade.

Referências

- ALEXY, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ASCARELLI, T. (1957). Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione. *Rivista di diritto processuale*, p. 351.
- AUSTIN, J. (1911). *Lectures on Jurisprudence, or the philosophy of positive law*. 5. ed. London: John Murray.
- BANKOWSKI, Z. et al. (1997). Rationales for precedent. In: MACCORMICK, N.; SUMMERS, R. S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Ashgate Dartmouth. p. 481.
- BENTHAM, J. (1843). Truth *versus* Ashhurst; or Law as it is, contrasted with what it is said to be. In: BOWRING, J. (Ed.). *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait.
- BLACKSTONE, W. (1979). *Commentaries on the law of England*. Chicago: The University of Chicago Press.
- CALABRESI, G. (1982). *A common law for the age of statutes*. Cambridge: Harvard University Press.
- CALAMANDREI, P. (1965). La genesi logica della sentenza civile. *Opere Giuridiche*, Napoli: Morano, v. 1.
- _____. (1976). La cassazione civile: disegno generale dell'istituto. *Opere Giuridiche*, Napoli: Morano, v. 7.
- CANARIS, C-W. (1989). Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts. *JuS*, München.
- CAPPELLETTI, M. (1968). *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè.
- CARRÒ, G. (1979). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CHIASSONI, P. (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino.
- _____. (2009). *L'Indirizzo analítico nella filosofia del diritto, vol 1: Da Bentham a Kelsen*. Torino: Giappichelli.
- _____. (2011). Disposición y norma: una distinción revolucionaria. In: POZZOLO, S. ; ESCUDERO, R. *Disposición. vs norma*. Lima: Palestra.
- CORSALE, M. (1979). *Certeza del diritto e crisi di legittimità*. Milano: Giuffrè.

- CRISAFULLI, V. (1964). Disposizione (e norma). In: *Enciclopedia del diritto*, XIII. Milano: Giuffrè.
- DICIOTI, E. (1999). *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Torino: Giappichelli.
- DUXBURY, N. (2008). *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press.
- DWORKIN, R. (1978). *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- EISENBERG, M. (1998). *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press.
- ENGLAND. *Practice Statement 3 All ER 77*. 26 jul. 1966. London: House of Lords, 1966.
- EVANS, J. (1987). Change in the doctrine of precedent during the Nineteenth Century. In: GOLDSTEIN, L. *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press.
- GAMBARO, A. (2009). Civil law e common law: evoluzione e metodi di confront. In: CARPI, F. *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*. Milano: Giuffrè.
- GLUCK, A. R. (2013). The Federal Common Law of Statutory Interpretation: erie for the age of statutes. *William & Mary Law Review*, v. 54, p. 753-811.
- GUASTINI, R. (1989). Disposizione vs. Norma. *Rivista Giurisprudenza costituzionale*, p. 3-14.
- _____. (2011). *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.
- HÄBERLE, P. (1972). *Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat, Recht und Staat: Festschrift für K. Küchenhoff*. Berlin: Duncker & Humblot.
- HART, H. (1993). *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- HOLANDA, S. B. de. (1995). *Raízes do Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras.
- JORI, M.; PINTORE, A. (1995). *Manuale di teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli.
- KNIFFIN, M. N. (1982). *Overruling Supreme Court Precedents: anticipatory action by United States Courts of appeals*. Disponível em: [<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4600&context=flr>]. Acesso em 16 de março de 2016.
- LARENZ, K. (2012). *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- MARINONI, L. G. (2013a). O *Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema*: de Corte de Revisão para Corte de Precedentes. Disponível em: [<http://bit.ly/1R3OZ8S>]. Acesso em 16 de março de 2016.
- _____. (2013b). *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____. (2014). *A ética dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- MACCIORMICK, N. (1989). The ethics of legalism. *Ratio Juris*, vol. 2, n. 2. p. 184-193.
- _____. (2005). *Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press.
- MERRYMAN, J. H.; PÉREZ-PERDOMO, R. (2007). *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press.
- MITIDIERO, D. (2013). *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- NOVAIS, J. R. (2006). *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra.
- PASCUAL, C. G.; GIL, E. J. V. (1992). Creación judicial del Derecho. In: BERGALLI, R. *Sentido y razón del derecho: enfoques socio-juridicos para la sociedad democrática*. Madrid: Hacer Editorial.
- PIERLINGIERI, P. (1991). *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- QUEIROZ, C. (2002). *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra.
- SACCO, R. (1998). Interpretazione del Diritto: dato oggettivo e spirito dell'interprete. In: DERRIDA, J.; VATTIMO, G. (Eds.); BUSSANI, M. (Coord.). *Annuario Filosofico Europeo: diritto, giustizia e interpretazione*. Roma/Bari: Laterza.
- SARLET, I. W. (2009). *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- SCHAUER, F. (2009). *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press.
- SCHEUNER, U. (1971). Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat: die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit. *Die öffentliche Verwaltung*.
- SHAPIRO, M. (1965). *Stability and change in judicial decision-making: incrementalism or stare decisis*. Disponível em: [<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3154&context=facpubs>]. Acesso em 16 de março de 2016.
- SILVA, V. A. da. (2005). *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros.
- STÜRMER, R. (1979). Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozessrecht. *NJW*, München/Frankfurt.
- SUMMERS, R. S. (1997). Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, N.; SUMMERS, R. S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Ashgate Dartmouth.
- TARELLO, G. (1966). Il "problema" dell'interpretazione: una formulazione ambigua. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, p. 349-357.
- _____. (1980). *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè.

- TARUFFO, M. (1991a). *La corte di cassazione e la legge, Il vertice ambiguo*: Saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino.
- _____. (1991b). *Funzioni e problemi attuali della corte di cassazione, Il vertice ambiguo*: Saggi sulla cassazione civil. Bologna: Il Mulino.
- _____. (1991c). *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie, Il vertice ambiguo*: Saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino.
- _____. (1994). Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.
- _____. (1997). *Institutional factors influencing precedents, Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth.
- _____. (2007). Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.
- _____. (2011). *Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali, Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- WIEACKER, F. (1996). *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht. 431p.
- WRÓBLEWSKI, J. (1973-1974). Functions of law and legal certainty. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII, p. 322.
- _____. (2001). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas.
- _____. (2008). Lenguaje jurídico e interpretación jurídica. In: _____. *Sentido y hecho en el derecho*. Madrid: Universidad del País Vasco.

Democracia e partidos políticos: desafios e perspectivas

Marcus Vinicius Furtado Coêlho

Resumo

A democracia é o resultado de um processo histórico constituído ao longo dos anos, e hoje vige na maioria dos países ao redor do globo. Ela deve, para fins de efetivação do processo democrático, ser referência tanto em macro quanto em microestruturas políticas. Este artigo visa analisar a questão da democracia em uma dessas microestruturas, que são os partidos políticos. Em um primeiro momento, será discutida a influência da democracia interna dos partidos na efetivação e no aperfeiçoamento do regime democrático no âmbito do próprio Estado. Em seguida, serão delineados os contornos da democracia partidária no Brasil. Finalmente, é concluído pela ineficiência dos modelos de democracia partidária atualmente adotados no Brasil, propondo reformas que privilegiem, também no âmbito dos partidos, os valores democráticos.

Palavras-chave: ciência política; direito eleitoral; partido político; democracia partidária.

Abstract

Democracy is the culmination of a historic process over the years, and today it runs in most countries around the world. To ensure the democratic process, democracy must be a reference in both macro and micro political structures. This article analyzes democracy in one of those microstructures, the political parties. At first, it will be discussed the influence of internal democracy of political parties on the consolidation and improvement of a democratic regimen in the State. Next, the democracy lines in Brazil will be determined. Lastly, the research concludes that the models of democracy in the parties of Brazil are inefficient, and proposes reforms that privilege the democratic values also in political parties.

Keywords: political science; electoral law; political party; party democracy.

Sobre o autor

Advogado e presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.

A democracia partidária e suas relações com o regime democrático do estado

Igualdade e pluralismo político são conceitos complementares e sustentáculos da estrutura republicana brasileira, além de princípios fundamentais previstos na Constituição de 1988 (art. 5º, *caput*, e art. 1º, inciso V, respectivamente).

Na medida em que é garantida a pluralidade de opiniões políticas, deve ser também proporcionada a igualdade de oportunidades para que diferentes ideais possam exercer influência nas deliberações estatais. Esses princípios são, portanto, imprescindíveis para a existência de legitimidade nos debates desenvolvidos no espaço público.

Os partidos políticos contribuem para a legitimação como instrumentos de concretização das ideologias políticas nos âmbitos do poder. Possuem, portanto, obrigações como intermediadores e canalizadores dos interesses cidadãos.

Cumprе ressaltar, porém, que as legendas possuem obrigações democráticas não só perante a sociedade e o poder público, mas também em âmbito interno. Os partidos políticos são protagonistas no processo democrático e, como tal, também em sua organização interna devem apregoar e efetivar os valores democráticos, sob pena de causarem prejuízos à legitimidade de sua própria organização, bem como à integridade do Estado democrático.

Essa diferenciação entre a função dos partidos em âmbito externo e interno é realizada por Cárdenas Gracia (2001) nas seguintes linhas:

Las obligaciones de los partidos en el ámbito externo comprenden las de actuar por las vías institucionales, utilizar medios pacíficos para la lucha política y respetar las reglas y los procedimientos democráticos en su actuación frente al resto de los partidos. En el ámbito interno, los partidos tienen el derecho de organizarse libremente, siempre y cuando no afecten los derechos fundamentales de los militantes ni de otros ciudadanos y no lesionen los principios democráticos del Estado de derecho. Su obligación primordial en el ámbito interno consiste en respetar la democracia en su seno, esto es, contar con procedimientos democráticos y respetar escrupulosamente los derechos fundamentales de sus militantes.

Portanto, também internamente é obrigação dos partidos manterem os princípios que orientam a formação de uma democracia.

Essa obrigação surge, precipuamente, da relação entre partidos e governabilidade (Hofmeister, 2007). Os partidos políticos são os detentores tanto dos recursos humanos dos poderes executivo e legislativo como também das questões programáticas do governo e da oposição. São eles a força ideológica que impulsiona a governabilidade.

Nesse sentido, o aperfeiçoamento da governabilidade depende, destacadamente, de maior profissionalização das organizações políticas, por meio de convenções e estatutos partidários que permitam o debate sobre elementos fundamentais da agenda social.

Partidos não são um fim em si mesmo, e sim um meio para aprimorarmos a democracia. É daí que surge a diferença entre uma política democrática (voltada a atender os interesses do povo) e uma política partidocrática (voltada a atender os interesses particulares dos partidos).

As instituições políticas são colocadas em risco quando os partidos que governam um Estado não possuem legitimidade democrática e não veem na democracia uma inspiração para sua atuação e organização.

Holgado González (2002, 129) aborda essa questão da seguinte forma:

Unos partidos que no sean democráticos no pueden aspirar a gobernar democráticamente, de ahí que al comprobarse esta situación, la exigencia constitucional europea después de la segunda guerra mundial, fue antes de tener regímenes no democráticos, lograr solucionar la situación teniendo partidos políticos democráticos.

O grau de democracia de um partido, em qualquer lugar do mundo e em qualquer momento na história, é medido não só por sua democracia externa, mas também pela sua atuação interna. Até porque antes de se desenvolver um regime verdadeiramente democrático, é fundamental que o Estado possua partidos políticos integralmente democráticos.

A democracia partidária no Brasil

Em toda a América Latina, nos deparamos com partidos políticos centralizadores de grande poder político. Por outro lado, suas instituições e capacidade de organização interna são precárias. O resultado dessa mistura são as recorrentes crises de representatividade popular, que levam o cidadão às ruas para exigir explicações sobre os problemas oriundos da governabilidade.

No Brasil, somente com a Lei 9096/1995 os partidos ganharam autonomia, sendo autorizados a definirem sua estrutura interna, organização e funcionamento, nos termos do art. 3º.

A partir da segunda metade da década de 1990, ganhavam então os partidos políticos a autonomia para definirem sua organização e, inclusive, democratizarem sua estrutura. No entanto, a consequência foi a fragilidade organizativa das instituições partidárias, embora alguns avanços devam ser reconhecidos.

Em geral, a partir da vigência da Lei dos Partidos Políticos, em 1995, o cenário político brasileiro tomou novos rumos, em direção à verdadeira democratização. As bancadas no Congresso Nacional passaram a ser mais coerentes e disciplinadas, e os líderes passaram a ter mais poder jurídico para efetivarem suas indicações, de forma que os partidos políticos se tornaram peças centrais na formação e manutenção do governo.

A votação interna dos partidos, principalmente os maiores, passou a ser mais nacionalizada, estabilizando a volatilidade eleitoral e as taxas de identificação partidária. A importância conferida aos partidos foi fundamental também para elevar o nível de filiação, embora o caminho rumo ao sistema partidário ideal ainda seja longo.

Fato é que os partidos estão aprimorando suas funções governativas e decisórias. Porém, ainda há problemas de representatividade e *accountability* do sistema político, que impedem o enraizamento da educação política e do exercício da cidadania na sociedade.

É importante observar que a dificuldade de obtenção de dados confiáveis e precisos sobre as organizações prejudica a pesquisa sobre sua democracia interna. Os partidos, não só no Brasil como também em outros países, opõem-se em disponibilizar dados, especialmente quando concernentes à burocracia e ao financiamento.

A aferição sobre os valores democráticos, porém, pode ser feita a partir de considerações globais, aliadas às informações pontuais que são disponibilizadas pelas entidades. Os dados são poucos, mas suficientes para realizarmos a análise proposta neste trabalho.

Os partidos, com a autonomia que lhes foi atribuída, prezaram em suas convenções partidárias, em regra, não pela descentralização, mas pelo centralismo intrapartidário, que é um empecilho para a democratização. Com a autonomia atribuída pela Lei dos Partidos Políticos, algumas legendas desenvolveram reformas internas que aumentaram o grau de concentração decisória e centralizaram suas estruturas. São políticas autoritárias contra as quais deveriam vigorar a participação e a descentralização.

A descentralização, ressalta-se, deve ser utilizada para democratizar a participação política no âmbito interno, e não para mascarar a centralização, como ocorre quando as lideranças partidárias nacionais utilizam o mecanismo das comissões provisórias, criadas em âmbito municipal, para controlar as instâncias subnacionais. A utilização das comissões provisórias como recurso de poder nas disputas internas, uma prática no Brasil, também se afigura como um problema que tolhe a participação no âmbito interno dos partidos e gera uma crise democrático-organizacional.

Segundo Meneguello (1989), até mesmo partidos políticos que, a princípio, possuíam uma organização inovadora, marcada por uma estrutura inclusiva, com intensa articulação interna e vínculos sólidos com a sociedade, passaram a dissipar essas características e a incorporar as peculiaridades das maiores legendas.

Na obra *Fidelidade e ditadura (intra) partidária*, Aras (2011) reflete sobre a partidocracia, a ditadura partidária no Brasil; traz ao debate diversos elementos do direito comparado que auxiliam a compreensão da situação em nosso país, alertando para o problema de importarmos o modelo pré-constituído inglês. Nesse modelo, o político deixa de representar o eleitor para representar os interesses do partido ao qual está vinculado, prejudicando a democracia; o Estado deixa de ser governado pelo povo para ser governado por organizações partidárias. Ainda segundo o autor, os políticos nacionais têm um discurso durante o pleito eleitoral para angariar votos, e outro completamente diferente após a posse. Também chama atenção para a fragilidade do posicionamento do Supremo Tribunal Federal perante o totalitarismo dos líderes partidários, que usam a fidelidade ao partido como ferramenta para garantir a submissão dos eleitos às vontades do partido, e não aos anseios sociais.

Esse quadro deficitário no que se refere à democracia partidária, denominado de *ditadura intrapartidária* por Augusto Aras, é realidade não só no Brasil como também em outros países, especialmente na América Latina. Portanto, os problemas precisam ser pontuados, e os desafios e propostas de democratização apontados como sugestões para a inversão desse cenário. É esse o objetivo do próximo tópico.

Desafios e perspectivas para a democratização dos partidos políticos

O objetivo de democratizar as estruturas internas dos partidos ainda encontra, em todo o mundo, resistência para sua implementação,

primeiramente pelo caráter particular e clientelista que algumas legendas acabam incorporando em sua estrutura com a finalidade de eleger candidatos. Interesses materiais e imediatos passam a ser a finalidade almejada, enquanto os valores democráticos são apenas meios para alcançar os resultados, quando deveriam ser as linhas-mestras de qualquer atuação em nome do interesse coletivo e da dignidade da pessoa humana.

Cumprе ressaltar, igualmente, a incapacidade de os partidos políticos acompanharem as transformações sociais e o desenvolvimento da sociedade contemporânea. Por conseguinte, a confiança do povo nos partidos e nos representantes políticos reduziu, e os jovens, importantes forças de oxigenação das estruturas de poder, perdem a motivação para se engajarem politicamente.

Os partidos políticos, especialmente na América Latina, exercem sua função de forma deficitária, promovendo candidatos mal preparados para as tarefas públicas e excluindo seus próprios filiados no processo de elaboração do programa partidário e eleitoral, privilegiando decisões que não se propõem a uma análise honesta do problema.

O resultado é a centralização em detrimento da participação coletiva das decisões, e a cada vez mais crítica situação dos governos e parlamentos, que não oferecem soluções efetivas para os problemas sociais e econômicos, gerando desestabilização do sistema político e do próprio sistema partidário.

Todos esses são fatores que amparam a estagnação dos partidos políticos, os quais permanecem exercendo a tradicional deliberação de caráter particular e clientelista.

O prejuízo para a democracia e para o cidadão é evidente, especialmente na América Latina, onde os partidos assumem funções essenciais: a organização de campanhas, a formação do governo, a estruturação do processo legislativo, a formulação de ideias e metas políticas que estimulem a participação coletiva, bem como o debate sobre os interesses sociais para sua transposição em programas de gestão (Hofmeister, 2007).

Nesse sentido, Flavia Freidenberg, professora da Universidade de Salamanca, na Espanha, propõe diversas medidas de democratização do sistema intrapartidário: (i) garantia de igualdade entre os filiados e proteção dos direitos fundamentais no exercício de sua liberdade de opinião; (ii) mecanismos competitivos de seleção de candidatos a cargos de representação (internos e externos); (iii) participação dos filiados nos órgãos de governo, sem discriminação na representação dos diversos

grupos que integram a organização; (iv) influência ativa dos diversos grupos na discussão e formação das posições programáticas e elaboração de propostas do partido nas decisões comuns por ele tomadas; (v) respeito ao princípio de maioria, segundo o qual as decisões devem ser tomadas em função da agregação majoritária das vontades individuais e garantias para as minorias; e (vi) controle efetivo por parte dos militantes e dos dirigentes, por meio de processos que castiguem ou premiem os que tomam as decisões (Freidenberg, 2006).

Os partidos devem possuir uma organização ampla e participativa, que aproxime o eleito, os militantes e os candidatos, bem como represente os interesses de sua base eleitoral. Além disso, devem construir um ambiente aberto a filiações e facilitar a integração, estimulando a contribuição política por parte do cidadão e de todos os seus filiados para a determinação das questões programáticas e organizacionais.

A capacidade de transformar os anseios sociais em programas de governo é um requisito para qualquer partido político que almeje participar das decisões fundamentais. As organizações sociais, as associações de interesse e todos os tipos de organizações intermediárias entre o povo e seus representantes devem ser ouvidos e integrar o processo eleitoral para que se legitimem popularmente as propostas partidárias.

Os jovens, que representam o futuro da sociedade, também devem possuir papel fundamental para a formulação de políticas internas e externas nos partidos, com a finalidade de se oxigenar e aprimorar um aparelhamento partidário estagnado e retrógrado.

Um sistema de informação operante também é indispensável para viabilizar a implementação das propostas aqui listadas, garantindo a transparência e a informação ao cidadão e seus afiliados. Todo partido deve ser capaz de apresentar à sociedade os temas que considera socialmente relevantes, definindo seu próprio perfil e comprovando sua governabilidade perante aqueles que ele representa.

Adotar medidas como as listadas aqui é fundamental para adequar os partidos políticos à sua função exercida no âmbito de um regime democrático. Afinal, conforme já asseverado, a democracia não pode se consolidar quando suas partes integrantes não são, internamente, democráticas.

Considerações finais

Os partidos, como baluartes do pluralismo político, devem incorporar as práticas democráticas tanto externa como internamente, cumprindo

os princípios constitucionais republicanos em toda sua atuação e abrindo caminho rumo a uma sociedade fraterna, justa e solidária.

A ditadura intrapartidária deve ceder lugar ao poder popular e à ampla participação de todos os envolvidos e daqueles que desejam se envolver nos debates sobre questões programáticas das legendas nacionais. Conforme a lição de Augusto Aras, algo deve ser feito para se democratizar internamente os partidos e extinguir o totalitarismo partidário, evitando, por exemplo, que os líderes utilizem a fidelidade ao partido como ferramenta de submissão dos eleitos às vontades da organização, e não ao interesse público (Aras, 2011).

Democratização interna dos partidos é uma medida urgente a ser implementada em nosso país, pois só assim o processo de consolidação do Estado de Direito voltará aos trilhos da democracia.

Referências

- ARAS, A. (2011). *Fidelidade e ditadura (intra) partidária*. São Paulo: Edipro.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em 29 de fevereiro de 2016.
- BRASIL. *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm]. Acesso em 29 de fevereiro de 2016.
- CÁRDENAS GRACIA, J. (2001). *Partidos políticos y democracia*. 3 ed. México: Instituto Federal Electoral. Disponível em: [http://www.ine.mx/documentos/DECEYEC/partidos_politicos_y_democracia.htm]. Acesso em 26 de agosto de 2015.
- FREIDENBERG, F. (2006). Democracia interna: reto ineludible de los partidos políticos. *Revista de Derecho Electoral del Tribunal Supremo de Elecciones*, n. 1, jan./jul.
- HOFMEISTER, W. (2007). Problemas da democracia partidária: América Latina à luz das experiências internacionais. *Cadernos Adenauer VIII*, Rio de Janeiro, n. 3.
- HOLGADO GONZÁLEZ M. (2002). Financiación de partidos y democracia paritaria. *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, n. 115, jan./mar.
- MENEGUELLO, R. (1989). *PT: a formação de um partido, 1979-1982*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- RIBEIRO, P. F. (2010). *Dos sindicatos ao governo: a organização nacional do PT de 1980 a 2005*. São Paulo: Fapesp.

Inelegibilidade – o conflito de teorias

Olivar Coneglian

Resumo

Há duas teorias sobre a inelegibilidade, uma clássica que entende que a elegibilidade dos nacionais é a regra, enquanto a inelegibilidade é a exceção, e outra, mais moderna, que entende que só são elegíveis aqueles que possuem o registro de candidatura, justamente o ato jurídico que declara a elegibilidade, e quem não se registra é inelegível. Sob outro enfoque, o Supremo Tribunal Federal entende que a inelegibilidade nunca é uma sanção, enquanto a doutrina milita no sentido de que há inelegibilidade não sancionatória ou inata e inelegibilidade de sanção. Verifica-se também que, enquanto toda inelegibilidade se refere à eleição e seu exame se situa no momento do registro. Há na vida democrática outros momentos em que ela pode ser examinada, ainda que se faça uma projeção para o momento do registro de candidatura. A inelegibilidade se refere ao impedimento de candidatura para proteger a eleição, aspecto público, e a elegibilidade tem cunho pessoal, por isso que a primeira não é o oposto da segunda, e as duas não formam uma moeda com duas faces.

Palavras-chave: inelegibilidade; condições de elegibilidade; registro de candidatura; eleição.

Abstract

There are two theories about ineligibility, the classic one, in which eligibility is the rule, and ineligibility is the exception, and modern one, which understands that only the ones who have their register to become a candidate can be considered eligible, and who doesn't have the register is ineligible. On another aspect, the Supreme Court of Brazil understands that ineligibility is not a sanction; however, the academy understands that are some ineligibilities that are not a sanction, which may be called innate ineligibility, but there are some ineligibilities that are sanction. It is possible to check that while all ineligibilities are about election, its exam occurs at the moment of the register. In democratic life there are other moments that the ineligibilities can be checked, even if is necessary to make a future projection for the moment of the

Sobre o autor

Olivar Coneglian, juiz aposentado pelo Paraná e Mestre. Escreveu: Eleições 2014 – Radiografia da Lei 9.504/97 (8ª ed.) e Propaganda eleitoral (12ª ed.), ambas pela Editora Juruá. É articulista, conferencista e rotariano. Agraciado pela Comenda do Mérito Judiciário pelo TRE/PA e pelo TRE/DF. Reside em Curitiba.

register to become a candidate. The ineligibility is about impediment of the candidacy to protect the election, in a public aspect; and the eligibility is personal. One is not the opposite of the other, and they are not the other face of the same coin.

Keywords: ineligibility; conditions of eligibility; register of the candidacy; election.

A cidade

Quem passa perto do morro, estando do outro lado o rio, vê plantada, entre árvores e soja, a cidade de Retrato.

Pequena, às vezes suja ou varrida pelo vento, às vezes limpinha para a festa do santo, Retrato é uma cidadezinha encravada no interior do Brasil. Tem correio, banco, praça da igreja, avenida, bosque, clube, pizzeria, churrascaria, escolas, fórum. O cinema está desativado.

População de Retrato¹: **13.455** habitantes, **6.735** homens e **6.720** mulheres e **9.120** eleitores. Tem padre, juiz, promotor de justiça, 1.423 pessoas abaixo de dezesseis anos, 741 entre dezesseis e dezoito, 423 acima de setenta anos.

Em sua população encontram-se 822 analfabetos adultos, ex-prefeito condenado por improbidade administrativa e cumprindo pena, quatro condenados em regime aberto, dois em regime fechado e cumprindo pena na cadeia pública e um condenado na penitenciária.

São oito partidos com diretórios formados, **1.321** filiados, sendo **837** homens e **484** mulheres. O atual prefeito cumpre o segundo mandato. Sua mulher é vereadora. Seus três filhos não gostam de política.

Em Retrato moram ainda um alemão naturalizado e um casal de mexicanos.

O *Visitante*, membro do Diretório Estadual, acaba de chegar à cidade. É um estudioso das leis da cidadania (Constituição, direito eleitoral). Sua missão é ajudar o Diretório Municipal de seu partido a escolher um candidato a prefeito para a eleição que se aproxima.

1. Ao criar a fictícia Retrato, o autor se lembrou da real Santa Mariana, cidade do Norte do Paraná, banhada pelo Rio Laranjinha. Os números sublinhados e negritos são reais. Os números sem realce são fictícios. A população real se refere ao censo do IBGE de 2000, e o número de eleitores é de dezembro de 2003 e o de filiados é de outubro de 2003.

Inelegibilidade – conceito “padrão”, várias correntes

Porto traz uma definição simples: inelegibilidade é “o impedimento a que uma pessoa concorra à eleição” (2000, 242).

Niess é mais complexo: “A inelegibilidade consiste no obstáculo posto pela Constituição Federal ou por lei complementar ao exercício da cidadania passiva por certas pessoas, em razão de sua condição ou em face de certas circunstâncias” (2000, 23).

Partindo do princípio de que a inelegibilidade impede o nacional de receber votos em eleição política, o *Visitante* encontrou na doutrina brasileira basicamente duas correntes teóricas sobre a natureza da inelegibilidade, uma corrente clássica e outra corrente moderna, esta formatada pelo alagoano Adriano Soares da Costa².

O conceito clássico está presente de forma implícita ou explícita em toda a doutrina e jurisprudência eleitoral brasileira. Explicitamente, pode ser identificado em vários autores, como Antônio Carlos Mendes, Pedro Henrique Távora Niess, Joel José Cândido, Walter Costa Porto, Pedro Decomain, só para ficar nesses exemplos. Quase todos os autores que se referem à inelegibilidade seguem, em geral, a mesma corrente desses.

Lendo-se as obras desses eleitoralistas brasileiros, se verifica que nem Pedro Niess ou Joel Cândido procuram formalizar ou construir uma teoria da inelegibilidade. Eles se ativeram a tomar o conceito comum ou clássico e aplicar aos casos concretos ou às formulações teóricas sobre os direitos políticos, conceito mais amplo em que a (in)elegibilidade é apenas um tópico. Cândido (1999) não formulou teoria, mas apenas esclareceu como se deve aplicar o conceito de inelegibilidade. Mendes (1994) se aprofundou um pouco mais no campo teórico, na busca de uma explicitação da teoria clássica. Já do outro lado, Adriano Soares da Costa buscou formular uma *teoria*, e nessa formulação se afastou do conceito clássico, buscando demonstrar que esse conceito não se baseava em uma fundamentação científica.

2. *Teoria da inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral*, de 1998. A base doutrinária deste trabalho foi buscar a primeira edição da obra de Adriano Soares da Costa, na qual ele desenvolveu sua teoria. Mais tarde, ele publicou novas edições de seu trabalho, sob o título de *Instituições de direito eleitoral*, com os mesmos conceitos, mas outra linguagem. Aos estudiosos, recomendam-se as duas leituras e, na impossibilidade de tempo, pelo menos a leitura da última versão.

Decomain (2004) e Coneglian (2008) percorrem com desenvoltura o conceito clássico, mas adotam também pontos fundamentais da teoria de Adriano Soares da Costa.

A teoria formulada por este provocou farta discussão no mundo acadêmico dos eleitoralistas. Passado o impacto inicial, constata-se que sua obra – não só o que escreveu sobre inelegibilidade, mas toda sua obra – é séria, tem raízes científicas e por isso vem merecendo citações variadas de tribunais eleitorais.

Em regra, autores pertencentes à corrente clássica, como Pedro Niess, Joel Cândido e outros, não formularam uma teoria da inelegibilidade, mas simplesmente partiram de uma teoria já assente na doutrina e na jurisprudência para estudá-la, explicitá-la, interpretá-la e aplicá-la ao sistema eleitoral brasileiro.

A inelegibilidade – a teoria clássica

Segundo a teoria clássica, há quatro signos que devem estar presentes num mesmo *momento intelectual* para se chegar ao conceito de inelegibilidade: *elegibilidade, condições de elegibilidade, inelegibilidade, incompatibilidade*.

O *Visitante* já tinha constatado que paira sobre os estudiosos do direito eleitoral certa dificuldade ao encarar esses signos – os *significantes* com seus *significados* –, e conceituá-los de forma científica, sem que o conceito de um se embaralhe com o dos outros.

Niess (2000, 29) se deparou com essa dificuldade e a confessou quando disse que “não se pode negar que quem não pode ser eleito, seja qual for a razão, é inelegível”, ou seja, para o autor é inelegível tanto aquele que foi condenado por crime, como o que exerce cargo de Secretário de Estado, quanto um menino de quinze anos.

Para a teoria clássica, o conceito de elegibilidade é positivo e significa o direito de ser votado. “Logo, o elegível é o cidadão apto a ser eleito, isto é, receber votos. Portanto, trata-se de aptidão do cidadão de apresentar-se candidato, postulando o voto dos eleitores” (Mendes, 1994, 102). A inelegibilidade é o impedimento ao direito de ser votado.

Em um apertado resumo da teoria clássica, o *Visitante* ousa pensar o seguinte:

- a) A elegibilidade é a qualidade do cidadão de poder ser votado (*ius honorum*);

- b) Mesmo que tenha aptidão para ser votado, ou que possua o *ius honorum*, o cidadão deve preencher, por sua própria vontade, algumas condições – condições de elegibilidade –, como: inscrever-se eleitor, inscrever-se em partido político, registrar-se como candidato etc.;
- c) A inelegibilidade é o impedimento ao direito de ser votado;
- d) A incompatibilidade é um *impedimento* ao direito de ser votado, nascido do exercício de cargo ou função pela pessoa impedida, pelo exercício de cargo ou função por parente da pessoa impedida, impedimento que desaparece se, em determinado tempo, o cargo ou função é abandonado.

Ainda dentro da visão clássica, a inexistência de uma *condição de elegibilidade* não significa que o cidadão se torna inelegível. Assim, um cidadão que não se filia a partido político não é inelegível. Ele é um cidadão elegível que não preencheu uma condição de elegibilidade.

Para a mesma teoria clássica, *a inelegibilidade se traduz como um conceito negativo de cidadania, e se concretiza numa proibição que impossibilita a candidatura.*

Leia-se em Antônio Carlos Mendes (1994, 103):

A elegibilidade pressupõe a implementação das condições de outorga do Direito público subjetivo de ser votado. A inelegibilidade configura a existência de proibição que impossibilita a candidatura. A inelegibilidade visa à garantia da liberdade de voto. A elegibilidade tem como finalidade obter o voto livre.

Lendo o texto acima, verifica o *Visitante* que existe uma dificuldade imensa de conciliar o conceito de inelegibilidade com o conceito de elegibilidade, ou de explicitar que existe diferença entre *inelegibilidade* e *falta de condição de elegibilidade*. A dificuldade de leitura da teoria clássica se encontra num ponto nodal dessa teoria, que afirma sempre que a elegibilidade não é a “cara” da moeda cuja “coroa” é a inelegibilidade. Em bom português, para a teoria clássica a elegibilidade *não* é o antônimo de inelegibilidade.

O já citado Pedro Henrique Távora Niess (2000, 25) escreve:

A distinção entre as condições de elegibilidade e a inelegibilidade é feita na órbita constitucional sob o prisma positivo ou negativo do

mesmo instituto. A ausência de elementos que deveriam estar presentes caracteriza a falta de condições de elegibilidade; a presença de elementos que deveriam estar ausentes cria a inelegibilidade.

Foi diante dessa dificuldade de explicar o inexplicável que Niess (2000, 26) afirmou ter chegado à constatação que poderia parecer óbvia, mas que nunca foi aceita pelos adeptos da teoria clássica, já mencionada acima: “Forçoso é convir que quem não preenche as condições de elegibilidade acaba sendo, em última análise, inelegível”

O *Visitante*, diante dessa fartura de conceitos que não explicitam nada, fica com vontade de gritar para todos os eleitoralistas que o conceito de inelegibilidade tem a ver com a lisura das eleições e com a desejável isonomia dos candidatos, ou seja, trata-se de conceito de ordem pública, *erga omnes*, enquanto as condições de elegibilidade têm a ver com requisitos pessoais, de ordem privada, questão subjetiva. Por isso, inelegibilidade e condição de elegibilidade não são faces de uma única moeda, mas moedas distintas, com valores diferentes.

A classificação das inelegibilidades na teoria clássica

O *Visitante* adota, para efeito didático, a classificação exposta por Pedro Henrique Távora Niess, em sua obra já citada. Assim, as inelegibilidades se classificam em:

- a) Quanto à origem: *constitucionais* e *infraconstitucionais*;
- b) Quanto à abrangência: *absolutas* e *relativas* (ou totais e parciais, ou gerais e especiais);
- c) Quanto à duração: *temporárias* e *permanentes*;
- d) Quanto ao conteúdo: *próprias* e *impróprias*.

Inelegibilidade constitucional é a inelegibilidade prevista na Constituição: do analfabeto, do estrangeiro, do menor de 30 anos para a presidência da República e para o senado etc.

Inelegibilidade infraconstitucional é a inelegibilidade prevista em lei complementar.

Outra discussão: alguns autores entendem que toda inelegibilidade é constitucional, na medida em que a própria Constituição prevê que lei complementar poderá estabelecer outros casos de

inelegibilidade. No entanto, para o *Visitante* basta, no ambiente pequeno da eleição em Retrato, a classificação de forma simples: constitucional é a inelegibilidade prevista diretamente pelo texto constitucional, enquanto a outra trata-se de inelegibilidade prevista em lei complementar.

Exemplo dessa inelegibilidade infraconstitucional: aquele que foi condenado por crime eleitoral, durante oito anos após o cumprimento da pena (LC 64/1990, art. 1º, inciso I, letra “e”).

Inelegibilidade absoluta: o cidadão não pode ser candidato a nada. Exemplo: o analfabeto, o condenado enquanto cumpre pena.

Inelegibilidade relativa: admite-se alguma candidatura e não se admite outra.

A relatividade da inelegibilidade pode se situar no cargo em disputa ou pode ser encarada do ponto de vista territorial. *Inelegibilidade relativa quanto ao cargo*: o prefeito já reeleito é inelegível para o cargo de prefeito, mas pode se candidatar a vereador; o presidente da República reeleito é inelegível para a presidência da República, mas pode se candidatar a senador ou a deputado.

Inelegibilidade relativa quanto ao território: o território brasileiro se divide em circunscrições eleitorais. A inelegibilidade absoluta é aquela que atinge o cidadão para todas as circunscrições eleitorais (ex.: o condenado). A inelegibilidade relativa atinge o cidadão para determinada circunscrição. Assim, o prefeito reeleito seria inelegível dentro da circunscrição municipal, mas não na circunscrição estadual (para governador, senador, deputado) ou na circunscrição nacional (presidente da República). O irmão do prefeito reeleito da cidade de Retrato é inelegível, por parentesco, no município de Retrato, mas pode ser candidato em qualquer outro município brasileiro.

A inelegibilidade relativa poderia receber uma subclassificação. Assim, o presidente da República reeleito não pode ser candidato a presidente da República, mas se renunciar ao cargo seis meses antes da eleição geral, poderá ser candidato a qualquer outro cargo (governador, senador, deputado). Numa eleição municipal, todos os candidatos a prefeito do município de Retrato são inelegíveis para todos os demais 5.566 municípios brasileiros (por causa do domicílio eleitoral). O mesmo princípio se aplica aos governadores. O João das Pedras é candidato a deputado federal, mas é inelegível para a presidência da República porque só tem 27 anos de idade.

A *inelegibilidade temporária* fere o cidadão durante determinado trato de tempo, e não caracteriza situação estável. É o caso do condenado por crime, inelegível durante o tempo de cumprimento da pena, ou o condenado por crime eleitoral, inelegível durante o cumprimento, mais oito anos. Já a *inelegibilidade permanente* se impõe durante todo o tempo em que determinada situação ou qualidade do cidadão exista. Assim, o analfabeto será inelegível enquanto durar essa condição. O estrangeiro será inelegível enquanto essa condição não for debelada pela naturalização. O cidadão naturalizado será sempre inelegível para a presidência.

Quanto à classificação em relação ao conteúdo, definem-se as *inelegibilidades próprias* como aquelas que configuram típicas vedações de ordem pública, e sua existência independe de ato a ser praticado por quem deseja disputar as eleições. Exemplo: o cidadão com 27 anos de idade inelegível para a presidência da República, para o senado e para o governo: ele não pode fazer nada para debelar essa inelegibilidade relativa. Já as *inelegibilidades impróprias* decorrem da falta de preenchimento de determinados requisitos por aqueles que, a princípio, seriam elegíveis. Exemplo: o dono da farmácia que não se filiou a nenhum partido.

Teoria clássica – a elegibilidade como regra

Em um passeio pela praça de Retrato, o *Visitante* se depara com *retratenses* ilustres: o prefeito, um vereador, o promotor de justiça e o padre (cuja situação eclesial só é mostrada pela cruz no peito).

O *Visitante* cumprimenta com um aceno o motorista de táxi e o bancário que sempre o atendia quando morava na cidade. Vê passar, no carro velho, sempre bem cuidado, o dono da quitanda.

São *cidadãos elegíveis*, a princípio. O dono da farmácia sempre foi considerado candidato em potencial – querido por todos, articulado, com visão administrativa –, mas com a mesma frequência com que seu nome era lembrado, ele se recusava a pensar em política e a se filiar a qualquer partido.

E ali na esquina está o ex-prefeito, esse sim inelegível, como se a inelegibilidade fosse uma cicatriz, uma marca igual a que o gado leva no couro: foi cassado e teve seus direitos políticos suspensos por cinco anos. Ou o Zé da Bigorna, inelegível porque é analfabeto. Ou o Pedro Tamanduá, que até poderia ser um bom candidato a

vereador, mas cumpre pena em regime aberto por crime de lesões corporais em briga de baile.

É assim: olhando a rua, nota-se que os cidadãos são, quase todos, tirando as crianças, elegíveis.

O *Visitante* bate no braço do seu guia, amigo de longa data, e pergunta: Quem é o homem de terno e gravata?

É o Juiz de Direito, um cidadão altamente elegível, embora por profissão não possa ser candidato.

E é assim: pela teoria clássica, a regra é que *todo cidadão é elegível, a não ser que tenha uma marca, uma cicatriz moral que o torne inelegível*.

Elegível: a regra. *Inelegível*: a exceção.

Ao fazer esse raciocínio, o Visitante se depara com outra questão: a inelegibilidade é cicatriz moral ou não é? E se lembra do julgamento da constitucionalidade da LC 135/2010, a Lei da Ficha Limpa. Ali, o Supremo disse, com todas as letras, que “a inelegibilidade não é sanção”. O Visitante olha O Zé da Bigorna, o Pedro Tamanduá e o juiz. Os três são inelegíveis: Zé da Bigorna, por ser analfabeto; Pedro Tamanduá, porque cumpre pena, e o juiz por ser juiz. Ora, Zé da Bigorna e o juiz são inelegíveis, mas essa inelegibilidade não pode ser considerada uma cicatriz, uma mácula. O que é diferente de Pedro Tamanduá: para este, a inelegibilidade é sim uma sanção.

Logo, a inelegibilidade pode ter outra classificação: inelegibilidade sanção e inelegibilidade não sanção.

A inelegibilidade – a teoria moderna

Frente à teoria vigente por muito tempo, conhecida como *teoria clássica*, está outra teoria. O nome *teoria moderna* é vazio de conteúdo, mas para o *Visitante* tudo isso é nonada, e vai de *teoria clássica* e *teoria moderna*.

Ele percebe que a *teoria moderna* partiu do zero. Ele não está dizendo a si mesmo que ela não se preocupou com a teoria clássica. O que o *Visitante* constata é que, para a formulação de uma *nova teoria da inelegibilidade*, foram deixados de lado todos os significados do significante *inelegível*. Em outras palavras, foi como se Adriano Soares da Costa estivesse em companhia do *Visitante* e ambos entrassem numa cidade isolada (Retrato), e apanhassem

todos os habitantes e eliminassem de cada um os rótulos de *elegível* e *inelegível*.

A partir daí, sem qualquer preconceito (ou pré-conceito) ou pré-conhecimento, e principalmente sem tomar por base qualquer teoria sobre inelegibilidade, o *Visitante*, no dia em que chegou à cidade, colocou os óculos da teoria moderna, que Adriano Soares da Costa lhe emprestou, e passou a verificar quem naquela cidade era inelegível e quem era elegível.

E chegou à seguinte conclusão: quase todo mundo era inelegível. E concluiu mais ainda: não adiantava saber se uma pessoa era elegível a oitenta dias para a eleição, pois no octogésimo dia anterior à eleição todo cidadão era inelegível. A “elegibilidade” só seria conquistada num determinado momento mágico: com o pedido de registro.

De acordo com a teoria moderna, nascida talvez da observação do direito tributário, em que o fato “compra” gera o fato “imposto”, haveria sempre um fato jurídico – o registro – a acionar a elegibilidade.

A partir dessa constatação, o *Visitante* tirou outra conclusão: todo mundo é inelegível, mas a inelegibilidade não é uma marca, uma cicatriz, um defeito. A inelegibilidade é o caráter natural do brasileiro. A inelegibilidade é a regra, a elegibilidade é a exceção.

Para o *Visitante*, o caráter de inelegível, atribuível à grande maioria dos cidadãos, não possuía aprioristicamente uma carga negativa, um peso moral negativo, uma diminuição da cidadania. Um cidadão “inelegível” pode possuir cidadania completa, sem qualquer desdouro ou mácula. Enfim: *a inelegibilidade não pressupõe sanção*.

Para a teoria moderna, a elegibilidade e a inelegibilidade são efeitos jurídicos de fatos jurídicos. Assim, a elegibilidade é efeito do registro de candidatura. A inelegibilidade pode ser efeito da ausência de registro. Pode ser efeito da omissão de registro – e milhões de eleitores se omitem, enquanto apenas alguns milhares se dispõem ao registro, ou pode ser efeito de qualquer outro ato jurídico que impeça, ou anule, ou perturbe o registro ou não permita que ele aconteça.

O momento da verificação da elegibilidade

Elegibilidade e inelegibilidade dizem com *eleição*.

Há outros momentos de manifestação ou comprovação da cidadania que não dizem respeito à eleição, não estando por isso em causa os conceitos de (in)elegibilidade. É o caso, por exemplo, do

concurso público, em que se exige a “quitação eleitoral” ou prova de gozo pleno dos direitos políticos.

Se elegibilidade e inelegibilidade dizem respeito à eleição (obviamente, eleição político-partidária, para os cargos ditos políticos), ao *Visitante* parece que há vários momentos na vida do cidadão, e não apenas um só momento, dentro do chamado *processo eleitoral*, em que a (in)elegibilidade é averiguada, constatada ou exigida.

O *Visitante*, que até aquele momento estava despedido de qualquer preconceito, tirou duas caixinhas do bolso e passou a compará-las. Dentro de uma delas estava dormindo a teoria clássica. Na outra, descansava sossegadamente a teoria moderna. E comparando as duas, verificou uma semelhança entre elas: as duas estabeleceram, ou aceitaram, que o momento da verificação da (in)elegibilidade é o momento do registro da candidatura. A teoria clássica admite que a elegibilidade (pomposamente, *ius honorum*) faz parte do caráter do cidadão nacional, e é declarada no momento do registro, ou nesse momento se declara sua inexistência (ou a existência da inelegibilidade). A teoria moderna entende que até o momento do deferimento do registro todo cidadão é inelegível, enquanto o registro lhe concede o rótulo ou marca de elegível, tanto que somente os registrados como candidatos são, de fato, elegíveis.

Como reconheceu o *Visitante*, ambas as teorias estabeleceram um momento único para a verificação da (in)elegibilidade: o momento do registro da candidatura.

No entanto, o *Visitante* constatou, para si mesmo, que há outros momentos em que se pode fazer um exame, uma verificação da (in)elegibilidade. E desses outros momentos as duas teorias se olvidaram.

Antes de fazer análise desses *momentos de exame*, percebeu o *Visitante* que a visão da teoria moderna, considerando a inelegibilidade como fator neutro, sem carga negativa, permite análise mais isenta dos cidadãos de determinada comunidade, sob a ótica da (in)elegibilidade.

E ali o *Visitante* da cidade de Retrato percebeu que, entre vários outros, há *quatro momentos* importantes para o exame da (in)elegibilidade, e não apenas o momento do registro.

O *primeiro momento*: é a filiação. Para que uma pessoa possa se tornar candidato a um cargo eletivo, deve estar filiado a um partido político num tempo anterior à data da eleição (um ano). É o tempo ou prazo da *filiação partidária*.

Então, o interesse dos partidos políticos em lançar candidaturas fixa o *primeiro momento* para a verificação da (in)elegibilidade: os últimos dias em que é possível a filiação de qualquer pessoa para concorrer às próximas eleições.

Nesse primeiro momento, é feito o primeiro diagnóstico, o primeiro exame, a primeira radiografia, tanto sobre pessoas já filiadas (para verificar se a filiação está regular ou se determinada pessoa não se desfiliou), como sobre pessoas não filiadas ou filiadas a outros partidos, para que se proceda a sua filiação. Em qualquer caso, o partido interessado faz a radiografia sobre a estrutura eleitoral da pessoa: tem ou terá idade constitucional para concorrer a tal cargo? Possui condenação criminal? É analfabeto? É eleitor? Seu título é deste município ou deste Estado? Seu decreto de naturalização já chegou? E assim por diante. Em resumo: o partido verifica se é (in)elegível a pessoa selecionada para receber o convite para o ingresso no partido. Nesse preciso momento, pode faltar à determinada pessoa uma “condição de elegibilidade”, que é justamente a filiação a um partido político, e o que se pretende nesse momento é o preenchimento dessa condição por aquelas pessoas que o partido pretende lançar como candidatas.

Ou seja: há um universo de pessoas “elegíveis” para as quais uma “condição de elegibilidade” pode faltar: a filiação. Se um cidadão não se aproveita desse último momento para preencher uma condição de elegibilidade (filiação), não pode se candidatar na próxima eleição.

O universo de pessoas a ser examinado por determinado partido político é muito amplo: todos os eleitores existentes na circunscrição em que vai ser desfechada a eleição (menos os filiados, já que estes enchem, nesse momento e nesse quesito de filiação, o conteúdo do signo “elegível”).

Nesse primeiro momento, já estão excluídos automaticamente, porque são *a priori* inelegíveis, todas as pessoas não eleitoras daquela circunscrição. Eventualmente, o partido pode submeter ao exame alguém que ainda não é eleitor, mas que ainda possa ser até a data limite para a filiação partidária: o analfabeto que se alfabetizou, o estrangeiro recentemente naturalizado, o jovem que completou a idade para ser candidato, e assim por diante. Quanto aos eleitores de fora da circunscrição, nada os impede de transferir seu título de eleitor e se filiar a determinado partido, mas enquanto não fazem isso, são inelegíveis naquela circunscrição (e se forem

elegíveis em outra circunscrição, trata-se de uma (in)elegibilidade relativa).

Então fica assim: o primeiro momento do exame da (in)elegibilidade acontece nas datas limite para a filiação partidária. É um momento que se realiza na esfera da administração interna dos partidos, sem interferência judicial.

O *Visitante* constata que nesse momento de exame da (in)elegibilidade há uma projeção para o registro de candidatura, momento supremo em que se declara a elegibilidade do candidato. No entanto, esse primeiro momento é muito importante para o partido, pois passado ele, nada mais pode ser feito em relação ao eventual cidadão que o partido gostaria de ter como candidato.

Esse primeiro momento é tão importante que enche o noticiário dos jornais com a filiação de alguém, a desfiliação de outrem, o troca-troca dos partidos, em que nem sempre se troca apenas de partido.

O *segundo momento*: é o tempo da desincompatibilização.

A LC 64/1990 estabelece, em *numerus clausus*, várias possibilidades de desincompatibilização. Ela pode existir quando aparece a incompatibilidade, na verdade um *impedimento* ao direito de ser votado nascido do exercício de cargo ou em função da pessoa impedida, ou por parente da pessoa impedida, impedimento que desaparece se, em determinado tempo, o cargo ou função é abandonado.

Se Boanerges exerce determinado cargo que o impede de ser candidato, e então num determinado espaço de tempo fixado em lei, anterior à eleição, ele deixa o cargo para poder ser candidato, há aí a autodesincompatibilização. Se Filomena exerce determinado cargo que impede Boanerges, seu parente, de ser candidato, e Filomena deixa o cargo para que Boanerges se torne elegível, verifica-se a heterodesincompatibilização.

Nesse momento de exame, que se situa entre o sétimo e o quarto mês anteriores à eleição (já que a desincompatibilização deve dar-se entre seis e três meses antes do pleito – LC 64/1990, art. 1º, incisos II, III e IV, com suas alíneas, e §§ 1º, 2º e 3º), sobre um universo reduzido de pessoas (ocupantes de cargos ou parentes de ocupantes) realiza-se o exame da (in)elegibilidade, aqui em sua feição de incompatibilidade. Constatada essa, ou constatada a necessidade de desincompatibilização, submetem-se os ocupantes dos cargos

ou ao licenciamento ou à renúncia, conforme exigência da lei, para que o próprio cidadão, ou seu parente, readquira a condição de elegível. Sem o abandono do cargo, ou o próprio cidadão ocupante ou seu parente, fica com a marca da inelegibilidade. Nesse caso, e apenas em função da ocupação do cargo, existe uma inelegibilidade absoluta, temporária, imprópria. Não se trata, evidentemente, de sanção.

Assim, ao se aproximar a eleição municipal, o prefeito renuncia ao cargo, para sair candidato a vereador; o secretário da saúde do Estado é exonerado do cargo para concorrer a prefeito; o secretário da educação verifica que não adianta sair do cargo, porque não poderá ser candidato a prefeito de sua cidade, já que seu irmão é governador; e o prefeito de Cruz de Malta renuncia ao cargo, para que sua mulher possa se candidatar a vereadora.

Esse *segundo momento* de exame da (in)elegibilidade também se verifica dentro dos partidos, sem interferência judicial. Assim como o primeiro momento de exame, esse segundo se projeta sobre o momento do registro da candidatura.

O *terceiro momento*: de exame da (in)elegibilidade ocorre ainda dentro dos partidos, na época da reunião (convenção) para a escolha dos futuros candidatos. Nesse momento, o exame se faz também sobre um universo restrito de cidadãos: o universo dos filiados ao partido.

As únicas *exceções* de pessoas que podem ser examinadas nesse momento, mesmo que ainda não filiadas, são os militares e os magistrados. Eles devem estar filiados no momento do registro da candidatura, não lhes sendo exigida a filiação prévia com prazo de um ano (art. 14, § 8º, da Constituição Federal de 1988 para o militar, que pode se filiar até o dia de pedido de registro, e Resolução 19.978/97 do Tribunal Superior Eleitoral – TSE para o magistrado, que pode se filiar até seis meses antes da eleição, após se exonerar ou se aposentar).

O terceiro momento também se projeta no pensamento, sobre o momento de registro etc.

O *quarto momento*: de exame da (in)elegibilidade se faz no *processo de registro de candidatura*.

Num primeiro passo, o exame se faz por meio do partido que pede o registro, pois só interessa pedi-lo para os cidadãos que tenham elegibilidade ou que estejam aptos a ver sua elegibilidade declarada.

Num segundo passo, o exame se faz por todos os partidos adversários e pelo Ministério Público, para eventual impugnação. Os partidos adversários têm interesse direto de ver declarada a inelegibilidade dos cidadãos dos outros partidos, e o Ministério Público tem interesse institucional e legal.

Num terceiro passo, pela Justiça Eleitoral, que ao examinar unicamente o universo dos requerentes de registro de candidatos, declara quem é candidato e quem não pode ser em função de inelegibilidade (qualquer tipo de inelegibilidade para aquele cargo).

Outros momentos – projeção para o registro: eventualmente, em outros momentos, pode ser examinada a (in)elegibilidade de um cidadão ou de um grupo de cidadãos. Assim, em qualquer momento de sua história um partido pode se preocupar com a (in)elegibilidade de alguém, ou até mesmo a Justiça Eleitoral pode declarar, incidentalmente, devido ao processo de abuso de poder econômico, por exemplo, a inelegibilidade de algum candidato já declarado elegível na fase de registro.

Mesmo passado o processo eleitoral, a Justiça Eleitoral pode aplicar sanção de inelegibilidade a um candidato processado por abuso de poder econômico, político ou de autoridade, ou uso indevido de veículos ou meios de comunicação social, inelegibilidade que se projeta para o futuro e, aí sim, fica como marca ou cicatriz.

Isso leva a constatar que a (in)elegibilidade pode ser verificada em qualquer fase da vida, mas para o processo eleitoral em si mesmo interessam os quatro momentos acima apontados, e desses quatro momentos apenas o último é judicial e remete à eleição de forma direta e imediata, quando já desfechado o microprocesso eleitoral.

Como concessão às duas teorias que consideram apenas um momento como próprio para o exame – o momento do registro da candidatura –, o *Visitante* considerou o seguinte: *pode-se verificar a (in)elegibilidade em qualquer momento, com projeção para o momento do registro da candidatura.*

Algumas conclusões

Assim, o *Visitante* constatou que há algumas diferenças entre a (in)elegibilidade verificada antes de vencido o prazo de filiação partidária (universo: todos os eleitores) e a (in)elegibilidade verificada

no momento da reunião de escolha dos candidatos (universo: todos – mas somente – os filiados a partidos políticos).

Nem a teoria clássica, nem a moderna se preocuparam em delimitar esses tempos ou em fazer um corte na população brasileira em determinado momento.

O *Visitante* leu em algum lugar que a (in)elegibilidade deve ser constatada no momento do registro da candidatura: “Assim, a arguição de uma inelegibilidade ou a alegação do não preenchimento de uma condição de elegibilidade em relação a um candidato, pode ser feita através da impugnação, de ofício ou a pedido dos legitimados” (Cândido, 1999, 83).

Ou ainda: “As condições para o registro de candidatura não se confundem com as condições de elegibilidade. Estas, quando não atendidas, acarretam a inelegibilidade, enquanto que, aquelas, quando não preenchidas, ensejam, tão só, o indeferimento do pedido de registro.” (Ibidem, 97)

Como constata o *Visitante*, o exame das (in)elegibilidades ou das formalidades exigidas pelo registro se faz na época desse registro.

Em seu magnífico *Direitos políticos*, Pedro Henrique Távora Niess não teve a preocupação de situar no tempo o exame da (in)elegibilidade. Segundo ele, “um dos momentos próprios para a arguição da inelegibilidade dá-se por ocasião do pedido de registro do candidato” (Niess, 2000, PÁGINA), mas não mostrou quais seriam os outros momentos “próprios” para essa verificação.

De tudo que foi dito, se conclui que as teorias sobre inelegibilidade (as duas) elegem um momento único para a verificação da inelegibilidade, sem dar margem para que ela possa ser examinada em outros momentos, enquanto a vida democrática demonstra que a (in)elegibilidade pode ser verificada em vários momentos da vida, sempre buscando o processo eleitoral.

Sob a ótica da teoria clássica, a inelegibilidade é uma marca com carga negativa, que deve ser examinada no momento em que alguém possivelmente “elegível” submete seu nome ao registro de uma candidatura. Para essa teoria, a elegibilidade é a regra, e a inelegibilidade é a exceção. Já a teoria moderna parte do princípio de que a inelegibilidade é, em si mesma, neutra, constituindo a regra, e a elegibilidade é a exceção.

O *Visitante* gostaria que se abrissem as portas para a discussão ou exame da (in)elegibilidade em diferentes momentos da vida, e

não apenas no seio do registro da candidatura, ou no colo da ação de impugnação de registro, ainda que esses momentos fossem projetados para o momento do registro.

Novamente a classificação das (in)elegibilidades

Pela teoria clássica, as inelegibilidades podem ser:

- a) Quanto à *origem*: constitucionais e infraconstitucionais;
- b) Quanto à *abrangência*: absolutas e relativas;
- c) Quanto à *duração*: temporárias e permanentes;
- d) Quanto ao *conteúdo*: próprias e impróprias.

Pelos olhos da teoria moderna, as inelegibilidades podem ser:

- a) Inelegibilidade inata;
- b) Inelegibilidade cominada.

Por sua vez, a inelegibilidade cominada se divide em:

- a) *Simples* (para essa eleição);
- b) *Potenciada* (para eleição futura).

Ou como no esquema produzido pelo próprio autor da teoria moderna:

<u>Inelegibilidades</u>	<i>inata</i>	simples (nessa eleição)
	<i>cominada</i>	potenciada (eleição futura)

Partindo ainda da premissa de que a inelegibilidade é a regra, enquanto a elegibilidade é a exceção, a teoria moderna entende que a inelegibilidade inata é aquela que está pregada no cidadão por disposição legal ou constitucional, sem que constitua um elemento negativo de cidadania. Por sua vez, a inelegibilidade cominada “é a

sanção imposta pelo ordenamento jurídico, em virtude da prática de algum ato ilícito eleitoral – ou de benefício dele advindo –, consistente na perda da elegibilidade ou na impossibilidade de obtê-la” (Costa, 1998, 153).

Com esses conceitos na cabeça, o *Visitante* se põe a pensar: onde está a incompatibilidade entre a teoria moderna e a teoria clássica? Não seriam compatíveis e complementares as duas teorias?

Ambas se dispõem a observar a (in)elegibilidade num determinado momento, o do registro da candidatura, enquanto o *Visitante* entende que há diversos momentos em que o conceito pode ser aplicado em determinado universo de cidadãos.

Superada essa visão, e pegando-se cada um daqueles momentos, o *Visitante* passa a examinar a população de Retrato.

Ele já tem na cabeça o retrato de Retrato, com seus habitantes, eleitores, padre, juiz, promotor, menores, velhos, analfabetos, oito partidos com mais de mil filiados.

Ele passa então a fazer um exercício de paciência: aplicar, em cada um dos momentos eleitorais acima delineados, o rótulo da inelegibilidade sobre cada cidadão com possibilidade mínima de ser candidato a prefeito de seu partido, ou de uma coligação, para chegar à conclusão de que cada cidadão é elegível ou não é.

Primeiramente, ele se imagina como um pregador de partido tentando trazer para sua grei todo cidadão que possa se tornar futuramente candidato nas eleições municipais. E ele constata, segundo a LC 64/1990:

- O padre: é eleitor, mas não é filiado; pode ser filiado: é elegível;
- O juiz: não é eleitor da cidade, mas pode vir a sê-lo; não está filiado a nenhum partido, mas pode se filiar até a data do registro, desde que deixe a magistratura; se não deixar a magistratura, sua situação é e será sempre esta: *inelegibilidade inata, constitucional* (art. 95, parágrafo único, III); *absoluta quanto ao cargo, absoluta quanto ao território, permanente, imprópria* (ele pode tomar atitudes que o tornam elegível);
- Promotor de justiça: não está filiado a um partido político; possui título na cidade: nesse momento é elegível;
- Todas as pessoas com idade inferior a 16 anos, em número de 1.423: *inelegibilidade inata, constitucional* (art. 14, § 1º. II, “c”), *absoluta, permanente, própria*;

- 741 jovens entre 18 e 21 anos: o *Visitante* constata que todos eles possuem, para o cargo de prefeito, a *inelegibilidade inata, constitucional* (art. 14, § 3º, inciso VI, alínea “c”), *absoluta, permanente e própria*; já para o cargo de vereador, todos são elegíveis;
- Analfabetos adultos: todos eles possuem *inelegibilidade inata, constitucional* (art. 14, § 4º), *absoluta, permanente, própria*;
- O ex-prefeito condenado por improbidade administrativa: *inelegibilidade cominada, infraconstitucional, temporária, própria*;
- Atual prefeito (já reeleito): a) para o cargo de prefeito: *inelegibilidade inata, constitucional* (art. 14, § 5º), *absoluta* quanto ao território e *relativa* quanto ao cargo (ele pode ser candidato a vereador), *temporária* (para aquela eleição), *própria*; b) para o cargo de vereador: *elegível*, dependendo de desincompatibilização no momento próprio;
- Mulher do prefeito (ela é vereadora): a) para o cargo de prefeito: *inelegibilidade inata, constitucional* (art. 14, § 7º), *relativa* quanto ao território (ela poderia ser candidata a prefeito em outro município), *relativa* quanto ao cargo (ela pode ser candidata a vereador), *temporária* (para aquela eleição), *própria*; b) para o cargo de vereador: *elegível*;
- Filhos do prefeito, para os cargos de prefeito ou vereador: *inelegíveis: inelegibilidade inata, constitucional* (art. 14, § 7º), *relativa* quanto ao território e quanto aos cargos (qualquer um dos filhos poderia ser candidato a prefeito ou a vereador em outro município), *temporária, própria*.
- O alemão naturalizado: *elegível*;
- Dois mexicanos: *inelegíveis, inelegibilidade inata, constitucional* (art. 14, § 3º, inciso I), *absoluta, permanente, própria*.

O *Visitante* vai fazendo esse exercício com outras pessoas da cidade. Verifica, por exemplo, que o Xico Sanduíche está preso, cumprindo pena por furto. Logo, o Xico é inelegível enquanto durar a pena: *inelegibilidade cominada, constitucional* (art. 14, § 3º, inciso II), *absoluta, temporária, própria*.

O *Visitante* fez esse exercício traçando um corte na população de Retrato no *primeiro momento*, ou seja, no momento em que os partidos estão arrebanhando filiados, pois o prazo de filiação que visa à eleição está para se esgotar.

Aí já ficam definidos aqueles que se tornaram inelegíveis por não se filiarem a qualquer partido. Uma grande plêiade de cidadãos que eram “elegíveis” até o último prazo de filiação partidária entraram

para o rol dos inelegíveis, pelo simples fato de que não se filiaram. Trata-se de uma *inelegibilidade imprópria*, já que os que eram “elegíveis” se tornaram inelegíveis graças a um ato ou conduta que eles poderiam ter feito, mas não fizeram: o ato de filiação partidária.

O *Visitante* toma como exemplo o Zezinho da Farmácia. Muita gente na cidade esperava que ele se filiasse a algum partido para poder ser candidato, já tendo assim a eleição ganha. Mas ele não se filiou: inelegibilidade *inata, constitucional* (art. 14, § 3º, inciso V), *absoluta, permanente, imprópria* porque poderia ser afastada com ação afirmativa do próprio Zezinho: a filiação.

Nesse momento, o *Visitante* compreendeu o que é a “*condição de elegibilidade*”. Zezinho da Farmácia era elegível, mas essa elegibilidade deveria se tornar concreta e efetiva com o preenchimento de algumas condições. Uma delas era a filiação, que Zezinho deixou passar, tornando-se assim “inelegível”. Se tivesse preenchido essa condição, surgiriam mais à frente outras condições, como uma pista de obstáculo: a) ser escolhido candidato pelo partido; b) pedir seu registro como candidato; c) apresentar a documentação para o registro.

O *Visitante* não está contente, pois ainda não encontrou uma pessoa com possibilidades de se tornar candidato com chances de vitória. Alguém lhe falou que um homem chamado Torquato seria um bom administrador e teria apelo popular. O *Visitante* pergunta ao seu guia sobre Torquato, e a resposta o intriga:

- Torquato tem uma pena perpétua de inelegibilidade!
- Isso é impossível! No Brasil não existe pena perpétua!

- Perpétua é modo de dizer. A inelegibilidade dele existe por tempo indeterminado. Veja: na eleição de 2004, Torquato foi acusado de crime eleitoral. Em 2007, ele foi condenado pelo juiz eleitoral, com pena de quatro anos e seis meses. Ele recorreu. No ano de 2009, o Tribunal Regional Eleitoral (TRE) manteve a condenação, apenas reduzindo a pena para quatro anos. Ele recorreu ao TSE; o recurso não foi admitido, ele agravou. Tudo isso demorou mais ou menos um ano. Depois de ajuizar o agravo, o recurso subiu ao TSE em 2011, e pende de julgamento até hoje. Lembra-se que em 2010 entrou em vigor a LC 135/2010, Lei da Ficha Limpa. Em 16 de fevereiro de 2012, nas ADC nº 29 e 30 e na ADI 4.578, o Supremo declarou que a vigência da LC 135/2010 alcançava fatos anteriores a essa lei, com amparo na retroatividade. Dessa forma, o crime de Torquato foi atingido pela

lei. Assim, ele está inelegível desde 2009, ou seja, desde o momento em que foi julgado pelo TRE, órgão colegiado. Essa inelegibilidade já dura seis anos. Vamos supor que em 2016 o TSE julgue todos os recursos e mantenha a condenação. Então, Torquato cumprirá quatro anos, que é o tempo de sua pena, ou seja, até 2020. Cumprida a pena, ele ainda fica inelegível por mais oito anos, até 2028. Não é uma pena perpétua, mas quase. Serão dezenove anos ou mais...

O *Visitante* faz novo exercício dentro do *segundo momento*, ou seja, quando detentores de cargos ainda podem apelar deles para poder concorrer a cargos eletivos, ou para que parentes seus possam concorrer.

O *Visitante* examina a situação do prefeito (já reeleito): ele é inelegível para prefeito, mas pode ser candidato a vereador se renunciar ao cargo de prefeito seis meses antes da eleição. Se ele renunciar, se torna elegível para vereador. Se não renunciar, se torna inelegível: *inelegibilidade inata, infraconstitucional* (LC 64/1990, art. 1º, § 1º), *absoluta, temporária, imprópria* (ela poderia desaparecer por um ato do próprio prefeito, que seria a renúncia).

O *Visitante* projeta sua mente e todo o exercício para o *terceiro momento*, que é a escolha dos candidatos pelos partidos. No dia da convenção, cada partido examina todos os possíveis candidatos. O atual prefeito está no rol dos inelegíveis para prefeito: cumpre o segundo mandato.

João das Pedras está filiado ao partido, mas esqueceu-se de transferir o título de eleitor para a cidade. Em Retrato, João das Pedras tem a seguinte *inelegibilidade: inata, constitucional* (art. 14, § 3º, inciso IV), *absoluta, permanente, imprópria*.

Pedro Turbina, Presidente da Câmara na penúltima legislatura, apresenta seu nome para concorrer a vice-prefeito, mas alguém lembra que as contas da Câmara de Vereadores foram rejeitadas pelo Tribunal de Contas por falha insanável, com condenação de Pedro à devolução de R\$40,00 (diárias frias). Da decisão do Tribunal de Contas não cabe recurso. Daí que Pedro Turbina foi atingido pela *inelegibilidade cominada* (também para a eleição futura), *infraconstitucional* (art. 1º, inciso I, letra “g”), *absoluta, temporária, própria*.

O tempo passa, e o *Visitante* se projeta para a fase do registro de candidatura.

Aqui o universo examinado é mais restrito ainda: aqueles que pediram o registro de candidatura. O universo dos que não pediram

o registro passa a ser o universo dos inelegíveis, pois somente os que pediram o registro podem se tornar elegíveis.

Se uma pessoa foi confirmada pelo partido como candidata a qualquer cargo, mas não apresentou o pedido de registro, essa pessoa – considerada apenas essa causa (ausência de pedido de registro) – detém *inelegibilidade inata, infraconstitucional* (art. 87 do Código Eleitoral, Lei 4737/1965), *absoluta, temporária, imprópria*.

Casos eleitorais

O *Visitante* se dirige ao cartório eleitoral e ali fica sabendo que há quatro processos interessantes. Um deles é uma impugnação de registro de candidatura, na qual se alegou que o candidato requerido possuía dupla filiação partidária. No outro, um candidato a prefeito foi acusado de abuso de poder econômico em processo de investigação judicial. No terceiro, um candidato a vereador sofreu representação por compra de voto ou captação ilícita de sufrágio, pois ofereceu um par de sapatos ao eleitor sob a promessa de voto. O quarto se trata de impugnação ao registro da candidatura a vereador do atual prefeito (já desincompatibilizado) por ser analfabeto.

O *Visitante* viu as decisões. O juiz, com base em documentos, indeferiu o registro do candidato que tinha dupla filiação. Na verdade, com a dupla filiação, ele ficou sem nenhuma (art. 22, parágrafo único da Lei 9096/1995 – Lei dos Partidos Políticos). Com isso, o candidato recebeu uma marca de *inelegibilidade: inata, constitucional* (art. 14, § 3º, V), *absoluta, permanente, imprópria*. No entanto, essa situação mudou, pois a Lei 12891/2013 modificou o parágrafo único do art. 22 da Lei dos Partidos Políticos, para considerar que, havendo coexistência de filiações partidárias, prevalece a mais recente.

O candidato acusado de abuso de poder econômico foi condenado, e se tornou inelegível por três anos: *inelegibilidade cominada potenciada* (para os próximos três anos), *infraconstitucional* (LC 64/1990, arts. 19 e 22), *absoluta, temporária, própria*. No entanto, com o advento da Lei 135/2010 e sua aplicação a fatos pretéritos, a inelegibilidade será por oito anos.

O candidato a vereador acusado de compra de votos também foi condenado. Não foi declarada sua inelegibilidade, mas seu registro foi cassado. Nesse caso, embora não declarada a inelegibilidade,

ele se torna inelegível para essa eleição. Assim, sua *inelegibilidade é cominada, simples* (para essa eleição), *infraconstitucional* (art. 41a da Lei 9504/1997), *absoluta, temporária, própria*. O *Visitante* fica ruminando: se o candidato a vereador se tornou inelegível, o art. 41a da Lei das Eleições não teria força para criar uma inelegibilidade, ainda que simples? E se tivesse essa força, não seria inconstitucional, já que a Constituição (art. 14, § 9º) prevê que apenas uma lei complementar pode criar inelegibilidades? Ocorre que, com a retroatividade, chamada de retrospectividade pelo Supremo, da Lei 135/2010, o candidato vai ficar inelegível por oito anos a partir daquela eleição (art. 1º, I, “j”, da LC 64/1990); *inelegibilidade inata, infraconstitucional* (art. 87 do Código Eleitoral), *absoluta, temporária, imprópria*.

O *Visitante* se detém sobre esse caso do vereador, pois ouviu falar que ele seria um ótimo candidato a prefeito. Pergunta ao guia, que responde:

- Rogério sempre foi um cara organizado e seria ótimo prefeito. Mas não quer saber mais de política. Ele foi condenado por compra de voto. Mais tarde descobriram que foi uma armação, mas a sentença transitou em julgado e ele está inelegível para a próxima eleição.

- Mas como, se já se passaram oito anos?

- A eleição em que ele foi condenado ocorreu no dia 5. A próxima vai ser no dia 2, e ele está inelegível até o dia 5 de outubro.

- Acho que não. O TSE, na Consulta nº 433-44/DF, relatora a Ministra Luciano Lossio enfrentou essa questão e definiu que o tempo de inelegibilidade se conta por dias. Se for assim, só no dia 5 acabaria a inelegibilidade de Rogério. Sei também que em outros julgados, o TSE aceitou a tese da contagem por dias, como no Recurso Ordinário 566-35.2014.6.15.0000/PB ou o REspe nº 84-50/BA, rei. Mm. Marco Aurélio, julgado em 5. de dezembro de 2013. Mas eu tenho duas teses diferentes. A primeira é a “tese das quatro eleições³” e a segunda é a “tese do oitavo outubro livre”.

- O que é isso de “quatro eleições”?

- A “tese das quatro eleições” é a seguinte: quando o legislador estabeleceu a inelegibilidade por oito anos, o que ele quis foi tirar o

3. Quem primeiro levantou a “tese das quatro eleições” foi Joel José Cândido. Não se sabe se ele já escreveu sobre isso, mas a tese está bem fundamentada.

agente infrator de quatro eleições, a eleição em que ele concorreu e praticou o ilícito mais as três eleições seguintes. No formato antigo, quando a inelegibilidade era de três anos, o infrator ficava fora de somente uma eleição, que ocorria dois anos depois do ano da infração. Com o alongamento para oito anos, ele fica fora da eleição em que ocorreu o ilícito, mais três eleições, e somente na quinta pode voltar ao cenário eleitoral. Observa-se que a lei nunca fala em datas, mas em anos ou em eleições. A segunda é a “tese do oitavo outubro livre”. A lei não estabelece um dia preciso para a eleição, mas o primeiro domingo de outubro. Esse primeiro domingo pode ocorrer desde o dia 1º até o dia 7 de outubro. É como se o dia da eleição fosse, em termos eleitorais, o primeiro dia de outubro. Assim, o raciocínio é que se a inelegibilidade atinge o infrator desde o dia da eleição, e por mais oito anos, ela o atinge desde o primeiro dia de outubro do ano da eleição em que ocorreu o ilícito até o último dia de setembro do oitavo ano. Em outubro do nono ano, ele já cumpriu o tempo da sanção. Se ele ficar inelegível num dia qualquer de outubro do ano em que se completam oito, então ele ficará inelegível por oito anos e um mês, ou até por dez anos, pensando que ele só pode ser candidato no décimo ano.

- Amanhã vamos conversar com Rogério.

Quanto ao quarto caso, do prefeito acusado de ser analfabeto, o juiz marcou exame em que o prefeito teria que provar que é alfabetizado. Interessante esse caso, pensa o *Visitante*. Se ele era prefeito (e foi isso que argumentou em sua defesa), ele tinha passado por outra eleição, em que sua condição de analfabeto não foi levantada e arguida. Não teria havido a preclusão (também argumento da defesa)? O Visitante entende que o juiz estava certo em mandar fazer o exame. Na eleição anterior, ninguém arguiu a condição de analfabeto, e a justiça eleitoral, que não sabia disso, passou despercebida, embora pudesse ter, naquela ocasião, tomado iniciativa de ofício por se tratar de norma constitucional. Nessa nova eleição, outra eleição, a inelegibilidade pode ser arguida como causa para o indeferimento da candidatura. Como se trata de uma inelegibilidade constitucional, permanente, inata, pode ser levantada em cada eleição. Mas o prefeito não compareceu, mandando uma declaração de próprio punho, que o juiz aceitou como prova para o deferimento.

Conclusões

O *Visitante* está cansado de examinar os diferentes aspectos da (in)elegibilidade. Mas ele já pode tirar algumas conclusões:

- » Não há real conflito entre as duas teorias;
- » O momento crucial do exame da (in)elegibilidade, submetido tanto ao partido que apresenta candidato quanto aos outros partidos que querem impugnar candidaturas e ao próprio poder judiciário eleitoral, é o momento do registro da candidatura;
- » Outros momentos existem em que os partidos podem examinar a (in)elegibilidade, ainda que tenham que projetá-la para o momento do registro;
- » A inelegibilidade pode surgir após o deferimento do registro, devendo a justiça se manifestar sobre isso em processo próprio;
- » Inelegibilidade não tem, por si só, uma carga negativa; ela é a princípio neutra;
- » A inelegibilidade com carga negativa é apenas a inelegibilidade cominada; trata-se de sanção;
- » A classificação da inelegibilidade da teoria clássica pode ser complementada pela classificação da teoria moderna;
- » Em qualquer momento em que se examine a inelegibilidade, será verificado que a inelegibilidade é a regra, enquanto a elegibilidade é a exceção;
- » O que levou a teoria clássica a considerar que a elegibilidade era a regra e a inelegibilidade exceção, foi o fato de considerar a inelegibilidade como um elemento de carga negativa.

Então o *Visitante* constata:

- Puxa vida, isso não tem fim?!

Referências

- BRASIL. (1965). *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm]. Acesso em: 3 de março de 2016.
- _____. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 3 de março de 2016.
- _____. (1990). *Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm]. Acesso em: 3 de março de 2016.
- _____. (1995). *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm]. Acesso em: 3 de março de 2016.
- _____. (1997). *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm]. Acesso em: 3 de março de 2016.
- _____. (2010). *Lei complementar nº 135, de 4 de junho de 2010*. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm]. Acesso em: 3 de março de 2016.
- _____. (2012). *Ação Declaratória de Constitucionalidade 29 Distrito*. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342]. Acesso em: 3 de março de 2016.
- _____. (2012). *Ação Declaratória de Constitucionalidade 30 Distrito*. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411]. Acesso em: 3 de março de 2016.
- _____. (2012). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578 – Distrito Federal*. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978]. Acesso em: 3 de março de 2016.
- _____. (2013). *Lei nº 12.891, de 11 de dezembro de 2013*. Altera as Leis nº 4.737, de 15 de julho de 1965, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, para diminuir o custo das campanhas eleitorais, e revoga dispositivos das Leis nº 4.737, de 15 de julho de 1965, e 9.504, de 30 de setembro

- de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12891.htm]. Acesso em: 3 de março de 2016.
- CÂNDIDO, J. J. (1999). *Inelegibilidade no direito brasileiro*. Bauru: Edipro.
- COSTA, A. S. da. (1998). *Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral*. [S.l.]: Fórum.
- DECOMAIN, P. R. (2004), Elegibilidades e inelegibilidades, São Paulo: Dialética.
- CONEGLIAN, O. A. R. (2000). *Inelegibilidade – inelegibilidade e proporcionalidade*. Curitiba: Juruá.
- MENDES, A. C. (1994). *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo, Malheiros.
- NISS, P. H. T. (2000). *Direitos políticos – elegibilidade e ações eleitorais*. 2. ed. Bauru: Edipro.
- PORTO, W. C. (2000). *Dicionário do voto*. Brasília: UnB; Imprensa Oficial.

Inelegibilidade por rejeição de contas de administrador público

Pedro Roberto Decomain

Resumo

Este artigo versa a inelegibilidade decorrente da rejeição de contas de administrador público. Após considerações iniciais sobre o que sejam as causas de inelegibilidade e onde estão previstas, discorre-se sobre a atribuição do Poder Legislativo, de empreender a análise das contas do Poder Executivo, com referências também aos Tribunais de Contas. Na sequência, são apresentados os requisitos para que a rejeição das contas do Administrador Público possa acarretar sua inelegibilidade, sendo eles a própria rejeição das contas, a competência do órgão que proferiu a decisão, a circunstância de já se haver ela tornado irrecorrível no âmbito daquele órgão, ter a decisão de rejeição por fundamento fato que possa ser reconduzido à noção de improbidade administrativa e não haver a decisão tido seus efeitos suspensos ou mesmo haver sido anulada pelo Poder Judiciário. Finalmente, aborda-se o momento de início do prazo de oito anos, durante o qual perdura a inelegibilidade resultante da rejeição das contas do administrador público.

Palavras-chave: Causas de inelegibilidade; rejeição de contas de administrador público

Abstract

This article regards the ineligibility originated in the refusal of the accounts of a public administrator. After the initial considerations about the causes of ineligibility and its provision, the attribution of the Legislative Branch to analyze the Executive Branch's accounts is broached, also referring to Courts of Auditors. Afterwards, the requirements to the ineligibility based on the refusal of accounts of a public administrator are presented, them being the refusal itself, the jurisdiction of the public body who pronounced the decision, the situation in which the refusal is already not subject to appeal within that body, the refusal being based on a fact that can be construed as administrative impropriety, and the decision not having its effects suspended or annulled by the Judiciary Branch. Finally, the beginning of the eight-year period during

Sobre o autor

Pedro Roberto Decomain é mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali), professor da Universidade do Contestado (UnC), professor da Escola do Ministério Público de Santa Catarina e promotor de justiça em Santa Catarina.

which the ineligibility resulting from the refusal of the public administrator's accounts persists is approached.

Keywords: causes for ineligibility; refusal of accounts of public administrator.

Causas de inelegibilidade: noção e previsão

Antes de iniciar-se a abordagem do tema principal deste estudo, representado pela inelegibilidade resultante de rejeição de contas de administrador público, convém que se apresente, ainda que de forma breve, o significado que se atribui à expressão “causa de inelegibilidade”. Como tal se entende todo fenômeno que, previsto na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (designada doravante apenas como CRFB) ou em lei complementar, segundo será exposto neste estudo, deve retirar da pessoa a quem atinge a possibilidade de candidatar-se a todo e qualquer mandato eletivo, ou a algum em particular¹.

Como já se anunciou, algumas causas de inelegibilidade acham-se previstas no próprio texto da CRFB. Estas são: a) inelegibilidade dos inalistáveis e dos analfabetos, prevista pelo § 4º, do art. 14 do texto constitucional; b) inelegibilidade para terceiro mandato sucessivo do Chefe de Executivo já reeleito (§ 5º do mesmo artigo); c) do Chefe do Poder Executivo que, pretendendo candidatar-se a mandato diverso, não haja renunciado ao menos seis meses antes da data prevista para a eleição, na forma do § 6º do art. 14; d) inelegibilidade de cônjuge ou parentes do Chefe do Executivo, por consanguinidade ou afinidade, na linha reta ou na colateral, até o segundo grau, para os cargos da circunscrição (§ 7º do mesmo artigo, hipótese que abrange também quem convive com o Chefe do Executivo em união estável); e) inelegibilidade de militares em serviço ativo que não hajam cumprido a exigência dentre as do § 8º do mesmo artigo, que se aplique à sua situação; f) inelegibilidade do Presidente da República que haja perdido o mandato em decorrência

1. Há causas de inelegibilidade que alcançam a candidatura a qualquer mandato. Outras, porém, são mais restritas, afastando apenas a possibilidade da candidatura a algum mandato específico. A inelegibilidade decorrente de condenação criminal configura exemplo da primeira hipótese. Para a segunda, pode-se lembrar da inelegibilidade do Chefe de Poder Executivo já reeleito, para terceiro mandato sucessivo.

de condenação pelo Senado Federal, pelo cometimento de crime de responsabilidade².

Outras causas de inelegibilidade, ao inverso, são veiculadas mediante lei complementar, consoante o autoriza o § 9º, do art. 14, da CRFB. Nos termos daquele parágrafo, outros casos de inelegibilidade podem ser previstos, desde que constem de lei complementar, a qual deverá também fixar o prazo para a respectiva cessação. Ademais, somente se legitima a previsão de certo fenômeno como causa de inelegibilidade quando, por meio do afastamento da candidatura da pessoa a ele ligada, se viabilize proteção da probidade administrativa, da moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, ou da normalidade e legitimidade das eleições em face da influência do poder econômico ou do abuso no exercício de cargo, mandato ou emprego na administração pública direta ou indireta.

A lei que atualmente veicula outras causas de inelegibilidade, nos termos do aludido § 9º, do art. 14, da Constituição Federal, é a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que passou a ser conhecida como Lei das Inelegibilidades e que ao longo deste texto será designada apenas como LC 64/1990, objeto de recente alteração pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, denominada pela imprensa de Lei da Ficha Limpa, designação que se popularizou e é empregada atualmente inclusive em âmbito jurídico. Sempre que neste trabalho se fizer referência à Lei das Inelegibilidades, deve-se entender que se está a designar o texto vigente após as emendas introduzidas pela LC 135/2010.

Dentre tais causas de inelegibilidade insere-se aquela decorrente de rejeição de contas de administrador público, prevista pelo art. 1º, inciso I, alínea “g”, da LC 64/1990, que forma o objeto central deste breve estudo.

2. Nos termos do parágrafo único do art. 52 da CRFB, a condenação do Presidente da República, proferida pelo Senado, pela prática de crime de responsabilidade, importa a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer função pública pelos oito anos seguintes, o que resulta em inelegibilidade, na medida em que os mandatos eletivos são funções públicas.

Análise das contas do Poder Executivo pelo Poder Legislativo

Em 1215 foi imposta, pelos nobres e clérigos ingleses ao Rei, a subscrição da Magna Carta.

No art. 14 desta está disposto:

E, para obter o conselho comum do reino acerca do levantamento de uma ajuda (exceto nos três casos acima citados) ou de tributo para isenção de serviço militar, faremos com que sejam intimados os arcebispos, bispos, abades, condes e maiores barões, por nossas cartas sob selo; e, além disso, faremos com que sejam intimados, em geral, por meio dos nossos xerifes e meirinhos, todos os outros que de nós dependem, para uma data fixa, isto é, depois de expirar o prazo de 40 dias pelo menos, em lugar fixado; e em todas as cartas de tais intimações indicaremos a razão da intimação. E quando as intimações tiverem sido feitas, a reunião prosseguirá no dia marcado, de conformidade com o conselho de quantos estiverem presentes, embora não tenham vindo todos os que foram intimados (Ferreira Filho, Grinover e Ferraz, 1978, 47).

Para além de precursor do princípio da legalidade ou reserva da lei em matéria tributária (afinal, nenhum tributo poderia ser imposto por Sua Majestade sem obtenção primeiramente da concordância da nobreza e clero), o artigo pode, até certo ponto, ser considerado inclusive um germe do orçamento contemporâneo. Afinal, se o concurso dos nobres e clérigos era necessário para que deles se pudesse posteriormente exigir novo tributo, certamente gostariam de saber em que seria gasto o dinheiro cujo pagamento concordassem em realizar (o que significava que poderiam verificar se o dinheiro fora mesmo empregado na despesa cujo pagamento se destinava a realizar).

Posteriormente, ao longo dos séculos, restou consolidada a exigência de que o governante prestasse contas ao Parlamento (ou qualquer que fosse o nome dado ao órgão legislativo), das despesas realizadas com o numerário que arrecadasse, especialmente aquele proveniente de tributos.

Assim, já a Constituição norte-americana de 17 de setembro de 1787 dispunha a respeito na Seção IX de seu art. I, alínea 7, determinando que “nenhuma verba em dinheiro poderá sair do tesouro público, a não ser para fim determinado por lei; e será regularmente publicado um relatório e conta fiel das receitas e despesas públicas”

(Imprensa Nacional, 1979, 283). Noutras palavras, ao Congresso cabe autorizar o gasto e, posteriormente, verificar se este realizou-se na conformidade do que havia sido por ele autorizado.

E, num momento anterior, a mesma Constituição também dispõe que “estabelecer e cobrar taxas, direitos alfandegários, impostos e sisas, pagar as dívidas e prover à defesa comum e bem-estar geral dos Estados Unidos; os direitos alfandegários e as sisas serão uniformes para todos os Estados Unidos” (Imprensa Nacional, 1979, 281).

A esse respeito, nas palavras de Bernard Schwartz (1996, 96), a propósito do Congresso dos Estados Unidos da América:

Tão importante quanto a sua posição de órgão legislativo do Governo federal é o papel do Congresso como órgão fiscalizador da administração pública. “Para que o Congresso exerça o seu dever de maneira plena e eficaz”, afirmou um membro da Câmara dos Representantes em 1945, “é preciso no mínimo que supervisione escrupulosamente toda concessão de poder que fizer, e que assuma a função não apenas de aprovar a legislação, mas de verificar se essa legislação está sendo cumprida de acordo com a intenção do Congresso. Caso deixe de exercer esta segunda função, o Congresso será apenas 50% eficiente, na melhor das hipóteses, pois a lei só cumpre o seu objetivo quando é devidamente aplicada” (Schwartz, 1966, 96).

E prossegue Schwartz, agora especificamente a propósito da fiscalização do gasto público pelo Congresso, é dizer, pelo Poder Legislativo:

Mais importante ainda, a esse respeito, é o controle exercido pelo Congresso sobre as despesas. Os recursos financeiros essenciais à execução dos planos governamentais americanos, como também acontece na Inglaterra, só podem ser obtidos mediante autorização do órgão legislativo. O poder de gastar, segundo afirma uma autoridade no assunto, é um direito inato constitucional do Congresso, pois o Artigo I, seção 9, desse instrumento estabelece expressamente que “Nenhuma quantia será retirada do Tesouro senão em virtude de verba votada em lei”. As verbas são normalmente concedidas pelo Legislativo americano segundo uma base anual, o que lhe permite exercer uma supervisão quase constante sobre o Governo. As atividades deste último só podem ser levadas a efeito desde que os fundos necessários sejam autorizados pelo Congresso (Schwartz, 1966, 97).

O controle da atividade financeira do Executivo (ou do Governo, no parlamentarismo) pelo Legislativo não é figura constitucional que se restrinja às Américas.

Como lembrado por Paolo Biscaretti di Ruffia, referido controle, exercido também na Europa, envolve duas distintas atividades, a primeira consistente “no exame e aprovação anual do orçamento do Estado” e a segunda na “verificação contínua a respeito da mesma”, isto é, da atividade financeira estatal, destacando também que esta, ao menos na Europa, se faz com a colaboração do Tribunal de Contas (Di Ruffia, 1984, 355).

No Brasil o cenário não é diferente.

Já a primeira Constituição republicana, de 1891, em seu artigo 34, primeira alínea, afirmava competir ao Congresso Nacional “orçar a receita, fixar a despesa federal anualmente e tomar as contas da receita e despesas de cada exercício financeiro” (Campanhole e Campanhole, 1976, 464)³.

O tema evoluiu na Constituição de 1934, a qual também incluía entre as atribuições do Congresso Nacional a aprovação do orçamento anual (art. 39, alínea 2), e assim também a de “julgar as contas do Presidente da República” (art. 40, alínea c), dispondo também acerca da elaboração do orçamento anual da União (art. 50). Referida Constituição também instituiu o Tribunal de Contas, que inseriu entre os “órgãos de cooperação nas atividades governamentais”, conferindo-lhe, no art. 99, a tarefa de acompanhar a execução orçamentária e julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos (Campanhole e Campanhole, 1976, 400, 401, 403 e 417).

Nos termos do art. 71 da Constituição de 1937 (outorgada, segundo se sabe, e de fato jamais aplicada), cabia à Câmara dos Deputados e ao Conselho Federal (órgão que seria, em tese, destinado a substituir o Senado Federal) a aprovação do orçamento da União. Não previa, porém, a obrigatoriedade da prestação de contas anual da despesa pública pelo Presidente quer à Câmara quer ao Conselho Federal, embora conferisse ao Tribunal de Contas o acompanhamento da execução orçamentária e o julgamento das

3. Interessante registrar também que aquela Constituição incluía entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República qualquer ato seu que atentasse contra “as leis orçamentárias votadas pelo Congresso Nacional” (Campanhole e Campanhole, 1976, 471).

contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos (art. 114) (Campanhole e Campanhole, 1976, 312 e 319-320).

A Constituição de 1946 conferiu ao Congresso Nacional, composto novamente pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, a competência para votar o orçamento da União (art. 65, I), assim como para julgar as contas do Presidente da República (art. 66, VIII). Manteve também o Tribunal de Contas (art. 76), entre cujas atribuições inseriu mais uma vez a de acompanhar e fiscalizar a execução do orçamento e a de julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos e as dos administradores das entidades autárquicas (art. 77, incisos I e II). Já entre as atribuições do Presidente da República, aquele texto constitucional inclui a de prestar anualmente contas ao Congresso Nacional, dentro do prazo de 60 dias após a abertura da sessão legislativa (art. 87, XVII) (Campanhole e Campanhole, 1976, 187, 190 e 193).

A propósito do dispositivo da Constituição de 1946, que impunha ao Congresso Nacional votar a lei orçamentária anual, Pontes de Miranda escreveu:

Quer a Constituição que o Poder Legislativo não se limite à *decretação* dos tributos, mas que também regule a sua *arrecadação* e a *distribuição* das rendas federais. São atribuições que lhe dão todas as chaves da política financeira e econômica, desde que ele se resolva a enfrentar, com coragem e responsabilidade, os problemas nacionais (Miranda, 1947, 61).

A mencionada Constituição chegou a exigir, no § 34 de seu artigo 141, que dispunha sobre os direitos e garantias individuais, que a cada exercício o Congresso indicasse, na lei orçamentária anual, os tributos cuja cobrança ficava autorizada (princípio da anualidade). A esse respeito, Sampaio Dória registrou que dito princípio representava até mesmo um reforço a outro, segundo o qual nenhum tributo poderia ser cobrado sem lei que o estabelecesse. Assim, em seu dizer, “ainda que certos tributos tenham sido estabelecidos em lei, se não constarem do orçamento anual, são incobráveis” (Dória, 1960, 689).

Também a Constituição de 1967 manteve a determinação de que o orçamento fosse aprovado pelo Congresso Nacional e de que o Presidente da República lhe prestasse contas anuais (arts. 46, II e 47, VIII), havendo também mantido o Tribunal de Contas da União

(art. 71, § 1º), a quem persistiu conferindo a atribuição de emitir parecer prévio sobre as contas anuais da Presidência e de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos, contendo ainda uma extensa sessão relativa ao orçamento (arts. 63 a 70). Determinou também ao Presidente da República que prestasse contas anualmente ao Congresso Nacional (art. 83, XVIII) (Campanhole e Campanhole, 1976).

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, outorgada pela Junta Militar que então governava o país, e que, pela forma e também pelo conteúdo, tem sido considerada verdadeiramente como uma nova Constituição, manteve a mesma sistemática da Constituição de 1967. Ao Congresso cabia aprovar o orçamento e as contas anuais do Presidente da República (arts. 43, II e 44, VIII), sendo mantido o Tribunal de Contas da União (art. 70, §§ 1º e 2º e 72), havendo também toda uma seção destinada ao orçamento. Igualmente restou mantido o dever do Presidente da República, de anualmente remeter suas contas ao Congresso Nacional (art. 81, XX). Além disso, autorizou, ao menos implicitamente, a criação de Tribunais de Contas pelos Estados, ao determinar que em relação a eles deveriam ser aplicadas, no que coubesse, as disposições contidas nos incisos I e II do art. 114 da Emenda (art. 13, inciso IX). A criação de Tribunais de Contas pelos Municípios foi autorizada expressamente, embora com a exigência de que somente o poderiam fazer os que contassem população superior a dois milhões de habitantes e renda tributária acima de quinhentos milhões de cruzeiros novos (art. 16, § 3º) (Campanhole e Campanhole, 1976).

A propósito da prestação anual de contas por parte do Presidente da República, como disciplinada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, assim se expressou Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A prestação de contas da administração é considerada um dos princípios fundamentais do Estado contemporâneo. Como chefe da administração, tem o Presidente da República a obrigação de prestá-las. Tais contas são prestadas ao Congresso Nacional que, como poder financeiro, deverá dizer a última palavra sobre elas, por intermédio do Tribunal de Contas, que deve dar sobre as mesmas parecer prévio (Ferreira Filho, 1977, 124).

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 também confere ao Congresso Nacional a tarefa de aprovar o orçamento anual (art. 48,

inciso II) e julgar as contas anualmente prestadas pelo Presidente da República (art. 49, inciso IX), a quem o art. 84, inciso XXIV, ordena que as encaminhe dentro do prazo de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa. Manteve o Tribunal de Contas da União, que disciplinou em seus artigos 71 a 73, ordenando, em seu artigo 75, que as disposições a ele relativas sejam observadas, no que cabível, também pelos Tribunais ou Conselhos de Contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, definindo, inclusive, no tocante às contas anuais a serem prestadas pelos Prefeitos Municipais às respectivas Câmara de Vereadores, que também devem receber parecer prévio do Tribunal de Contas Estadual ou do próprio Município, que referido parecer somente deixará de prevalecer pelo voto de dois terços dos Edis (art. 31, § 2º). Por fim, dedica também extenso rol de disposições às finanças públicas, incluindo o orçamento, a lei de diretrizes orçamentárias e o plano plurianual (arts. 163 a 169).

Importante salientar ainda, embora não caiba o respectivo detalhamento na órbita deste modesto estudo, que a Administração Pública (leia-se, a atuação do Estado de modo geral) deve nortear-se, segundo dispõe o *caput* do art. 37 da Constituição Federal, pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nessa perspectiva, cabe aos Tribunais de Contas, tanto da União quanto dos Estados, Distrito Federal e Municípios, realizar não apenas a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União, mas também a respectiva fiscalização operacional e patrimonial, e não unicamente sob o aspecto financeiro, mas também em termos de legalidade, legitimidade e economicidade das receitas e, principalmente, das despesas, como também verificar a correção da aplicação de eventuais subvenções e da eventual renúncia de receitas (CRFB, art. 70, *caput*, combinado com art. 71, também *caput*). Assim, igualmente na perspectiva do atendimento aos princípios básicos norteadores do agir do Estado, insculpidos no antes mencionado art. 37, *caput*, da CRFB, cabe aos Tribunais de Contas realizar a análise de todos os atos que importem receita e, principalmente, daqueles que acarretem despesa.

Inelegibilidade resultante de rejeição de contas de administrador público: seus requisitos

A importância do controle financeiro do Executivo, exercido pelo Legislativo, pode ser bem medida por todas as disposições

anteriormente trazidas, particularmente aquelas contidas na vigente Constituição Federal.

A tal ponto chega a preocupação com a correta gestão dos recursos e do patrimônio público de modo geral, que a rejeição das contas de administradores públicos pode até mesmo acarretar-lhes a inelegibilidade.

Essa inelegibilidade vem atualmente prevista pelo art. 1º, inciso I, alínea “g”, da LC 64/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar nº 135, de 2010.

Nos termos daquele dispositivo:

Art. 1º. São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

[...]

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição (Brasil, 1990, redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010).

Essa causa de inelegibilidade já constava da versão original da Lei Complementar nº 64, de 1990, igualmente em seu art. 1º, I, “g”, mas cuja redação era, então, a seguinte:

Art. 1º. São inelegíveis:

I – Para qualquer cargo:

[...]

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão (Brasil, 1990).

Analisando o dispositivo, com sua atual redação, tem-se que a causa de inelegibilidade exige a presença dos seguintes requisitos:

- a) decisão de rejeição de contas de administrador público;
- b) que a decisão tenha sido tomada pelo órgão competente;
- c) que a decisão já tenha se tornado definitiva no âmbito do órgão que a tenha prolatado;
- d) que o fundamento que tenha levado à rejeição das contas possa ser reconduzido à noção de ato doloso de improbidade administrativa;
- e) que a decisão não tenha sido anulada ou, pelo menos, tido sua eficácia suspensa por decisão do Poder Judiciário.

Decisão de rejeição de contas de administrador público

O primeiro desses requisitos da analisada causa de inelegibilidade fala por si mesmo. Sem que exista a decisão de rejeição das contas, não se apresenta o impedimento, ao menos não com fundamento nesse dispositivo, para a candidatura daquele que haja sido administrador público.

O que se pode salientar, todavia, acerca desse mesmo requisito, é a noção de administrador público. Como tal deve ser entendido, realmente, para o fim de reconhecimento da existência ou não dessa causa de inelegibilidade, não apenas aquele que revista a condição de agente público, em qualquer de suas configurações (agente político, servidor público ocupante de cargo de provimento efetivo, servidor público ocupante de cargo de provimento em comissão, servidor público admitido em caráter temporário, por excepcional necessidade do serviço, ou empregado público, inclusive de autarquias ou fundações públicas), mas também a qualidade de empregado de sociedade de economia mista ou de empresa pública e mesmo a de dirigente ou empregado de entidade puramente privada que, no entanto, haja recebido e gasto recurso de origem pública. Tocante a estes últimos, sem embargo, apenas podem ser havidos por equiparados a agentes públicos, para o fim de estarem suas contas sujeitas a controle por órgãos estatais, no limite justamente do gasto de recursos públicos que hajam recebido.

Substratos exegéticos adequados para que se aquilate da noção de agente público, para o fim de caracterização dessa causa de inelegibilidade, podem ser fornecidos pelo art. 2º da Lei 8.429/1992, que dispõe sobre os atos de improbidade administrativa. Nos termos daquele dispositivo:

Art. 2º. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior (Brasil, 1992b).

Já as entidades referidas no artigo 1º e respectivo parágrafo único da lei são as seguintes: União, Estados, Distrito Federal, Municípios, entidades da administração indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista) ou fundacional, territórios, empresas incorporadas ao patrimônio público, e entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual e, ainda, entidades privadas que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, e aquelas para criação ou custeio o erário concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual, limitada eventual condenação a ressarcimento de danos ao erário (nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos).

Todos devem ser havidos como agentes públicos, para o fim de poderem incidir na causa de inelegibilidade que aqui se discute, na medida em que todos ficam obrigados a prestar contas dos recursos públicos que recebam. A prestação de contas dos gastos realizados com tais recursos é a regra, não importando qual o respectivo montante e nem o caráter público ou privado da entidade que os despendeu. Desta sorte, administradores ou empregados de entidades privadas que recebam recursos públicos a título de subvenção, benefício ou incentivo, inclusive fiscal ou creditício, também podem ser alcançados pela mencionada causas de inelegibilidade, tanto que todos os respectivos requisitos estejam presentes.

A competência do órgão prolator da decisão

Para que se possa melhor apreender o alcance desta exigência, de que a decisão de rejeição de contas haja sido prolatada pelo órgão para tal competente, é preciso que se relembre de alguns aspectos relativos à prestação de contas de administrador público, constantes da própria Constituição.

Inicialmente, quando se trata das contas anuais do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador de Estado ou do

Distrito Federal, ou Prefeito Municipal), é necessário lembrar que a decisão a seu respeito cabe ao correspondente Poder Legislativo. Segundo já se viu, incumbe ao Congresso Nacional, nos termos da CRFB, julgar as contas anualmente prestadas pelo Presidente da República. Da mesma forma, cabe tal incumbência às Assembleias Legislativas dos Estados e à Câmara Legislativa do Distrito Federal, em relação aos respectivos Governadores, e, finalmente, às Câmaras de Vereadores, em se tratando das contas anuais dos Prefeitos Municipais. Tocante a estas últimas, todavia, convém ter sempre presente o disposto no § 2º, do art. 31, da Constituição, já lembrado anteriormente, e segundo o qual o parecer prévio do Tribunal de Contas acerca das contas que anualmente o alcaide deve prestar à Câmara Municipal somente deixará de prevalecer pelo voto de ao menos dois terços dos Vereadores.

No ponto, é prudente lembrar, inclusive, que em face das contas anualmente prestadas pelo Presidente da República o Tribunal de Contas da União emite apenas parecer prévio, segundo determina o art. 71, inciso I, da Constituição. Não lhe cabe a decisão, todavia. O mesmo ocorre em face dos Chefes de Executivo dos Estados, Distrito Federal e Municípios, a instâncias do art. 75 do vigente texto constitucional federal.

Sem embargo, é importante ter presente também o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição, de acordo com o qual cabe aos Tribunais de Contas julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, e as contas de todos quantos hajam eventualmente dado causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Aqui, a tarefa do Tribunal de Contas já não consiste apenas em produzir peça opinativa (parecer prévio) acerca das contas, mas sim em decidir a respeito delas, havendo-as por regulares, com ou sem ressalvas, ou irregulares, impondo, nesse caso, as sanções que estejam ao seu alcance e que, por conta do art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal, podem compreender inclusive multa, se legalmente prevista, e determinação de ressarcimento de danos ao erário.

Em atendimento ao disposto no inciso II do art. 71 da Constituição, definiu o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, que o julgamento das contas das Mesas Diretoras dos órgãos do Poder Legislativo

incumbe ao correspondente Tribunal de Contas, e não ao próprio órgão por elas gerido⁴. A nosso sentir, as contas dos órgãos do Poder

4. Nesse sentido, decisões do STF assim ementadas:

“Tribunal de Contas dos Estados: competência: observância compulsória do modelo federal: inconstitucionalidade de subtração ao Tribunal de Contas da competência do julgamento das contas da Mesa da Assembleia Legislativa – compreendidas na previsão do art. 71, II, da Constituição Federal, para submetê-las ao regime do art. 71, c/c. art. 49, IX, que é exclusivo da prestação de contas do Chefe do Poder Executivo.

I. O art. 75, da Constituição Federal, ao incluir as normas federais relativas à “fiscalização” nas que se aplicariam aos Tribunais de Contas dos Estados, entre essas compreendeu as atinentes às competências institucionais do TCU, nas quais é clara a distinção entre a do art. 71, I – de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo – e a do art. 71, II – de julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

II. A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão definitiva ao Tribunal de Contas” (Brasil, 1999).

“Ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Espírito Santo. Alteração da redação de parte dos dispositivos impugnados, eliminando-se as expressões objeto do pedido. Parcial prejudicialidade da ação. Previsão de julgamento das contas anuais do presidente da câmara municipal pela respectiva casa legislativa. Ofensa ao modelo constitucional. Agressão aos arts. 31, § 2º; 71, I e II; e 75 da Lei Fundamental. Conhecimento parcial da ação, a qual, nessa parte, é julgada procedente.

1. Prejudicialidade parcial da ação, em virtude de alteração substancial da redação dos incisos I e II do art. 71 da Constituição do Estado do Espírito Santo, a qual resultou na eliminação das expressões impugnadas.

2. A Constituição Federal foi assente em definir o papel específico do legislativo municipal para julgar, após parecer prévio do tribunal de contas, as contas anuais elaboradas pelo chefe do poder executivo local, sem abrir margem para a ampliação para outros agentes ou órgãos públicos. O art. 29, § 2º, da Constituição do Estado do Espírito Santo, ao alargar a competência de controle externo exercida pelas câmaras municipais para alcançar, além do prefeito, o presidente da câmara municipal, alterou o modelo previsto na Constituição Federal.

3. Ação direta de inconstitucionalidade de que se conhece parcialmente e que se julga, na parte de que se conhece, procedente” (Brasil, 2014).

Judiciário e do Ministério Público, sem embargo de integrarem os seus gastos globais também a prestação de contas anual do Chefe do Executivo correspondente, devem ser julgadas pelo próprio Tribunal de Contas, e não pelo Legislativo.

Afirma a parte final do art. 1º, I, “g”, da LC 64/1990, que o disposto no art. 71, II, da CFRB, deve ser aplicado inclusive a mandatários (leia-se detentores de mandatos eletivos) quando hajam atuado na condição de ordenadores de despesa. O dispositivo pretende significar que, quando a realização da despesa haja sido ordenada pelo próprio Chefe do Poder Executivo, o ato que importou gasto de recursos públicos fica sujeito a direto julgamento pelo Tribunal de Contas, não ficando a Corte, nesse caso, limitada a um pronunciamento opinativo prévio.

A inclusão dessa referência no dispositivo da LC 64/1990, que prevê a causa de inelegibilidade da qual aqui se cuida, deveu-se a entendimento do STF, no sentido de que, mesmo quando o Chefe do Executivo atua como ordenador de despesa, somente ao Legislativo correspondente cabe a apreciação da análise da respectiva legalidade (sem prejuízo, embora, de que esta seja apreciada também pelo Judiciário, tanto que promovida ação que o permita – ação popular ou ação por improbidade administrativa, por exemplo, além de ações de pessoas – públicas ou privadas – que se entendam ofendidas em seus direitos pelo ato praticado).

A nosso sentir, a razão está, aqui, com o Legislador. Todo ordenador de despesa, inclusive quando seja detentor de mandato do Executivo, pode e deve ter seus atos julgados pelo Tribunal de Contas, quando os haja praticado nesta qualidade (de ordenador da despesa). Ficam eles sujeitos, sem dúvida, ao disposto no art. 71, II, da CRFB, e não a simples apreciação opinativa das Cortes de Contas e decisão final unicamente pelo Legislativo⁵.

5. O mesmo assunto já fora discutido por Decomain (2006, 94): “A função de decidir sobre as contas de quantos tenham dado causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, aplica-se também a atos que tenham sido praticados diretamente pelos Chefes do Poder Executivo, na qualidade de ordenador da despesa. É certo que no tocante ao conjunto de suas contas, incumbe aos Tribunais ou Conselhos de Contas proferir parecer prévio, sendo incumbência do Poder Legislativo decidir sobre tais contas (sem embargo da necessidade de maioria qualificada das Câmaras de Vereadores, para contrariarem validamente o parecer prévio do Tribunal ou Conselho, no que tange às contas do

É necessário ainda volver os olhos ao disposto no inciso VI do art. 71 da Constituição, de acordo com o qual cabe aos Tribunais de Contas (não apenas ao da União, por conta do disposto no art. 75 do texto constitucional, mas a todos), fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela administração pública direta ou indireta a outras entidades, públicas ou privadas, mediante convênio, acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento congênere. Se, no exercício dessa competência, a Corte de Contas houver por ilegal o gasto realizado com recursos recebidos em decorrência do convênio, estar-se-á diante de decisão de rejeição de contas, tomada pelo órgão competente, podendo advir dela a inelegibilidade da qual aqui se cuida.

Em todas essas situações, as decisões do Tribunal de Contas, julgando contas daquele que haja sido responsável pela gestão de recursos públicos, seja ou não agente público em sentido estrito, segundo já se disse anteriormente, devem ser havidas por rejeição de contas e podem conduzir, portanto, à inelegibilidade prevista pelo art. 1º, I, “g”, da LC 64/1990, desde que presentes os seus demais requisitos.

A decisão já deve haver-se tornado definitiva no âmbito do órgão que a prolatou

Existindo eventual possibilidade de interposição de recurso da primeira decisão de rejeição de contas, no âmbito do próprio órgão que a prolatou, não se instala a inelegibilidade do administrador público que as tenha tido rejeitadas, enquanto tal recurso ainda puder ser interposto ou enquanto não houver decisão daquele que interposto já haja sido. Noutras palavras, existindo possibilidade

Prefeito Municipal). Todavia, atos existem que são praticados diretamente pelo Chefe do Poder Executivo e que importam em realização de despesa. Situações haverá em que figurarão diretamente como ordenadores da despesa, na dicção administrativo-financeira usual. Nesses casos, sendo os responsáveis pela despesa e evidenciados malbaratamento, extravio, perda ou outras irregularidades no que tange à importância despendida, terá cabimento não apenas venha o Tribunal de Contas a opinar pela rejeição global das contas do Executivo, como também impor, pela específica despesa irregular, penalidades ao responsável por ela, que compreenderão inclusive a determinação de que restitua a quantia perdida indevidamente pelo erário”. Também nesse sentido, discorrendo acerca da causa de inelegibilidade aqui tratada, está a obra *Ficha Limpa*, de Reis, Oliveira e Castro.

recursal, como usualmente ocorre em se tratando da primeira decisão proferida por Tribunal de Contas, enquanto tal decisão não estiver preclusa não ocorre a inelegibilidade.

Todavia, o eventual pedido de revisão da decisão já preclusa, equivalente, grosso modo, à ação rescisória, quando cabível, não impede a ocorrência da inelegibilidade aqui discutida e nem suspende a fluência do respectivo prazo, exceto se a eficácia da decisão for cautelarmente suspensa pelo próprio órgão responsável pela decisão⁶.

Necessidade de que o fundamento que haja conduzido à decisão de rejeição das contas corresponda ao ato doloso de improbidade administrativa

Para configuração da causa de inelegibilidade aqui debatida, exige a LC 64/1990 que o fundamento que haja levado à rejeição das contas represente irregularidade insanável, como tal entendida aquela que corresponda a ato doloso de improbidade administrativa.

Necessário lembrar aqui que a Lei 8.429/1992, que dispõe sobre os atos de improbidade administrativa, prevê deles três categorias: aqueles que importam enriquecimento ilícito do agente (rol exemplificativo no art. 9º da lei), os que acarretam prejuízo patrimonial para o erário (embora sem ganho patrimonial ilícito para o agente – rol exemplificativo no art. 10) e, finalmente, os que implicam violação a princípios da administração pública, mesmo não levando a enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo patrimonial para o erário (rol exemplificativo no art. 11). Os atos da primeira e da terceira categorias (ganho patrimonial ilícito e violação a princípio da administração pública) somente admitem modalidade dolosa, segundo

6. Pode-se citar como exemplo o disposto no art. 35 da Lei 8.443/1992, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União: “Art. 35. De decisão definitiva caberá recurso de revisão ao Plenário, sem efeito suspensivo, interposto por escrito, uma só vez, pelo responsável, seus sucessores, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de cinco anos, contados na forma prevista no inciso III do art. 30 desta Lei, e fundar-se-á: I – em erro de cálculo nas contas; II – em falsidade ou insuficiência de documentos em que se tenha fundado a decisão recorrida; III – na superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida”. Embora o pedido receba a denominação de recurso, o fato de exigir a lei, para o seu cabimento que se trate de decisão definitiva, associado ou longo prazo para a respectiva “interposição” – cinco anos – já deixa claro que se trata de situação equivalente à da ação rescisória no processo civil, e não de recurso em sentido estrito (tido este como mecanismo endoprocessual para impugnação de decisão).

sedimentada jurisprudência do STJ. Já aqueles que possuem como elemento central o prejuízo patrimonial para o erário, podem ser tanto dolosos quanto culposos⁷.

7. A propósito, decisões do STJ assim ementadas:

“Recurso Especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Princípios da moralidade e legalidade. Conduta dolosa. Tipicidade do art. 11 da Lei n. 8.429/92.

1. O tipo previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92 é informado pela conduta e pelo elemento subjetivo consubstanciado no dolo do agente.

2. É insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado lesivo, quando a lei não contempla hipótese de responsabilidade objetiva.

3. Recurso especial provido” (Brasil, 2006d, 121).

“Administrativo. Improbidade. Lei 9.429/92 [sic], art. 11. Desnecessidade de ocorrência de prejuízo ao erário. Exigência de conduta dolosa.

1. A classificação dos atos de improbidade administrativa em atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) evidencia não ser o dano aos cofres públicos elemento essencial das condutas ímprobas descritas nos incisos dos arts. 9º e 11 da Lei 9.429/92. Reforçam a assertiva as normas constantes dos arts. 7º, *caput*, 12, I e III, e 21, I, da citada Lei.

2. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposos (Lei 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa.

3. Recurso especial provido” (Brasil, 2006c). Em outras decisões, todavia, o STJ entendeu dispensável, para caracterização da improbidade enquadrável no art. 11 da Lei, tanto o dolo quanto a culpa, contentando-se com a demonstração da ilicitude ou imoralidade administrativa (Brasil, 2006e, 290; 2006b, 182; 2005, 355).

“Processual Civil e Administrativo. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Improbidade administrativa. Art. 11 da Lei n. 8.429/92. Elemento subjetivo doloso. Imprescindibilidade. Não configuração no caso concreto.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedente.

2. Esta Corte Superior pacificou seu entendimento no sentido de que o enquadramento de condutas alegadamente ímprobas no art. 11 da Lei n. 8.429/92 depende da configuração do elemento subjetivo doloso. Precedentes.

3. Na espécie, a origem deixou claro que os recorridos fiaram-se na constitucionalidade de lei municipal que autorizava a contratação temporária na hipótese em concreto, até porque a tese acerca da compatibilidade entre a lei municipal e a Constituição da República vigente era controversa à época dos fatos. Trechos do acórdão recorrido.

Para que a rejeição de conta possa então conduzir à inelegibilidade do gestor público, é necessário que o motivo que lhe haja sido determinante corresponda à noção de improbidade administrativa e, mais que isso, que haja o ato sido doloso⁸.

Sem embargo, para que a inelegibilidade esteja presente, o dispositivo não exige a existência de prévia decisão judicial, em ação destinada à apuração da improbidade, condenando o requerido e aplicando-lhe as sanções correspondentes (previstas pelo art. 12 da Lei 8.429/1992). Assim, havendo impugnação a pedido de registro de candidato, tendo por fundamento rejeição de suas contas na condição de administrador público, ao órgão da Justiça Eleitoral ao qual incumba analisar referida impugnação (veja-se, a propósito, o art. 2º, parágrafo único, da LC 64/1990) é que cabe verificar a presença ou não dos correspondentes requisitos, inclusive deste. Assim, exceto em já havendo decisão judicial definitiva a respeito, a constatação de ser ou não o fundamento da rejeição de contas passível de reconduzir-se à noção de improbidade administrativa dolosa cabe à própria Justiça Eleitoral.

Todavia, caso já exista decisão judicial definitiva a propósito da caracterização ou não do ato ensejador da rejeição de contas como ato doloso de improbidade administrativa, acredita-se que esse entendimento deva ser observado também pela Justiça Eleitoral. Deve-se essa constatação ao fato de não ser ela, e sim a Justiça

4. Diante destes fatos, é evidente que inexistiu dolo a justificar ação de improbidade administrativa com base no art. 11 da Lei n. 8.429/92.

5. Recurso especial não provido” (Brasil, 2010a).

8. Em sua redação primitiva, o art. 1º, I, “g”, da LC 64/1990, já referia que o fundamento da rejeição de contas deveria corresponder à presença, nelas, de irregularidade insanável. Nesta perspectiva, o TSE já havia definido que, como tal, se deveria haver o ato vincado pela marca da improbidade, ou que importasse desvio de valores públicos (que improbidade também é, e das mais graves, diga-se). Para ilustrar, a seguinte ementa:

“Recurso especial. Eleição 2004. Registro de candidatura deferido. Rejeição de contas. Irregularidades. Insanabilidade. Caracterização. Recurso provido.

I – Para a declaração de inelegibilidade, com fundamento no art. 1º, I, g, da LC no 64/90, exige-se que a rejeição de contas decorra de irregularidade insanável.

II – É assente na jurisprudência ser irregularidade insanável aquela que indica ato de improbidade administrativa ou qualquer forma de desvio de valores.

III – Recurso provido, ante a caracterização da insanabilidade das irregularidades que ensejaram a rejeição das contas” (Brasil, 2006a, 68).

Comum (Federal, Estadual ou do Distrito Federal, conforme o caso) a competente para decidir acerca de atos de improbidade administrativa, impondo ou não as pertinentes sanções. A apreciação da Justiça Eleitoral acerca desse elemento da causa de inelegibilidade ocorre apenas em caráter incidental, justamente porque necessária para decidir se o candidato está ou não inelegível.

Destarte, já existindo decisão definitiva do órgão jurisdicional ao qual cabe a competência para a análise do caráter de improbidade do ato em caráter principal e para o respectivo sancionamento, esta deve ser observada pela Justiça Eleitoral. Todavia, enquanto ainda não houver decisão definitiva da Justiça Comum a respeito, num ou noutro sentido (isto é, no sentido de configurar ou não ato de improbidade aquele que haja servido de fundamento à rejeição das contas), a competência da Justiça Eleitoral remanesce íntegra para decidir a propósito também da presença ou não desse requisito da estudada causa de inelegibilidade.

O art. 1º, inciso I, alínea “g”, da LC 64/1990, que consagra a inelegibilidade da qual aqui se cuida, não distingue, tocante à necessidade de que o fundamento da decisão de rejeição de contas deva corresponder a ato de improbidade administrativa, entre as três categorias deles, das quais já se deu notícia acima. Assim, em se cuidando de ato enquadrável no art. 11 da Lei 8429/1992 (violação a princípio da administração pública, embora sem ganho patrimonial ilícito para o agente ou prejuízo para o erário), a inelegibilidade decorrente da rejeição de contas poderia instalar-se. Essa conclusão, todavia, resta infirmada quando se empreende a interpretação da alínea “g” do inciso I do art. 1º da LC 64/1990, em conjunto com aquela da alínea “l” do mesmo inciso e artigo.

De fato, aquela alínea prevê inelegibilidade por condenação pela prática de ato de improbidade administrativa nos seguintes termos:

Art. 1º. São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

[...]

l – os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o

trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena (Brasil, 1990).

Como o dispositivo permite perceber, a condenação em ação por improbidade administrativa (cível) acarreta inelegibilidade apenas se, além de aplicada a sanção de suspensão de direitos políticos, tratar-se de ato de improbidade administrativa que haja importado ganho patrimonial ilícito para o agente ou, ao menos, prejuízo para o erário. Ficam excluídos da inelegibilidade, portanto, mesmo os que, com aplicação inclusive da aludida sanção, hajam sido reconhecidos autores unicamente de ato de improbidade administrativa enquadrável no art. 11 da Lei 8429/1992, o qual, segundo já se disse, pune atos de semelhante jaez que violam princípio da administração pública, mas dos quais não haja advindo prejuízo patrimonial para o erário e que não tenham importado ganho patrimonial ilícito para o agente.

Ora, se nem mesmo a condenação judicial por ato dessa natureza, inclusive com imposição de suspensão de direitos políticos, gera inelegibilidade, com mais razão parece que se deva concluir que a inelegibilidade não ocorrerá se a decisão de rejeição de contas do administrador público houver tido por fundamento irregularidade insanável que, mesmo dolosa, corresponda apenas a ato de improbidade administrativa enquadrável no art. 11 da Lei 8429/1992.

A decisão de rejeição de contas não pode ter sido anulada ou mesmo ter tido sua eficácia suspensa por decisão judicial

As decisões de rejeição de contas, tanto oriundas do Legislativo quanto dos Tribunais de Contas, podem ter sua validade questionada perante o Poder Judiciário. Os que hajam por ela sido atingidos podem promover ação judicial buscando a decretação da nulidade da decisão. O Judiciário, de fato, pode aquilatar da validade de semelhantes decisões, embora não lhes possa ingressar no mérito. Essa impossibilidade, a seu turno, resulta de que, fora possível rever pelo mérito a decisão, estaria o Judiciário a enveredar indevidamente pelo âmbito de atribuições que ou são privativas do Legislativo ou do Tribunal de Contas. Em se tratando de decisões deste último, o Judiciário, em ação própria, como aquela versando improbidade administrativa, por exemplo, pode até não impor as sanções de sua alçada a quem haja praticado o ato, por não o entender ilícito.

Mesmo assim, todavia, dada a independência de atribuições entre os Tribunais de Contas e o Judiciário, a este último não cabe, em ação anulatória de decisão de rejeição de contas, ingressar no respectivo mérito. Mas pode anulá-la, se entender presente vício que a contamina.

Daí a ressalva constante do art. 1º, I, “g”, da LC 64/1990, no sentido de que a inelegibilidade por rejeição de contas pressupõe que a decisão correspondente – seja do Legislativo seja de Tribunal de Contas – não haja sido anulada pelo Judiciário. Aliás, se tal houver ocorrido, a própria decisão, que, como visto, é o primeiro elemento dessa causa de inelegibilidade, terá deixado de existir.

Mas o dispositivo também afirma que a inelegibilidade não ocorrerá se a decisão houver sido suspensa pelo Judiciário.

Pode este, realmente, se presentes os pressupostos para a tutela antecipada, suspender os efeitos da decisão, até que seja prolatada sentença (a suspensão persistirá inclusive se a ação for julgada procedente, ainda quando venha a ser interposto recurso pela parte vencida).

Decisão de rejeição de contas possui dois efeitos: pode gerar a inelegibilidade da qual aqui se cuida e, em imputando débito e/ou multa, configura título executivo, se a decisão for de Tribunal de Contas, nos termos do art. 71, § 3º, combinado com art. 75, ambos da vigente Constituição Federal.

O Judiciário pode, então, em ação com pedido de anulação da decisão de rejeição de contas, suspender tais efeitos, se entender presente os fundamentos para tal liminar suspensão.

Neste caso, afastada estará a inelegibilidade, ao menos até que a decisão que haja deferido a tutela antecipada seja eventualmente revogada.

O momento em que se inicia o prazo de oito anos de inelegibilidade, previsto pelo art. 1º, I, “g”, da LC 64/1990

Muito embora a alínea “g”, do inciso I, do art. 1º, da LC 64/1990, afirme que o prazo de oito anos de duração da inelegibilidade tem início a partir da decisão, é necessário reconhecer que o momento em que a fluência do aludido prazo principia não é aquele em que a decisão é prolatada, mas sim aquele no qual se torna irrecorrível no âmbito do órgão que a proferiu. Tal conclusão é necessária na

medida em que a irrecorribilidade da decisão no âmbito do órgão prolator é requisito para que a inelegibilidade exista. Desta sorte, o respectivo prazo não flui enquanto da decisão puder ser interposto recurso ou, se interposto já foi, enquanto não ocorrer a respectiva decisão⁹.

Outra observação a fazer tocante ao prazo da inelegibilidade, diz com a respectiva suspensão se, em ação tendente a anulá-la, houver antecipação de efeito da tutela ou, para utilizar a expressão contida no próprio inciso, se a decisão houver sido suspensa pelo Poder Judiciário.

Neste caso, o que se tem é suspensão do prazo da inelegibilidade e não a respectiva interrupção. Assim, se a ação judicial vier finalmente a ser havida por improcedente e a decisão correspondente transitar em julgado, a partir do momento em que a antecipação de efeito da tutela seja havida por revogada o prazo da inelegibilidade volta a fluir, aproveitando-se o período já transcorrido até o momento em que a antecipação foi concedida¹⁰.

9. Nesse sentido, pode-se ilustrar com decisão do TSE, cuja ementa tem o seguinte teor:

“Recurso contra expedição de diploma. Inelegibilidade superveniente.

1. A inelegibilidade do art. 1º, I, g, da LC nº 64/90 somente surte efeitos a partir da irrecorribilidade da decisão de rejeição de contas pelo órgão competente, e não a partir da publicação desta.

2. Se a decisão de rejeição de contas de candidato se tornou irrecorrível somente após o prazo para impugnação do registro de candidatura, é de reconhecer configurada causa de inelegibilidade infraconstitucional superveniente, que pode ser arguida em sede de recurso contra expedição de diploma, com base no art. 262, I, do Código Eleitoral.

Agravo regimental a que se nega provimento” (Brasil, 2010b).

10. A propósito, elucidativa decisão do TSE, embora anterior à LC 135/2010, mas abraçando entendimento ainda perfeitamente aplicável, assim ementada:

“Eleições 2008. Agravos regimentais no recurso especial. Recurso protocolado após tríduo regimental. Intempestividade. Indeferimento de registro de candidatura ao cargo de prefeito. Rejeição de contas. Aplicação do art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90. Ajuizamento de ação anulatória com intuito de desconstituir a decisão da Câmara Municipal, quando prevalecia o entendimento consignado na Súmula 01 do TSE. Mudança, em 2006, de entendimento jurisprudencial no julgamento do RO nº 912. Exigência de liminar ou de tutela antecipada para suspender a decisão reprovadora de contas. Possibilidade de aplicação da novel jurisprudência neste caso. Mudança de entendimento jurisprudencial não implica ofensa a direito subjetivo da parte. Ausência de violação aos princípios da segurança jurídica e da irretroatividade de lei. Prazo para aplicação da sanção

Referências

- BRASIL. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm]. Acesso em 1 de março de 2016.
- _____. (1990). *Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm]. Acesso em 1 de março de 2016.
- _____. (1992a). *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm]. Acesso em 1 de março de 2016.

de inelegibilidade começou a correr em 24.08.2006. Provimento jurisdicional tardio, exarado quando já ultrapassado o prazo para requerimento do registro. Inviabilidade de suspensão da causa de inelegibilidade. Ofensa à Lei de Licitações. Vício de natureza insanável. Precedentes. Agravo regimental da coligação recorrente não conhecido e agravo regimental do pré-candidato desprovido.

1. Nos processos de registro de candidatura, é intempestivo o agravo regimental interposto após o prazo de três dias previsto no art. 36, § 8º, do RITSE, contado da publicação da decisão em sessão.

2. Para fins de contagem do prazo de cinco anos de inelegibilidade, previsto no art. 1º, inciso I, letra g, da Lei Complementar nº-64/90, deve-se considerá-lo suspenso na hipótese de ter sido ajuizada, antes de 24.08.2006, ação desconstitutiva da decisão que rejeitou as contas, sendo desnecessária a citação válida de litisconsorte passivo ou de qualquer outra parte envolvida no processo para efeito de suspensão. A partir da referida data, a inelegibilidade não está mais suspensa pela simples propositura de ação anulatória, passando a correr o prazo pelo tempo que faltava, salvo se houver provimento liminar oportuno, o qual, por consequência, volta a suspender a contagem do prazo quinquenal (cf. Acórdãos nº 32.158, de 25.11.2008, rel. designado min. Arnaldo Versiani; 32.534, de 13.11.2008, e 32.762, de 27.10.2008, ambos da minha relatoria).

3. Este Tribunal já consignou que “a mutabilidade é própria do entendimento jurisprudencial, o que não implica, por si só, violação a direitos e garantias consagrados pelo ordenamento jurídico” (Brasil, 2007).

4. A obtenção de liminar ou de tutela antecipada após o pedido de registro da candidatura não suspende a inelegibilidade.

5. A inobservância aos ditames da Lei nº-8.666/93 (Lei de licitações) constitui irregularidade de natureza insanável” (TSE, Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 32.937, Rel.: Min. Joaquim Barbosa. DJE-TSE 25-02-09, p. 4).

- _____. (1992b). *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm]. Acesso em 1 de março de 2016.
- _____. (1999). Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 849-8-MT. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça da União*, seção 1, maio, p. 01.
- _____. (2005). Supremo Tribunal de Justiça. REsp nº 708.170-MG. Relatora: Ministra Eliana Calmon. *Diário de Justiça da União*, dez., p. 355.
- _____. (2006a). Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 21.976. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. *Revista de Jurisprudência do TSE*, vol. 17, n. 1, jan-mar, p. 68.
- _____. (2006b). Supremo Tribunal de Justiça. REsp nº 717.375-PR. Relator: Ministro Castro Meira. *Diário de Justiça da União*, maio, p. 182.
- _____. (2006c). Supremo Tribunal de Justiça. REsp nº 604-151-RS. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. *Diário de Justiça da União*, jun., p. 246.
- _____. (2006d). Supremo Tribunal de Justiça. REsp nº 626.034-RS. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. *Diário de Justiça da União*, jun., p. 121.
- _____. (2006e). Supremo Tribunal de Justiça. REsp nº 826.678-GO. Relator: Ministro Castro Meira. *Diário de Justiça da União*, out., p. 290.
- _____. (2007). Acórdão nº 7.147, de 4 de dezembro de 2007. Relator: Ministro Cezar Peluso.
- _____. (2009). Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 32.937. Relator: Ministro. Joaquim Barbosa. *Diário de Justiça Eletrônico*, fev., p. 4.
- _____. (2010a). Supremo Tribunal de Justiça. REsp nº 1.187.751-MG. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. *Revista Eletrônica de Jurisprudência do STJ*, out., p. 290.
- _____. (2010b). Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 9500987-18.2008.6.10.0000. Relator: Ministro Arnaldo Versiani. *Diário da Justiça Eletrônico*, jul-dez, p. 87. Disponível em: [<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23271010/agravo-regimental-em-recurso-especial-eleitoral-agr-respe-950098718-ma-tse/inteiro-teor-111664288>]. Acesso em 1 de março de 2016.
- _____. (2014). Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.964-ES. Relator: Ministro Dias Toffoli. *Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal*, out., p. 35.

- CAMPANHOLE, A.; CAMPANHOLE, H. L. (1976). *Todas as Constituições do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Atlas.
- DECOMAIN, P. R. (2006). *Tribunais de Contas no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Dialética.
- DI RUFFIA, P. B. (1984). *Direito Constitucional* (Instituições de Direito Público). Tradução Maria Helena Diniz. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- DÓRIA, S. (1960). *Direito Constitucional: Comentários à Constituição de 1946*. Vol. 4. 1. ed. São Paulo: Mas Limonad.
- FERREIRA FILHO, M. G. (1977). *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva.
- FERREIRA FILHO, M. G.; GRINOVER, A. P.; FERRAZ, A. C. da C. (1978). *Liberdades Públicas* (Parte Geral). 1. ed. São Paulo: Saraiva.
- IMPRESA NACIONAL. (1979). *Constituições de diversos países*. Vol. I. Tradução Jorge Miranda. Vol. I. 1. ed. Lisboa: Casa da Moeda.
- MIRANDA, F. C. P. de. (1947). *Comentários à Constituição de 1946*. Vol. II. 1. ed. Rio de Janeiro: Henrique Cahen.
- REIS, M. J.; OLIVEIRA, M. R. de; CASTRO, E. de R. (Coords.). (2010). *Ficha Limpa: interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular*. 1. ed. Bauru, SP: Edipro.
- SCHWARTZ, B. (1966). *Direito Constitucional Americano*. Tradução Carlos Nayfeld. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense.

DIREITO ELEITORAL CONTEMPORÂNEO
70 Anos da Redemocratização Pós-Ditadura Vargas e
da Reinstalação da Justiça Eleitoral

A imunidade tributária dos partidos políticos

Rafael Morgental Soares

Resumo

Este trabalho examina a imunidade tributária dos partidos políticos prevista no art. 150, VI, “c”, § 4º, da Constituição Federal, a fim de demonstrar que essa garantia fiscal atualmente não atinge o objetivo constitucional que a justifica, qual seja, promover a cidadania por meio de um sistema representativo sólido e autêntico. O ensaio está dividido em duas partes: na primeira percorre-se a construção doutrinária e jurisprudencial das imunidades sob a ótica do Direito Tributário; na segunda investiga-se a proteção fiscal dos partidos políticos sob o ponto de vista do Direito Eleitoral e Partidário, em cujo âmbito a imunidade é posicionada como mais uma forma de financiamento político público, ao lado do fundo partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão. Como resultado, espera-se proporcionar uma contribuição à dogmática dos ramos jurídicos envolvidos, e principalmente suscitar a reflexão sobre o modelo de financiamento político hoje vigente.

Palavras-chave: imunidade tributária; partidos políticos; financiamento político; sistema partidário; proteção; cidadania.

Abstract

This study examines the tax exemption of political parties provided in article 150, section VI, “c” and § 4th of the Brazilian Federal Constitution, in order to demonstrate that this tax warranty does not currently affects the constitutional purpose that justifies it, namely, promoting citizenship through a solid and authentic representative system. The test is divided into two parts: the first runs up the doctrinal and jurisprudential construction of exemption from the perspective of Tax Law; the second investigates the tax protection of political parties from the point of view of the Election Law, under which exemption is positioned as another form of public political funding,

Sobre o autor

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Ex-Analista judiciário, chefe de gabinete da Presidência e coordenador da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Advogado na área do direito público. E-mail: rafaelmorgental@hotmail.com

next to the party fund and free access to radio and the TV. As a result, it is expected to provide a contribution to the dogmatic legal branches involved, and especially to raise the debate on political funding model currently in force.

Keywords: tax exemption; political parties; political funding; party system; protection; citizenship.

Introdução

Um dos grandes desafios da democracia brasileira é superar a desconfiança sobre a *autenticidade* do sistema representativo. A repulsa aos partidos políticos e a suspeita quanto aos resultados das eleições são indicativos de que as instituições democráticas demandam uma imediata revisão.

Tal rearranjo institucional é especialmente necessário no tocante ao financiamento político. Mais do que qualquer outra circunstância, é a crescente influência do dinheiro na política que embasa a crença de que a representação eleita não reflete a vontade do povo.

Grupos de interesses e corporações que financiam campanhas eleitorais assumem um protagonismo evidente, em substituição ao cidadão, antepondo à corrida por votos uma corrida por dinheiro.

Em paralelo, a ampliação do volume de recursos públicos destinados aos cofres partidários respalda uma sensação de desperdício, num cenário em que a pujança econômica dos partidos políticos (atestada pela espetacularização das campanhas eleitorais) contrasta com a pobreza geral dos cidadãos.

Tais sintomas justificam a defesa de um controle mais eficaz sobre o trânsito do dinheiro na política – desde o financiamento partidário e eleitoral até a atuação do *lobby* nas casas legislativas.

Eventualmente, desenrola-se um debate capaz de “forçar” modificações legislativas, como ocorreu em 2006, relativamente às contas partidárias e eleitorais (no contexto do “mensalão”), e em 2015, com a recente proibição de doações empresariais, num movimento compartilhado entre os três poderes da república.

No entanto, nenhuma discussão relevante se estabeleceu a respeito da imunidade tributária dos partidos políticos. A pergunta “por que os partidos políticos não pagam impostos?” quase nunca é formulada.

Frente ao cenário acima exposto, é quase incompreensível que essa proteção fiscal não seja contabilizada como uma forma indireta de financiamento público, assim como ocorre com o acesso gratuito ao

rádio e à televisão, modalidade que normalmente (e corretamente) é apontada como uma vantagem econômica para os partidos e como um custo para o contribuinte.

Sob a ótica do Direito Tributário talvez a situação seja mais compreensível. Apesar de agitar temas instigantes como a *igualdade* e o *dever fundamental de pagar impostos*, as imunidades tributárias em geral não desafiam a maior parte da doutrina. O ponto focal do Direito Tributário é a tributação, e não a ausência desta. Do pouco que se teoriza a respeito, nota-se uma tendência a ampliar os efeitos do instituto, sob a justificativa de proteger e promover os direitos fundamentais com elas relacionados (assim, por exemplo, a imunidade dos templos de qualquer culto tem seus efeitos ampliados como *estratégia* para proteger a liberdade religiosa).

Assim, o fato de os partidos não pagarem impostos suscita, quando muito, questões “fiscais” de menor relevância, como o uso de um veículo do partido político – imune ao IPVA – para fins privados do dirigente partidário (Rezende, 2011). Apenas eventualmente se argumenta acerca da injustiça dessa imunidade, e via de regra, quando é contrastada à riqueza, à corrupção, e à ineficácia dos partidos políticos (Haidar, 2014).

Por outro lado, da perspectiva do Direito Eleitoral e Partidário o descuido intriga. Pois além de permitir a ampliação patrimonial indireta à custa do contribuinte (problema tributário), essa imunidade funciona como um estímulo econômico (convite) para o ingresso no “mercado político”, além de promover um espaço de *invisibilidade fiscal* propício à movimentação “discreta” de recursos (problemas eleitorais), justamente num momento em que a redução do volume de dinheiro na política e a transparência na contabilidade partidária são apontadas como antídotos eficazes às nefastas consequências do financiamento abusivo. Segundo Falguera, Jones e Ohman (2015):

O financiamento aberto e transparente dos partidos e candidatos é crucial na luta contra a corrupção e para obter e manter a confiança dos cidadãos na política. Entre outras coisas, a transparência ajuda a estabelecer a igualdade de condições, expondo e punindo a influência indevida sobre os políticos, evita a infiltração de dinheiro ilícito na política e incentiva os partidos e os candidatos a aderirem às normas. [...] A movimentação interna por parte de partidos políticos de seu

acesso e o uso de dinheiro é a base sobre a qual o financiamento político é construído.

Nesse sentido, não se trata apenas de uma provocação sobre a repartição do ônus fiscal, para responder à pergunta: é justo que os partidos políticos – instituições privadas e “ricas” – não paguem impostos num país com tantas carências?

Sem dúvida, o problema levantado acima é relevante e tentador. No entanto, a questão a ser apreciada neste ensaio diz respeito ao *efeito* prático da imunidade frente a seu propósito constitucional, de tutelar e estimular o sistema representativo, em benefício do cidadão. Chega-se a um resultado *melhor* para a cidadania com a manutenção dessa imunidade no quadro normativo?

Para esta investigação, optou-se por uma divisão do trabalho em duas partes. Na primeira, será oferecida uma rápida visão sobre o instituto da imunidade e uma crítica a sua interpretação *tendencialmente* ampliativa, patrocinada pela doutrina e jurisprudência dominantes, partindo do ponto de vista usual no Direito Tributário. Pretende-se com isso demonstrar a inadequação desse modelo interpretativo para o caso dos partidos políticos.

Na segunda parte, a imunidade dos partidos políticos será “deslocada” de seu *habitat* tributário para o quadro analítico do sistema partidário, com o propósito de questionar a conveniência e dos riscos dessa desoneração fiscal para a democracia representativa.

Com as conclusões, espera-se fornecer material útil à elaboração de um modelo de financiamento político mais justo e inclusivo.

Aspectos gerais das imunidades sob a ótica do Direito Tributário

O fundamento da imunidade tributária é a não obstância de direitos fundamentais pela via da tributação (Costa, 2006): de nada adiantaria o constituinte proclamar direitos e fixar objetivos em prol da dignidade humana se o legislador infraconstitucional pudesse frustrar a sua realização mediante uma tributação onerosa (empobrecendo o sujeito imune) ou seletiva (“perseguido” o sujeito imune).

Apesar de constituir assunto menor no Direito Tributário, as imunidades oferecem um campo de pesquisa já centenário¹. Diz-se

1. Desde a primeira Constituição republicana, de 1891, sempre foram previstas

hoje que o instituto possui caráter *dúplice*: por um lado, é uma *regra jurídica* de delimitação da competência tributária; por outro, um *direito fundamental* que surge como *efeito* dessa regra imunizante (Costa, 2006; Ferreira Sobrinho, 1996).

Trata-se, na verdade, da acomodação de duas correntes teóricas sucessivas no tempo: a primeira, comprometida com o positivismo jurídico do século XX, enfatiza o problema *normativo* e centraliza a reflexão em torno do poder do fisco (Carvalho, 2009), ao passo que a segunda, influenciada pela doutrina dos direitos fundamentais, ocupa-se da *proteção do contribuinte* (Costa, 2006).

Basicamente, a primeira vertente posiciona as imunidades numa espécie de “não fiscal”, um espaço intangível pelo fisco, com apoio no argumento de que tanto a norma que consagra o direito do Estado de impor a tributação como a norma imunizante surgem com a Constituição, simultaneamente, num *delineamento* preciso e absoluto do campo fiscal.

Por não reconhecer a juridicidade do poder puro, abstrato, pré-constitucional de tributar, inerente ao próprio conceito de Estado Fiscal, esta corrente vê os fatos praticados sob o manto da imunidade como *irrelevantes* para o Direito. O raciocínio se baseia na dicotomia “dentro x fora” ou “jurídico x não jurídico”, e assim refuta a presença *excepcional* da imunidade na zona tributável².

Não haveria, portanto, uma relação de regra e exceção entre a norma que admite a tributação e a norma imunizante: a imunidade seria, também ela, uma regra, por impedir *ab initio* qualquer cogitação a respeito da imposição fiscal. Prevalece aqui o sentido etimológico do termo “imunidade”, do latim *imunitas*, “livre de múnus/encargo”.

Se essa primeira corrente relegou a um plano secundário a dimensão axiológica das imunidades, produzindo um discurso técnico-jurídico no qual o problema da justiça fiscal é apenas secundário, a segunda corrente absorveu parcialmente um discurso ético-político

hipóteses, cujo rol se inaugurou com a imunidade recíproca dos entes federativos (proibição de tributação entre si), inspirada pelo federalismo norteamericano. Hoje, a Constituição se completa com as 34 previsões de imunidade que habitam o corpo constitucional brasileiro.

2. Um exemplo de *exceção* à tributação seria a *isenção*, que atua no plano infraconstitucional, portanto *após* a afirmação da competência tributária pela Constituição.

na defesa de direitos, liberdades e objetivos constitucionais, para apontar o caráter *jusfundamental* da imunidade. Martins (2012, 2) aponta como os tributaristas escapam de discutir a justiça da tributação:

Remetem à filosofia a formulação de uma teoria sobre a justiça na tributação, com o que se desvencilham da necessidade de explicar por que a carga tributária é sempre contestada em todos os espaços geográficos e períodos históricos, explicação que entendem ser mais pertinente aos filósofos do direito e da política.

O instituto seria um direito fundamental por duas razões: primeiro porque seu *locus* é a Constituição (somente ela seria capaz de retirar alguém ou algum fato jurídico do campo tributável, em caráter absoluto e permanente; o máximo que o legislador infraconstitucional pode fazer é *isentar* da tributação, mas sempre em caráter temporário); e segundo porque está associada – na qualidade de instrumento de realização – a outros direitos e liberdades fundantes (nesse segundo caso, promove-se uma fundamentalização por “extensão”: se os direitos políticos são direitos fundamentais, a imunidade dos partidos políticos, que contribui para sua proteção, deve ser vista também como um direito fundamental, para evitar o risco de *esvaziamento* daqueles direitos pela via fiscal).

O movimento conciliatório entre as duas correntes anteriormente narrado, se ainda não produziu uma teoria geral, pelo menos deixou marcas importantes na doutrina e na jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal tem interpretado as imunidades de maneira bastante favorável aos entes imunes, ampliando seu alcance até os limites do possível, sob a invocação do método teleológico, com o objetivo de ampliar a proteção dos direitos fundamentais envolvidos na temática das imunidades (os direitos que lhes dão suporte). Entretanto, por não investigar seu impacto para a *efetiva* proteção desses direitos, o STF acaba levando à existência “autônoma” das imunidades (*autopoiesis*), que então são tratadas como um “*direito fundamental a não pagar impostos*”, como se a mera enunciação da imunidade e de seu caráter protetivo constituísse razão suficiente para aplicá-la ampliativamente.

Com o beneplácito dessa jurisprudência, as imunidades vêm abrangendo situações não previstas textualmente nas normas constitucionais (embora também não vedadas expressamente). Por exemplo, a realização de atividades atípicas, divorciadas das *finalidades essenciais* do sujeito imune, a pretexto de viabilizarem sua sobrevivência financeira³: tendo em vista que algumas atividades não geram valor econômico (ou não deveriam gerar), embora impliquem certos custos – pense-se na atividade religiosa –, admite a jurisprudência que o sujeito imune vá ao mercado buscar seu sustento, desde que reverta o proveito nele obtido à atividade finalística. Isso, frise-se, sem qualquer limite ao enriquecimento e até ao luxo.

Atualmente, a Súmula Vinculante nº 52 estampa a visão ampliada da Suprema Corte sobre as imunidades:

Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas (BRASIL, 2014).

O entendimento dominante sobre as imunidades pode ser enfrentado com uma série de argumentos.

Quanto ao aspecto *normativo*, não há explicação sobre a juridicidade das obrigações tributárias acessórias, aquelas destinadas a comprovar situações fiscais (ex.: manutenção de livros contábeis): se a imunidade realmente garante um espaço alheio ao Direito, impedindo a tributação, como ela seria permeável a apenas uma parcela do poder tributário, qual seja, a exigência de prestações instrumentais? A questão é importante porque, para o gozo da imunidade, a legislação fiscal exige que o sujeito cumpra requisitos comprobatórios, mas quando este os cumpre, já não está mais num campo “imune”, está submetido ao Direito. Deriva daí, portanto, uma cisão indevida do poder tributário, na qual a prestação principal não é exigível porque não é jurídica, ao mesmo tempo em que se exige (juridicamente) a prestação acessória. Esse defeito da dogmática precisa de urgente correção.

3. Exemplo: manutenção de um estacionamento comercial de veículos por um templo de culto que lhe é adjacente, para reversão da renda ali obtida à atividade finalística (religiosa).

A partir do postulado hermenêutico que determina a interpretação restritiva das exceções como forma de evitar *privilégios* (Maximiliano, 2011), abre-se também um campo de debate sobre a igualdade tributária e o caráter *excepcional* da imunidade. Por aumentar a cota-parte dos pagantes, ou reduzir o poder de investimento do Estado, a imunidade suscita importantes questionamentos: por que determinados setores são mais onerados do que outros? Como aceitar o contraste entre a riqueza de certos sujeitos imunes e as carências da população? Como foi observado por Lorenzetti (2010, 215), “cada direito concedido a uma parte é uma diminuição do direito do outro”.

Há ainda outra implicação no tocante à igualdade: por *normalizar* a exceção, tornando-a uma constante, essa orientação ampliativa estimula o risco de incompreensão e de dificuldades operacionais de todo o sistema tributário, uma vez que, de tanto afirmar particularidades (já são 34 as hipóteses de imunidade!), tal sistema já não consegue mais fazer justiça pela falta de qualquer base comparativa (todos são diferentes de todos, tratamento excessivamente particularizado)⁴.

No tocante ao caráter de direito fundamental também é possível fazer apontamentos. De fato, ainda que as normas de proteção ao contribuinte em geral sejam direitos fundamentais, algumas delas – como as imunidades – são *garantias fundamentais*. Trata-se de categorias dogmáticas distintas (Barbosa, 1893). A imunidade é garantia (é o próprio constituinte quem o diz!)⁵, e além disso é acessória ao direito que protege. Não há imunidade por si só, pois inexiste um direito fundamental a não ser tributado, pura e simplesmente. A imunidade não é instituto finalístico, mas instrumental, existe *para*

4. O sistema tributário ideal seria aquele capaz de conciliar a igualdade e a diversidade, fazendo as generalizações necessárias (e nada mais do que isso) para garantir um tratamento *isonômico* a seus destinatários, que não faça discriminações indevidas, mas que também respeite as particularidades de cada um.
5. “Sem prejuízo de outras *garantias* asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI – instituir impostos sobre: [...] c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei” (Brasil, 1988, grifo meu).

algo: para proteger ou promover algum direito fundamental, algum objetivo do constituinte; é uma salvaguarda⁶.

Observado de perto, o suposto direito fundamental a não ser tributado é vazio de conteúdo. O que há, em termos de fundamentação *jusfilosófica*, é o oposto: *um dever fundamental de pagar impostos* (Nabais, 1998). Afinal, todos estão convocados a contribuir para o pagamento das despesas estatais, na medida de suas possibilidades (capacidade contributiva), sob o risco de falência do Estado⁷. O ônus fiscal deve recair sobre todos, indistintamente, *salvo as exceções justificáveis*.

Assim, é difícil visualizar nas normas tributárias uma razão mais imperativa do que a cobrança *geral* de impostos, já que é a própria existência do Estado que está em jogo, como fiador da paz e da dignidade humana⁸. É, portanto, na dignidade humana que se escora esse *dever fundamental*: o Estado arrecada uma parcela do patrimônio das pessoas e a devolve, “processada”, na forma de direitos, prestações etc. Se não o fizer, a barbárie é um caminho possível.

Evidentemente, esses deslizes metodológicos (ampliar indevidamente uma exceção e confundir direito e garantia) cumprem uma função política importante, de limitar a abordagem da imunidade à questão fiscal, impedindo que se indague *se, como, e até que ponto* este instituto *realmente* contribui para a realização dos objetivos que o justificam.

6. Dentre vários critérios distintivos, as imunidades são geralmente classificadas como *protetivas* ou *promocionais*, o que de certo modo indica o grau de extrafiscalidade presente em cada hipótese: no primeiro caso, servem como um escudo ao sujeito imunizado, tornando certos fatos jurídicos ou sujeitos intangíveis ao poder fiscal (alinhadas ao Estado Liberal), donde se agrupam as imunidades ditas *políticas*; no segundo caso, servem como um estímulo à realização de um objetivo estatal (alinhadas ao Estado Social), como por exemplo a promoção da educação e da assistência social. Tal distinção, embora útil do ponto de vista dogmático, não pode ser radicalizada, uma vez que, afinal de contas, todas as imunidades ostentam um traço promocional, na medida em que pretendem *realizar* certo estado de coisas.
7. Mais do que um enunciado jurídico, esse dever é uma premissa civilizatória, da qual são deduzidos princípios importantes como a universalidade da tributação e a capacidade contributiva, todos a indicarem a imposição fiscal como regra geral e a desoneração fiscal como exceção.
8. Não se estabelece, com isso, uma prioridade ontológica do Estado sobre o indivíduo, mesmo porque a relação é inversa e instrumental: o Estado serve ao indivíduo. Mas para fazê-lo, precisa antes existir.

A razão é clara: evitar a indesejável seletividade do fisco (autoridade administrativa) nas matérias em que o próprio constituinte a teria de plano afastado. Barrar, com isso, a possibilidade de que o direito protegido pela imunidade seja frustrado pela redução ou supressão da imunidade. Reduz-se o espaço para o fisco “apreciar” ou “deferir” a imunidade (ou seja, o risco de um *uso político* das regras de imunidade, no mau sentido). O problema é eliminado no início – não se admite a discussão a respeito do conteúdo da imunidade ou sequer do seu objetivo: presente uma causa de imunidade, aplique-a imediatamente, ampliativamente, e garanta, assim, o direito que ela protege. Há, afinal, uma *presunção de imunidade* sobre os atos sujeito imune.

Graças à orientação ampliativa, a imunidade não apenas limita a imposição fiscal – a entrega patrimonial –, mas também inibe a atuação *administrativo-processual* e até *judicial* do fisco perante os sujeitos imunes. Além da imunidade ao sacrifício patrimonial, uma “imunidade” à fiscalização da movimentação patrimonial, que embora não estabelecida juridicamente, surge como consequência da postura doutrinária e jurisprudencial benevolente.

Não é que a postura do STF seja de todo injustificável. Tomando-se o caso da religião, percebe-se a dificuldade e os riscos de uma investigação pontual: como estabelecer um filtro do que pode e do que não pode ser considerado manifestação religiosa a fim de qualificar um culto e, com isso, garantir a imunidade de seu templo respectivo⁹?

Mas embora pretenda ampliar a proteção de direitos, a visão prevalecente reproduz um aparato conceitual inadequado para os desafios contemporâneos do Direito.

Primeiramente, admite – mesmo que não expressamente – o *antagonismo* da relação fiscal, adotando uma ideia fundante do Estado Liberal, de oposição entre o Estado e o indivíduo¹⁰, hoje em vias de superação por uma ideia de *cooperação*, orientada pela boa fé e

9. O problema é deveras profundo porque enquanto o Estado é por definição “racional”, a religiosidade recorre a outro tipo de racionalidade, calcada na crença e não na evidência.

10. Não é demais lembrar que, segundo Elias (1993), a norma do Estado Fiscal (tributação previamente consentida) é o germen do constitucionalismo e da própria fundação do Estado moderno.

matriciada pelo modelo obrigacional inspirado no Direito Privado: não mais o modelo do *interesse público* vagamente declarado, invocado para acobertar arbitrariedades, mas sim o modelo *dialético* que considera *efetivamente* o indivíduo nas suas relações com o Estado (Maffini, 2010), em pé de igualdade, e que lhe fornece instrumentos jurídicos protetivos adequados.

Em segundo lugar, e mais importante, vem calcada numa compreensão dual e estreita do fenômeno fiscal, que renuncia ao contato com o que acontece *antes e depois* da tributação, ou *além* da tributação: seus motivos, seus efeitos, o destino da arrecadação e, fundamentalmente, os direitos e interesses de terceiros atingidos pela fiscalidade (a posição da coletividade no meio dessa dicotomia “fisco x contribuinte”).

No fundo, prevalece a visão jusfilosófica elaborada no âmbito do Direito Tributário, que posiciona o *contribuinte* como o centro referencial do fenômeno fiscal. Partindo da dignidade da pessoa humana – postulado antropocêntrico que sustenta todo o discurso jurídico desde a Renascença –, entende-se que o contribuinte é a dimensão tributária desse sujeito digno, aquele a ser protegido contra o tendencial abuso do Estado, e por isso a hermenêutica apropriada às normas fiscais é, via de regra, aquela que melhor atende aos interesses do sujeito protegido, individualmente considerado (Becho, 2009).

Tal forma *atomizada* de abordar as normas fiscais nem sempre resiste a uma análise sistêmica do Direito. Segundo Maximiliano (2012), “o Direito é um todo orgânico; portanto não seria lícito apreciar-lhe uma parte isolada, com indiferença pelo acordo com as demais”. Quando observado o *efeito* das normas fiscais sobre outros subsistemas jurídicos, vê-se que a filosofia própria do Direito Tributário, apesar de proteger o contribuinte, pode levar à frustração de direitos do trabalhador, do segurado, do agente econômico, do cidadão, enfim, da pessoa humana digna em todos os seus atributos concretos.

Esse reflexo das normas fiscais sobre outros campos fica mais claro com o aporte da Análise Econômica do Direito¹¹: concebendo

11. A Análise Econômica do Direito, ou *Law and Economics*, é um movimento que absorve alguns postulados da economia para melhor compreender as induções jurídicas ao comportamento humano: enquanto a economia *descreve*, o Direito *normatiza* a partir daquela descrição.

a tributação (e sua ausência) como um fator impactante na decisão do agente econômico (Silveira, 2009), aquele movimento teórico permite ressaltar o caráter *extrafiscal* das imunidades, em oposição ao suposto caráter *não fiscal*¹², abrandando a noção rígida (e impossível) de neutralidade fiscal (Nabais, 2011). Se na visão estritamente “tributária” elas são tomadas como uma *exoneração*, sob a análise econômica elas funcionam nitidamente como uma *desoneração*, estimulando resultados *diversos* daqueles que surgiriam a partir da dinâmica *normal* do mercado (livre).

Seja por “convidar” o capital disponível às zonas intributáveis (atuando assim sobre a livre iniciativa), seja por determinar uma vantagem competitiva (atuando sobre a livre concorrência), as imunidades colidem, em tese, com um ideal de mercado livre de pressões “externas”¹³.

Não que o estímulo econômico provocado pela imunização seja reprovável a priori; é exatamente por esse tipo de motivação que as imunidades operam, oferecendo alguma *vantagem* ao sujeito imune em troca de sua atuação (presumivelmente) direcionada a realizar um objetivo constitucional. Assim, por exemplo, as entidades de educação e de assistência social recebem imunidade como incentivo econômico para fazer algo que, afinal, compete também ao próprio Estado.

O problema ocorre quando o estímulo econômico não se alinha à *finalidade* para a qual a imunidade foi disposta, gerando um espaço

12. De acordo com Ferreira Sobrinho (1996, 22), denomina-se *extrafiscalidade* o manejo de tributos com finalidade *além* da arrecadação. Com ela busca-se modular o comportamento das pessoas, por exemplo desestimulando o consumo de drogas lícitas ou bens supérfluos, ou incentivando o desenvolvimento de um determinado setor considerado estratégico para a economia. Embora identificada juridicamente com a isenção, do ponto de vista econômico não há razão para deixar a imunidade fora do campo da extrafiscalidade, pois os efeitos produzidos por ambas são absolutamente idênticos.

13. Ao equilibrar uma visão liberal com uma visão social-intervencionista da economia, nossa Constituição não indicou qualquer prioridade clara entre uma e outra, como também não autorizou o abandono a priori de nenhuma das vertentes. Assim, o fato de os direitos da “Constituição Econômica” (liberdade de iniciativa e concorrencial) não serem *por padrão* cogitados no estudo e na aplicação da “Constituição Fiscal” (onde está a imunidade tributária) demonstra uma insuficiência da teoria jurídica. Apenas recentemente surgiram reflexões que consideram o encontro entre a tributação e os direitos econômicos, como se vê em Silveira (2011).

para lucrar e para movimentar valores, mais do que para atender ao objetivo constitucional desenhado com a imunidade¹⁴.

Um dos motivos para esse resultado indesejável é a *invisibilidade fiscal* resultante da interpretação ampliativa (focada apenas na proteção imediata do contribuinte), sob a qual os sujeitos imunes – e os que com eles transacionam – podem atuar sem maiores controles, tanto no domínio específico de sua atividade como no campo das atividades atípicas, desvinculadas da finalidade essencial do sujeito imune¹⁵.

Em síntese, o encurtamento hermenêutico operado por uma visão excessivamente “tributária” interdita o problema das finalidades, justamente o cerne das imunidades. Sua correta interpretação demanda uma investigação mais rigorosa dos direitos que ela protege, a fim de verificar se cumpre sua finalidade ou se constitui privilégio odioso, e além de verificar os eventuais direitos que viola, aceitando-se abertamente os riscos da testagem prática que o STF e a doutrina dominante buscam evitar.

Para tanto, além das questões fiscais acima pontuadas, em torno da igualdade tributária e do dever fundamental de pagar impostos, devem ser também considerados os subsistemas jurídicos que são impactados pelas imunidades.

14. Sem dúvida, as escolhas humanas não são condicionadas apenas pelo critério econométrico do lucro. A proximidade de um sujeito com a religião, por exemplo, pode ser um argumento mais forte para animá-lo a construir um templo de culto do que a possibilidade de não pagar impostos para manter esse templo. Contudo, num ambiente em que a própria religião parece sucumbir à lógica do mercado, a motivação para empreender a dita construção poderia vir de outro lado, já que a carga fiscal encaixa-se como uma variável na ordenação das opções. O mesmo raciocínio se aplica a outros casos de imunidade.

15. No caso das atividades atípicas, ainda que não haja desvio de finalidade da imunidade, ou seja, que o sujeito imune não a utilize para lucrar, e sim para reverter o proveito auferido no mercado à atividade-fim, a eventual lesão à livre concorrência pode facilmente se caracterizar, não havendo nenhuma prioridade ontológica da imunidade sobre esse direito econômico, que não é apenas individual, antes beneficia a toda a coletividade (assim como o oposto da livre concorrência, o monopólio, prejudica). Portanto, a contenção da imunidade em parâmetros mais estreitos não é recomendável apenas pelo risco de uso “malicioso” desta vantagem, mas também porque ela desencadeia efeitos “externos” ao fenômeno fiscal, especialmente no livre mercado.

A apreciação do caso dos partidos políticos segue nesse caminho. É necessário deslocá-la de seu “habitat” tributário para visualizá-la no âmbito do sistema partidário.

A imunidade tributária dos partidos políticos à luz do Direito Eleitoral e Partidário

Se o cidadão é o autêntico titular da soberania popular, então a cidadania¹⁶ é o “núcleo essencial” do regime democrático¹⁷. Em torno dela gravitam as demais instituições democráticas – o voto, as eleições, o parlamento e, sem dúvida, os partidos.

Embora essenciais à democracia¹⁸, os partidos não são seus principais protagonistas. Trata-se de instituições *instrumentais*, *veículos*

16. Sem desprezar a imensa carga semântica do vocábulo “cidadania”, parece evidente que sua principal aplicação diz respeito à participação política, quer dizer, aos direitos políticos propriamente ditos.

17. Não é, sem dúvida, como mero ícone, como instância passiva de legitimação, que a Constituição se refere ao povo e aos cidadãos, mas como o ponto de partida, o grau zero da democracia, de acordo com Müller (2013). De fato, a Constituição de 1988 não ficou vulgarmente conhecida como “cidadã” à toa. Encerrando um ciclo de autoritarismo, foi pródiga ao utilizar os vocábulos cidadão e cidadania. Mas nem tanto pela quantidade, e sim pela oportunidade/localidade em que esses termos foram empregados, nosso atual regime constitucional põe a cidadania como pedra de toque da democracia, ao indicá-la já no artigo inaugural, com antecedência à própria dignidade da pessoa humana. Sem revelar a prioridade da cidadania sobre a dignidade, esta opção do constituinte parece antes considerar a cidadania como *condição* à dignidade: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como *fundamentos*: I – a soberania; II – a *cidadania*; III – a *dignidade da pessoa humana*; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (Brasil, 1988, grifos meus).

18. Adota-se aqui a democracia como conceito de combate à autocracia, a partir da perspectiva histórica elaborada por Franco (2013). Sob esta perspectiva, a democracia é o regime que melhor *distribui* o poder, evitando o surgimento de uma autoridade capaz de frustrar o ideal antropocêntrico pelo uso de uma força inelutável de sujeição, ao mesmo tempo em que estabelece um *modo negocial* de fazer política, visualizando

cuja função primordial é *representar* a soberania popular, ou seja, realizar a *democracia possível* (representativa) tendo em vista o propósito último de toda a ordem jurídico-política, a dignidade da pessoa humana.

Para que cumpram sua tarefa de operacionalizar e legitimar a democracia (Mainwaring, 2001), é imprescindível que os partidos obtenham o máximo de participação cidadã em seus processos deliberativos e decisórios¹⁹. De fato, não há como *adequar* a vontade do povo ao agir partidário apenas com o comparecimento eleitoral. A *autenticidade do sistema representativo*²⁰ depende também da participação qualificada do cidadão no seio intrapartidário (com ideias, apoio, dinheiro etc.).

Assim, as previsões jurídicas imediatamente favoráveis aos partidos políticos só podem ser interpretadas e aplicadas no sentido de ampliar a cidadania²¹. Quando uma norma vantajosa aos partidos resultar em lesão à cidadania, não deverá prevalecer.

É possível observar esse tipo de efeito contrário ao propósito constitucional na passagem para o plano legal, dentro de uma complexa *teia* que compõe o sistema partidário (Mainwaring, 2001). Por exemplo: ninguém duvida que a liberdade e a autonomia partidárias são previsões constitucionais direcionadas a realizar a cidadania; no entanto, também é evidente que a conformação legal desses direitos partidários por intermédio dos partidos e seus representantes no Congresso Nacional conduziu a uma espécie de *partidocracia*²²,

os indivíduos (e os grupos nos quais estão inseridos) como *livres, iguais, capazes e responsáveis* no processo deliberativo-decisório, o que gera uma relação cíclica na qual o cidadão é, a um só tempo, fonte e destinatário da ação política.

19. Segundo Bobbio (1986), não apenas no sentido de ampliar o número de participantes, mas também de alargar as oportunidades de participação e de aumentar a quantidade de temas efetivamente discutidos pelos cidadãos.
20. “O partido político, pessoa jurídica de direito privado, *destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo* e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal” (Brasil, 1995, grifo meu).
21. A esse respeito, nenhuma confusão deve ser feita entre o interesse da cidadania (democratização contínua, desconcentração do poder) e o interesse específico de um ou mais partidos políticos (concentração de poder).
22. Quando os partidos *substituem* o cidadão na sua qualidade de agente principal do regime, temos uma degeneração chamada *partidocracia*. Uma das principais características da *partidocracia* é a inversão dos vetores na relação entre o cidadão

caracterizada pelo baixíssimo nível de democratização interna no seio das legendas (*ditaduras intrapartidárias*), segundo Aras (2011).

As estratégias de manutenção do status quo são sutis, mas não imperceptíveis. Segundo Monteiro (2007, 153 e 60),

A legislação eleitoral pode anular total ou parcialmente os benefícios de um processo de escolhas mais equânime e transparente, na extensão em que as regras de financiamento de campanhas favoreçam a interesses organizados, assim como ao aumento puro e simples da quantidade de legislação. [...] a racionalidade dos políticos é ditada, em última instância, por sua sobrevivência eleitoral. ##A última minir-reforma eleitoral (Lei 13165/2015), por exemplo, reduziu a liberdade de informação (basilar aos direitos políticos) na forma de um encurtamento da propaganda eleitoral, em nítida vantagem aos que já possuem a visibilidade do cargo público eletivo.

Com relação à imunidade tributária em exame, pode-se fazer um juízo semelhante, a respeito da concentração de poder e do consequente alijamento da cidadania. Estabelecida pela Constituição como um *estímulo* ou, pelo menos, *uma proteção* para o desenvolvimento do regime político baseado em partidos²³, verifica-se hoje o distanciamento entre o propósito constitucional originário e seu resultado prático, mediante a atuação do legislador ordinário, dentro de um cenário de invasão da política pelo dinheiro.

e os partidos: enquanto no regime democrático autêntico os partidos servem à cidadania, na *partidocracia* eles *se servem da cidadania*, subtraindo o espaço decisório do cidadão (Miranda e Machado, 2013). A *partidocracia* se nutre de um regime de financiamento político complexo e resiliente, responsável por manter, ao longo de sucessivas modificações históricas, o mesmo modelo *estamental* descrito por Faoro, de governo das minorias: no fundo, sempre os mesmos, e sempre um antagonismo irremediável entre os titulares do poder e os subjugados (Faoro, 2008). No mesmo sentido, Müller (2013) faz sua crítica ao Estado de Partidos.

23. Exatamente como ocorreu em 1946, quando essa imunidade foi inserida no constitucionalismo brasileiro: ante a ausência de financiamento privado maciço, e sem a previsão de repasses diretos dos cofres públicos (o fundo partidário só surge com a Constituição de 1988), fazia sentido que o Estado *pelo menos* não impedisse a existência financeira das agremiações emergentes, nem se valesse da fiscalidade (e de seus atributos, como a seletividade) para favorecer ou prejudicar certas correntes.

Infelizmente, a dogmática do Direito Tributário não chega tão longe para enfrentar esses desafios. Naquela disciplina, o sujeito a ser protegido da fiscalidade é o “contribuinte” expressamente indicado pela norma, ou seja, o partido político. Daí essa hipótese de imunidade ser classificada como *subjetiva*, em oposição às imunidades objetivas, que não elegem um contribuinte em específico, mas sim uma categoria de situações jurídicas a serem afastadas da fiscalidade (embora, afinal, sempre protejam *alguém*) (Bruce, 2011).

Evidentemente, esse tipo de classificação doutrinária obedece a um *critério funcional* (a direção da norma imunizante: pessoa ou coisa), mas não *axiológico* (o propósito da norma imunizante). Apenas para a *operação* do sistema tributário faz sentido considerar o partido como o titular dessa garantia fiscal: seu destinatário final é o cidadão²⁴, sujeito a quem mais interessa o correto funcionamento do sistema partidário.

Os motivos para que o Direito Tributário (em âmbito científico e jurisprudencial) tenha se inclinado para o aspecto *operacional* da tributação já foram apontados na primeira parte deste trabalho, e estão ligados ao receio de enveredar por um campo valorativo extremamente aberto, impreciso. Naqueles domínios, há por suficiente a vaga ideia (já criticada no item anterior) de que a imunidade tributária dos partidos políticos é um direito fundamental do contribuinte, e que a melhor forma de realizá-lo, em nome dos valores democráticos, é mediante a interpretação ampliativa.

Essa solução não apenas é inadequada como também contrária ao que determinou o constituinte. Tendo limitado o gozo da imunidade às finalidades essenciais dos partidos²⁵, a Constituição admite

24. Assim, no caso dos partidos políticos a usual classificação das imunidades em subjetivas (dirigidas a uma categoria específica de contribuinte) e objetivas (dirigidas a um tipo específico de situação tributável), promovida pela doutrina tributarista, só é válida se reconhecido o seu limite explicativo: o *sujeito* da norma é o partido, mas o beneficiário é o cidadão.

25. “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI – instituir impostos sobre: [...] c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; [...] § 4º – As vedações expressas no inciso VI, alíneas ‘b’ e ‘c’, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, *relacionados com as finalidades essenciais* das entidades nelas mencionadas” (Brasil, 1988, grifo meu).

(*contrario sensu*) que os partidos podem ser tributados quando não cumprem sua finalidade essencial (por realizarem atividades indiferentes às suas finalidades ou por se desviarem delas).

Bem por isso, a Constituição indiretamente *obriga* a que essas finalidades essenciais sejam *consideradas*, que elas sejam identificadas e que seu cumprimento seja atestado; ora, isso é justamente o que a disciplina tributarista não faz.

Como visto, o problema não se limita ao aspecto operacional da tributação (mostrar o *que* é matéria tributável e proteger o contribuinte),²⁶ nem ao campo um pouco mais amplo da justiça fiscal (repartição do ônus fiscal).²⁷

A questão é buscar a *justificação* do instituto no subsistema jurídico do qual também faz parte: a imunidade só é *justa* quando contribui para o cumprimento das finalidades partidárias.²⁸ Trata-se, portanto, de verificar se a imunidade *efetivamente* contribui para o aprimoramento democrático que a justifica, mediante a gradual e qualitativa ampliação da cidadania.

A hipótese aqui lançada é a de que, no quadro atual, a imunidade funciona mais como uma barreira do que como uma garantia à ascensão da cidadania no regime democrático.

Essa afirmativa decorre de uma aproximação *não tributária* ao sistema partidário, com ênfase sobre o modelo de financiamento político, tendo como pano de fundo a realidade *global* (ou pelo

26. Nesse sentido, não são as atividades específicas de cada agremiação que devem receber a maior atenção. A análise não pode ser atomizada, quer dizer, limitada às relações jurídicas tributárias. Não se busca apenas evitar que um dirigente partidário adquira um veículo para uso próprio sem o recolhimento de IPVA, nem que uma agremiação deixe de investir no mercado imobiliário sem pagamento de IPTU, embora isso também seja necessário, como observado por Rezende (2011).

27. Verificar se a imunidade tributária é *justa* tendo em vista apenas o sistema tributário é sim um problema possível. Não seria difícil sustentar que, graças ao financiamento público generoso, às doações privadas praticamente ilimitadas (a despeito da recente vedação a doações empresariais) e ainda ao acesso gratuito ao rádio e à televisão, a desoneração fiscal dos partidos (pessoas jurídicas de direito privado) é injusta, constituindo uma vantagem excessiva, um zelo sem apoio na realidade. Todavia, é seu impacto na dimensão político-partidária-eleitoral que mais importa neste estudo.

28. Sendo garantia a serviço de um direito, a imunidade se sustenta na medida em que contribui para realizá-lo.

menos ocidental) de predominância do econômico sobre o político (Lipovetsky e Serroy, 2011).

Provavelmente não ocorreu ao constituinte (tanto em 1946, quando esta imunidade ingressou no constitucionalismo brasileiro, quanto em 1988, quando foi repetida) a ideia de que aos partidos políticos *não faltaria dinheiro*, mas sobraria.

Em 1988, o constituinte lapidou um regime de *proteção mínima*, pois era a necessidade de um *mínimo*, e não de um *limite*, o que tinha diante de si. Com isso, destinou aos partidos²⁹ o acesso gratuito ao rádio e à televisão, para garantir a conclamação da cidadania; o repasse de dinheiro público (fundo partidário), para garantir a sobrevivência financeira; a imunidade tributária, com esse mesmo

29. “É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I – caráter nacional; II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III – *prestação de contas à Justiça Eleitoral*; IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei. § 1º É assegurada aos partidos políticos *autonomia* para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. § 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. § 3º *Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.* § 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar” (Brasil, 1988, grifos meus).

propósito³⁰. A contrapartida foi a prestação de contas à Justiça Eleitoral.³¹

Não poderia prever que, mediante a legislação eleitoral e partidária, o Congresso Nacional fixaria um regime de elevada movimentação financeira, em nada semelhante ao cenário de escassez que inspirou o surgimento da imunidade em questão.

A cifra do acesso gratuito ao rádio e à televisão, por exemplo, se aproxima da casa do bilhão (Dutra, 2014; Rodrigues, 2014), embora não se tenha acesso aos valores exatos, uma vez que a apuração depende de conhecer os registros contábeis das empresas de telecomunicação obrigadas a sua transmissão (protegidas por sigilo fiscal), já que a elas é garantida a compensação fiscal (Brasil, 1995, 1997). Só com essa medida os partidos “economizam” uma parcela expressiva do gasto com a propaganda eleitoral (o mais impactante numa campanha).

Já o fundo partidário, que não teve nenhum referencial indicado pelo constituinte, também foi fixado pelo legislador infraconstitucional em parâmetros generosos. Em 2014 foram distribuídos R\$ 365.673.990,02 aos partidos políticos. Para 2015 a Lei Orçamentária Anual praticamente *triplicou* o repasse: mesmo tendo sido editada sob o mote do “ajuste fiscal”, a Lei 13115/2015 fixou em R\$ 867.569.220,00 o valor do fundo partidário, isso sem contar as multas aplicadas pela Justiça Eleitoral, cujo pagamento também

30. A ideia de que a imunidade tributária cumpre um papel político, de robustecer a autonomia e a liberdade partidárias frente ao Estado, não tem respaldo histórico nem sustentação teórica. A ingerência do Estado nos partidos políticos nunca se deu pela via fiscal. Prova disso é que esta garantia esteve presente nos textos de 1967 e 1969, e pouco ou nada vez para solidificar um sistema partidário pró-cidadania. Sem precisar lançar mão da fiscalidade, o regime centralizado pelos militares dispunha de ferramentas muito mais eficazes para *domar* os partidos políticos, cuja existência era praticamente nominal, uma vez que de fato não cumpriam (pois não podiam cumprir) sua missão de *eleva*r a cidadania. E menos hoje seria necessário tal propósito *político*: todas as cautelas jurídicas em torno da tributação (legalidade, igualdade, capacidade contributiva, mas também o grau de especialidade e profissionalismo presente no agir fiscal) tornam fantasiosa a possibilidade de que o Estado venha a imprimir tributação onerosa ou seletiva para perseguir determinadas correntes ideológicas ou enfraquecer o sistema partidário como um todo. Assim, sob esse viés político, a imunidade é indiferente.

31. Que tanto se fundamenta pela destinação de verba pública aos partidos quanto, especialmente, pelo princípio da igualdade no processo eleitoral, a ser realizado pela Justiça Eleitoral, na forma de contenção ao abuso de poder econômico.

reverte ao fundo, para totalizar uma previsão de gastos públicos diretos com partidos políticos superior a R\$ 1 bilhão.

Tal movimento legislativo nada mais faz do que agravar o amálgama entre o poder político e o poder econômico. Conquanto a relação entre esses poderes seja bastante antiga e complexa, atualmente é possível constatar de várias maneiras como a dimensão econômica condiciona a dimensão política da existência³².

Nesse sentido, visualizar uma norma fiscal como um indutor do comportamento econômico *e também* político abre uma nova agenda de pesquisa, donde ressaltam causalidades ainda não mapeadas.

Iniciada essa exploração, é possível verificar que esse estímulo promovido pela imunidade não induz o cidadão a participar mais e melhor da política. Ao contrário. Na medida em que a imunidade contribui para o aumento do volume de investimentos na política, o cidadão se torna um agente “menor” numa disputa de grandes.

Ora, se o drama atual da política (e mais especificamente do sistema representativo baseado em partidos) é justamente o *excesso* de dinheiro combinado com a falta de transparência, é forçosa a conclusão de que o ordenamento jurídico deveria perseguir a reversão dessa realidade, e não o seu agravamento. Sob a ótica da democracia, os estímulos devem ser contrários à concentração do dinheiro e favoráveis à publicização, o que faz da imunidade (no conjunto das vantagens financeiras dos partidos) um estímulo indevido.

Primeiramente, a imunidade figura como um incentivo adicional à formação de mercados profissionalizados em torno da política: à margem da tributação, o patrimônio e os serviços partidários ligam-se a atividades lucrativas de apoio às campanhas eleitorais, o que ajuda a pôr em marcha um processo de busca incessante por financiamento. Paradoxalmente, o que a tributação poderia fazer buscando reverter o cenário é *reduzir*, e não ampliar, o potencial de pagamento dos partidos por esses serviços. Ou seja, tributar mais, e não deixar de tributar³³.

32. Sugiro a leitura da obra *Rumo ao Abismo?: ensaio sobre o destino da humanidade*, de Edgar Morin.

33. Segundo Monteiro (2007), evidentemente, há um limite para a redução do dinheiro envolvido na política, uma vez que a limitação severa dos custos de campanha pode ter o efeito negativo de impedir a renovação do quadro político, mantendo no poder aqueles que já possuem a visibilidade daí decorrente. A regulação deve

Na mesma direção, a própria atividade política se profissionaliza, tornando-se um campo propício à obtenção de vantagens financeiras. O comando de uma legenda partidária dá acesso a negócios e contratações, em nome do partido, sem os rigores normalmente exigíveis de instituições públicas, como o processo licitatório. Mais do que isso: nem os controles das instituições privadas em geral³⁴ são exigíveis dos partidos. O mais rígido deles (fiscalização contábil para fins tributários), como já visto, é interditado pela imunidade.

Assim, por desestimular as autoridades fiscais a contribuírem para o controle das finanças e da contabilidade partidárias (o raciocínio é mais ou menos o seguinte: “se não for para cobrar, por que fiscalizar?”), a imunidade presta desserviço à democracia.

Com isso, o periférico (não se submeter à fiscalização rigorosa) supera o principal (não pagar impostos). Mais do que uma oportunidade para maximizar o lucro econômico numa zona intributável, essa imunidade facilita a conversão do excedente econômico em capital político, mediante a criação de uma nefasta e indevida *invisibilidade fiscal*.

O problema se torna realmente grave no tocante às doações de campanha. Os doadores em geral preferem não ter seu nome associado ao partido ou candidato financiado, e a recíproca é verdadeira³⁵. Mas justamente a dificuldade de se mapear *quem sustenta quem* é o que mais contribui para a *desconfiança* sobre a legitimidade dos resultados eleitorais (Falguera, Jones e Ohman, 2015), com as consequências negativas para a cidadania daí advindas.

Quanto a esse ponto central, a reforma eleitoral de 2015 (tanto a promovida pelo Congresso Nacional – Lei 13165/2015 quanto a promovida pelo STF no julgamento da ADI 4650, que barrou as doações empresariais) dá sinais ambíguos: por um lado, aparenta promover uma redução do trânsito de dinheiro nas campanhas eleitorais, reduzindo o seu custo; por outro, oculta medidas que atenuam o rigor fiscalizatório.

Um exemplo dessa segunda constatação é a mudança do art. 34 da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9096/1995), que retirou da Justiça

buscar um ponto de equilíbrio.

34. O que *tecnicamente* os partidos são, por força do art. 1º da Lei 9096/95.

35. Foi Bobbio (1986) quem melhor demonstrou os riscos do poder invisível e a dificuldade de combatê-lo.

Eleitoral a incumbência de fiscalizar a escrituração contábil das agremiações partidárias, limitando-a à verificação de um simples relatório financeiro que indique receitas e despesas. No mesmo sentido, algumas previsões sobre a prestação de contas também foram “amaciadas”, como a simplificação do processo para campanhas “menores” (Lei 9504/1997, art. 28, § 9º, 10 e 11).

Em paralelo, suprimiu-se a previsão, incluída em 2009 na legislação fiscal, de que a imunidade tributária dos partidos políticos só pudesse ser suprimida após o trânsito em julgado da prestação de contas no âmbito da Justiça Eleitoral, em caso de contas irregulares ou não prestadas³⁶. Cabem alguns comentários a esse respeito.

Inicialmente, há a aparência de boa medida: em vez de aguardar toda a tramitação do processo judicial eleitoral versando sobre a má gestão do dinheiro partidário, a autoridade fiscal agora está habilitada a desencadear a supressão da imunidade quanto aos valores indevidamente geridos desde que tome conhecimento do ilícito, independentemente do julgamento no âmbito judicial-eleitoral.

Mas como a autoridade fiscal tomará conhecimento do ilícito se não por meio da Justiça Eleitoral (que, aliás, nunca adotou uma rotina de encaminhamento das contas rejeitadas ao fisco, para fins de supressão pontual da imunidade)? Embora a legislação tributária (art. 14 do Código Tributário Nacional) preveja a possibilidade de controle contábil dos sujeitos imunes pelo fisco, o fato de não haver recolhimento de impostos – como já visto – coloca a autoridade fiscal numa posição de relaxamento, pois o viés do fisco é arrecadatório, e não político-pedagógico (sob essa perspectiva a fiscalização não tem valor em si).

A suspeita possível – a ser confirmada – é de que essa disposição foi suprimida para ampliar o “esquecimento” dos partidos no âmbito fiscal, no qual existem ferramentas de controle mais eficazes. Suspeita que não pode ser invalidada diante dos costumes políticos (que não se limitam às fronteiras do Brasil): podendo moldar o sistema partidário a seu bel-prazer, os legisladores (eles próprios, figuras proeminentes em suas respectivas agremiações partidárias)

36. “Somente se inicia o procedimento que visa à suspensão da imunidade tributária dos partidos políticos após trânsito em julgado de decisão do Tribunal Superior Eleitoral que julgar irregulares ou não prestadas, nos termos da Lei, as devidas contas à Justiça Eleitoral” (Brasil, 1996).

não têm interesse na transparência, preferindo atuar com o menor controle possível.

Tal descontrole, combinado com a proibição de doações empresarias, pode ser uma mistura bombástica. Admitindo-se que os interesses empresariais no processo eleitoral não desaparecerão por passe de mágica, é aceitável também a hipótese de que o financiamento das campanhas por empresas ocorrerá à margem da lei. Para flagrá-lo somente uma fiscalização mais rigorosa – justamente o caminho oposto ao que foi adotado pelo legislador.

Todo esse cenário traz ainda um agravante, qual seja, a oportunidade de que recursos de origem ilícita sejam injetados na disputa pelo poder (Falguera, Jones e Ohman, 2015). Nada mais pernicioso à qualidade da democracia.

Conclusões

Neste ensaio se verificou que a imunidade tributária dos partidos políticos hoje funciona divorciada de seus propósitos originais, mais servindo para o trânsito de dinheiro às escondidas e para eventual margem lucrativa do que para fortalecer o sistema partidário e, consequentemente, a cidadania.

Tal conclusão só é possível quando se abandona a análise atomizada da relação jurídica tributária para enfrentar a imunidade em comento sob uma perspectiva jurídico-política, que não vislumbra apenas os partidos, mas o conjunto de partidos e o modelo de financiamento que os sustenta.

Nesse sentido, entende-se como imprescindível um olhar mais atento às regras do jogo (Monteiro, 2007). Quem as manipula acaba determinando o próprio resultado do jogo (Sustein e Thaler, 2009). Tal análise deve ser a mais ampliada possível, combinando as previsões jurídicas diretamente ligadas ao processo político-eleitoral com aquelas que habitam outros subsistemas jurídicos, como o tributário.

Mas isso dito, o que fazer?

Um caminho seria defender a eliminação imediata dessa imunidade, para que os partidos passassem a ser tributados em nome da justiça fiscal. Aceitando-se que o jogo político é *também* um jogo econômico, seria melhor e mais justo tributá-los.

Porém, esse argumento não é o mais forte, por duas razões. Em primeiro lugar, não é tanto a questão arrecadatória (orçamentária) que está em jogo, e sim a falta de controle decorrente dessa intri-butabilidade. Em segundo lugar, e mais importante, não se pode misturar o domínio *econômico*, que é o lugar do *útil*, com o domínio político, que é o lugar do *ético*. O caminho correto é resgatar essa dimensão ética por meio da regulação jurídica.

A extinção da imunidade, então, só se justificaria por um impera-tivo ético-político, ligado à necessidade de controle da contabilidade partidária, em nome da cidadania.

Mas pela via legislativa o trabalho é árduo. Mesmo se constatan-do que esta imunidade é injusta porque não contribui para ampliar o poder da cidadania, a chance de que seja eliminada é mínima. Mais difícil do que convencer o legislador a promover uma emen-da constitucional suprimindo-a seria superar o suposto caráter de cláusula pétrea que lhe é amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência.

Além disso, poder-se-ia argumentar, com razão, que se o proble-ma principal é a fiscalização, seria mais fácil rearranjar a legislação infraconstitucional do que modificar a Constituição.

Diante disso, a solução mais realista e proveitosa é limitar a inter-pretação hoje ampliativa no âmbito executivo e judicial. Entendendo que a desoneração fiscal dos partidos é uma exceção, e que está limitada à realização da cidadania, ter-se-ia espaço para imprimir uma fiscalização mais rigorosa, combinada entre a Justiça Eleitoral e as autoridades fiscais, a fim de flagrar e punir os desvios de toda sorte com o devido rigor.

Contendo-se o alcance da imunidade em seus propósitos originais e promovendo-se uma mudança de postura no âmbito dos órgãos de controle, dá-se um passo importante em direção ao aprimoramento da democracia.

Referências

- ARAS, A. (2011). *Fidelidade e ditadura (intra) partidárias*. Bauru: Edipro.
- BARBOSA, R. (1893). *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a justiça federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&-co_obra=61656]. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.

- BECHO, R. L. (2009). *Filosofia do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva.
- BOBBIO, N. (1986). *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- BRASIL. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.
- _____. (1995). *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm]. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.
- _____. (1996). *Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996*. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm]. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.
- _____. (1997). *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm]. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.
- _____. (2014). *Súmula Vinculante 52*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2610>]. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.
- _____. (2015). *Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015*. Altera as Leis nos 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm]. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.
- BRUCE, L. H. C. (2011). Imunidade tributária das entidades educacionais. In: SERRANO, M. de A. M. (Org.). *Tratado das imunidades e isenções tributárias*. São Paulo: Verbatim.
- CARVALHO, P. de B. (2009). *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva.
- COSTA, R. H. (2006). *Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.
- DUTRA, M. (2014). *Governo deixará de arrecadar R\$ 840 milhões com horário eleitoral gratuito*. Disponível em: [<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/8075>]. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.
- ELIAS, N. (1993). *O processo civilizador*. vol. 2. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

- FALGUERA, E.; JONES, S.; OHMAN, M. (Org.). (2015). *Financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais: um manual sobre financiamento político*. Rio de Janeiro: FGV Editora.
- FAORO, R. (2008). *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Globo.
- FERREIRA SOBRINHO, J. W. (1996). *Imunidade Tributária*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- FRANCO, A. de. (2013). *A terceira invenção da democracia*. Escola de Redes. Disponível em: [http://pt.slideshare.net/augustodefranco/a-terceira-invencao-da-democracia-29335826]. Acesso em: 17 de junho de 2015.
- HAIDAR, R. (2014). *Partidos políticos não merecem imunidade tributária*. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2014-mai-19/justica-tributaria-partidos-politicos-nao-merecem-imunidade-tributaria]. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.
- LIPOVETSKY, G.; SERROY, J. (2011). *A cultura-mundo: respostas a uma sociedade desorientada*. Tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras.
- LORENZETTI, J. L. (2010). *Teoria da decisão judicial*. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- MAFFINI, R. Da C. (2010). Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas*, vol. 253. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8051/6841]. Acesso em 22 de novembro de 2015.
- MAINWARING, S. P. (2001). *Sistemas partidários em novas democracias: o caso do Brasil*. Tradução Vera Pereira. Porto Alegre: Mercado Aberto; Rio de Janeiro: FGV.
- MARTINS, I. G. da S. (2012). O poder de tributar pelo prisma da teorização de sua função social e de proteção aos direitos individuais. In: MARTINS, I. G. da S.; CASTILHO, R. (Orgs.). *Direito tributário e direitos fundamentais: limitações ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- MAXIMILIANO, C. (2011). *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense.
- MIRANDA, J. (Org.); MACHADO, J. F. (Coord.). (2013). *Direito Constitucional e Democracia*. Curitiba: Juruá.
- MONTEIRO, J. V. (2007). *Como funciona o governo: escolhas públicas na democracia representativa*. Rio de Janeiro: FGV.
- MORIN, E. (2011). *Rumo ao Abismo?: ensaio sobre o destino da humanidade*. Tradução Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

- MÜLLER, F. (2013). *Quem é o povo?: A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. 7. ed. São Paulo: Editora RT.
- NABAIS, J. C. (1998). O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina.
- _____. (2011). A liberdade de gestão fiscal das empresas. *Direito Tributário em Questão – Revista da FESDT*, Porto Alegre, n. 7.
- REZENDE, D. N. C. (2011). A imunidade constitucional dos partidos políticos. In: SERRANO, M. de A. M. (Org.). *Tratado das imunidades e isenções tributárias*. São Paulo: Verbatim.
- RODRIGUES, A. (2014). *Horário eleitoral custará R\$ 839 milhões aos cofres públicos*. Disponível em: [<http://www.etc.com.br/noticias/politica/2014/09/horario-eleitoral-custara-r-839-milhoes-aos-cofres-publicos>]. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.
- SILVEIRA, P. A. C. V. da. (2009). Direito Tributário e análise econômica do Direito: contribuições e limites. *Direito Tributário em Questão – Revista da FESDT*, Porto Alegre, n. 3.
- _____. (2011). Princípio da livre concorrência em matéria tributária: conceito e aplicação. *Direito Tributário em Questão – Revista da FESDT*, Porto Alegre, n. 7.
- SUNSTEIN, C.; THALER, R. (2009). *Nudge*. Londres: Penguin Books.